Víctor García Toma

Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993

Tomo II

Universidad de Lima
Fondo de Desarrollo Editorial
1998

89617

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

Colección Biblioteca Universidad de Lima
Primera edición 1998

© Víctor García Toma
© De esta edición
Fondo de Desarrollo Editorial
Universidad de Lima
Av. Javier Prado Este s/n, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100, Perú
Teléfono 437-6767 – Fax 437-8066
E-mail fondo_ed@ulima.edu.pe
Internet http://www.ulima.edu.pe

Diseño y edición Fondo de Desarrollo Editorial

Impreso en el Perú

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio sin permiso expreso del Fondo de Desarrollo Editorial.

ISBN 9972-45-040-6

Índice

TERCERA PARTE

Capítulo VII

Estado y nación 23

1 Aspectos generales 23
2 Formas de Estado 24
2.1 Perfil jurídico de la forma de Estado 24
2.2 Perfil político de la forma de Estado 26
3 Formas de gobierno 27
3.1 Constitución y gobierno en el Perú. La República peruana: criterio clásico 28
3.1.1 República democrática 29
3.1.2 República social 30
3.1.3 República independiente 31
3.1.4 República soberana 31
3.1.5 El origen del poder estatal 34
3.2 Constitución y gobierno en el Perú. Criterio moderno 35
3.2.1 La representación política 35
3.2.2 Los modelos históricos de representación política 37
3.2.3 La separación de los órganos de poder estatal 39
4 Los deberes primordiales del Estado 40
5 Los idiomas oficiales 42
6 La capital de la República 42
7 Los símbolos patrios 43
8 El territorio del Estado 45

8.1 Las características del territorio 45
8.2 Los elementos del territorio 46
8.2.1 Suelo 46
8.2.2 Subsuelo 46
8.2.3 Dominio marítimo 46
8.2.4 Espacio aéreo 51
9 La función pública 52
9.1 Consideraciones generales 52
9.2 La carrera administrativa 54
9.3 Las obligaciones constitucionales 55
9.4 Los derechos sindicales 56
10 Los procuradores públicos 56
10.1 Bases históricas y doctrinarias 57
10.2 Los principios institucionales 62
10.3 Base legal 62
10.3.1 Requisitos de nombramiento 63
10.3.2 Jerarquía funcional 63
10.3.3 Aspectos funcionales 63
10.3.4 La estructura organizativa 66
10.3.5 El Consejo de Defensa Judicial del Estado 66
11 Estado e Iglesia católica 67
11.1 Tipología de la relación 68
11.2 Reconocimiento del papel de la Iglesia católica 71
11.3 Los principios de la relación Estado e Iglesia católica 71
11.4 Las manifestaciones jurídicas de la relación Estado e Iglesia católica. 72
11.5 El patronato eclesial 73
11.6 El Estado y las demás Iglesias 74
12 Los colegios profesionales 74
13 La estructura jerárquica de las normas en el Estado peruano 76
13.1 Fundamentos teóricos 77
13.2 Principios para establecer la aplicabilidad de las normas 82
13.3 Esquema jerárquico 85
13.3.1 Primera categoría. Las normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional 85
13.3.2 Segunda categoría. Las leyes y normas con fuerza o condición de ley 88
13.3.3 Tercera categoría. Los decretos 101
13.3.4 Cuarta categoría. Las resoluciones 104
13.3.5 Quinta categoría. Normas con interés de parte 106

14 Los tratados 107
14.1 Los tratados y el derecho interno 108
14.2 La postura del Estado peruano 109
14.3 La celebración de tratados 111
14.4 La denuncia de los tratados 112
14.5 El control constitucional de los tratados 114

Capítulo VIII
Estado y régimen económico 115

1 Aspectos generales 115
2 La Constitución económica 116
3 Constitución y mercado 119
3.1 Constitución, mercado e interés general 121
3.2 El Estado y la creación de riqueza 122
4 La Constitución y la libre competencia 123
5 El pluralismo económico y la actividad empresarial pública 124
6 El Estado y las pequeñas empresas 127
7 El Estado y la contratación 128
8 Estado e inversión 130
9 Estado, producción, servicios y comercio exterior 131
10 Estado y moneda extranjera 132
11 La propiedad 132
11.1 La inviolabilidad de la propiedad 133
11.2 La propiedad en el caso de los extranjeros 134
11.3 Los bienes del Estado 135
11.3.1 El dominio público y el uso público 136
11.3.2 La concesión 137
11.4 Restricciones y prohibiciones en materia de propiedad 137
11.5 Propiedad y economía 139
12 Constitución y consumidor 141
13 El ambiente 143
13.1 Ambiente y recursos naturales 143
13.2 Antecedentes históricos 145
13.3 La política nacional del ambiente 146
14 Constitución y tributación 149
14.1 El caso de los aranceles 151
14.2 La distribución de la potestad tributaria 151
14.2.1 La potestad tributaria derivada 151

	14.3 Principios reguladores de la potestad tributaria	152
	14.4 La transgresión de la potestad tributaria	155
	14.5 Vigencia de las leyes tributarias de periodicidad anual	155
15	Constitución y presupuesto	155
	15.1 Antecedentes históricos	156
	15.2 La ley de Presupuesto	157
	15.2.1 Características del presupuesto	159
	15.2.2 Principios	159
	15.2.3 Etapas del presupuesto	160
	15.2.4 El proceso legislativo de la ley de Presupuesto	160
	15.2.5 Los ingresos públicos	161
	15.2.6 Los gastos públicos	162
	15.2.7 Restricciones	162
	15.2.8 Modificación de la ley de Presupuesto	163
	15.2.9 La ejecución del presupuesto	163
	15.3 Presupuesto y licitación pública	164
	15.4 Constitución y deuda pública	165
16	El Sistema Nacional de Contabilidad, la Contaduría Pública y la cuenta general de la República	167
	16.1 La cuenta general de la República	168
17	La Contraloría General de la República	170
	17.1 Los modelos técnicos de control	171
	17.2 Antecedentes históricos	172
	17.3 Nuestro ordenamiento jurídico y los tipos de control	174
	17.3.1 Control interno	174
	17.3.2 Control externo	175
	17.4 Objetivos	176
	17.5 Mecanismos procedimentales	177
	17.6 Principios	177
	17.7 La Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Administrativo-Financiero	178
	17.8 El contralor general de la República	180
	17.8.1 Impedimentos	180
	17.8.2 Vacancia del cargo	181
	17.8.3 Addenda	181
18	La moneda y la banca	182
	18.1 Antecedentes históricos	183
	18.2 El Banco Central de Reserva en la Constitución de 1993	184
	18.3 La estructura funcional del Banco Central de Reserva	186
19	La Superintendencia de Banca y Seguros	187

19.1 La Superintendencia de Banca y Seguros en la actual Constitución 188
19.2 El superintendente de Banca y Seguros 189
19.2.1 Funciones 190
19.2.2 Colaboradores 191
20 Régimen agrario y de comunidades campesinas y nativas 192
20.1 Antecedentes históricos 192
20.2 Nuestro régimen agrario 193

Capítulo IX
Estado y gobierno: el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo 197

1 El poder estatal 197
1.1 El origen conceptual de la mal denominada "división de poderes" 200
1.2 Teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones 203
1.2.1 Las funciones estatales 205
1.2.2 Los órganos 206
1.2.3 Las autoridades 206
1.3 Relación entre funciones, órganos y autoridades estatales 207
1.4 El desarrollo constitucional de las funciones estatales 207
1.4.1 Función normativa 208
1.4.2 Función administrativa 209
1.4.3 Función jurisdiccional 209
1.4.4 Función controladora 210
2 La relación entre los órganos políticos: las formas de gobierno 211
2.1 Gobierno presidencial 212
2.2 Gobierno parlamentario 214
2.3 La forma de gobierno en el Estado peruano 217
3 El Órgano Ejecutivo en la Constitución de 1993 218
3.1 La Presidencia de la República 218
3.1.1 Los orígenes de la institución 219
3.1.2 El proceso de elección 220
3.1.3 Período presidencial 223
3.1.4 La suspensión y la vacancia en el ejercicio de la Presidencia de la Repúbica 225
3.1.5 Los vicepresidentes 227
3.1.6 El caso del presidente del Congreso 229
3.1.7 El juramento presidencial 229
3.1.8 Las funciones del presidente 230

3.2 Los ministros de Estado 246
3.2.1 Antecedentes históricos 247
3.2.2 Los ministros de Estado y la Constitución de 1993 252
3.2.3 La refrendación y la responsabilidad ministerial 253
3.2.4 Requisitos para ser ministro de Estado 255
3.2.5 Nombramiento 256
3.2.6 Incompatibilidades 256
3.2.7 Encomienda del cargo 257
3.2.8 Atribuciones del ministro 257
3.2.9 La organización ministerial 259
3.2.10 El Consejo de Ministros 260
3.2.11 Las atribuciones del Consejo de Ministros 261
3.2.12 El papel del presidente del Consejo de Ministros 262
4 El Órgano Parlamentario 265
4.1 El carácter de la representación parlamentaria 266
4.1.1 La representación de la nación 266
4.1.2 La representación fraccional de la ciudadanía 267
4.2 Antecedentes históricos 270
4.2.1 El Magnum Concilium inglés 270
4.2.2 Los Estados Generales de Francia 271
4.2.3 El Congreso americano 272
4.2.4 El Parlamento nacional 272
5 El Órgano parlamentario y el sistema cameral 273
5.1 Unicameralidad 275
5.2 Bicameralidad 276
5.3 Requisitos de la postulación parlamentaria 277
5.4 Inelegibilidad 278
5.5 Las incompatibilidades 279
5.6 Las prohibiciones 281
5.7 Las prerrogativas parlamentarias 281
5.7.1 El origen de las prerrogativas 282
5.7.2 Las prerrogativas parlamentarias en la actual Constitución 284
5.8 El reglamento del Congreso 292
5.8.1 El período parlamentario 293
5.8.2 Quórum y mayorías 294
5.9 La Comisión Permanente 295
6 Atribuciones del Órgano Parlamentario 297
6.1 Atribuciones normativas 297
6.1.1 La función legislativa 299
6.1.2 La *ratio legis* de las leyes especiales 299

6.1.3 La retroactividad benigna de las leyes penales 299
6.1.4 La derogación de la ley 300
6.1.5 La proscripción del abuso del derecho 304
6.1.6 La delegación de facultades al Órgano Ejecutivo 305
6.1.7 La aprobación de las leyes orgánicas 306
6.1.8 El proceso de formación de las leyes 307
6.2 Atribuciones políticas 317
6.3 Atribuciones administrativas 317
6.4 Atribuciones contraloras 319
6.5 Atribuciones jurisdiccionales 323
7 La acusación constitucional en la Constitución de 1993 331
7.1 Las vías de acusación constitucional 334
7.1.1 Acusación constitucional en vía de juicio político 335
7.1.2 Acusación constitucional en vía de antejuicio político 336
7.2 El procedimiento 337
7.3 La acusación constitucional contra el presidente de la República 342
7.4 El procedimiento de remoción constitucional 344

Capítulo X
Seguridad y defensa nacional: el papel de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional 347

1 Aspectos generales 347
2 La categoría "orden" en el mundo del derecho 347
2.1 El orden público 348
2.2 El orden interno 352
3 Seguridad y defensa nacional 354
3.1 El papel de las Fuerzas Armadas 358
3.2 El papel de la Policía Nacional 358
3.3 La jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional 361
3.4 El carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas 362
3.5 El proceso de movilización 363
3.6 Las reservas 364
3.7 El servicio militar obligatorio 365
3.8 El uso de las armas 365
3.9 La estructura institucional 366
3.10 La participación institucional 366
3.11 La asignación de personal y los recursos institucionales 367
3.12 Equivalencia de las carreras institucionales 368

4 El fuero militar y el Código de Justicia Militar 368

Capítulo XI
La descentralización y los Gobiernos descentralizados 375

1 Aspectos generales 375
2 La demarcación territorial 375
3 La descentralización . 376
3.1 Los Gobiernos descentralizados 379
3.2 Los Gobiernos locales o municipales 379
3.2.1 Tipos de municipalidades 383
3.2.2 Régimen municipal 384
3.2.3 Estructura orgánica 385
3.2.4 Modelo de elección 385
3.2.5 Características de la representación 385
3.2.6 Las prerrogativas 386
3.2.7 Requisitos 386
3.2.8 Competencias municipales 387
3.2.9 Las asociaciones interinstitucionales 389
3.2.10 La cooperación en materia de seguridad ciudadana 389
3.2.11 Los Gobiernos locales y el endeudamiento 390
3.2.12 La iniciativa legislativa de naturaleza municipal 390
3.2.13 Las acciones de garantía y los Gobiernos locales 390
3.3 Los Gobiernos regionales 390
3.3.1 Estructura orgánica 391
3.3.2 Competencias regionales 391
3.3.3 La iniciativa legislativa de naturaleza regional 392
3.3.4 Las acciones de garantía y los Gobiernos regionales 392

Capítulo XII
El Estado y las situaciones de anormalidad 393

1 Aspectos generales 393
2 Naturaleza doctrinaria de los estados de excepción 395
3 Dimensiones de las situaciones de anormalidad y su correlato con los estados de excepción 396
4 Tipos de estados de excepción 397
5. Los estados de excepción en la Constitución de 1993 397
5.1 El estado de emergencia 397
5.1.1 Declaración 399
5.1.2 Efectos 399
5.2 El estado de sitio 399

5.2.1 Declaración 400
5.2.2 Efectos 401
5.3 Los estados de excepción y la noción de orden interno 401
5.4 El estado de excepción y las garantías constitucionales 402
5.5 El caso especial del estado de crisis económica 403
6 El derecho a la insurgencia 404
7 El derecho de insumisión 405

CUARTA PARTE 409

Capítulo XIII
Los nombramientos judiciales 411

1 Aspectos generales 411
1.1 Los sistemas de nombramientos 414
1.1.1 Sistema de designación por los órganos de poder político 414
1.1.2 Sistema de designación por cooptación 416
1.1.3 Sistema de designación por elección popular 417
1.1.4 Sistema de designación por concurso 419
2 Los sistemas de nombramientos judiciales en el Perú 420
3 El Consejo Nacional de la Magistratura en la Constitución de 1993 426
3.1 El Consejo Nacional de la Magistratura 426
3.1.1 Los principios institucionales 427
3.1.2 Las funciones 428
3.1.3 Conformación y requisitos 430
3.1.4 La presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura 431
3.1.5 Inelegibilidad 431
3.1.6 Características de la función de consejero 432
3.1.7 Cese de la función 433
3.1.8 El caso de la remoción por causa grave 434
3.2 El sistema de designación por elección popular 435

Capítulo XIV
La Academia de la Magistratura 437

1 Aspectos generales 437
1.1 Sistema de formación a través del ejercicio de la abogacía 437
1.2 Sistema de formación en pasantías previas 438
1.3 Sistema de formación en instituciones especializadas 439
2 La Constitución y la Academia de la Magistratura 441

Capítulo XV
El Órgano Judicial 445

1 Aspectos generales 445
1.1 La evolución histórica del proceso de administración de justicia 447
2 La administración de justicia en el Perú 449
2.1 La Constitución y los principios institucionales 452
2.2 La especialización judicial 453
3 Los principios y derechos de la función jurisdiccional 453
3.1 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional... 453
3.1.1 La jurisdicción arbitral 455
3.1.2 La jurisdicción militar 457
3.2 La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional... 458
3.3 La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional... 461
3.4 La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley... 463
3.5 La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias... 464
3.6 La pluralidad de la instancia 466
3.7 La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias... 467
3.8 El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley... 469
3.8.1 Los principios generales del derecho 471
3.8.2 El derecho consuetudinario 475
3.9 El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos 477
3.10 El principio de no ser penado sin proceso judicial 479
3.11 La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales 479
3.12 El principio de no ser condenado en ausencia 483
3.13 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 485
3.14 El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso... 486

3.15 El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención 487
3.16 El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos... 487
3.17 La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley 490
3.18 La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida 491
3.19 La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la ley... 492
3.20 El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley 493
3.21 El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados 493
3.21.1 Las penas 494
3.21.2 Establecimientos penitenciarios 495
3.22 El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad 496
4 El origen de la potestad de administrar justicia 497
5 La casación 498
6 La impugnación de las resoluciones administrativas 500
6.1 La excepción de irrevisabilidad 501
7 El presupuesto del Órgano Judicial 501
8 Las incompatibilidades 502
9 Las garantías de la actividad judicial 502
10 Prohibiciones 503
11 Organización del Órgano Judicial 504
11.1 Órganos jurisdiccionales 504
11.1.1 La Corte Suprema de Justicia 505
11.2 El presidente de la Corte Suprema 511
11.3 La Sala Plena de la Corte Suprema 512

Capítulo XVI
El Ministerio Público 517

1 Aspectos generales 517
2 La Constitución y el Ministerio Público 521

2.1 Atribuciones 521
2.2 Los principios institucionales 526
2.3 La organización 530
2.3.1 Los órganos procesales 531
2.3.2 Los órganos administrativos corporativos 533
2.4 Requisitos de designación 534
2.5 El papel de la Fiscalía de la Nación 534
2.6 Prohibiciones funcionales 537
2.7 Incompatibilidades 538
2.8 Derechos 539
2.9 Conclusión de la función 539

QUINTA PARTE 541

Capítulo XVII
La reforma de la Constitución 543

1 Aspectos generales 543
2 Noción general del poder constituyente 545
2.1 El modelo norteamericano 545
2.2 El modelo francés 546
3 El poder constituyente originario 548
4 El poder constituyente derivado 549
5 Relación entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado 551
6 Procedimientos no formales de reforma constitucional 552
6.1 La mutación constitucional 553
6.2 La norma de habilitación 556
6.3 La revolución 557
7 Los límites del poder constituyente 561
8 El proceso de reforma y el sentimiento constitucional 567
9 El fraude constitucional 569
10 Presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional 569
10.1 La necesidad de la reforma constitucional 569
10.2 La oportunidad de la reforma constitucional 570
10.2.1 El plazo de espera 570
10.2.2 El plazo de estudio para la reforma 570
10.2.3 Las disposiciones intangibles 571
10.2.4 Las restricciones heterónomas 573
10.2.5 La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma 573

11	La inconstitucionalidad de la reforma constitucional en el Perú	573
	11.1 Inconstitucionalidad por vicio formal	574
	11.2 Inconstitucionalidad por vicio sustancial	575
12	La responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente	576
13	Visión histórico-normativa de la reforma constitucional en el Perú	578
14	La reforma constitucional en la Constitución peruana de 1993	580

TERCERA PARTE

Capítulo VII

Estado y nación

1 *ASPECTOS GENERALES*

El Estado alude a la existencia de una sociedad política, independiente y organizada, que posee la titularidad abstracta y permanente del ejercicio del poder, y cuyo fin consiste en la realización del bien común en favor de sus miembros.

Ahora bien, esta organización político-jurídica requiere y necesita de un *Gobierno;* esto es, de un conjunto de personas que se encarguen de ejercitar y desenvolver conscientemente el poder público en sus distintas manifestaciones (legislar, administrar, dirimir los conflictos de carácter jurídico, etc.), a efectos de poder cumplir, en la práctica, con los fines que se encuentra empeñado en alcanzar.

Desde un punto de vista semántico, el Gobierno se entiende como la organización mediante la cual se fomenta la voluntad del Estado. En puridad, significa la existencia de un conjunto de personas denominadas *gobernantes,* quienes se encargan de la dirección, conducción o administración del Estado.

En ese sentido, el artículo 43 de la Constitución alude al tema de Estado y gobierno al referir que:

> "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...) Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes."

Respecto de dicha definición, es oportuno efectuar las siguientes disquisiciones de carácter previo y general.

2 FORMAS DE ESTADO

Los modelos o estructuras estatales pueden ser observados desde un perfil jurídico o desde un perfil político, a saber:

a) Distribución territorial del poder dentro de un Estado. Ello implica la relación existente entre el poder del cuerpo político y uno de sus elementos constitutivos: el territorio (perfil jurídico).
b) Sistema de creencias ideológicas y presencia estatal con instituciones políticas afines con dichas convicciones. Es decir, se resalta la orientación política del cuerpo político (perfil político).

Cuadro sinóptico

- *El perfil jurídico (relación existente entre poder y territorio)*
  En este contexto aparecen los denominados Estado unitario y Estado complejo.
  El Estado unitario plantea tres derivaciones: el Estado unitario *stricto sensu,* el Estado unitario desconcentrado y el Estado unitario descentralizado.
  El Estado complejo plantea dos derivaciones: el Estado confederado y el Estado federal.
- *El perfil político (sistema de creencias y presencia de instituciones políticas afines)*
  Aquí aparecen el denominado *Estado absolutista,* el *Estado liberal,* el *Estado marxista-leninista,* el *Estado fascista,* el *Estado social,* etc.).

2.1 Perfil jurídico de la forma de Estado

El modelo estatal escogido por nuestra Constitución es el *Estado unitario descentralizado*. El Estado unitario es aquel donde el poder político se manifiesta desde un solo centro de afluencia y decisión. Se trata de una instancia única reconocida como detentadora del poder.

Como bien afirma Rodolfo Rodríguez[1], alude a una tendencia centrípeta –atraer hacia el centro–, por la cual el poder político se concen-

1 Tomado de BASTIDAS, Simeón. "Reflexiones en torno a la descentralización". En: *Revista del Ministerio de la Presidencia.* Lima, 1989.

tra en órganos centrales, de tal manera que dicho poder es ejercido por autoridades cuyas funciones se extienden y abarcan a todo el territorio y a la población de la organización política.

Humberto Noriega y Francisco Cumplido[2] señalan que se trata de un Estado en que el poder conserva una unidad en cuanto a su estructura, no poseyendo más que un solo centro de impulsión política. Por ende, señalan que hay un solo polo de poder, el cual es ejercido a través de los respectivos órganos del Estado encargados de las diferentes funciónes de éste.

Hemos señalado que la población integrante de un Estado unitario se encuentra bajo la monodia de una única autoridad: la población vive vinculada al mismo régimen constitucional, y regula sus relaciones, en lo general, por las mismas leyes.

En suma, existe un solo efecto gubernamental para toda la población ubicada dentro de un territorio determinado.

Ahora bien, el Estado unitario presenta tres derivaciones, a saber:

a) Estado unitario *stricto sensu*.
b) Estado unitario desconcentrado.
c) Estado unitario descentralizado.

Nuestra Constitución se ha inclinado por la derivación *descentralizadora*. Ella consiste en la traslación de competencias de la administración central del Estado hacia otros entes jurídicos de derecho público, a efectos de dotarlos de autonomía técnica, económica y administrativa. Sobre los citados, el Gobierno central ejerce control o tutela política sobre sus actos. En esa perspectiva, tal como afirma A. Zanabria[3], la *autonomía* implica un poder de autoadministración con independencia reglada conferida por el Gobierno central.

Luis Bustamante Belaunde[4] afirma que se trata de un fenómeno por el cual algunas responsabilidades y atribuciones son asignadas a distintas instituciones que no forman parte de una misma organización.

En suma, el *Estado unitario descentralizado* es aquel en que ciertas entidades (municipios, regiones) tienen una esfera de competencia pro-

---

2 NORIEGA, Humberto, y CUMPLIDO, Francisco. En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial. *Derecho constitucional general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3 Tomado de BASTIDAS, Simeón. "Reflexiones en torno a la descentralización". En: *Revista del Ministerio de la Presidencia*. Lima, 1989.

4 BUSTAMANTE BELAUNDE, Luis. *El gobierno regional*. (Separata.) Lima: Fundación F. Ebert, 1988.

pia, la que se ejerce a través de órganos privativos y mediante funciones transferidas. Por ende, son entes ajenos y no dependientes del Gobierno central.

A mayor abundamiento, el artículo 43 de la Constitución señala que nuestro Estado es uno e indivisible. Ello implica que es único y no puede ser objeto de partición, seccionamiento o división.

2.2 *Perfil político de la forma de Estado*

Nuestro país responde a un tipo de Estado a medio trecho entre el Estado liberal y el Estado social.

Afirmamos esto porque, a pesar del "enterramiento" de una buena parte de las tareas sociales que planteaba la Constitución de 1979, el texto magno vigente ha dejado "sobrevivir" algunas de estas actividades como responsabilidades concretas.

Por ello consideramos que a pesar del influjo del pensamiento neoliberal que marcó la actividad legislativa de los constituyentes de la mayoría (Cambio 90-Nueva Mayoría), no se pudo –por presión de la sociedad civil y de grupos de oposición intra y extraparlamentarios– cancelar totalmente el modelo de Estado social.

En función de lo expuesto, reafirmamos nuestro criterio de encontrarnos ante una suerte de Estado liberal con rezagos del esquema del texto de 1979, que había optado por uno de tipo social.

Las características de este esquema pueden sintetizarse en cuatro aspectos:

a) Articulación estricta del Estado con la noción de nación.
b) Reivindicación de los derechos fundamentales de las personas (ámbito político y civil). La libertad personal es la base sobre la que descansa la finalidad estatal.
c) Estado fundamentalmente autolimitado al papel de gendarme del orden público y la integridad territorial. Es opuesto radicalmente a cualquier tipo de intervencionismo o dirigismo en materia económica y social. En ese sentido, la acción tuitiva y protectora del Estado, en aras de la justicia social, es tenue.
d) Forma de gobierno representativo y con democracia parlamentaria.

En ese sentido, el cuerpo político asume un rol pasivo en la esfera de la producción y del trabajo. Con ello se juridiza la famosa apostilla

de Legendre: "Laissez faire, laissez passer" ("Dejad haced, dejad pasad", o sea, "permitid y tolerad toda iniciativa personal").

Esta noción de soberanía popular –el poder emana del pueblo– representa una conquista histórica que se gesta bien entrada la época moderna, y en donde el racionalismo cartesiano y las afirmaciones políticas de la Ilustración robustecieron el andamiaje ideológico de la burguesía ascendente, que había tenido en el siglo XVII –a través de la Revolución inglesa de 1688– un modelo teórico de gran predicamento.

Así, la realidad social en sus luchas y el clima de las ideas prepararon el escenario de las dos grandes revoluciones burguesas: la norteamericana y la francesa.

Esta forma de gobierno representativo y con democracia parlamentaria cancela el modelo de las monarquías absolutas, que imponían el principio de la *soberanía real,* en virtud de la cual se sostenía que el ejercicio del poder del monarca radicaba en la voluntad divina.

En la soberanía real se establecía que la autoridad política no tenía su origen en la voluntad autónoma de las personas, ni en la fuerza, sino en Dios. Así, se repetía el Evangelio de San Juan (19.11): "Ningún poder tendrías sobre mí, si no te fuere dado desde lo alto." O aquella citada frase de san Pablo: "Omni potestas a Dio est." ("Todo poder proviene de Dios").

3 FORMAS DE GOBIERNO

Los modelos o estructuras de carácter gubernamental –o sea, los referidos a la organización del ejercicio del poder– se basan en dos aspectos:

a) Forma de designación de los gobernantes, y el modo de su actuación política.
b) Modo de ordenación, distribución, coordinación y control de competencias de los distintos órganos del poder estatal.

Las formas de gobierno pueden ser clasificadas en dos grandes esquemas:

a) Forma clásica

Comprende la monarquía tradicional y la república.

b) Forma moderna

Comprende el gobierno parlamentario, el gobierno presidencialista y el gobierno de asamblea.

Desde esta perspectiva, es oportuno formular algunas apreciaciones en torno al modelo –en sentido *in genere*– fijado en el artículo 43 de la Constitución.

3.1 Constitución y gobierno en el Perú. La República peruana: criterio clásico

El artículo 43 de la Constitución declara que el Perú es una república.

Como tal se entiende actualmente aquella forma de gobierno –opuesta radicalmente a la monarquía tradicional– en que la autoridad se provee por elección, su ejercicio tiene una duración determinada y se encuentra delimitada por la Constitución y las leyes.

Las autoridades republicanas se revisten de un *título representativo* emanado de una colectividad política.

La legitimidad de los ejercientes del poder se formaliza mediante un proceso jurídico desarrollado por la voluntad de una pluralidad de personas.

El actual concepto de república nace en el siglo XVIII con la Constitución de los Estados Unidos (1787) y con la Revolución francesa después de la caída de la monarquía en 1792. A partir de entonces se manifiesta como la expresión del reconocimiento de los derechos del pueblo y del origen del poder y de la soberanía, que las monarquías tradicionales hacían recaer en la persona del rey.

Debe recordarse que históricamente la república no fue concebida siempre como una forma de gobierno basada en la igualdad política de todos los ciudadanos. Así, en Roma o en la Edad Media (comarcas italianas como Venecia, Florencia) se expresaban formas políticas destinadas a asegurar el poder de oligarquías de naturaleza económica, comercial o política, así como su ejercicio al interior de un grupo o clase dominante.

Las expresiones *república* y *democracia,* en principio, no son necesariamente sinónimas. Se acredita lo expuesto, ya que la democracia puede funcionar indistintamente en gobiernos republicanos o monarquías constitucionales. Más aún, una república puede insertarse en una sociedad política no democrática, tal como lo expusiera Montesquieu en su libro *El espíritu de las leyes.*

Ahora bien, en América latina no se concibe la democracia sin la república, siendo esta última el símbolo legitimador de la lucha emancipadora contra la monarquía tradicional. En nuestro país, la república,

a través de lo que dispone la Constitución, se asocia con cuatro conceptos:

3.1.1 República democrática

Se la concibe como la manifestación de una forma de expresión cultural y forma de organización política.

Ella implica un conjunto interconectado de ideas o valores, instituciones políticas, prácticas de comportamiento comunitario y políticas gubernamentales, dirigido a asegurar la participación de todos los hombres pertenecientes a un cuerpo político-jurídico-social, en las tareas de decisión, distribución y control de los asuntos vinculados con la existencia y coexistencia humana.

En ese sentido, la *democracia* se manifiesta en cuatro planos:

a) Plano conceptual

La democracia es percibida como una forma de entender y vivenciar la vida humana en sus sustratos de existencia y coexistencia social.

b) Plano institucional

La democracia es percibida como una técnica de organización del poder en sentido general. Así, se establecen una pluralidad de instituciones de diverso orden –político, jurídico, social, económico, cultural, etc.–, cuyo objetivo consiste en arropar consistentemente las ideas y valores que la componen.

c) Plano programático

La democracia es percibida como el diseño y ejercicio de un conjunto de lineamientos de política que, adheridos a una determinada estructura política, social, económica, etc., permiten el goce efectivo de los valores y fines democráticos.

Como bien apunta el tratadista español Manuel García Pelayo:

> "El ámbito y objetivos de la democracia vendrán determinados por el contenido que se asigna a los valores y fines democráticos."

d) Plano cultural

La democracia requiere y necesita de una pluralidad de prácticas sociales y comportamientos comunitarios que afirmen su existencia material y efectivo goce.

Los valores y fines democráticos pueden clasificarse en dos órdenes sucesivos, cuya conjunción da plenitud al sentido de *lo democrático.* Dichos órdenes, generados a lo largo del tiempo, han permitido enriquecer grandemente su virtual contenido y proyección en la praxis. Son los siguientes:

a) Aspecto político

- Respeto y aseguramiento de la libertad.
- Respeto y aseguramiento de la igualdad jurídica, la oportunidad de realización existencial, etc.
- Respeto y aseguramiento de la legalidad (Estado de Derecho, derechos y garantías ciudadanas, etc.).
- Respeto y aseguramiento de las manifestaciones comunitarias (potestad de elección, representación, participación y fiscalización política).

b) Aspecto socioeconómico

- Promoción del bienestar compartido (reparto y goce efectivo de la riqueza y condiciones de vida material, con respeto *in totum* de la dignidad humana).
- Promoción de la tolerancia y respeto por las minorías, en todo aspecto (indulgencia, atención y consideración hacia las diferentes maneras de pensar, sentir y actuar de los grupos políticos, étnicos, religiosos, cuya presencia numérica no determina la voluntad estatal o social).
- Promoción de la concertación (búsqueda de la conciliación de intereses contrapuestos).

3.1.2 República social

Expresión que alude al compromiso político de materializar condiciones de vida digna para la pluralidad de los miembros del Estado.

En puridad, implica el plano programático de la democracia. Ello involucra la afirmación de la solidaridad y fraternidad en aras de que, a través de los servicios públicos y políticas de promoción, cada persona alcance, de acuerdo a su talento, virtud, conocimiento o laboriosidad, su respectivo proyecto de vida.

3.1.3 República independiente

Expresión que alude a una condición de no dependencia o sujeción.

Ello supone una libertad o autonomía de gobierno dentro de nuestro territorio.

De esta manera ratificamos nuestra emancipación de la monarquía española (1821), así como dejamos constancia de nuestra total lejanía de situaciones jurídico-políticas como el Protectorado, el Estado fideicomisario, etc.

3.1.4 República soberana

Expresión que alude a una cualidad o propiedad central del poder estatal.

En ese sentido, para hacer referencia de la soberanía es menester que exista *poder;* empero, para que éste realmente sea tal se requiere de la presencia del Estado. Por ende, carece de sentido hablar de soberanía *sin que exista un Estado con ejercicio pleno de su poder;* así como también es inoperante entender sus alcances, fuera del territorio del Estado. En resumen, *ni antes ni fuera del Estado existe poder susceptible de ser caracterizado con la propiedad de la soberanía.*

Correspondió al pensador francés Jean Bodin[5] el mérito de haber señalado, en su obra *Los seis libros de la República* (1576), que la soberanía era la calidad suprema del poder estatal, antiguamente llamada "voluntad del príncipe".

Es evidente que el Estado es aquella organización que dispone de un poder propio, supremo o irresistible que se impone en sus decisiones sin depender de ningún otro, por su fuerza innata, y superior a los demás poderes existentes en su entorno jurídico-político.

El francés Le Fur[6] indica:

> "La soberanía no le pertenece al poder estatal, sino que es intrínseca a dicho poder, de la misma manera que la blancura no pertenece al objeto blanco, sino que éste lo realiza o concreta."

El poder estatal, al ostentar la cualidad de *soberano,* agrega a su potestad de mando cinco connotaciones jurídicas:

---

5 Citado por TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas.* Madrid: Ed. Tecnos.

6 Tomado de HERRERA PAULSEN, Darío. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Lima: Ed. Edili.

a) Incontrastabilidad

Frente a sus mandatos, no cabe que se les oponga una resistencia u obstáculo de tal vigor que impida la realización de lo ordenado.

b) Incondicionalidad

El contenido de sus decisiones no puede serle predeterminado o previamente impuesto.

c) Juridicidad

Sus mandatos no representan simples actos de compulsión material, sino que son consecuencia de una decisión coherente y coordinada con una idea de derecho. Es, pues, una capacidad otorgada al Estado para el cumplimiento de sus fines.

d) Irrenunciabilidad

La potestad de mando no es cedible ni delegable. Su ejercicio es inexorable y vital para la existencia del Estado.

e) Supremacía

Se encuentra por encima del resto de los poderes existentes al interior del Estado.

Sólo a través de su "supremacía" se puede asegurar la existencia y unidad del Estado.

Por ende, se centraliza y se superpone sobre el resto de los poderes organizados en un Estado, los cuales quedan relegados, sometidos, absorbidos, subordinados, etc.

La soberanía es el atributo que señala que el Estado es el poder máximo, supraelevado y último.

No tiene otro por encima, y en el ámbito en que se ejerce actúa como exclusivo. Con gran acierto, el tratadista argentino Germán Bidart Campos señala que la única definición admisible sobre la soberanía es aquella que se ofrece por negación:

> "Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado."

Como cualidad del poder estatal, no es susceptible de graduación ni parcelación. Así, no existe un Estado *más* o *menos* soberano, ni tampoco es dable un Estado con soberanía absoluta o relativa. En conclusión: *existe* o *no existe* soberanía.

Debe reiterarse que la soberanía es una cualidad objetiva del poder estatal, y en modo alguno una atribución personal del gobernante.

El Estado, por ser soberano, se encuentra en condición *supraordenadora* respecto de los demás poderes en lo interno; por ende, es el más "vigoroso" en el ámbito de su competencia espacial y personal. En lo relativo a sus relaciones externas –orden internacional–, goza de los atributos de independencia e igualdad jurídica formal.

Manuel Quingne[7] sostiene que *en lo interno* manda sobre todos aquellos que componen su población, y *en lo externo* representa a sus miembros y comparece por ellos en sus relaciones y compromisos con otros Estados. Los condicionamientos que pudieran provenir del jusnaturalismo o de los valores éticos no se incluyen en su esfera, porque en verdad representan limitaciones *supraposititvas.*

Distinción entre soberanía y poder constituyente

El *poder constituyente originario* es aquella voluntad de mando que toma la decisión de organizar y constituir políticamente al Estado. Es anterior a la existencia jurídica del Estado, porque es él quien le da origen y organización política al constituido empíricamente. El poder constituyente originario reside única y exclusivamente en el pueblo, porque es éste el que toma la decisión de construir o de edificar un nuevo Estado.

La soberanía, en cambio, es una cualidad del *poder constituido;* es decir, del poder que aparece cuando ya existe Estado.

La capacidad de decisión originaria que tiene la comunidad para promover su propia organización política –cuyo mandato no deriva de ningún otro poder ni se ejerce por delegación o comisión– es exclusiva y excluyente del poder constituyente en un momento histórico en donde "jurídicamente" no existe Estado.

Por ende, carece de sentido aludir al concepto de soberanía antes de la existencia o recreación *ex novo* de un Estado, ya que *en ese momento histórico* aún no existe para el derecho poder alguno que tenga la connotación de estatal, ni que sea susceptible de ser calificado de soberano.

---

7 Tomado de BASTIDAS, Simeón. "Reflexiones en torno a la descentralización". En: *Revista del Ministerio de la Presidencia*. Lima, 1989.

3.1.5 El origen del poder estatal

El origen del poder estatal es concebido como aquella expresión plena de capacidad y energía juridizada. Se trata del mando político centrado en un ordenamiento estatal, el cual representa una forma de vida social que ostenta carácter imperativo-atributivo.

En ese sentido, el poder estatal se origina o emana de una titularidad real que única y exclusivamente corresponde al pueblo.

El pueblo es quien da contenido a la *voluntad social* que se expresa en *reglas* que obligan y operan sobre las *conductas* de todos los miembros de la *sociedad estatal.*

Tal como manifiesta el tratadista nacional José Pareja Paz Soldán[8], cuando se afirma que el poder emana del pueblo se entiende que éste en su forma inmediata es el titular de la soberanía a través de sus legítimos representantes.

En esa perspectiva, le corresponde única y exclusivamente al pueblo el *elegir* a los gobernantes u operadores del poder, quienes actúan en su *representación* y con los límites previamente fijados en la Constitución y las leyes.

Éste es el principio de la soberanía popular, cuyo fundamento radica en que la voluntad general –la del pueblo– es *supraordinante* a la voluntad o interés de alguna o algunas personas en particular; ello en aras del bien del conjunto social.

El artículo 45 *in fine* de la Constitución señala:

> "Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición."

Se comete *rebelión* cuando existe un alzamiento público contra los órganos del Estado o sus autoridades representativas, con el fin de derrocar a la autoridad legítimamente elegida o variar su forma de gobierno.

Se perpetra *sedición* cuando se atenta contra los funcionarios públicos, a efectos de impedirles el ejercicio de sus funciones, la celebración de comicios o evitar el cumplimiento de las normas jurídicas.

---

8 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979.* Lima: Ed. Justo Valenzuela.

3.2 Constitución y gobierno en el Perú. Criterio moderno

El gobierno peruano es clasificable como de un *presidencialismo atenuado*.

En ese sentido, el centro de las decisiones políticas descansa en el Órgano Ejecutivo; por ende, combina la especialización funcional con la independencia orgánica.

Ello implica una distinción, por opción, de las funciones de los respectivos órganos con poder estatal.

Este Gobierno es monocéfalo, ya que se encuentra a cargo de una persona: el presidente de la República. Éste es el verdadero y auténtico detentador del ejercicio del poder; como tal, conforma un *Ejecutivo único* (y no dual como en el caso del gobierno parlamentario).

En este caso, el presidente de la República es simultáneamente jefe de Estado y jefe de Gobierno. Como bien afirma el constitucionalista Domingo García Belaunde, "la titularidad se confunde en una misma persona".

Ahora bien, esta opción por el presidencialismo es atenuada –a pesar de haberse reforzado grandemente las atribuciones del Ejecutivo en la Constitución actual–, al habérsele insertado histórica y paulatinamente algunas instituciones del gobierno parlamentario (interpelación, censura, etc.).

Esta expresión de gobierno se caracteriza por dos aspectos: la representación política y la separación de los órganos de poder político.

3.2.1 La representación política

La representación política se define como una forma de racionalización de la actividad del poder estatal. Mediante ella se convierte al Gobierno en el representante de las decisiones que adopta en nombre de la comunidad política.

A través de la representación política –que surge de la elección de un candidato en el marco de un proceso electoral–, la acción de los gobernantes (representantes) se imputa a los gobernados (representados), siendo para estos últimos de efecto obligatorio, siempre que se ejercite legítimamente en su nombre.

Así, mediante la elección de un postulante a un cargo gubernamental se genera la *investidura de poder*.

Con dicha investidura, los gobernantes ejercen con carácter autónomo todas las atribuciones que la Constitución y las leyes les señalan durante un ejercicio político determinado.

En ese aspecto, es importante la opinión del argentino Carlos Fayt[9] cuando señala que una forma de gobierno de representación política implica que "el pueblo se gobierne por medio de los elegidos, que son nombrados por un tiempo limitado". Se entiende entonces que la periodicidad, renovación, publicidad y responsabilidad en la gestión son las condiciones de dicha forma de representación.

La noción de *representación* tiene su génesis en el derecho privado. Así por ejemplo, los romanos establecieron una figura jurídica que permitía actuar por cuenta y en nombre de alguien por quien se otorgaba expresamente dicha facultad (es el caso de la patria potestad, la tutela, la curatela).

En la Edad Media, en buena parte de Europa y dentro ya del ámbito del derecho público aparece el concepto de *representación colectiva,* mediante la cual una pluralidad de intereses en la sociedad podían expresarse ante la autoridad monárquica mediante *asambleas* que, si bien no expresaban a toda la comunidad, en cambio limitaban al rey en función de las expectativas de los señores feudales y el clero. Es el caso del Parlamento inglés, los Estados Generales franceses y las Cortes españolas.

Con la consagración del ideario de la Revolución francesa, aparece el concepto de *representación política.* No surge como consecuencia de la integración de los distintos intereses fragmentados de la sociedad, sino como una inescindible necesidad de establecer una nueva fuente de legitimidad para el obrar del gobernante.

Como bien sabemos, hasta antes de finales del siglo XVIII (Revolución francesa) el soberano gobernaba por derecho divino; empero, al establecerse que la soberanía se originaba en la voluntad popular, el gobernante (representante) empieza a ejercer el poder sin invocar el nombre de Dios, sino el del pueblo.

De esta manera, como bien advierte el mexicano Eduardo Andrade Sánchez, la idea de la representación colectiva deja de ser un mecanismo para hacer valer intereses concretos de grupos sociales ante el Gobierno (antiguo Parlamento inglés, Estados Generales franceses, etc.), y se constituye en la base de legitimidad política del Gobierno mismo.

---

9 FAYT, Carlos. *Diccionario electoral.* Buenos Aires.

Las características esenciales de esta institución serían tres:

a) Sustitución autorizada del pueblo, efectuada por él mismo, a través de comicios electorales.
b) Actuación directa del gobernante (representante) en el ejercicio del poder estatal.
c) Efectos *erga omnes*, y simultáneo deber de obediencia a las decisiones generadas por el gobernante (representante), por parte del pueblo (representados).

3.2.2 Los modelos históricos de representación política

Los arquetipos de representación política son dos:

a) Representación con mandato imperativo

Este tipo de representación tuvo particular aplicación en la Edad Media en las denominadas *asambleas estamentales* (Estados Generales, Cortes, etc.).

Entre las principales características de esta forma de mandato destacan las tres siguientes:

- El representante no expresa la voluntad del cuerpo político, sino únicamente a un grupo social determinado (clero, nobleza, etc.).
- El representante es un mero portavoz encargado de ejecutar "instrucciones" dadas por los mandatarios. Por ende, no puede diligenciar asuntos no contemplados en el mandato, ni actuar de manera distinta a la señalada en las referidas instrucciones.
- El representante es un mero vocero de intereses segmentados y concretos.

b) Representación con mandato representativo

Este tipo de representación tuvo su génesis en Inglaterra, durante la Revolución puritana. En ese sentido, el Agreement of the People (1647) se convierte en el primer documento en definir sus alcances conceptuales.

En ese contexto, también puede citarse el famoso discurso del inglés Edmund Burke (1774), en el que se defendía la libertad de los diputados frente a sus electores y se rechazaba el que los representantes tuviesen que atarse políticamente a los electores mediante promesas ligatorias.

Burke señaló:

> "El Parlamento no es un congreso de embajadores con intereses diferentes y hostiles, en donde cada uno tiene que defender como agente y abogado, frente a otros agentes y abogados. El Parlamento es la asamblea deliberativa de una sola nación, con un solo interés, el del todo, y en el cual no deben servir de guía los prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Ustedes eligen un diputado; pero cuando lo eligen ya no es un representante de Bristol, sino un diputado."

Asimismo, Honoré-Gabriel, conde de Mirabeau, señaló en 1789:

> "Si estamos vinculados por nuestras instrucciones, no tenemos más que dejar nuestros cuadernos sobre la mesa y volvernos a casa."

En el mismo contexto, Antoine Caritat, marqués de Condorcet, señaló en 1789:

> "Como mandatario del pueblo haré lo que crea más conforme a sus intereses. Éste me ha enviado para exponer mis ideas, no las suyas; el primero de mis deberes para con él, es la independencia absoluta de mis opiniones."

En el campo constitucional, el texto francés de 1791 recogió dicha opción representativa. En el Perú, las Constituciones de 1812 y 1823 sentarían el precedente vinculante del *mandato representativo*.

Entre las principales características de esta forma de mandato destacan cuatro:

a) El representante expresa a toda la nación en su conjunto.
b) El representante se encuentra "liberado" de recibir y aceptar instrucciones vinculadas con su actividad política.
c) El representante ostenta una suerte de competencia incondicionada, sólo sujeta a su conciencia y convicciones políticas, morales, etc.
d) El representante asume esta responsabilidad política como consecuencia de un voto de confianza ciudadana de que actuará en su nombre con idoneidad y lealtad.

3.2.3 La separación de los órganos de poder estatal

Esta teoría, asumida por nuestro texto constitucional, alude a un principio de carácter dogmático-institucional emanado del denominado Estado liberal –en oposición al Estado absolutista– y que se ha extendido y consolidado significativamente en el mundo actual.

Esta teoría es dogmática –punto fundamental y básico del Estado liberal– porque afirma la identidad absoluta entre *la separación de los órganos con poder estatal y el reconocimiento de la libertad de los miembros de la comunidad política*. Igualmente, es arquitectura institucional de dicho tipo de Estado, porque sirve para repartir las competencias o funciones estatales entre la pluralidad de órganos con poder político. Ello sin perjuicio de sus articulaciones y mutua colaboración.

En la praxis, la *separación* ha devenido en un esquema de organización jurídica del Estado, la misma que no puede ser entendida por la mera referencia terminológica empleada por Locke y Montesquieu.

Así, en puridad, las atribuciones asignadas a cada órgano no son exclusivas, sino meramente *prevalecientes*.

Estas atribuciones o competencias señaladas a cada órgano no incluyen su ejercicio monopólico, así como tampoco desdeñan la necesaria coordinación entre ellos.

En nuestro concepto, la Constitución, en esta materia, alude a una fórmula estatal no expresada literariamente de manera adecuada, en donde existe un poder político *unitario-descentralizado* a cargo de plurales funciones, ejercitado por diversos órganos y titularizado en determinados sujetos denominados gobernantes.

Las *funciones estatales* implican un conjunto de factores interrelacionados que se encuentran orientados al cumplimiento de un fin institucional.

Ellas tratan de un conjunto de actividades precisas, necesarias, permanentes, afines y coordinadas que se desarrollan para alcanzar determinados objetivos. Representan las razones principales para la existencia del Estado. En puridad, se desprenden y derivan de los objetivos que dan origen y razón de ser al Estado. Su determinación tiene carácter técnico, en la medida que busca precisar la naturaleza de las actividades estatales y sus relaciones mutuas.

Las funciones estatales expresan las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones de ejercicio de la potestad estatal.

Los *órganos estatales* aluden a unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones estatales. Son los que hacen operativo y visible el poder estatal, manifestando su actividad y voluntad.

Los órganos ostentan, por mandato de la ley fundamental, *competencia* para actuar. Ésta es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar. Ella condiciona la validez del acto, de modo tal que el emitido al margen de la misma está afectado jurídicamente de nulidad.

La competencia orgánica concede a los gobernantes el deber-derecho de hacer uso de las facultades implicadas en ella, mas no concede atribuciones sobre la competencia en sí misma.

Los *gobernantes* son aquellas personas que están premunidas de un título jurídico. Están concebidos como los portadores u operadores de un determinado órgano del Estado.

Como bien afirma Jorge Xifra las Heras[10], el poder del Estado se ejerce mediante hombres; sólo ellos pueden accionar, fácticamente, el poder de la organización política. Los gobernantes, como portadores del poder, quedan enmarcados en el contorno de los órganos; la energía de éstos se mueve y despliega accionada por dichos titulares.

Los actos de poder generados fuera de las competencias de un órgano, provocan un *exceso o abuso del poder;* y el uso de un acto de poder dentro de las competencias, pero con un fin distinto, significa una *desviación del poder.*

4 LOS DEBERES PRIMORDIALES DEL ESTADO

Éstos aluden al conjunto de responsabilidades básicas o esenciales que debe asumir el Estado peruano.

El artículo 44 de la Constitución establece como deberes primordiales del Estado:

a) Defensa de la soberanía nacional

Se trata de una expresión equívoca que en verdad hace referencia a la protección y custodia de nuestra intangibilidad territorial; amén de hacerlo a una voluntad estatal independiente en el marco y concierto de las relaciones internacionales.

---

10 XIFRA LAS HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional.* Barcelona.

b) Vigencia de los derechos humanos

De lo que se trata aquí es de garantizar el pleno respeto de las facultades y atribuciones del ser humano por su sola condición de tal. En los tiempos presentes están implicadas una amplia gama de atribuciones de orden civil, económico, político, cultural, social, etc.

c) Promoción del bienestar general fundado en la justicia y desarrollo integral y equilibrado de la nación

De lo que se trata aquí es del aseguramiento de logros cualitativos y cuantitativos en el orden político, económico, social, cultural, etc., en favor de la comunidad nacional; es decir, de la consecución de plenas, completas, armoniosas e igualitarias condiciones y posibilidades de realización humana en favor de todos los pobladores del Estado.

d) Establecimiento y ejecución de una política de fronteras

De lo que se trata es de señalar criterios y generar actos de gobierno destinados a poblar las áreas limítrofes del territorio nacional. Dentro de este contexto, se busca asegurar el desarrollo integral del país en concordancia con la política exterior.
Con ello se intenta trastocar las denominadas "fronteras muertas", en donde no existe contacto económico, social o cultural con las vecinas poblaciones, ni ninguna presencia poblacional; o afirmar la intangibilidad territorial a través de las denominadas, eufemísticamente, "fronteras vivas".
Mediante las fronteras vivas se afirma la identidad territorial, se promueve y auspicia el desarrollo nacional y hasta se alcanza una vecindad amistosa y fecunda con los Estados allende nuestros límites.

e) Protección a la población de las amenazas contra su seguridad

De lo que aquí se trata es de instituir acciones tendientes a establecer o restablecer la tranquilidad y confianza ciudadana en el despliegue y desarrollo de sus actividades cotidianas.

f) Promoción de los procesos de integración, con especial énfasis en el área regional latinoamericana

De lo que se trata es de afinar y adelantar los mecanismos tendentes a ordenar y unir esfuerzos destinados a alcanzar obje-

tivos comunes de carácter económico, político, cultural, etc., con otros Estados. Se pone atención a aquellos que están vinculados a esta parte del hemisferio, es decir, con quienes tenemos raíces y vínculos de carácter histórico-cultural.

5 *LOS IDIOMAS OFICIALES*

El artículo 48 de la Constitución señala que el castellano es el idioma oficial de la República.

Esta lengua fue impuesta con el advenimiento de la conquista española (siglo XVI).

La institucionalización del castellano se formalizó desde la estructura burocrática colonial; empero, correspondió a la Iglesia católica su divulgación mediante la cristianización de los indígenas y la educación de los criollos y los mestizos.

Asimismo, el propio artículo 48 declara que en las zonas donde predominara el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, éstas devendrán en lenguas oficiales. La regulación de esta parte de la Constitución se efectúa mediante una ley especial.

Como es conocido, dentro de la pluralidad étnica reinante en el Tahuantinsuyo, correspondió al grupo cusqueño el imponer el quechua o *runa simi* (boca del hombre). Así se dio el primer paso a la unidad idiomática en estos predios.

A la fecha se ha comprobado la existencia de 63 grupos étnicos en la Amazonía, y dos grandes en la zona andina.

Cabe advertir que el reconocimiento constitucional del castellano como lengua oficial aparece, por primera vez, en la Constitución de 1979. Asimismo, durante la gestión del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) se oficializó el reconocimiento legal del quechua, elevándosele a nivel de norma suprema en el texto constitucional de 1979.

6 *LA CAPITAL DE LA REPÚBLICA*

La capital de la República debe ser entendida como la ciudad de un Estado en la que usualmente se asientan los órganos estatales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Ahora bien, como excepciones a esta regla encontraremos el caso de Holanda, en donde la sede de los poderes se distribuye entre las ciudades de La Haya y Amsterdam; y el caso de Bolivia, en donde la ca-

pital oficial es Sucre, sede del Arzobispado Primado y de la Corte Suprema, empero es en La Paz en donde funcionan el Ejecutivo y el Legislativo.

El artículo 49 de la Constitución señala la condición de capital en favor de la ciudad de Lima, ubicada en la costa central del país.

Al respecto, cabe consignar que la primera ciudad capital de raigambre hispánica a la que le cupo dicho honor fue Jauja, ubicada en el departamento de Junín (1534).

Posteriormente, en atención a razones de carácter militar y económico, el conquistador Francisco Pizarro fundó la Ciudad de Los Reyes –más tarde conocida como Lima–, el 18 de enero de 1535.

La condición de Lima como ciudad capital se inserta en la Constitución de 1933.

Asimismo, cabe consignarse que como homenaje a nuestras raíces ancestrales y reconocimiento a la importancia emblemática del Imperio incaico, los constituyentes de 1993 han considerado al Cusco como la capital histórica del Perú.

El Cusco fue, en su momento, la *ciudad sagrada* donde se unían los cuatro suyos del Imperio, y a través de la cual se comunicaban los mundos subterráneo y celeste de la cosmovisión incaica. Su fundador fue el Inca Manco Cápac, en nombre del dios Huiracocha y del dios Sol.

7 *LOS SÍMBOLOS PATRIOS*

El concepto alude al conjunto de figuras, objetos, divisas y blasones cívicos que coadyuvan en la identificación, integración y reconocimiento del sentimiento patriótico.

La temática constitucional de los símbolos patrios aparece en la Constitución de 1979.

El artículo 49 de la Constitución reconoce, como tales, a los siguientes:

a) *La bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo*

   Símbolo aceptado desde el 25 de febrero de 1825 –una vez consumada la independencia en los campos de Ayacucho–, por el Congreso constituyente de la época, mediante la dación de una ley especial. Le correspondió a Simón Bolívar el honor de su promulgación.

   Al respecto, ya habían existido disposiciones anteriores emanadas del general José de San Martín (21 de octubre de 1820)

y del supremo delegado Bernardo de Torre Tagle (15 de marzo de 1822).

San Martín había optado por una bandera dividida en cuatro campos por dos líneas diagonales: de color blanco los extremos superior e inferior, y de color rojo los laterales. Este emblema contaba con una corona de laurel ovalada y, dentro de ella, el sol radiante tras sierras escarpadas que se elevaban sobre un mar tranquilo.

Bernardo de Torre Tagle, en vista de los inconvenientes que ofrecía la confección de esta bandera, le introdujo algunas modificaciones. Así, ésta devino en una franja blanca transversal, entre dos homólogas de color rojo, con un sol encarnado.

b) El escudo nacional

El escudo actual fue creado por José Gregorio Paredes y Francisco Javier Cortés. Fue reconocido como tal por Simón Bolívar, mediante decreto de 25 de febrero de 1825.

Como bien afirma el constitucionalista Domingo García Belaunde[11], "si bien ha tenido variantes, el escudo actual es en sustancia el aprobado por el Libertador".

Este emblema consta de tres campos: uno azul celeste que presenta una vicuña mirando el interior y que representa la riqueza animal; a su lado, en fondo blanco, encontramos el árbol de la quina, que representa la riqueza vegetal; y abajo, en fondo rojo, aparece la cornucopia dorada, que simboliza la riqueza mineral.

c) El himno nacional

El himno fue creado mediante concurso público convocado por el general José de San Martín. Su autoría corresponde a José Bernardo Alcedo (letra) y José de la Torre Ugarte (música). La versión original ha sufrido a lo largo del tiempo varias modificaciones.

La música fue arreglada en 1901 por Claudio Rebagliati, sobre la base de instrucciones recibidas del propio Alcedo. En ese mismo año se convocó a un concurso con el fin de elaborar un nuevo texto: el poeta José Santos Chocano fue ungido ganador por un jurado presidido por Ricardo Palma.

---

11 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Lima: Editorial Justo Valenzuela.

Esta versión reformulada por el vate Chocano fue cantada durante algunos años, hasta que mediante la ley 1801 (1913) se reconoció nuevamente la versión original. Al respecto, aún subsisten dudas sobre la autenticidad de la primera estrofa, la misma que es considerada apócrifa.

8 EL TERRITORIO DEL ESTADO

El *territorio* es el espacio físico o porción geográfica sobre el cual el Estado ejerce o puede ejercer su soberanía.

El territorio es un elemento esencial para la existencia del Estado, ya que la organización político-jurídica sólo se configura sobre una superficie que une y caracteriza a la población, la misma que al influjo de sus factores orográficos, viales, etc., forja el carácter de *lo nacional* al mezclarse la voluntad humana con el factor físico.

El constitucionalista Alberto Borea Odría[12] señala que la vinculación de

> "ese territorio con un específico grupo humano que habita en él y que se organiza según un centro de poder, es lo que constituye el Estado."

Borea[13] señala que las principales funciones del territorio son tres:

a) Brinda asiento a la población.
b) Brinda la base para la aplicación de las órdenes y normas emanadas del centro de poder. El territorio delimita el ámbito donde debe cumplirse el ordenamiento jurídico establecido por el Estado.
c) Brinda las condiciones para la cohesión y continuidad de la nación adscrita al Estado.

8.1 Las características del territorio

El artículo 54 de la Constitución establece dos características del territorio nacional, a saber:

a) La inalienabilidad

Es la condición de aquello que no puede enajenarse ni transferirse. En este contexto, se establece que nuestro territorio se

12 BOREA ODRÍA, Alberto. *Elementos del Estado moderno*. Lima: Editorial CELES.
13 BOREA ODRÍA, Alberto. Op. cit.

encuentra fuera del comercio; por ende, no puede ser dispuesto por el Estado.
Como afirma el tratadista nacional José Pareja Paz Soldán[14]:

> "El territorio no sólo pertenece a las actuales generaciones peruanas, las que son meras usufructuarias. La propiedad corresponde a la nación integralmente considerada; es decir, a las generaciones que nos antecedieron y a las que nos sucederán y que forman de consuno una unidad indisoluble: la patria."

En resumidas cuentas, es un depósito sagrado que se transmite de generación en generación.

b) *La inviolabilidad*
Es la condición de aquello en donde sólo es aplicable la soberanía de un Estado. Por ende, en el territorio nacional sólo se ejercen las competencias jurídico-políticas del Estado peruano, debiendo los Estados extranjeros y organismos internacionales abstenerse de promover cualquier acción de dicha naturaleza.

8.2 Los elementos del territorio

El territorio nacional comprende cuatro aspectos: suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo.

8.2.1 Suelo

Comprende la capa de labrantía de la corteza terrestre.

8.2.2 Subsuelo

Comprende el terreno situado debajo de la capa de labrantía de la corteza terrestre.

8.2.3 Dominio marítimo

Comprende la extensión de masa líquida adjunta al suelo terrestre.
El artículo 54 de la Constitución –siguiendo los lineamientos sugeri-

14 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Op. cit.

dos por el texto fundamental de 1979, en donde por primera vez en nuestra historia constitucional se fijaron reglas sobre la materia– declara que en dicha parte del territorio el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los tratados ratificados por el Estado.

El tema referido al mar tiene importancia en razón de cuatro criterios:

a) Determinación de las potestades del Estado ribereño sobre sus aguas adyacentes.
b) Determinación de la extensión de las aguas adyacentes como parte del territorio de un Estado.
c) Determinación del uso, explotación, conservación, etc., de los recursos naturales existentes en dicha extensión.
d) Determinación del uso, explotación, conservación, etc., de los recursos naturales existentes fuera de dicha extensión.

El dominio marítimo parte de la tesis del inglés John Selden en su obra *Mare clausum* (1635), en donde se afirmaba que aquél abarcaba hasta donde la vista alcanzara. Posteriormente aparecerá Cornelio Birkershack, en 1902, quien en su libro *Dominio de los mares* señalará que dicha primacía estatal alcanzaba hasta aquella distancia donde existía poder para defenderla, esto es, la que cubría el tiro de cañón. Esta distancia fue precisada por Fernando Galiani en tres millas.

A la fecha, esta noción de dominio marítimo, según el derecho internacional, requiere que previamente se establezcan las diversas zonas marítimas que ella comprende.

Dichas zonas marítimas son seis:

a) Mar territorial

Es aquella área de 12 millas marinas adyacentes a la costa o litoral:

La línea de base para medir dicha área es la línea de baja mar –fin del reflujo o descenso de la marea del mar–, a lo largo del litoral.

El mar territorial comprende el lecho y el subsuelo de su área marítima.

En esta zona el Estado ejerce dos atribuciones:

– Ejercicio pleno y absoluto de la soberanía; por ende, existen facultades de jurisdicción estatal excluyente, sobre todas las personas y recursos que se encuentren ubicados dentro de dicha área.

– Competencia plena y libertad de decisión para la implementación de políticas gubernamentales, acciones de coacción, y ejecución del poder político sin limitaciones foráneas.

b) Zona contigua

Es aquella que comprende un área de 12 millas computables a partir de la finalización del mar territorial.

En esta zona el Estado ejerce la siguiente atribución:

– Derecho de policía; ergo, facultades de fiscalización y control para preservar y sancionar las infracciones de los reglamentos por él dictados en materia aduanera, fiscal, sanitaria, migratoria, etc.

c) Zona económica exclusiva

Es aquella área que cubre un total de 176 millas marinas. Se encuentra adyacente a la zona contigua.

En esta zona el Estado ejerce dos atribuciones:

– Derecho a la exploración, explotación, conservación y administración de recursos materiales que allí se encuentran.
– Derecho a la producción de energía derivada del agua, de las corrientes o vientos.

d) Plataforma continental

Alude a la *parte sumergida* del litoral, que se va inclinando paulatina o bruscamente hasta que se produce el descenso inmediato hacia el fondo del mar.

En puridad, comprende el lecho o fondo del mar y el subsuelo de zonas submarinas adyacentes a las costas, que se encuentren fuera de la zona del mar territorial (12 millas).

En esta zona el Estado ejerce dos atribuciones:

– Derecho a explorar, explotar y determinar el destino de los recursos naturales que allí se encuentran.
– Privilegio de exclusividad, en atención a que aun cuando el Estado no ejerciera el derecho arriba descrito, ningún otro podrá ejercerlo sin su consentimiento.

e) Alta mar

Es aquella superficie acuática adyacente a la zona económica (fuera de las 200 millas marinas), sobre la cual ningún Estado ejerce ningún tipo de soberanía.

En ese sentido, el mar queda abierto a todos los Estados *in genere,* es decir, sean ribereños o sin litoral. Ello implica el derecho de cualquier cuerpo político a la libertad de navegación; tendido de cables y tuberías submarinas; pesca; investigación científica con sujeción a las normas internacionales, etc.

f) Fondos marinos

Es aquella área ubicada debajo de alta mar.

Dicha zona no puede ser reivindicada, ni ejercerse, en ella, soberanía de ninguna especie. Los recursos allí ubicados se consideran *res communis humanitatis.*

El Estado peruano y la tesis de !as doscientas millas

Tal como afirma el tratadista nacional Raúl Ferrero Rebagliati, corresponde a los Estados Unidos ser el primer país en extender su jurisdicción más allá del mar territorial.

Dicha acción se generó sobre la base de dos consideraciones:

a) Asegurar la vigilancia marítima a efectos de dar cumplimiento a la ley de Prohibición del Consumo de Bebidas Alcohólicas; esto es, se trataba de impedir el ingreso clandestino de dicho tipo de productos (1924).
b) Asegurar los derechos de conservación de la riqueza ictiológica. Las famosas "Proclamas" del presidente Harry Truman establecían jurisdicción y control sobre la plataforma submarina.

Las "Proclamas Truman" precipitaron una reacción en cadena en 1945. El presidente mexicano Manuel Ávila Camacho decidió incorporar al territorio nacional la plataforma submarina, a efectos de alcanzar los mismos objetivos que el gobierno norteamericano.

En 1947, el presidente chileno Gabriel González Videla proclama la soberanía nacional sobre la plataforma continental y respecto de "todo el mar desde la costa hasta una paralela matemática proyectada a doscientas millas marinas de las costas continentales". Inmediatamente, el presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero y el canciller Enrique García Sayán dictaron el decreto supremo 781, a través del cual nuestro país también se adhería a dicha tesis.

En 1952, Chile, Perú y Ecuador adoptaron la Declaración de Santiago, que establecía la soberanía y jurisdicción exclusiva sobre el mar adyacente hasta una distancia de 200 millas.

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA
89617

El 15 de noviembre de 1954 se produce una acción estatal que potenciará esta tesis a nivel de conflicto internacional. Así, la Armada peruana capturó –a 126 millas de Punta Aguja– 12 buques cazadores y un barco factoría que enarbolaban banderas panameñas y que eran propiedad del acaudalado naviero griego Aristóteles Onassis.

Dicha acción se justificó en razón de habérseles sorprendido pescando sin el respectivo permiso de autorización. El pago de una multa ascendente a 3 millones de dólares permitió la liberación de las embarcaciones; empero, promovió la discusión y debate acerca de la decisión peruana.

Cabe decir que el decreto supremo 781, de 1 de agosto de 1947, motivó que sus firmantes plantearan posiciones contradictorias en torno a su fundamentación.

De un lado, José Luis Bustamante y Rivero adoptó una posición *territorialista*; y del otro, Enrique García Sayán se inclinó por la posición *patrimonialista*.

En la Asamblea Constituyente de 1979 ambas posiciones se polarizaron –Alberto Ruiz Eldredge y Andrés Aramburú Menchaca fueron partidarios de la posición territorialista–; empero, a pesar de la redacción ambigua sobre dicho tema (art. 98), una abrumadora mayoría de académicos considera que nuestro derecho constitucional a la fecha ha adoptado la postura patrimonialista.

Estas posturas plantean lo siguiente:

a) Posición territorialista

Plantea derecho soberano de propiedad sobre toda la extensión del mar adyacente a la costa peruana, hasta un límite de 200 millas.

b) Posición patrimonialista

Plantea derecho soberano de propiedad hasta el área denomidada *mar territorial* (12 millas); y un derecho soberano de exploración, explotación, conservación y administración con fines económicos, de los recursos materiales de todo género ubicados desde las afueras del mar territorial hasta un límite de 200 millas.

En el primer caso, la legislación interna se impone sin ningún tipo de limitación.

En el segundo caso, la legislación interna se compatibiliza con el derecho internacional, a partir de las 12 millas.

Desde nuestro punto de vista, la posición patrimonialista no afecta el interés nacional, sino, por el contrario, lo afirma en razón de las siguientes consideraciones:

a) Evita colocarnos al margen del orden jurídico internacional, en donde más del 90% de los países se ha adherido a la tesis del mar territorial o soberanía absoluta sobre las 12 millas.
b) Afirma el concepto de zona económica exclusiva de 200 millas, en la que el Perú ejerce derechos patrimoniales respecto de los recursos ubicados en dicha área marítima.

8.2.4 Espacio aéreo

Comprende la extensión de masa de aire que cubre nuestra demarcación territorial (suelo terrestre y dominio marítimo). Es evidente que sin ella no se concibe la vida del hombre en la superficie terrestre.

De conformidad con lo establecido en la Convención de Aviación Civil Internacional de Chicago (1944), se reconoce internacionalmente que cada Estado tiene soberanía exclusiva sobre la zona aérea que abarca su territorio.

Ahora bien, tal como afirma José María Podestá Costa L. A. Ruda[15], lo arriba descrito no contraviene los derechos internacionales conocidos como *libertades del aire.*

Estas libertades son dos:

a) Paso inofensivo o libre comunicación
Comprende el derecho de las aeronaves de surcar el espacio aéreo de un Estado, salvo cuando es perjudicial para la paz, el buen orden y la seguridad.

b) Escala técnica
Corresponde al derecho de aterrizaje en suelo extranjero, por razones de aprovisionamiento y reparación de las aeronaves.

De particular importancia es el problema relativo a los límites o extensión del denominado *espacio aéreo* y del *espacio ultraterrestre.*

El espacio ultraterrestre se concibe como aquel que se extiende más allá de la capa de aire que rodea el planeta, hasta el infinito.

El límite entre ambos espacios está dado por la altura menor a la cual un satélite (astro) puede gravitar alrededor de la Tierra, puesto que debajo de esa elevación cualquier objeto que provenga del espacio exterior sería destruido por la fricción con las capas de la atmósfera. Por

15 PODESTÁ COSTA L. A. RUDA, José María. *Derecho internacional público.* Ed. Tea.

ende, el espacio aéreo estaría determinado por la altura en que se quemaría un satélite en perigeo (el punto más próximo por donde el satélite pasa por la Tierra, cuando está en el centro de atracción y que como consecuencia del fenómeno de la velocidad no cae en ella. Aproximadamente, 100 km).

En ese aspecto, el tratado sobre la materia, de 1967, que recoge la definición arriba expuesta, deja constancia de que el espacio ultraterrestre es *res communis humanitatis*; o sea, su propiedad no pertenece a ningún Estado en particular, y su uso es común a todos los hombres.

9 LA FUNCIÓN PÚBLICA

9.1 Consideraciones generales

La normatividad referida a la *función pública* fue establecida, por primera vez, en la Constitución de 1979. Ella hace referencia al conjunto de actividades que ejercen los funcionarios y servidores del Estado, a efectos de que se verifiquen las responsabilidades asignadas por la organización estatal según la Constitución y las leyes, así como las políticas de la élite gobernante.

Con pésima técnica, el artículo 39 de la Constitución señala que los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la nación. Al respecto, es obvio que todos los miembros de la administración estatal ostentan la condición genérica de trabajadores.

A mayor abundamiento, el artículo 41 del mismo texto utiliza –esta vez sí– la terminología apropiada de *funcionarios* y *servidores públicos.*

Se denomina *funcionarios públicos* a aquellos trabajadores que se encuentran dotados, expresamente por la ley, de una delegación y facultad especial para representar la voluntad del Estado.

Su condición funcional emana de una designación estatal tendente a realizar una actividad jurídico-administrativa dentro de una esfera de competencia en la que se constituye y expresa la voluntad del Estado.

El artículo 4 del decreto supremo 005-90-PCM señala que los funcionarios son aquellos que ocupan cargos públicos por elección popular o designación emanada de autoridad competente. Se trata de cargos con responsabilidad del más alto nivel jerárquico en el seno de los organismos públicos.

Debe advertirse que la *designación* es el acto por el cual una autoridad de mayor nivel jerárquico encarga y autoriza el desempeño de un

cargo de confianza, con las prerrogativas y limitaciones que la ley establece.

Los funcionarios convierten sus decisiones, expresadas a través de resoluciones, en verdaderos *actos de gobierno.*

Se denomina servidores públicos a aquellos trabajadores que, en condición de subordinación jerárquica o funcional, desempeñan una labor de carácter profesional, técnico o auxiliar, de manera continua, permanente y remunerada.

El artículo 3 del decreto supremo 005-90-PCM considera como tales a las personas que prestan servicios en una actividad de la Administración pública, al amparo de un nombramiento o contrato de trabajo refrendado por una autoridad competente, con las formalidades de ley, en una jornada de forma legal y sujeta a retribuciones permanentes en períodos regulares.

Entre las principales características que distinguen las labores de un funcionario o un servidor, se pueden señalar las siguientes:

a) Los funcionarios ejercen la representación del Estado, sea en actos de autoridad o de gestión. Asumen un mandato a la manera fijada en el derecho civil.
   Ello genera que estén conferidos de un poder para representar y ejecutar, en nombre y por cuenta del Estado, una serie de actos de gobierno.
   Tienen la responsabilidad de dirección o asesoramiento. Asimismo, proyectan su actividad funcional hacia el exterior de la repartición donde prestan servicios.
b) Los servidores realizan una actividad personal de carácter manual o intelectual.
   Su relación laboral es consecuencia de un contrato de trabajo, a la manera del derecho laboral.
   Se trata de trabajadores que, mediante un acuerdo consensual, se obligan a desarrollar una tarea en la Administración pública. Asumen la condición de meros ejecutores-dependientes; actúan por vinculación interna, sin poder trascender los límites de la repartición donde prestan servicios.

El artículo 39 de la Constitución señala que tanto los funcionarios como los servidores públicos están al servicio de la nación; asimismo, establece un orden jerárquico entre las más altas autoridades del Estado. Dicha jerarquía es la siguiente:

1. Presidente de la República (elección).
2. Congresistas (elección).

Ministros de Estado (designación).
Miembros del Tribunal Constitucional (designación).
Miembros del Consejo Nacional de la Magistradura (designación).
Miembros de la Corte Suprema (designación).
Fiscal de la nación (designación).
Defensor del pueblo (designación).

3. Representantes de organismos descentralizados (designación).
4. Alcaldes (elección).

Al respecto, cabe consignar que esta prelación jerárquica es errónea y omisiva, ya que no alude a funcionarios tales como el presidente del Banco Central de Reserva; el superintendente de Banca y Seguros, el contralor general de la República, etc. Como bien sabemos, los organismos en donde los citados prestan servicios tienen la denominación de *organismos autónomos no descentralizados.*

En vía de interpretación, cabe señalar que, en atención a que funcionarios como el fiscal de la nación y el defensor del pueblo, etc., pertenecen a organismos autónomos no descentralizados, los omitidos deben ser considerados en la segunda categoría del artículo 39 de la Constitución, artículo que sólo tendría un mero carácter enumerativo.

9.2 La carrera administrativa

El artículo 40 de la Constitución señala que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos y deberes de quienes la integran.

La carrera administrativa se entiende como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, derechos, deberes y responsabilidades que corresponden a los trabajadores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública. Ella diversifica las labores en grupos ocupacionales y niveles, lo que les otorga el derecho expectaticio al ascenso y la promoción laboral.

La denominación *carrera administrativa* reconoce la pluralidad tipológica de los trabajadores públicos, a saber:

- Carrera judicial.
- Carrera fiscal.
- Carrera magisterial.
- Carrera universitaria.
- Carrera diplomática.

- Carrera militar.
- Carrera policial.
- Carrera de los profesionales de la salud.
- Carrera aduanera.
- Carrera de los trabajadores sujetos al decreto legislativo 276, etc.

La Constitución advierte que no se encuentran comprendidos dentro de la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (presidente de la República, congresistas, alcaldes, asesores, etc.).

El artículo 40 de la Constitución señala tajantemente que ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

Debe advertirse que el artículo 40 de la Constitución señala que no están comprendidos dentro de la función pública los trabajadores adscritos a las empresas estatales o sociedades de economía mixta.

9.3 Las obligaciones constitucionales

Entre las principales obligaciones a cargo de los funcionarios y servidores públicos, nuestro texto fundamental consigna las siguientes:

a) La obligación de publicación periódica en el diario oficial *El Peruano,* de los ingresos que por todo concepto perciban los altos funcionarios y demás trabajadores –que señala una ley especial– en razón de sus cargos.
b) La obligación, por parte de quienes administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, de hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial *El Peruano* en la forma y condiciones que señala la ley.

La ley 24801, de 3 de mayo de 1988, señala enumerativamente la relación de funcionarios obligados a presentar la respectiva declaración jurada de bienes y rentas.

Dicha declaración consiste en una manifestación escrita, bajo afirmación solemne y compromiso de veracidad, donde se consigna pormenorizadamente la relación de todos los objetos susceptibles de utilización económica, así como todos los ingresos derivados del trabajo remunerado, propiedades, inversión de capitales, etc.

Ahora bien, cuando se presume enriquecimiento ilícito –no existencia de relación entre lo declarado y lo que se ostenta–, el fiscal de la nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula el respectivo cargo ante el Órgano Judicial.

Se entiende que hay enriquecimiento ilícito cuando se produce el desplazamiento de valor de un patrimonio a otro de manera injustificada, teniendo relación tal hecho con el ejercicio de una función pública.

En ese contexto, corresponde a la legislación ordinaria establecer la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como fijar el plazo de su *inhabilitación* para ejercer la función pública. Ésta es, en puridad, una pena principal o accesoria que impide al condenado encargarse o volver a encargarse, por un tiempo determinado, del ejercicio de una responsabilidad estatal.

La Constitución señala que el plazo de prescripción es duplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado; ergo, se alarga el tiempo para acogerse al beneficio de la extinción de la correspondiente acción penal, en razón del *sujeto que comete el ilícito.*

9.4 Los derechos sindicales

El artículo 42 de la Constitución reconoce la vigencia de los derechos de sindicalización y huelga de los trabajadores públicos.

Empero, por excepción, dicha facultad no alcanza a los:

a) Funcionarios con poder de decisión.
b) Funcionarios con cargos de confianza.
c) Miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

10 LOS PROCURADORES PÚBLICOS

La defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercita judicialmente por intermedio de un grupo de funcionarios conocidos como *procuradores públicos.*

Esta institución se encuentra profundamente ligada a los conceptos de personería jurídica del Estado y su representación. Es por ello que haremos algunas explicaciones de carácter doctrinario, a fin de apreciar con mayor criterio el papel del defensor del cuerpo político.

10.1 Bases históricas y doctrinarias

El derecho, como instrumento de interrelación social, plantea la existencia de una relación jurídica entre dos sujetos: el primero en la condición de titular de un derecho subjetivo, y el segundo como el responsable del cumplimiento de una obligación.

El concepto *sujeto de derecho* tiene una expresión de carácter jurídico y no significa de modo alguno una cualidad o atributo real. En ese sentido, no se trata de una esencia o sustancia, sino de una capacidad creada por el orden legal. Esta capacidad es uno de los atributos del Estado, el cual, concretamente, puede ser concebido como un fenómeno real: *la unidad colectiva.* Allí descansa la naturaleza de su realidad.

El Estado tiene una personalidad jurídica, que es concreta y cabal en cierto centro de irradiación de actos. No es, obviamente, una persona ficta, al modo de las sociedades privadas, sino un cuerpo político, tal como lo definiera el teólogo dominico Francisco Suárez y como lo sostiene la propia Suprema Corte de los Estados Unidos.

El Estado es un sujeto colectivo, real, espiritual, personal, dotado de voluntad de dominio. Su personalidad colectiva o moral es el substrato de su personalidad jurídica.

El Estado-persona, como sujeto de derechos y deberes, se distingue de los elementos que lo componen (territorio, pueblo y poder) y asume una individualidad propia, no obstante que no podría existir sin ellos.

Como bien afirma el tratadista nacional Raúl Ferrero Rebagliati[16]:

> "El Estado tiene un territorio, pero no es tal; tiene un pueblo, mas no es un pueblo; es en todo caso un poder regido por el derecho, una personal moral titular de derechos y obligaciones."

El inspirador del concepto de la personalidad jurídica del Estado fue Von G. F. Gerber (1865), quien distinguió entre la personalidad de la comunidad y la del príncipe. Y es que aun cuando el cuerpo político persigue, por esencia, el bien común, de ello no necesariamente se colige que promueva anhelos y fines inmediatos que sean coincidentes con los de los individuos. Ello es evidente, ya que los fines del Estado no están exclusivamente constituidos por la suma de intereses particulares, como sucede con las asociaciones de derecho privado.

---

16 FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Teoría del Estado.* Lima: Ed. Librería Studium.

De otro lado, el Estado puede lesionar o afectar derechos de los miembros integrantes de la sociedad. Ello se debe a que la organización política y los hombres que la conforman pueden ostentar intereses opuestos. No debe olvidarse que el poder del Estado se ejerce a través de funcionarios públicos.

Como vemos, entre *sociedad* y *Estado*, cada cual tiene su propio cautelador de intereses: en el primer caso aparece el Ministerio Público; en el segundo se encuentra la Procuraduría Pública.

De todo lo expuesto, preliminarmente fluye que el Estado como organismo estructural produce un fenómeno peculiar.

Ciertos individuos cumplen funciones y realizan actos, pero los resultados de los mismos se trasladarán a toda la colectividad estatal. Así, el jefe de Estado firmará un convenio diplomático con un país extranjero, pero será el Estado quien se comprometa u obligue.

La personalidad del Estado, en el plano legal, permite observar dos notas sustantivas:

- La unidad.
- La permanencia.

a) La unidad

Se manifiesta a través del Estado-persona, que engloba una pluralidad de intereses. Todos los órganos del cuerpo político estarían aislados si no existiese una potencia unificadora: *el Estado personificado.*

Las acciones públicas quedarían disgregadas o diseminadas si es que el Estado careciese de personalidad jurídica.

b) La permanencia

La capacidad del Estado se manifiesta como constante, no obstante los cambios operados en su composición y dirección. El Estado es una institución perdurable; así lo afirma el viejo aforismo monárquico: "Ha muerto el rey, viva el rey."

Los ciudadanos nacen y mueren; sus dirigentes cesan o renuncian; mas el Estado se prolonga en el tiempo. Media, pues, una continuidad jurídica, consecuencia de su personalidad.

El Estado no queda asimilado a un individuo físico, sino que contiene una idea de persona *in genere.* Así por ejemplo, los compromisos contraídos por el ministro de Economía y Finanzas no se modifican por su caída o dimisión en el cargo.

En suma, la personalidad jurídica del Estado permite demostrar que éste actúa por sí mismo, independientemente de sus integrantes. El poder no reside en los gobernantes, sino en el seno mismo del Estado, que lo ejerce mediante sus órganos.

Ahora bien, ligada a la figura jurídica de la *personalidad*, aparece también la *representación*. Ella puede ser definida en términos generales como la sustitución de una persona, en cuyo nombre se actúa.

En el caso materia de comentario, nos referimos a una modalidad de designación por la cual se señala a una persona natural, quien, en nombre del Estado, promueve la defensa de sus derechos e intereses.

La expresión *procurador* proviene del verbo latino *curoare*, que significa "cuidar", "prever", "ocuparse de algo". Así, el compuesto *procuroare* significa "ocuparse por o para alguien".

Se trata de un funcionario público que, en virtud de una facultad extendida por el Estado, ejercita en su nombre la defensa judicial de sus prerrogativas.

Su origen se entronca con el de aquel que dentro de una comunidad estaba encargado de administrar un comercio, una finca o una industria. De esta manera, el *nomen agentis procurator* era un administrador que tenía que cuidar los bienes de su dueño, si era esclavo; o de su patrono, si era un cliente. Esta modalidad era de carácter interno, pero más tarde, en virtud de un mandato o poder, se le encargarán determinados asuntos de manera exclusiva (negocio jurídico).

Como sólo algunas personas podían tener su propio procurador, esta actividad se convirtió en una profesión que se ejercía a cambio de un honorario.

Durante la implantación del sistema Formulario (130 a. de C.), actuaban en una litis como dueños aparentes del juicio. Allí, mediante la *Lex Aebutie* se introdujo la fórmula escrita para la tramitación de los procesos judiciales.

Así, se trataba de que por medio de un tercero se siguiese una litis. Para ello se hacía aparecer al mandatario en la *intentatio* (pretensión de la fórmula), en tanto que en la *condenatio* (fallo) se declaraba justicia en favor o en contra del mandatario.

Carlos Gómez[17] señala que los llamados procuradores estaban encargados de administrar o defender formalmente los negocios de los peregrinos, por mandato de éstos. Posteriormente aparecerán los lla-

17 GÓMEZ, Carlos. *Elementos de derecho romano.* Ed. Prisa.

mados *procuradores caesoris*, que defendían los intereses del César, quien en buena cuenta era el que dirigía el Estado romano.

Igualmente, se inserta durante la etapa del Imperio la figura de los *procuradores fisci*, a los que les estaba confiada la administración del tesoro y la defensa de los intereses fiscales.

Debe dejarse constancia de que ninguno de los funcionarios estatales actuaba judicialmente, ya que, como era obvio para la época, el César no necesitaba demandar a terceros, así como tampoco se podía ejercitar acción contra él.

La diferencia entre el *advocatus* (abogado) y el *procurator* consistía esencialmente en que este último prestaba su actividad y diligencia personal, mientras que el primero contribuía con sus consejos y conocimientos legales. Con la caída del Imperio romano se pierde esta palabra, así como la profesión; empero, volverá a aparecer en el siglo XII en España.

En la legislación foral española se les empleaba cada vez que un príncipe o un obispo tenía que litigar. Esta representación se generaba para evitar que la presencia física de los citados constriñese la voluntad de la ley. De allí el dicho aquel: "No desfallezca la verdad por medio del poderío."

En el reino de Aragón actuaba en nombre de la sociedad-Estado, para asegurar un correcto procesamiento de las causas criminales.

Durante el período de la unificación, gestada por los Reyes Católicos, surgieron dos nuevos funcionarios:

- El procurador síndico general.
- El procurador síndico personero.

El primero era designado para actuar en los ayuntamientos o concejos, a fin de promover la atención de los intereses del pueblo. Así pues, defendía sus derechos y formulaba queja de los agravios que se le cometían. El segundo era nombrado por elección del pueblo, principalmente en aquellos lugares en donde el cargo anterior era perpetuo o vitalicio.

En las leyes de Recopilación (1567) se establecen las *procuradurías fiscales*, las cuales tenían una función acusatoria. Aquí se presentaban, fusionadas, las funciones de los procuradores y fiscales.

En Francia se insertará durante el siglo XIV la figura de los *procuradores del rey*, quienes cumplían funciones de supervisión tributaria.

Durante el período de la Revolución francesa se consolidará la institución del Ministerio Público, que se encargará de la defensa del fisco,

la acusación por los crímenes y delitos, y, específicamente, de la defensa judicial del Estado.

El desligamiento de la relación procurador-sociedad, y su adscripción como representante exclusivo del Estado, se irá perfilando con la consolidación del Estado gendarme auspiciado por las corrientes liberales desde finales del siglo XVIII.

En el Perú, su antecedente más remoto se encuentra en aquel funcionario real que protegía la jurisdicción y los intereses de la hacienda monárquica ante los tribunales del Consejo de Indias. Su tarea principal era la defensa del erario público. Dicha institución se verá fortalecida con la instauración de la Real Audiencia de Lima, en 1542, y posteriormente con otra similar ubicada en el Cusco.

Debe advertirse que en la Colonia existió un funcionario edil denominado *procurador*, que, como apoderado del ayuntamiento, gestionaba ante el virrey, el presidente de la Audiencia o el propio rey de España, alguna petición importante de la ciudad.

Durante la República las instituciones de la Procuraduría y del Ministerio Público surgieron ligadas. Así aparecen incluso en la ley orgánica del Poder Judicial de 1912 (ley 1510), con la denominación genérica del último de los citados.

Sus obligaciones principales eran las de servir en forma gratuita a los pobres y al Estado en las causas que se les confiara; recabar los expedientes judiciales y llevarlos ante los abogados litigantes, exigiendo de éstos la presentación de los escritos en los términos respectivos, así como comunicarles la fecha en que se verían las causas de sus poderdantes.

Es a partir de 1936, mediante la ley 8489, que se zanjarán definitivamente las diferencias. Allí se establecerá que los antiguamente llamados *procuradores generales de la República* serán funcionarios nombrados por el Órgano Ejecutivo, con la responsabilidad de defender al Estado en todas las instancias judiciales, prestar confesiones en nombre de él, etc. Posteriormente, mediante la ley 17537, conocida como ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio, se fijará con más claridad su comportamiento y estructura organizativa (esta norma se encuentra vigente en la actualidad). Finalmente, por primera vez en la historia constitucional se le incluye en el artículo 147 del texto fundamental de 1979, el cual cambia la denominación fijada en las leyes 8489 y 17537 por la de *procuradores públicos.*

10.2 Los principios institucionales

Cabe señalar dos de los principales:

a) Principio de representación y defensa judicial

Esta regla declara que determinados abogados nombrados por el Órgano Ejecutivo tienen la responsabilidad de actuar procesalmente en nombre y en pro de los intereses del cuerpo político.

b) Principio de potestad estatal

Esta regla declara que los órganos del Estado, a través de sus autoridades políticas, tienen la facultad de nombrar y remover libremente a los procuradores; e incluso les corresponde autorizar los actos de formulación de las denuncias, demandas, desistimientos o allanamientos.

10.3 Base legal

La defensa del Estado se ejercita judicialmente por intermedio de los procuradores públicos dependientes de los diferentes ministerios.

Dichos funcionarios tienen plena representación y la hacen efectiva en los procesos y procedimientos en que el Estado actúa como demandante, demandado, denunciante o parte civil.

Es potestad del Órgano Ejecutivo el nombramiento de los citados, para lo cual tomará en cuenta las necesidades de atención de la representación y defensa del Estado en juicio. Señálese además que le corresponde la atribución extraordinaria de encomendar la defensa del Estado a letrado distinto al procurador público correspondiente. Este criterio se adopta, usualmente, por la naturaleza de un caso que requiere dedicación de tiempo completo; o en razón de una particular especialización profesional.

El artículo 47 de la Constitución permite, a través de la ley de la materia, al órgano administrativo el adoptar, a libre albedrío, la decisión del nombramiento y remoción del cargo.

El constitucionalista Enrique Chirinos Soto[18] comenta:

> "Los procuradores públicos son nada más que abogados del Gobierno. Debe éste gozar, para escogerlos o despedirlos, de las

18 CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos.* Lima: Ed. Andina.

> mismas facilidades que, en su caso, ostenta el particular para contratar un defensor o prescindir de sus servicios."

Se trata, en suma, de funcionarios adscritos a un cargo de confianza. Éstos pueden ser civiles o militares, como veremos más adelante.

10.3.1 Requisitos de nombramiento

Para ser designado procurador público se requiere acreditar tres requisitos:

a) Ser peruano de nacimiento.
b) Haber ejercido la abogacía por un período no menor de quince años consecutivos, debidamente acreditados.
c) Estar colegiado y cumplir las obligaciones que le permitan el ejercicio de la profesión.

10.3.2 Jerarquía funcional

El rango de los procuradores públicos es análogo al de los fiscales superiores, gozando, por ende, en el ejercicio de sus funciones, de las mismas prerrogativas que corresponden a aquéllos.

En el caso de los procuradores públicos con rango militar, oficiales de carrera del Cuerpo Jurídico Militar, éstos tendrán los grados de general de brigada EP (Ejército Peruano), contralmirante MG (Marina de Guerra), mayor general FAP (Fuerza Aérea del Perú) y general PN (Policía Nacional), según se trate del instituto a que pertenezcan.

Debe precisarse que es factible que los abogados asimilados puedan actuar, por decisión del titular de un portafolio funcionalmente vinculado con un instituto armado o policial, en la condición arriba señalada.

10.3.3 Aspectos funcionales

Entre las principales prerrogativas de los procuradores públicos se encuentran las siguientes:

a) Independencia en el ejercicio ordinario de sus funciones, las que desempeñan según su propio criterio y dentro de la forma que estimaren más arreglada a la ley.
b) Potestad de utilizar procesalmente todos los recursos legales que sean necesarios para la defensa judicial del Estado.
   Debe advertirse que los recursos impugnatorios de apelación y el extraordinario de nulidad funcionan ordinariamente de

oficio contra las sentencias desfavorables al Estado. Señálese que, conforme lo dispone el inciso *d* del artículo 12 de la ley 25398, en las acciones de amparo, cuando el Estado es el demandado, no proceden de oficio los recursos de apelación y nulidad. El acto procesal de desistimiento o allanamiento requiere de aprobación expresa del titular del portafolio.

c) Capacidad de solicitar informes y antecedentes, así como de requerir la colaboración de cualquier dependencia de la Administración pública.
d) Responsabilidad de rendir un informe anual de las actividades desempeñadas durante el año judicial precedente. Dicha tarea funcional será objeto de estudio en la sesión ordinaria del Consejo de Defensa Judicial del Estado. Es de advertirse que el año judicial se computa entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.
e) Atributo de requerir el auxilio de la fuerza pública, a través de la autoridad política, para el mejor desempeño de sus labores.
f) Facultad de imponer sanciones disciplinarias o administrativas al personal de su dependencia.

Esta última prerrogativa se encuentra regulada por el artículo 26 del decreto legislativo 276, que establece que las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser:

- Amonestación verbal o escrita.
- Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días.
- Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses.
- Destitución.

Debe dejarse constancia de que los descuentos por tardanza e inasistencia no tienen naturaleza disciplinaria, por lo que no eximen de aplicación de la debida sanción.

Es de verse que las distintas reparticiones del Sector Público Nacional se encuentran obligadas a proporcionar preferente atención a los pedidos de informes y de antecedentes que se les soliciten, así como a cooperar para la realización de las diligencias en las que sea necesaria su participación y concurso.

Cabe anotar que el procurador, para accionar, tiene que ser autorizado previamente por una resolución suprema. En casos excepcionales puede actuar *per se* –pero con cargo a dar cuenta a las autoridades de lo realizado– ante una circunstancia apremiante.

Ahora bien, de manera más precisa, en el ámbito penal le está permitido:

- Participar en las diligencias.
- Aportar pruebas.
- Efectuar peticiones.
- Ingresar a establecimientos penales y policiales.
- Usar los medios de defensa permitidos por el Estado.

Debe advertirse que el Estado sólo puede ser demandado ante los jueces de la capital de la República, previo cumplimiento de los requisitos legales vigentes y agotada la vía administrativa, salvo disposición en contrario.

Los procuradores pueden, en el ejercicio de sus funciones, otorgar poder por acta o delegar su representación mediante simple escrito en favor de los abogados auxiliares.

La distribución o redistribución de los sectores a cargo de un procurador específico se efectúa por resolución ministerial.

Actualmente, gozan de defensa judicial estatal todas las entidades señaladas en el decreto legislativo 560 (ley del Poder Ejecutivo), así como el Congreso y el Poder Judicial. Asimismo, por propia petición y con anuencia ministerial, algunos organismos autónomos se han acogido a dicho beneficio; tales son los casos del Ministerio Público y la Contraloría General.

En puridad, los organismos autónomos debieran designar su propia defensa, en razón de ostentar personalidad jurídica y ser ajenos al Gobierno central.

Cabe agregar que al amparo de su propia legislación y las normas procesales vigentes, los entes ediles, regionales, educativos, de beneficencia y, en general, las empresas estatales o entidades oficiales con personalidad jurídica, deben ser representados en juicio por el funcionario designado en la ley.

Entre las principales obligaciones, impedimentos y prohibiciones aplicables al procurador público, se encuentran los siguientes:

a) Solicitar la respectiva resolución ministerial, o su equivalente autoritativa, en los casos de necesidad de demandar, denunciar, desistirse o transigir en una causa.
b) Impedimento de intervenir como abogados o apoderados de litigantes, en los procesos en que el Estado sea parte.

10.3.4 La estructura organizativa

Cada procuraduría pública se encuentra constituida de la siguiente manera:

- Un procurador público.
- Un procurador adjunto.
- Un abogado auxiliar.
- El personal de secretaría y subalterno necesario.

El procurador adjunto es un abogado colegiado con cinco años de ejercicio profesional, cuya labor se circunscribe a colaborar con su superior y a reemplazarlo durante el período de vacaciones, o por ausencia, enfermedad, licencia o cualquier otro impedimento del titular.

El caso del resto del personal se encuentra regulado por el decreto legislativo 276 y los reglamentos internos de la institución.

10.3.5 El Consejo de Defensa Judicial del Estado

La expresión *consejo* emana del latín *concilium*, que significa "dictamen o juicio sobre alguna cosa". Con ella se alude a un órgano consultivo.

En ese sentido, los procuradores públicos, nombrados como titulares, constituyen un ente institucional encargado de coordinar todas las actividades referentes a la defensa judicial de los asuntos del Estado.

Dicho organismo opera bajo la supervisión del ministro de Justicia, del cual depende orgánica y funcionalmente.

Las atribuciones de este ente son básicamente nueve:

a) Emitir pronunciamiento escrito, previa solicitud de los jefes de los poderes públicos o del presidente del Consejo de Ministros, sobre cuestiones legales que interesen para la defensa judicial del estado.
b) Servir como órgano de centralización estadística, asesoramiento, coordinación técnica e interpretación administrativa de los principios legales y normas internas de carácter reglamentario.
c) Formular los proyectos de ley que fueren pertinentes para la mejor defensa del Estado.
d) Absolver las consultas que le plantea alguno de sus miembros sobre los litigios a su cargo.
e) Aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones de carácter institucional.
f) Recibir los informes anuales de los procuradores sobre el vo-

lumen y estado de los asuntos litigiosos, y ordenar su publicación en la memoria anual de la Defensa Judicial del Estado.

g) Pronunciarse consultivamente sobre la creación de nuevas plazas para procuradores.
h) Resolver los problemas de competencia que puedan presentarse internamente.
i) Ejercer las demás atribuciones que le puedan señalar las normas de carácter general o de estricto aspecto administrativo.

El ministro de Justicia, en su condición de conductor de dicho ente, posee tres atribuciones concretas:

a) Conduce al consejo a través de sesiones ordinarias y extraordinarias. La sesión ordinaria se encuentra prevista normativamente dentro de la primera quincena de cada mes de marzo. La sesión extraordinaria se genera a su entera potestad o por petición de un tercio de sus miembros.
   Por razones de impedimento físico o laboral, el ministro de Justicia puede delegar la conducción de la sesión en cualquiera de los procuradores públicos titulares.
   En las sesiones deberá actuar, como secretario, el procurador de menor antigüedad en el cargo.
b) Designa al procurador público encargado de un caso que requiera particular atención o confianza. Asimismo, opera dicha facultad cuando surge una excusa justificada para la prosecución de una causa.
c) Dispone, de conformidad con los acuerdos del consejo, las medidas tendientes a lograr su efectivo cumplimiento.

Finalmente, debe señalarse que la parte *in fine* del artículo 47 de la Constitución señala que el Estado está exonerado del pago de gastos judiciales.

11 ESTADO E IGLESIA CATÓLICA

Las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica –dentro del contexto fijado en las Constituciones de 1933 y 1979 y que ha sido seguido fielmente por el texto vigente– se rigen por tres principios básicos: independencia, autonomía y colaboración.

Como es evidente, ambos tienen fines y campos claramente delimitados. Al Estado le corresponde ofrecer seguridad a los ciudadanos,

administrar o supervigilar los servicios públicos, promover el bienestar material, etc. En cambio, a la Iglesia le competen los asuntos de orden espiritual (sacramentos, vida litúrgica, organización de la jerarquía eclesiástica, etc.).

Al respecto, el papa Juan XIII, en su *Encíclica Inmortal Dei*, señala:

> "Así que todo cuanto en las cosas y personas que de cualquier modo tenga razón de sagrado; todo lo que pertenezca a la salvación de las almas y al culto de Dios; bien sea tal por su propia naturaleza o bien se entienda así en virtud de la causa a que se refiere todo ello, cae bajo el dominio y arbitrio de la Iglesia. Pero los demás casos que el régimen político y civil como tal comprende y abraza, justo es que le estén sujetos, ya que Jesucristo mandó expresamente que se dé al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios."

Allí queda claramente definido que el campo temporal está a cargo del Estado, mientras que el espiritual queda bajo la responsabilidad de la Iglesia.

Por los fines que le están señalados, el papel de la Iglesia es sobrenatural y espiritual.

Sin embargo, cabe consignar que existe una temática mixta; por ende, *compartida* entre ambos. Es el caso de la familia, la moral pública, el matrimonio e incluso la educación.

Por ende, en atención a los fines que la Iglesia persigue alcanzar; por la corresponsabilidad en el tratamiento de los temas mixtos, y fundamentalmente por el importante papel desplegado por la Iglesia en la evolución de la sociedad peruana desde un punto de vista histórico, cultural y moral, se justifica la normativización de dicha relación.

11.1 Tipología de la relación

En el mundo precristiano –especialmente en el helénico y romano– existió una confusión entre la autoridad política y la autoridad religiosa. Empero, con el advenimiento del cristianismo se impuso un principio fundamental: la separación del poder temporal, del poder espiritual de la Iglesia ("Dad a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César").

Sobre este supuesto, la relación entre el Estado y la Iglesia católica puede clasificarse de seis maneras:

a) Criterio de sacralidad

El Estado y la Iglesia devienen en un solo y unísono ente.

El cuerpo político forja una ligazón estrecha con una doctrina religiosa y sus manifestaciones objetivas en el campo de las relaciones interpersonales. Expresa la manifestación de la acción política y de la creación del derecho mediante la revelación divina.

La Iglesia y sus dogmas devienen en la base y el vértice de la ética social, en sentido pleno. Ello por considerarse que "todo" es una manifestación de la deidad.

Este criterio aparece en Estados como el Vaticano y los adscritos a la fe musulmana (Irak, Irán, Arabia Saudí, etc.).

b) Criterio de secularidad

El Estado sólo se interesa en aquellos aspectos parciales y concretos del bien temporal que inciden o pueden incidir en el bien común espiritual.

En general, se respeta la libertad de cultos sin imponerse la unidad religiosa. El Estado se preocupa residualmente de tutelar aquellos contenidos espirituales mínimos que afectan al bien común temporal.

Estos contenidos mínimos pueden vincularse con la religión adoptada por la mayoría de la población, o por los temas que sean comunes a todas las confesiones religiosas; empero, se respeta siempre la pluralidad religiosa y la posición de los disidentes, heresiarcas, ateos, agnósticos, etc.

Este criterio surge con la creación del Estado moderno.

c) Criterio de laicidad

El Estado disocia radical y absolutamente los asuntos temporales de los asuntos espirituales.

Se parte de una concepción individualista-liberal, en donde se considera a la religión y a la moral como un hecho privado, librado exclusivamente a la conciencia de cada persona, sin ninguna influencia social.

En ese contexto se alude a una "Iglesia libre en un Estado neutro".

Como consecuencia de ese criterio, no se persigue a la Iglesia; empero, tampoco se le reconoce más derechos que los establecidos en la legislación común.

La Iglesia es concebida como una institución de orden privado; una mera asociación jurídica.
Este criterio aparece con la Revolución francesa.

d) Criterio de oposición o absorción

El Estado se arroga una potestad absoluta, tanto en los asuntos temporales como en los espirituales.
En ese sentido, se desconoce la autonomía de la Iglesia, o incluso se niega su constitución y funcionamiento.
En este contexto, se alude a una "Iglesia sierva en un Estado amo", o ésta deviene en una "Iglesia del silencio y en clandestinidad".
Este criterio aparece con el gobierno patriarcal zarista de Rusia, y en los regímenes totalitarios (nazismo y comunismo).

e) Criterio de unidad

El Estado recoge la profesión de una determinada fe religiosa. A la Iglesia se le concede plena soberanía en los asuntos espirituales, y el Estado se asocia con ella para reglamentar las *materias mixtas*. Asimismo, ordena sus actividades según determinadas normas y principios religioso-morales, amén de intervenir en los nombramientos eclesiásticos.
En el Perú rigió este criterio desde la Constitución de Cádiz hasta la dación de la Constitución de 1933.

f) Criterio de colaboración

El Estado y la Iglesia mantienen vínculos dentro de un contexto de autonomía e independencia; empero, se promueve un armonioso espíritu de respeto y colaboración mutua.
El Estado comparte, por razones históricas y culturales, una concepción ético-social derivada de una fe religiosa. En esa perspectiva, el Estado considera que su función no sólo se aviene al orden material, sino también se vincula con una elevación de la significación espiritual de su pueblo, amén de acreditar un concepto orgánico de la sociedad.
Éste es el criterio adoptado en las Constituciones de 1933, 1979 y la actualmente vigente.

11.2 Reconocimiento del papel de la Iglesia católica

El catolicismo no sólo ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano, sino, además, se halla indisoluble e irrevocablemente unido a la nacionalidad.

Como bien se declara en el texto constitucional, es un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú.

Testimonios concretos de su actividad espiritual y material pueden encontrarse en sus tareas de: alfabetización; afirmación de principios y valores para la existencia y coexistencia social; exploración e integración territorial; asistencia social; perfeccionamiento cívico; paz social; integración entre los distintos sectores de la comunidad nacional; contribución intelectual, y hasta en el esfuerzo de sus mejores hombres en pro de la consagración y robustecimiento de los ideales republicanos. En relación a esto último, no puede dejar de mencionarse a figuras de la talla de Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, Toribio Rodríguez de Mendoza, Francisco Javier de Luna Pizarro, Bartolomé Herrera, etc.

De allí que el artículo 50 del texto constitucional vigente declare la responsabilidad estatal de brindar colaboración a las actividades de la Iglesia católica.

11.3 Los principios de la relación Estado e Iglesia católica

Los principios básicos de la relación entre Estado e Iglesia católica se pueden conceptualizar de la siguiente manera:

a) Independencia

Facultad política consistente en la no sujeción jerárquica de la Iglesia al Estado. Implica la libertad de actuación para el cumplimiento de sus fines, de conformidad con el marco legal establecido en la Constitución y las leyes.

b) Autonomía

Facultad política consistente en la facultad de autodeterminación interna. Implica la libertad de decisión en el plano administrativo, económico, disciplinario, para el cumplimiento de sus fines y de conformidad con el marco legal establecido en la Constitución y las leyes.

c) Colaboración

Responsabilidad política asignada al Estado, a efectos de ayudar, contribuir y cooperar con la consecución de los fines que persigue la Iglesia católica dentro la sociedad peruana.

11.4 Las manifestaciones jurídicas de la relación Estado e Iglesia católica

El Acuerdo con la Santa Sede (1980) fija de manera precisa las relaciones entre la Iglesia católica y el Estado peruano, en los siguientes términos:

A la Iglesia católica y los entes adscritos a ella se les reconoce:

a) Personería jurídica de derecho público interno. Por ello tienen plena capacidad para la adquisición y disposición de bienes, así como para la percepción de colaboraciones del exterior. Dentro de este contexto, las órdenes, congregaciones e instituciones seculares se organizan como asociaciones conforme a lo dispuesto en el Código Civil, sin mengua del respeto de su régimen económico interno.
b) Un régimen especial en relación a la subsistencia de subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias otorgados con anterioridad a la suscripción del Acuerdo.
c) Plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial, así como asegurar la enseñanza religiosa como materia ordinaria en el currículo escolar.

La Iglesia católica se compromete a lo siguiente:

a) Las diócesis establecidas en el territorio nacional no dependerán de una judicatura eclesial extranjera, ni se extenderán fuera de las fronteras de nuestro país.
b) Los nombramientos de las principales autoridades eclesiales deben ser comunicados previamente al Estado (antes de su publicación). De no presentarse objeción razonable en un plazo de treinta días, el Gobierno deberá expedir los respectivos nombramientos episcopales a través de decreto supremo, y en los demás casos mediante resolución ministerial.
c) Los cargos de arzobispos y obispos residenciales deberán recaer en prelados de nacionalidad peruana.
d) La Iglesia católica tiene obligación de comunicar al Estado la creación o suspensión de una diócesis o jurisdicción eclesial.

El Estado peruano se encuentra comprometido a lo siguiente:

a) Prestación de servicios religiosos para el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional a través de un vicario castrense.

b) Prestación de servicios religiosos para los católicos internados en centros hospitalarios, tutelares, penitenciarios, etc.

11.5 El patronato eclesial

De conformidad con lo dispuesto en el canon 1448 del Código de la Iglesia Católica, consiste en el conjunto de privilegios y cargos que se conceden a los fundadores de una iglesia, capilla o beneficios. Alude a una concesión unilateral eclesiástica, sin injerencia del poder político.

Los orígenes americanos de esta institución jurídico-eclesiástica aparecen con la bula del papa Julio II, *Universalis ecclesias*, de 28 de julio de 1508, en donde se acoge favorablemente un pedido formulado por el rey Fernando de Aragón y su hija Juana, concediéndoles el ejercicio del patronato indiano de los monarcas de Castilla y de León.

Dicha concesión se produjo como un reconocimiento a su colaboración a la obra evangelizadora en dichos predios.

Posteriormente, en 1753, mediante concordato celebrado entre Fernando VI y el papa Benedicto XIV, se reconoce al rey católico de los españoles el que por un tiempo ejerciese un *patronato en las Indias.*

En el Perú –a pesar de venirse ya ejerciendo en pleno período republicano– se consagra a raíz de las *Letras apostólicas* de Pío IX en 1874. Ello a raíz de las acciones de la denominada "Misión a Roma", encomendada a Pedro Gálvez. Fue aprobado por decreto dictatorial firmado por Nicolás de Piérola.

Desde un punto de vista doctrinario, existen dos tipos de patronato, a saber:

a) El patronato particular

Que se concede a un fiel católico en particular.

b) El patronato nacional

Que se concede a un cuerpo político.

Este patronato permite al Estado realizar las siguientes actividades:

- Designar a las autoridades de la Iglesia católica.
- Examinar y autorizar las leyes y disposiciones de la Iglesia, antes de su publicación y ejecución.
- Establecer las jurisdicciones eclesiásticas.
- Ejercer supervigilancia sobre el patrimonio eclesiástico, etc.

En nuestro país, en todas las Constituciones se consideró como una atribución presidencial la relativa al patronato nacional.

Esta institución desaparecerá del país con la dación de la Constitución de 1979 y con el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, de 19 de julio de 1980.

La desaparición del patronato nacional guarda relación con las innovaciones introducidas en el Concilio Vaticano II (1962-1965).

Al respecto, allí se planteó:

> "Puesto que el ministerio de los obispos fue instituido por Cristo Señor y se ordena a un fin espiritual y sobrenatural, el sagrado Concilio ecuménico declara que el derecho de nombrar y crear a los obispos es propio, peculiar y de por sí exclusivo de la autoridad eclesiástica competente. = Por lo cual, para defender, como conviene, la libertad de la Iglesia y para promover mejor y más expeditamente el bien de los fieles, se desea que en lo sucesivo no se conceda más, a las autoridades civiles, derechos ni privilegios sobre la elección, nombramientos, presentación o designación para el ministerio episcopal. A las autoridades civiles, cuya dócil voluntad para con la Iglesia se reconoce con agradecimiento, se les ruega con toda delicadeza que se dignen renunciar por su propia voluntad, efectuados los convenientes tratados con la Sede Apostólica, a los derechos o privilegios referidos que disfrutan actualmente por convenio o por costumbre."

11.6 El Estado y las demás Iglesias

La parte *in fine* del artículo 50 de la Constitución declara expresamente que el Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

Por entender que la moral cristiana es la base de la moral social imperante en nuestro país, es lógico y viable que, de ser el caso, se preste ayuda o colaboración a las Iglesias protestante, anglicana y griega ortodoxa.

12 LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El artículo 20 de la Constitución señala que los colegios profesionales son personas jurídicas de derecho público interno.

Ello implica que la creación de dichos entes se efectúa por ley. Esto permite regular la relación existente entre el Estado y aquellos entes que, por la naturaleza de sus actividades, se vinculan con asuntos de interés general.

Dicha ley es consecuencia de la voluntad estatal de normar el correcto desarrollo de una actividad profesional que en sustancia acarrea el ejercicio de una función social. Ergo, dicha actividad tiene como cometido el bienestar de su entorno social.

Por consiguiente, se trata de personas jurídicas que sólo pueden crearse y funcionar por mandato de una ley, no bastando para tal efecto la mera voluntad de los profesionales de una disciplina. Por ser expresión de la *voluntad estatal*, tienen personalidad de derecho público.

La Constitución señala que la ley de creación de un colegio profesional debe establecer los casos en que la colegiación, matrícula e inscripción tienen carácter obligatorio. Ello plantea que una determinada actividad profesional sólo podrá ser ejercida por aquellos que previamente se encuentren registrados en el padrón de agremiados de su respectivo colegio.

Con ello se garantiza a la colectividad que quienes asumen una determinada actividad profesional hayan cumplido con acreditar la posesión del título académico y demás requisitos académicos.

En puridad, los colegios profesionales cumplen tres labores:

a) Representación, organización y defensa gremial.
b) Defensa de la ética profesional.
c) Promoción del bienestar social de sus agremiados.

Su antecedente constitucional puede encontrarse en la Constitución de 1979.

En nuestro caso, en particular, la noción de *colegio profesional* surgió con el emperador Justiniano, a quien le cupo el privilegio de crear el primer colegio de abogados, obligando a un registro para obtener el derecho de abogar ante el Pretorio. Para ello se exigía acreditar una edad mínima (17 años), haber estudiado derecho por un lapso no menor de cinco años, ostentar acrisolada reputación, y no tener cargos imputables de infamia.

En nuestro país, aparecieron a partir del período colonial, bajo el fuerte influjo de la concepción foral española.

Así, durante el gobierno de José de Armendáriz, marqués de Castelfuerte (1726), se fundó, con el auspicio de la Compañía de Jesús, una hermandad de abogados con fines piadosos y de ayuda mutua. En tal virtud, sus miembros asistían corporativamente a misas y pláticas en la capilla de Desamparados. Dicho cuerpo fue disuelto a raíz de la expulsión de los jesuitas por mandato de Carlos III.

En 1779, José Antonio de Areche, en su condición de intendente del ejército español y visitador general de tribunales, fijó la creación de un colegio de abogados como símil al existente en la ciudad de Madrid. Lamentablemente, al haberse vulnerado la autoridad del virrey de la época, Manuel de Amat y Juniet, tal decisión fue revocada.

En 1804, el representante del cabildo limeño, Tadeo Bravo de Rivero, consiguió la expedición de la real cédula de 31 de julio de 1804, por la cual se autorizaba la constitución de un colegio de abogados con la misma organización y funciones que el establecido en la ciudad de México.

Por tal motivo, en 1809, durante el gobierno del virrey Fernando de Abascal, juramentó la primera directiva del colegio, cuyo decanato recayó en José Antonio Oquendo.

En pleno período republicano, mediante ley 1367, de 20 de diciembre de 1920, se declaró al Colegio de Abogados de Lima como una institución oficial y se dispuso además la organización de entes similares en aquellos lugares en donde radicaran sede las Cortes Superiores, siempre que el número de letrados no fuese inferior a doce.

Los colegios de abogados realizan en el país cuatro funciones:

a) Defender la dignidad profesional. Para hacer efectiva esta defensa, están provistos de una jurisdicción disciplinaria.
   La ley 1367 les reconoce las facultades de aplicar penas como las de amonestación, apercibimiento y suspensión, sin menoscabo de las atribuciones que corresponden a los tribunales.
b) Propender al mejoramiento de los estudios de derecho, así como al progreso de las disciplinas jurídicas y de la legislación, mediante la organización de conferencias, academias de práctica, concursos, memorias, etc.
c) Ejercer jurisdicción arbitral y absolver consultas técnicas sobre cuestiones jurídicas.
d) Perseguir el ejercicio ilegal de la abogacía, en la forma que señalan las normas sobre la materia, y procurar que no falte el patrocinio profesional a personas de modesta condición económica.

13 *LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS EN EL ESTADO PERUANO*

El artículo 51 de la Constitución, recogiendo la tesis kelseniana –expuesta en su libro *Introducción a la teoría pura del derecho*–, señala:

> "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."

Esta concepción fue recogida a nivel constitucional, por primera vez, en la carta de 1979.

Al respecto, es oportuno efectuar un desarrollo pormenorizado del tema.

13.1 Fundamentos teóricos

Antipáter de Sidón, precursor de cierta modalidad periodística, se ocupó, hace muchos siglos, de escoger las siete maravillas de su tiempo, entre las que incluyó a las pirámides de Egipto. Por ello, si hoy compartiésemos semejante afición por la hipérbole, entre las del mundo jurídico mencionaríamos, sin duda, la *pirámide de Kelsen.*

El gran tratadista austriaco propuso en su obra *Introducción a la teoría pura del derecho* (1934), que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí, de modo tal que, traducidas a una imagen visual, se asemejarían a una pirámide formada por varios pisos superpuestos.

Esta jerarquía nace del principio de *subordinación escalonada.* Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez. Señálese, además, que obtiene este rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.

En el vértice de la estructura legal se encuentra la norma fundamental, que no es un precepto vigente, sino supuesto; es decir, es una hipótesis necesaria de la que todo jurista parte cuando desea interpretar normativamente una realidad coactiva, y sobre la que se funda la unidad sistemática de cualquier orden jurídico.

En esa perspectiva, la estructura piramidal de un ordenamiento jurídico se sustenta en dos principios sustantivos:

a) Unidad

Implica una totalidad de preceptos dispuestos en un orden de jerarquía y prevalencia de valor en su aplicación, bajo la égida de normas fundamentales.

b) Coherencia

Implica la existencia de la referida unidad de un ordenamiento jurídico; empero, además, establece una relación de

armonía de principios entre todas las normas que lo conforman.

Ella alude a la necesidad e imprescindible compenetración y conexión axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados, amén de las competencias y responsabilidades establecidas y que derivan del plano genérico de las normas de un ordenamiento jurídico.

Como afirma el profesor Jorge Power Manchego-Muñoz[19]:

> "Un sistema jurídico no se encuentra constituido por normas yuxtapuestas y coordinadas, sino por normas jerárquicas y superpuestas."

El precepto que regula la producción normativa de un país es una norma superior; mientras que la producida conforme a esa regulación es la norma inferior.

En toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas:

- Las normas productoras de legislación.
- Las normas ejecutoras de legislación.
- Las normas ejecutoras-productoras de legislación.

Las *normas productoras*, en un sentido muy amplio, son aquellas que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), que promueven y condicionan la expedición de otras normas a las cuales se les asigna una jerarquía inferior. Es el caso de la Constitución y de buena parte de las leyes.

Las *normas ejecutoras* son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora. Es el caso de las resoluciones.

Las *normas ejecutoras-productoras* son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente. Es el caso de una buena parte de las leyes y los decretos.

La producción de normas deja constancia del inseparable binomio poder-deber.

El poder del legislador consiste en la facultad de crear, modificar, abrogar, etc., normas dentro de un Estado, siempre que se respeten las reglas de elaboración.

---

19 POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y estados de excepción.* Lima: Ed. Sesator.

Este poder se manifiesta, descendentemente, en cinco planos:

- Poder constitucional.
- Poder legislativo ordinario.
- Poder reglamentario.
- Poder jurisdiccional.
- Poder negocial o de declaración de voluntad.

El deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía.

Este deber, ascendentemente, se manifiesta en cuatro planos:

- Deber negocial o de declaración de voluntad dentro del marco de la Constitución y demás normas de carácter público.
- Deber de aplicar la ley y ceñirse a ésta para resolver los conflictos de carácter judicial o administrativo.
- Deber de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.
- Deber de legislar dentro del contexto señalado por la Constitución.

Debe advertirse que si bien todo ordenamiento tiene forma piramidal, no todos tienen el mismo número de categorías y grados. Existen, incluso, casos en que no hay diferencias entre las normas constitucionales y las ordinarias (es el caso de Inglaterra, en donde, en teoría, el Órgano Legislativo puede producir ambos tipos de normas, sin cumplir con ningún tipo de procedimiento diferencial).

El orden jurídico no es un sistema de preceptos situados en un mismo plano, ordenados equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos o categorías normativas.

En el Perú, la jerarquía normativa y el resguardo de su unidad se encuentran amparados por la existencia de seis principios:

a) Principio de constitucionalidad

Las normas del texto fundamental tienen supremacía sobre cualquier otra norma del sistema, por lo que cuando una norma de inferior jerarquía se les oponga de alguna manera, se aplicará la norma constitucional sobre aquélla.

El tratadista Manuel García Pelayo señala:

> "Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución."

Y tal como afirma el profesor Marcial Rubio Correa, dicho principio se cumple mediante dos formas:

– La no aplicación de la ley inconstitucional.
– La declaración de invalidez de la norma inconstitucional.

La primera se encuentra contenida en el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, que establece:

> "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera."

La segunda se encuentra contenida en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución:

> "La Acción de Inconstitucionalidad (...) 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."

Según el inciso 1 del artículo 202 del texto fundamental, al Tribunal Constitucional le corresponde conocer en instancia única esta acción. Pero la declaración de invalidez de una norma inconstitucional –esta vez, que no tiene rango de ley– también es posible por la vía del inciso 5 del artículo 200:

> "La Acción Popular (...) 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."

La vigencia de este principio se sustenta en el artículo 51 del texto fundamental, ya que éste señala que la Constitución prevalece sobre *toda* norma legal (y, en consecuencia, sobre *toda* norma *con rango inferior* a la legal).

b) Principio de legalidad

Es una regla que identifica el derecho con la ley o con aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, supraordena a las normas de inferior valor.

Esta supremacía nace de lo previsto en el artículo 51 de la Constitución, que señala que, después del texto tundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Es una regla que establece una jerarquía descendente después de la ley, jerarquía que contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte.

Esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 51 de la Constitución y en el artículo 3 del decreto legislativo 560, ley del Poder Ejecutivo.

d) Principio de competencia funcional y territorial

Esta regla se sustenta en la atribución que ostenta un órgano estatal para legislar sobre determinada materia, así como en la extensión o vastedad territorial conferida para el ejercicio de dicha facultad.

Este criterio se ampara en lo dispuesto a lo largo de todo el Título IV –además del Título V– de la Constitución (arts. 90 al 205), así como en las respectivas leyes orgánicas de cada organismo público.

e) Principio de formalidad extraordinaria

Esta regla señala que una norma tiene mayor valor cuando, por encima de los requisitos previstos para su aprobación y expedición, se le exigen otros adicionales o agravados.

Dicho mayor valor nace del criterio lógico de que la existencia de un procedimiento agravado implica el otorgamiento de una mayor importancia al contenido de la norma.

La complejidad del procedimiento acredita, a nuestro entender, un reconocimiento tácito de su superior jerarquía.

Así, es de verse que las normas usualmente expedidas al amparo de este principio, guardan para sí un derecho consagrado por la Constitución; esto es, aluden a la denominada *reserva legal.*

La citada expresión, en términos modernos, establece la custodia o salvaguarda de algún principio constitucional, o el desarrollo de una

institución jurídica, en forma exclusiva y excluyente a través de una específica modalidad normativa.

Este principio se deduce de lo dispuesto en los artículos 106 y 206 de la Constitución.

f) Principio de jerarquía en el órgano legislativo

Esta regla señala que, a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano legislativo superior. Su aplicación se da preferentemente hacia el interior de un organismo.

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno central se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37 y siguientes del decreto legislativo 560 –ley del Poder Ejecutivo–, y, de manera particular, lo dispuesto por las leyes orgánicas.

Ahora bien, la pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores:

– *Las categorías*

Son la expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Ellas provienen de una especie normativa, es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo (leyes, decretos, resoluciones, etc.)

– *Los grados*

Son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de los principios de competencia funcional o territorial, formalidad extraordinaria y jerarquía del órgano legislativo (resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones viceministeriales, etc.).

13.2 Principios para establecer la aplicabilidad de las normas

Estos principios son los que permiten salvaguardar la coherencia de un sistema jurídico.

Esta coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas *antinomias.* Éstas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, acontecimiento o suceso.

Las antinomias pueden ser de dos clases:

Antinomias directas

Se trata de dos normas que expresa, inequívoca y claramente se contradicen.

La incompatibilidad se resuelve mediante la aplicación de los principios de coherencia que posteriormente desarrollaremos.

Antinomias indirectas

Se trata de normas que, sin tener referencia mutua entre sí, se contradicen.

La incompatibilidad se resuelve mediante la aplicación de algunos de los modos de integración jurídica.

Estas antinomias –directas o indirectas– pueden ser por:

- Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y otra que lo prohíbe.
- Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y otra que permite no hacerlo.
- Incompatibilidad entre una norma que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.

Debe dejarse constancia de que se trata de normas que tienen igual jerarquía y validez en un mismo ordenamiento jurídico.

Al respecto, tenemos nueve principios de coherencia para resolver las antinomias directas:

a) Principio de plazo de validez

Esta regla señala que, salvo que el texto de una norma establezca un plazo de validez, dicha norma continúa teniendo vigencia permanente hasta que otro precepto de su mismo o mayor nivel la modifique o derogue; salvo que hubiere quedado sin valor legal alguno como consecuencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Este principio se sustenta en lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, que señalan: "La ley sólo se deroga por otra ley."

b) Principio de posterioridad

Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo, queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior; es decir, cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil.

c) Principio de especificidad

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico.

Dicho criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en aquellos casos de defecto o vacío legislativo.

d) Principio de favorabilidad

Es una regla sólo aplicable a materias de carácter penal, que incide en aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución.

e) Principio de envío

Esta regla es aplicable en los casos de ausencia de regulación de un hecho, por parte de una norma que debió contemplarlo. Ante ello, se permite o faculta accionar a otro precepto que sí lo prevé. Debe advertirse que este principio sólo se cumple cuando una norma envía a otra para cubrir su falta de regulación. Es el caso de las normas del Título Preliminar del Código Civil.

f) Principio de subsidiariedad

Ésta es una regla por la cual un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se dicte o entre en vigencia otra que tendrá vigencia indeterminada. Es el caso de la competencia del fuero agrario hasta antes de la dación de la nueva ley orgánica del Poder Judicial.

g) Principio de complementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento.

h) Principio de suplementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regulado por una norma base, que otra norma posteriormente amplía y consolida. En puridad, el segundo precepto abarcará al primero, sin suprimirlo. Es el caso de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución, que señala que la jornada ordinaria de trabajo, que es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales, puede reducirse por convenio colectivo o por ley.

i) Principio de ultractividad expresa

Esta regla es aplicable cuando, como consecuencia de la derogación de una norma, el legislador determina, de manera expresa, que recobra vigencia la que anteriormente hubo dejado sin efecto.

En este sentido, la parte *in fine* del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil la ha recogido con suma claridad.

13.3 Esquema jerárquico

En nuestro ordenamiento encontramos cinco categorías de normas:

- La Constitución y las normas con fuerza constitucional.
- Las leyes y las normas con fuerza o condición de ley.
- Los decretos.
- Las resoluciones.
- Las normas con interés de parte.

✳ *13.3.1 Primera categoría. Las normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional*

13.3.1.1 La Constitución

Es la norma primera o fundante de nuestro ordenamiento legal. En ella se hallan los principios básicos que permiten asegurar los derechos

y deberes de las personas, así como determinar los fines y la organización del Estado.

Señálase, además, que fija los órganos y procedimientos pertinentes para la elaboración y vigencia de las normas. El Estado, por el hecho de existir, posee forzosamente una Constitución, por cuanto ésta contiene el conjunto de reglas que disponen la organización y el funcionamiento del cuerpo político. Así, siempre se encuentra un conjunto de disposiciones que regulan la organización y la relación de los poderes públicos, fijando, además, las relaciones de principio entre el Estado y los ciudadanos.

Toda Constitución pretende ordenar la génesis del derecho, y esta tarea suele hacerse de dos maneras: en primer lugar, regulando ciertas materias directamente; y en segundo lugar, estableciendo los órganos y procedimientos con los cuales se regularán las materias que ella misma no ha regulado. En tal virtud, la Constitución es, a la par, fuente del derecho y norma que regula las fuentes de producción jurídica. Así, cualquiera que sea el contenido de la carta básica, ésta condiciona toda la creación del derecho de un país, considerando que sólo formarán parte del ordenamiento las que material y formalmente estén acordes con sus prescripciones.

Como bien señala Ignacio de Otto[20]:

> "La Constitución opera como un condicionamiento negativo en cuanto excluye la posibilidad de que formen parte del ordenamiento jurídico las normas que la contradigan."

13.3.1.2 Las leyes constitucionales

Estos dispositivos son los que materializan una reforma constitucional. Así, mediante un procedimiento especial de aprobación, previsto en el artículo 206 de la Constitución, interpretan, modifican, sustituyen, derogan o abrogan una norma constitucional. Tales son los casos de las leyes 26470 y 26472, de 12 y 13 de junio de 1995, respectivamente, en donde se modifican los incisos 2 y 3 del artículo 200 de la Constitución y el artículo 77 de la misma.

Estas normas se refieren a la acción de hábeas data y a la administración económica y financiera del Estado.

---

20 Citado por GÓMEZ ESTEVES, Gualberto. "Comentarios a la obra de Kelsen". En: *La Crónica*. Lima, 5 de mayo de 1988.

13.3.1.3 Los tratados con habilitación legislativa

Son los convenios que contienen una estipulación que afecta una norma constitucional, pero que por intervención del Congreso, utilizando un procedimiento especial, quedan habilitados para su plena vigencia. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución establece textualmente lo siguiente:

> "Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República."

Como bien se sabe, dicho procedimiento se encuentra establecido en el artículo 206 de la Constitución.

Sobre esta materia, el profesor Miguel de la Lama[21] señala:

> "Ello implica que la norma constitucional afectada seguirá rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recuperará su plena vigencia en caso de que éste llegara a terminar (...) o no llegara a entrar en vigor por no reunir el número de instrumentos de ratificación necesarios. Su valor radica en la existencia de un procedimiento más riguroso para su aprobación; empero, no exige la reforma constitucional."

El propio De la Lama prevé, como ejemplo teórico, el caso de la aprobación de la Convención sobre el Derecho del Mar.

Al respecto, sostiene que:

> "La Convención, al reconocer a los Estados ribereños soberanía sobre el espacio aéreo que cubre el mar territorial de doce millas marinas, afecta la disposición contenida en la Constitución política, que establece que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas. Ello, pese a que igualmente se establece que dicho ejercicio se realiza de conformidad con la ley y con los convenios internacionales ratificados por la República; y que éstos, a partir del Convenio de Chicago de 1944, reconocen una soberanía esencialmente limitada por las libertades del aire."

---

21 LAMA, Miguel de la. En: AA. VV. *La Constitución peruana y sus problemas de aplicación.* Lima: Editorial Cultural Cuzco.

Dicho autor deja constancia de que no necesariamente comparte tal apreciación, sino que se vale de ella para graficar dicha calidad de tratado.

13.3.2 Segunda categoría. Las leyes y normas con fuerza o condición de ley

La *ley* puede ser definida como aquella norma escrita, de ámbito general, que emana de algún órgano político del Estado.

Al interior de esta categoría, la prelación es la siguiente:

13.3.2.1 Las leyes orgánicas

Este tipo de normas está dirigido a delinear la estructura y permitir el funcionamiento de los más importantes órganos del Estado, así como a otras materias cuya regulación por ley orgánica se encuentre establecida en la Constitución.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 106 del texto fundamental, se tramitan como cualquier ley. Requieren, en cambio, para su aprobación, de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso (61 representantes).

Un típico ejemplo de esta modalidad lo tenemos en la ley 26435, ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El procedimiento agravado las convierte en un tipo de norma de mayor valor. Desde una perspectiva estrictamente teórica o académica, las leyes orgánicas tienen como fin específico desarrollar los principios e instituciones básicas de la Constitución.

13.3.2.2 Las leyes

Se las define como normas escritas de carácter general –no sujetas a ningún procedimiento agravado ni vinculadas con una materia expresa–, que emanan del Parlamento. De manera específica, el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución señala que es atribución del Congreso el dictar las leyes.

Puede afirmarse que por medio de una ley ordinaria debe reglarse cualquier asunto para el cual la Constitución expresamente no señale otra forma de subespecie normativa (códigos, asuntos de carácter económico, social, etc.).

a) Las leyes de bases

Son las que contienen las pautas fundamentales de una materia. Ellas tratan de dar coherencia, armonía y sistematización a una materia legislable caracterizada por su complejidad y extensión.

En puridad, son "leyes marco" que establecen los criterios rectores o parámetros esenciales a que tienen que sujetarse las normas conexas con ellas. Así, tendríamos el caso de una ley de bases de regulación tributaria, en donde se establecerían, de manera panorámica, aspectos medulares como el objeto del tributo, el hecho imponible, los sujetos obligados, el régimen de exoneraciones y sanciones, etc. Estos criterios pasarían luego a ser desarrollados, completados y precisados a través de otros dispositivos de aplicación y ámbito más específico.

Un ejemplo específico podemos encontrarlo en la ley de Bases de la Regionalización (ley 24650), que norma la delimitación, creación y modificación de las regiones, así como la creación, naturaleza, finalidad, competencia, organización básica, recursos y relaciones de los Gobiernos regionales.

En igual medida es citable la ley de Bases de la Policía Nacional.

Si bien esta modalidad de la ley no se encuentra mencionada expresamente en la Constitución, es evidente que la doctrina y la práctica legislativa la han impuesto. Cabe consignar que las leyes de bases hacen referencia a servicios públicos directos, es decir, a aquellos que son conducidos de manera personal y exclusiva por el Estado.

b) Las leyes generales

Son las que establecen principios comunes e integrados dentro de una materia vasta, compleja y polivalente.

La expresión *general* alude a que comprenden por igual a los elementos de un "todo" legislable. Así, la generalidad se contrapone a la particularidad que pudiera ostentar cada elemento.

Su origen proviene de la denominada *Lex Generalis*, de Valentiniano III, la cual era empleada inexcusablemente cuando el emperador quería dar alcance uniforme a un *rescripto imperial* para todos los súbditos del imperio.

Un ejemplo típico lo tenemos en la ley general de Industrias (ley 23407), la cual establece las normas comunes e integradas que promueven y regulan la actividad industrial de las distintas empresas manufactureras del país (productos lácteos; envasados y conservación de frutas y legumbres; molinería; panadería; preparados para animales; textiles; calzado; papel, etc.).

Usualmente hacen referencia a servicios públicos impropios; es decir, en donde intervienen y colaboran los particulares.

c) Las leyes de desarrollo constitucional

Son aquellas que se encargan expresa y concretamente de explicitar determinadas normas constitucionales.

La octava disposición final y transitoria de la Constitución señala que son leyes prioritarias las relativas a las siguientes materias:

- Las normas de descentralización.
- Las relativas a los mecanismos y procesos de eliminación de monopolios legales sobre servicios públicos.

Ahora bien, dentro de esta categoría cabe distinguir entre las normas con *fuerza de ley* y las denominadas normas con *condición de ley.*

c.1) Las normas con fuerza de ley

Son aquellas que, por mandato expreso o deducido de la Constitución, tienen el mismo valor o jerarquía que una ley.

Entre ellas tenemos las siguientes:

– *Los tratados*

En el derecho internacional, los tratados constituyen acuerdos solemnes del más alto nivel sobre un conjunto de problemas o asuntos de considerable importancia para dos o más Estados y organizaciones internacionales.

En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre éstas y aquéllos.

La cancillería peruana los define como el conjunto de reglas de comportamiento a futuro, concertadas por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional interestatal.

Los tratados celebrados por el Perú con otros Estados forman parte del derecho nacional.

Se tramitan inicialmente mediante la *negociación*; continúan a través de la *suscripción*, y culminan con el *canje de ratificaciones.* Ello no obsta a que algunos Estados puedan vincularse posteriormente a un tratado mediante la *adhesión* a su contenido.

En nuestro país, la Constitución exige que, previa a la ratificación por parte del presidente de la República, se proceda a su *aprobación* por el Congreso.

Debe advertirse que la aprobación se otorga en los casos de tratados relativos a derechos humanos, soberanía, defensa nacional, obligaciones financieras, los que creen o replanteen la existencia de leyes, etc. Consiste en el acto de aprobación, conformidad o asentimiento al acto de firma preliminar o celebración compromisorial básica efectuado por el Órgano Ejecutivo.

La *ratificación presidencial* es vista como la solemne confirmación otorgada al tratado, por parte del jefe de Estado, el que por mandato constitucional es el director de la política exterior y de las relaciones internacionales. Como tal, celebra y ratifica los tratados.

La expresión *canje de ratificaciones* o *instrumentos ratificatorios* (en el caso de los tratados multilaterales) alude al intercambio o permuta de documentos ratificatorios de un tratado.

Debe insistirse en que involucran los acuerdos de voluntades que crean una relación jurídica entre Estados y/o organizaciones internacionales y que, por ende, crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones de carácter económico, comercial, cultural, limítrofe o financiero, no priorizados sustantivamente en nuestra Constitución.

De otro lado, debe advertirse que los tratados de mayor importancia deben ser aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente de la República. No obstante, éste puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales o adherirse a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso, debe darle cuenta inmediata. Como se verá más adelante, estos convenios tienen, por mandato de la ley, una jerarquía menor.

Asimismo, es conveniente distinguir una serie de vocablos que son sinónimos de la expresión *tratado*. Al respecto, el artículo 2 de la Convención de Viena (1969) reconoce que, a través de la historia, los tratados han recibido diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales. Las principales son las siguientes:

Convenios o acuerdos

Conforme a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la denominación *convenio* puede ser utilizada en dos casos:

a) Cuando se trata de la concordancia de voluntades entre un Estado y una organización internacional, o entre organizaciones internacionales (sentido lato).
b) Cuando se trata de un compromiso estatal con otro(s) Estado(s) y que tiene un marco amplio de aplicación y una significativa importancia política o económica (sentido estricto).

Nuestro ordenamiento jurídico, apartándose del criterio establecido en la Convención de Viena, los fija como aquellos en que no se necesita la aprobación previa del Congreso.

En realidad, se trata de compromisos en donde el Órgano Ejecutivo tiene el monopolio de los actos de aprobación y ratificación del instrumento compromisorio, con prescindencia del Órgano Legislativo (a este último sólo se le comunica la ratificación).

En referencia a los *acuerdos,* ellos son los que tienen una forma simplificada de aprobación, en donde el Órgano Ejecutivo realiza en un solo acto la aprobación y ratificación del instrumento compromisorio. Se les conoce como los compromisos "executive agreements".

Como puede observarse, los acuerdos, según la Convención de Viena, vienen a ser los convenios aludidos por nuestro texto fundamental.

Protocolos

Son los instrumentos aclaratorios o complementarios de un anterior tratado. Esta modalidad supone y requiere de la existencia de un convenio o acuerdo previo.

Modus vivendi

Se trata de acuerdos provisionales destinados a regir mientras se llegue a un acuerdo definitivo. Se caracterizan por no tener un período de vigencia permanente.

Actas

Son los documentos en donde se deja constancia de ciertos hechos, conversaciones o resoluciones en el marco de una conferencia internacional.

Concordatos

Son los tratados bilaterales celebrados por la Santa Sede con el objeto de regular la situación jurídica de la Iglesia católica en un determinado Estado.

Compromisos

Son los instrumentos en donde constan la materia o las cuestiones que serán sometidas a un posterior acuerdo de voluntades, así como las circunstancias de lugar, tiempo e idioma aplicables a un procedimiento arbitral.

Cartas constitutivas

Son las avenencias mediante las cuales se crea un organismo internacional, incorporando sus estatutos y normando sus actividades.

Declaraciones

Son las avenencias de dos o más Estados sobre un punto de derecho o de política internacional que expresa una opinión uniforme. Es frecuente su utilización con motivo de la visita oficial de un jefe de Estado o ministro de Estado, en la que, al término de la misma, se emite una declaración.

Pactos

Son los compromisos que se revisten de una solemnidad especial. Los casos más importantes los tenemos en la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Cambios o canjes de notas

Son las formas veniales que puede adoptar un tratado. Se trata de comunicaciones cursadas entre los Estados y que, para el caso, constituyen el tratado en sí. Esta modalidad se utiliza cuando no se desea o no se requiere empleo de solemnidad alguna.

Debe insistirse en que las diferentes denominaciones se explican por razones técnico-formales, pero no generan su exclusión del concepto de *tratado.*

– *Los decretos legislativos*

Son los preceptos emanados del Órgano Ejecutivo en virtud de lo que en doctrina se conoce como *legislación delegada.*

En virtud de ello, el Congreso puede transferir al Órgano Ejecutivo la potestad de legislar mediante este tipo de normas. Dicha delegación se verifica mediante la expedición de una ley autoritativa en la que se precisa la materia objeto de delegación y el plazo de la misma.

Los decretos legislativos se encuentran contemplados en el artículo 104 de la Constitución y devienen en instrumentos indispensables en los

Estados modernos debido a las dificultades que tiene el Parlamento para aprobar dispositivos legales con celeridad, oportunidad y versación en alguna especialidad determinada.

Así, tenemos el caso del actual Código Civil (1984), texto de 2.122 artículos, que fue aprobado mediante decreto legislativo 295 en atención a la imposibilidad material del Congreso para discutir una ley con articulado tan vasto y especializado.

Nuestro ordenamiento dispone que la ley que autoriza dictar decretos legislativos en materia de leyes orgánicas debe aprobarse por la mayoría calificada a que se refiere el artículo 106 de la Constitución. La autorización puede contener disposiciones que condicionen su vigencia (es el caso, por ejemplo, de un control previo por parte del Congreso).

Los decretos legislativos deben ser aprobados por el Consejo de Ministros.

El presidente de la República tiene la responsabilidad de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, según sea el caso, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

El texto del decreto legislativo es objeto de estudio por parte de la Comisión de Constitución y Leyes Orgánicas, o de la que señale la ley autoritativa. El plazo de tal acción es de treinta días útiles, no prorrogables. Debe advertirse que sólo se emitirá dictamen en el caso de que se considere que existe exceso en el ejercicio de la facultad delegada o que se contravenga la Constitución.

Debe dejarse constancia de que el artículo 104 del texto fundamental señala que no pueden "delegarse" las materias que son intransferibles a la Comisión Permanente.

Dichas materias indelegables son las siguientes:

- Reforma constitucional.
- Aprobación de tratados.
- Aprobación de la ley de Presupuesto.
- Aprobación de la ley de la Cuenta General de la República.

– *Las resoluciones legislativas*

Son aquellas que el jurista nacional Enrique Chirinos Soto[22] ha definido como "ley del caso particular". En puridad, representan una excepción a la característica de la generalidad de la ley, característica que señala que las leyes son dadas para regir de manera colectiva. Se trata de

22 CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit.

dispositivos que asignan atribuciones o deberes a personas específicas, o que otorgan validez a determinados hechos.

A mayor abundamiento, debe señalarse que esos dispositivos están referidos a: asuntos de carácter personal (como las pensiones de gracia, designación de los miembros del Tribunal Constitucional); aprobación de tratados; y asuntos de carácter local (como la creación de establecimientos de enseñanza, sociedades de beneficencia, ejecución de obras públicas, declaración de monumentos históricos, zonas turísticas, etc.). También son utilizados para nombrar y remover al contralor general y al superintendente de Banca y Seguros, así como para levantar el fuero parlamentario. En suma, todo lo que no tenga calidad de generalidad ni determinación de normas preceptivas permanentes. Las resoluciones legislativas son expedidas por el Congreso y se numeran como si fuesen leyes.

Tienen fuerza de ley porque tácitamente la Constitución las equipara con la ley en el inciso 1 del artículo 102, así como porque son tramitadas conforme lo dispone el último de los dispositivos citados.

– El Reglamento del Congreso

Este dispositivo se encarga de establecer la estructura, organización y funcionamiento del Congreso. Se caracteriza porque no lleva numeración alguna.

El artículo 94 de la Constitución señala que el Congreso elabora y aprueba su reglamento, el mismo que por mandato específico de la norma invocada tiene fuerza de ley.

– Las sentencias del Tribunal Constitucional

La Constitución otorga facultades al Tribunal Constitucional para expedir sentencias que declaren la inconstitucionalidad total o parcial de una ley o norma con fuerza de ley.

En ese sentido, el primer párrafo del artículo 204 de la Constitución señala:

> "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."

La sentencia del Tribunal Constitucional no tiene efecto retroactivo.

☆ *– Los decretos de urgencia*

Se trata de preceptos dictados por el presidente de la República como una medida excepcional y válida para regular situaciones extraordinarias y apremiantes de carácter económico y financiero. El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución los prevé en salvaguarda del interés nacional. Son aprobados por el Consejo de Ministros y refrendados por el presidente del mismo.

Resulta evidente que las normas que se dictan en aplicación de la citada norma constitucional difieren de los decretos supremos expedidos al amparo del inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, que tienen por objeto reglamentar leyes o permitir el normal funcionamiento de los servicios públicos.

En el caso de los decretos de urgencia, su expedición está condicionada a la existencia de circunstancias anormales e imprevistas que exigen una acción estatal urgente e inmediata cuando así lo requiere el interés nacional.

Debe admitirse que en el derecho comparado se les utiliza para dictar legislación de necesidad y premura extraordinaria.

Las características de esta modalidad normativa son las siguientes:

a) Medida extraordinaria

Se trata de disposiciones que se dictan ante situaciones que están fuera de lo común; ergo, surgen ante hechos imprevistos, anormales y extremos.

b) Materia económica y financiera

Tratan lo relativo a los siguientes aspectos:

– Reestructuración de los gastos del Gobierno central y las empresas del Estado establecidos en la ley anual de Presupuesto, siempre que las disposiciones presupuestales impidan la aplicación de medidas extraordinarias.
– Disposición de operaciones de emergencia en materia de endeudamiento interno y externo, para proveer al Estado de recursos financieros destinados a la atención y satisfacción impostergable de necesidades públicas.

El artículo 74 de la Constitución prohíbe expresamente que los decretos de urgencia contengan materia tributaria.

c) Motivación fundamentada

Es obligatorio, bajo pena de nulidad, que la parte considerativa de la norma comprenda una explicación suficiente y precisa sobre los hechos y los fundamentos jurídicos que la amparan.

d) Carácter provisional

La medida tiene un ámbito de vigencia determinado en el tiempo; es decir, se circunscribe al período que demoran en cesar las causas que dieron origen a su dación. Dicho lapso no debe exceder de seis meses.

e) Interés nacional

Se refiere a que la conveniencia, ventaja o beneficio material deberá dirigirse en favor de toda la población, y jamás en modo alguno para provecho de un grupo.

f) Valor integrador y/o suspensivo

Su aplicación permite cubrir un vacío o defecto legislativo, o, en otra hipótesis, suspender los alcances de una ley que regula una situación normal, hasta tanto no cese la situación anormal.

g) Dar cuenta al Congreso

Existe la obligación del presidente de la República, dentro de las veinticuatro horas posteriores a su publicación, de dar cuenta, por escrito, al presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente, según sea el caso.

h) Control parlamentario

El presidente del Congreso o de la Comisión Permanente, según sea el caso, remite el decreto de urgencia a la Comisión de Constitución y Leyes Orgánicas, a efectos de que dictamine sobre sus alcances.
El referido dictamen debe poner énfasis en la razonabilidad de la invocación acerca del interés nacional, así como en el cumplimiento de los requisitos formales, amén del respeto al marco normativo previsto en la ley sobre Control Parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República.

El Congreso o la Comisión Permanente, según sea el caso, se pronuncian en definitiva sobre la vigencia o derogatoria del decreto de urgencia. Cabe señalar que el artículo 135 de la Constitución faculta al presidente de la República para legislar durante el interregno parlamentario –disolución del Congreso– mediante decretos de urgencia. En ese sentido, la práctica política determinará si dichas normas tendrán un contenido distinto de las materias económico-financieras previstas para los períodos de normalidad constitucional (funcionamiento pleno del Congreso).

– *Normas regionales de carácter general*

Son normas emanadas de las regiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del texto fundamental. Estos entes gozan de autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia. Estas normas aluden a la coordinación y ejecución de planes y programas socioeconómicos regionales, así como a la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley. Mediante una ley orgánica se regularán de manera más específica los alcances de este tipo de normas. Se les concede fuerza de ley en virtud de que contra ellas procede ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

– *Las ordenanzas municipales*

Son normas generales que regulan la organización, administración y prestación de los servicios públicos locales.

Asimismo, se encargan de promover el cumplimiento de las funciones generales o específicas de los municipios, señaladas en la Constitución y la ley orgánica de Municipalidades; establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada, y pueden contener sanciones por infracción de las disposiciones emanadas de los concejos municipales.

Al ente edil que las dicta le son aplicables las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público Nacional (art. 2 de la ley 23853).

Se les concede fuerza de ley en virtud de que contra ellas procede la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (inc. 4 del art. 200 de la Constitución). Como bien se sabe, este organismo estudia la legalidad de los dispositivos con jerarquía o fuerza de ley, quedando el Poder Judicial, vía la acción popular, como responsable del control constitucional en los demás casos.

c.2) Las normas con condición de ley

Son aquellas que alcanzan una jerarquía similar a la ley, por efecto de una *mutación constitucional.*

Este concepto alude a aquellas transformaciones acaecidas en la realidad de la configuración del poder político, a cambios sustantivos en la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que estas transformaciones queden actualizadas en el documento constitucional, cuyo texto permanece intacto.

En puridad, la mutación constitucional permite adecuar y ligar la realidad normativa constitucional con la realidad histórico-política.

Existen varios tipos de mutación constitucional; mas, para el caso, nos interesa rescatar aquellos vinculados con el tema:

- Las mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución; es decir, que surgen ante la necesidad de llenar algunos vacíos constitucionales.
- Las mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución; es decir, cuando los preceptos adquieren un significado distinto de aquel con que inicialmente fueron concebidos.
- Las mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución; es decir, cuando se reconoce la imposición de la fuerza de los hechos sobre la fuerza coercitiva de las normas.

  El ordenamiento jurídico peruano ha conferido condición de ley al decreto ley.

– Los decretos leyes

Son aquellos dispositivos de naturaleza *sui generis*, dictados por gobernantes que reúnen para sí, de manera opuesta a lo previsto por el ordenamiento jurídico, la labor parlamentaria y la administrativa.

En la generalidad de los casos, este tipo de gobernantes recibe la denominación de gobernantes "de facto". Son definidos como aquellos usurpadores que, habiendo depuesto a las autoridades legalmente constituidas, han logrado establecer un dominio en el territorio nacional, han asegurado la aceptación o tolerancia de la población, han *dictado* normas *eficaces*, además de haber obtenido el reconocimiento de los gobiernos extranjeros. También se incluye el caso de los gobernantes elegidos mediante el mecanismo previsto en la Constitución, y que pos-

teriormente promueven un autogolpe de Estado. Es el caso de Fujimori, luego del autogolpe del 5 de abril de 1992.

No obstante lo expuesto, existe un precedente singular en la historia peruana, en donde el presidente José Luis Bustamante y Rivero (período 1945-1948) legisló suplantando al Congreso, debido a que, en su último año de gestión, la Cámara de Senadores –de clara posición conservadora– se declaró en "huelga".

Desde una perspectiva jurídico-formalista, se trataría de normas inconstitucionales, ya que no fueron dictadas por una autoridad cuyo ejercicio del poder legislativo se amparaba en la ley; además de que, obviamente, no se expidieron siguiendo el procedimiento establecido para su elaboración, sanción y promulgación.

Un caso similar lo tenemos en el ejercicio de poder del presidente uruguayo Juan María Bordaberry, quien fue elegido en comicios electorales en 1972, pero que durante su mandato fue conduciéndose paulatinamente al margen de la Constitución y las leyes, hasta su final derrocamiento por las fuerzas militares en 1976.

La doctrina ha establecido tres teorías en torno a la validez de los decretos leyes:

- *Teoría de la caducidad*
  Plantea que una vez reconstituido el Estado de Derecho dichas normas dejan, *ipso facto*, de tener validez.
- *Teoría de la revisión*
  Establece el examen de las normas por parte del Congreso sucedáneo al Gobierno que en los hechos asumió función legislativa.
- *Teoría de la continuidad*
  Plantea que los citados dispositivos preservan o mantienen su validez durante la reinstauración del Estado de Derecho. Para que pierdan su vigencia, el Congreso deberá dictar una nueva norma que los derogue, abrogue, modifique o sustituya, según sea el caso.

Es evidente que, a pesar de su inconstitucionalidad formal, los decretos leyes rigen por imperio de los hechos. La realidad social reconoce que estas normas generan, en muchos casos, efectos irreversibles y ponen en juego uno de los fines del derecho, como es la seguridad jurídica. Los decretos leyes, durante su vigencia, pueden originar una

serie de derechos, facultades, prerrogativas, beneficios, concesiones, etc., que no pueden quedar en la incertidumbre o anulación al reinstaurarse el sistema constitucional.

En razón de lo expuesto, tanto la Corte Suprema como una de las cámaras legislativas se han pronunciado en favor de la tesis de la continuidad.

Nuestro máximo organismo de justicia, en una ejecutoria relacionada con un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el decreto ley de Bases de la Reforma Agraria (ley 14283) –dictado durante el Gobierno militar de 1962 para solucionar, mediante la expropiación de tierras, el álgido problema creado por las guerrillas de La Convención (Cusco), encabezadas por Hugo Blanco Galdós–, expresó:

> "Los decretos leyes que expidan los gobiernos que en los hechos asumen la función legislativa, rigen hasta que sean derogados o sustituidos mediante otra disposición."

Con similar intención, la Cámara de Diputados, en la sesión del 30 de mayo de 1983, aprobó, entre otras conclusiones contenidas en el dictamen de la Comisión de Constitución, que los decretos leyes, actos administrativos y contratos celebrados por los gobiernos de facto, aunque adolecen de inconstitucionalidad producen efectos válidos sin necesidad de ratificación, mientras no sean derogados o abrogados por una ley dictada por el Congreso.

13.3.3 Tercera categoría. Los decretos

Aluden a disposiciones de carácter general emanadas de los órganos vinculados con la administración del Estado, ya sea en el plano nacional, regional o local.

13.3.3.1 Convenios internacionales ejecutivos

Son aquellos compromisos de carácter internacional que celebra, ratifica o a los que se adhiere el presidente de la República, al amparo del artículo 57 de la Constitución.

Esta modalidad normativa está vinculada con las atribuciones y obligaciones adjudicadas al presidente en el artículo 118 de la Constitución. Tales convenios están vinculados con la política general del Gobierno, la seguridad exterior, la administración de los servicios públicos, etc.

Dichos convenios no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas contitucionales, legales o exijan poste-

rior desarrollo legislativo para su cumplimiento; así como tampoco preceptos sustantivos en materia de derechos humanos, ni compromisos de reforma de la organización del Estado y de los procesos judiciales.

Por mandato de la ley sobre Control Parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República, se ha establecido que tienen el valor de un decreto supremo y que, en caso de conflicto con éste, tales convenios tienen prevalencia.

El presidente de la República tiene la responsabilidad ineludible de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, según sea el caso. El plazo que señala la ley es de veinticuatro horas.

Estos convenios se encuentran sujetos al control parlamentario. El Congreso, mediante resolución legislativa, puede dejarlos sin efecto.

13.3.3.2 Los decretos supremos

Se trata de preceptos de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Se encargan de normar y supervigilar la organización y funcionamiento de los servicios públicos nacionales o las actividades de dichas instituciones. Asimismo, se encargan de reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (inc. 8 del art. 118 de la Constitución).

Su expedición puede estar sujeta a alguna de estas consideraciones:

- Que su aprobación requiera solamente la firma del presidente de la República; por ende, deberán ser refrendados por uno o más ministros, según sea la materia legislable.
- Que su aprobación requiera, adicionalmente, el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Esta última condición se encuentra prevista en cinco casos:

- Decretar alguna de las modalidades del estado de excepción (art. 137 de la Constitución).
- Convocar al Congreso a legislatura extraordinaria (inc. 6 del art. 118 de la Constitución).
- Expedir el reglamento de organización y funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (art. 16 del decreto legislativo 560).
- Aprobar la expropiación de un bien inmueble (ley 9125).
- Cuando una norma expresa lo indique.

Rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo disposición expresa contenida en el mismo dispositivo.

En el ámbito reglamentarista del Órgano Ejecutivo, cabe establecer que los *reglamentos* son disposiciones administrativas que ponen en

vigor reglas generales (proposiciones jurídicas), de obligatoriedad *erga omnes.*

Se trata de disposiciones dirigidas a una pluralidad de personas. No tienen un destinatario concreto o nominalmente determinado, sino que señalan el entorno preceptivo de quienes se encuentran obligados a su cumplimiento. En suma, establecen los supuestos de hecho por características generales (propietarios de casas, empresarios, usuarios de un servicio público, etc.), y los límites de su obligatoriedad se encuentran en la ley. El contenido de la reglamentación debe encontrarse encuadrado dentro de lo que es la "sustancia" o "espíritu" de la ley. Su expedición hace posible una mejor aplicación de ésta. Para ello, especifican detalles y aspectos accesorios no incluidos expresamente en esa norma.

Desde una perspectiva doctrinaria, se les clasifica de la siguiente manera:

- *Reglamentos administrativos*

  Son aquellos preceptos generales de la Administración pública que tienen obligatoriedad interna (en el interior de un organismo estatal). Tienen entroncamiento explícito con una ley orgánica u ordinaria de creación o implementación de una institución estatal.

  En ellos se establecen aspectos secundarios vinculados con la estructura, organización y funcionamiento de un organismo público; así como con los deberes y derechos de los funcionarios, directivos y servidores públicos a él adscritos.
- *Reglamentos ejecutivos*

  Son aquellos que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y aspectos accesorios de una ley. Son los más importantes dentro del género.
- *Reglamentos autónomos*

  Son aquellos que no se fundan directamente sobre la base de una ley; empero, coadyuvan al cumplimiento de tareas, atribuciones o funciones encomendadas por ella.

  Serán válidos en la medida que respeten lo siguiente:
  - Que no exista ley sobre la materia, y que no deroguen, abroguen, etc., una norma de dicha jerarquía.
  - Que tengan vinculación con las funciones o actividades encargadas a un organismo estatal, y que, por ende, no invadan atribuciones privativas de otras instituciones.

13.3.3.3 Los edictos municipales

Se trata de dispositivos de gobierno de carácter general, vinculados con la existencia de los tributos municipales, así como con el reglamento de organización interior de los municipios.

1.3.3.3.4 Los decretos de alcaldía

Son disposiciones dictadas por la máxima autoridad edil. Se refieren a normas que permiten ejecutar lo previsto en las ordenanzas municipales, sancionar los procedimientos de administración y resolver y regular asuntos de interés para el vecindario.

13.3.4 Cuarta categoría. Las resoluciones

Se trata de normas que tienen por finalidad resolver casos particulares y concretos del ámbito de la administración gubernamental.

13.3.4.1 Las resoluciones supremas

Son aquellas decisiones de importancia gubernamental, a nivel nacional, que adopta el Órgano Ejecutivo. No contienen normas de carácter general y se dirigen a personas precisables a las que se les confieren derechos públicos subjetivos o se les establecen responsabilidades o deberes.

El inciso 3 del artículo 2 del decreto legislativo 560, ley del Poder Ejecutivo, señala que deben ser rubricadas por el presidente de la República y refrendadas por el ministro del sector correspondiente.

Rigen desde el día en que son expedidas, salvo en los casos en que requieren notificación o publicación, en cuya hipótesis rigen una vez cumplido tal requisito.

13.3.4.2 Las resoluciones ministeriales

Son dispositivos que permiten formular y supervisar la política general sectorial del Estado, dentro del ámbito de su competencia, y que tienen a su cargo determinados servicios públicos. Igualmente, permiten supervisar y controlar a los organismos públicos descentralizados y las empresas del sector.

13.3.4.3 Las resoluciones de órganos autónomos no descentralizados

Son dispositivos que permiten formular, ejecutar y supervisar la política general de los órganos autónomos no descentralizados. Son emitidas por la máxima autoridad de la entidad.

Los organismos autónomos no descentralizados son personas jurídicas de derecho público interno que no se encuentran adscritos a ninguno de los poderes del Estado por expreso mandato constitucional.

Entre ellos se puede mencionar a la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, etc.

Sus titulares reciben la denominación de *jefes* y ostentan el rango de ministros (la doctrina los conoce como "ministros sin cartera").

13.3.4.4 Las resoluciones viceministeriales o sus equivalentes en el sector público

Son las disposiciones dictadas por la autoridad inferior inmediata a un ministro de Estado. Están referidas a asuntos de carácter administrativo adscritos a su sector o al área de competencia asignada.

En este grado también se encuentran las autoridades inferiores inmediatas a los titulares de los órganos autónomos y los organismos centrales.

13.3.4.5 Las resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos descentralizados

Estos organismos son entes con personería jurídica propia y autónoma otorgada por su ley de creación.

Se crean para desarrollar las funciones productivas de bienes y servicios del Estado, para lo cual requieren autonomía en su gestión, y también cuando ellas no se pueden cumplir adecuadamente desde los órganos de un ministerio. Ejemplos concretos los tenemos en el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Concytec), etc.

13.3.4.6 Los acuerdos municipales

Son decisiones gubernamentales específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional, que expresan la opinión de la municipalidad, así como su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta institucional.

Estos acuerdos, por su connotación gubernativa, tienen amparo único y exclusivo en la Constitución.

13.3.4.7 Las resoluciones municipales

Son aquellas decisiones que permiten a los concejos municipales ejercer sus funciones administrativas (asuntos de administración vinculados a las áreas de personal, tesorería, abastecimiento, contabilidad, etc.).

13.3.4.8 Las resoluciones de alcaldía

Son las que expiden los alcaldes –aparte los decretos– al ejercer sus funciones. Resuelven asuntos de carácter administrativo (expedientes de vecinos). Hacen referencia a sujetos determinados.

13.3.4.9 Las resoluciones directorales

Son las que expresan decisiones estrictamente administrativas o de administración, que adopta un funcionario de nivel y de alta confianza del titular del pliego.

Se expiden en función de las atribuciones que les conceden la ley orgánica del sector, el reglamento de la ley orgánica, etc.

⁎ *13.3.5 Quinta categoría. Normas con interés de parte*

Son aquellas decisiones del Estado surgidas por peticiones de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generan derechos y deberes de carácter personal. En ese sentido, la parte es aquel titular de un derecho o deber que requiere o impetra la declaración por una sentencia o resolución administrativa. El tratadista español Guillermo Cabanellas de Torres[23] la identifica, en el aspecto procesal, como el protagonista de un acto jurídico.

En este ámbito aparecen las siguientes normas:

13.3.5.1 Las ejecutorias supremas

Se trata de las resoluciones expedidas en última instancia por el Órgano Judicial, sobre las que no se admite recurso impugnatorio y gozan del instituto de la cosa juzgada.

13.3.5.2 Las resoluciones del Tribunal Constitucional

Se trata de resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional en materia de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

---

23 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho usual.* Buenos Aires: Ed. Heliasta.

13.3.5.3 Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

Se trata de decisiones sobre los procesos electorales. Por mandato del artículo 181 de la Constitución, tienen el carácter de inapelables.

13.3.5.4 Las resoluciones de los órganos de justicia administrativa

Se trata de decisiones vinculadas con los deberes y derechos de los funcionarios o servidores de la Administración pública, o con quejas y reclamaciones de los usuarios o personas con intereses concretos ante una repartición estatal.

Dichas decisiones causan estado; empero, no gozan del instituto de la cosa juzgada, ya que pueden ser objeto de una acción contencioso-administrativa ante el Órgano Judicial. Es el caso, por ejemplo, de las resoluciones del Consejo Nacional de Minería.

13.3.5.5 Los acuerdos de sala plena de los órganos jurisdiccionales

Se trata de aquellas decisiones de carácter no jurisdiccional que se adoptan colectivamente en sala plena de una corte del Órgano Judicial.

13.3.5.6 Los convenios colectivos de trabajo

Se trata del acuerdo de voluntades generado entre el empleador y los trabajadores.

13.3.5.7 Los contratos

Se trata de acuerdos de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear vínculos de mutuos derechos y obligaciones.

13.3.5.8 Los testamentos

Se trata de decisiones vinculadas con la futura disposición de un bien.

14 LOS TRATADOS

Los tratados expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional público; es decir, entre Estados, organismos internacionales, o entre éstos y aquéllos.

Le correspondió el mérito de establecer su adscripción a la temática constitucional, de una manera orgánica y sistémica, a la Constitución de 1979.

La carta vigente ha introducido modificaciones que han desmejorado sustantivamente su tratamiento. Así, se ha producido la desjerar-

quización de los tratados de derechos humanos –que antes figuraban a nivel de la Constitución– y la depreciación de los tratados ordinarios, al ponerlos al nivel de la ley, cuando anteriormente aparecían por encima de ella. Todo esto, incluida la omisión del tratamiento deferente que se daba a los tratados de integración, es una prueba elocuente de nuestra afirmación.

14.1 Los tratados y el derecho interno[24]

En lo concerniente a la relación existente entre las normas del derecho internacional público y las normas del derecho estatal, la doctrina esgrime dos criterios contrapuestos:

a) Corriente dualista

Alude a la existencia de dos órdenes jurídicos, en principio separados, aislados, incomunicados y cerrados en sí mismos: el internacional y el nacional.

Las normas del derecho internacional público sólo alcanzan *obligatoriedad* entre los Estados, ya por la vía de la aplicación de los preceptos consuetudinarios, ya de los convencionales (suscripción expresa de tratados). Las normas del derecho estatal sólo alcanzan *obligatoriedad* entre las personas adscritas a la autoridad del cuerpo político, y se extienden únicamente a lo largo y ancho del territorio sometido a su jurisdicción. Ahora bien, las normas del derecho internacional público sólo adquieren *obligatoriedad* y *fuerza vinculante* mediante la adopción de la institución del *reenvío normativo.*

Denomínase reenvío al acto por el cual el Estado "recoge" las normas del derecho internacional público y las incorpora como parte de su normatividad.

De igual manera, la misma institución opera cuando una norma del derecho estatal es incorporada al plano del derecho internacional público.

Ahora bien, la prevalencia jerárquica es determinada por el propio Estado.

---

24 Cfr. RAMÍREZ NOVOA, Ezequiel. *Derecho internacional público.* Lima: Ed. Amaru.

b) Corriente monista

Alude a la existencia de un solo, único e inclusivo orden jurídico, conformado tanto por las normas del derecho internacional público como por las del derecho estatal.

Ahora bien, en relación a la prevalencia de los preceptos de un tipo o del otro, la doctrina plantea las siguientes opciones:

a) La tesis alemana

Planteada por tratadistas de la talla de Zorn, Kaufman y Wenzel.

Esta tesis se inclina por concederle prevalencia a las normas del derecho estatal.

b) La tesis austriaca

Planteada por tratadistas austriacos de la talla de Kunz, Kelsen y Verdross.

Esta tesis se inclina por concederle prevalencia a las normas del derecho internacional público.

Este tópico será comentado sucintamente más adelante.

14.2 La postura del Estado peruano

Nuestra Constitución se ha inclinado implícitamente por la *corriente dualista.*

Al respecto, el artículo 55 señala:

> "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."

La norma invocada significa la aplicación de la institución del reenvío; por ende, nuestro cuerpo político recoge como parte de nuestra normatividad –y con carácter obligatorio para todos los ciudadanos y residentes en el Perú– a todas aquellas normas internacionales convencionales (tratados), celebradas por el Estado, que se encuentran en vigor. Asimismo, ha ubicado a las distintas normas internacionales convencionales (tratados) dentro de las distintas categorías de nuestra pirámide jurídica, a saber:

Primera categoría

Segundo grado. Los tratados con habilitación legislativa.

Segunda categoría
Segundo grado. Los tratados ordinarios.
Tercera categoría
Primer grado. Los convenios internacionales ejecutivos.

Por otro lado, la Constitución deja constancia –al recoger con el atributo de la fuerza vinculante las normas internacionales convencionales (tratados)– de lo siguiente:

- Que el Estado ejercerá el dominio marítimo y aéreo de su territorio, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional (art. 54).
- Que el Estado aplicará la pena de muerte, conforme a lo que dispongan los tratados sobre la materia suscritos por nuestro país (art. 140).
- Que el Estado reconocerá la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos (art. 205).
- Que el Estado aceptará que las normas relativas a los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia que hubieren sido ratificados (cuarta disposición final y transitoria).

Ahora bien, en lo relativo a la posibilidad de que una norma de derecho interno pueda derogar un tratado, sin su previa denuncia, ello queda descartado en razón de lo siguiente:

a) En aplicación del principio *pacta sunt servanda* todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
b) Un Estado no puede invocar, por sí, las normas de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

De conformidad con lo expuesto en la Opinión consultiva 14/94, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que reiterada jurisprudencia acredita que los criterios arriba expuestos constituyen costumbre jurídica internacional, amén de haber sido positivizados en la Convención de Viena (1969).

14.3 La celebración de tratados

Dènomínase como *celebración* al conjunto o concierto de actos que se realizan para conferir validez a los compromisos contraídos por la vía de un tratado.

Dicho concierto de actos comprende, en nuestro país, tres partes:

a) Negociación y suscripción a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.
b) Aprobación congresal, con las excepciones previstas en el artículo 57 de la Constitución.
c) Ratificación presidencial.

El artículo 56 de la Constitución señala que los tratados deben ser *aprobados* por el Congreso, antes de su *ratificación* por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- Derechos humanos.
- Soberanía, dominio o integridad del Estado.
- Defensa nacional.
- Obligaciones financieras.

Asimismo, establece similar procedimiento cuando se trata de:

- Tratados que crean, modifican o suprimen tributos.
- Tratados que exigen modificación o derogación de alguna ley.
- Tratados que requieren medidas legislativas –a nivel de ley– para su ejecución.

El artículo 57 de la Constitución señala que no es necesaria la *aprobación congresal* –y que, por ende, el presidente de la República puede celebrar o *ratificar* tratados o *adherirse* a éstos– cuando aludan a materias no contempladas en los casos anteriormente señalados. Es el caso de la regulación de tarifas aduaneras, etc.

No obstante lo expuesto, el presidente de la República, con *posterioridad* deberá *dar cuenta* al Congreso de los alcances de dichas acciones.

Esta dación de cuenta tiene por objeto que el Congreso controle el cabal y correcto cumplimiento de la prerrogativa presidencial concedida en el artículo 57 de nuestro texto base.

Ahora bien, cuando un tratado contenga disposiciones que afecten cláusulas de nuestra Constitución, su aprobación estará sujeta al procedimiento de "habilitación legislativa".

Dicho procedimiento consiste en que la aprobación congresal del tratado se efectuará de manera similar al trámite que rige para llevar a cabo un proceso de reforma constitucional. Como es obvio, la "habilitación legislativa" debe llevarse a cabo antes de la ratificación.

14.4 La denuncia de los tratados

Denomínase *denuncia* a la manifestación –dentro del plazo estipulado en un tratado– que el Estado formula para expresar su propósito de no prorrogar la vigencia de un tratado o para acogerse a alguna de sus cláusulas resolutorias.

La parte *in fine* del artículo 57 de la Constitución le confiere dicha potestad al presidente de la República.

La referida potestad se encuentra sujeta a las siguientes posibilidades:

a) Denuncia con previa aprobación del Congreso.
   Esta modalidad de denuncia se refiere a los casos de tratados que están sujetos a la aprobación legislativa del Congreso para su celebración. Es el caso de los relativos a derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado.
b) Denuncia directa por parte del presidente de la República, con cargo posterior de dar cuenta al Congreso. Es el caso de aquellos tratados cuya celebración no requiere de aprobación legislativa.

El caso de la pena de muerte

El artículo 140 de la Constitución, con lamentable opción ha modificado la aplicación de la mal llamada *pena de muerte* –en puridad, condena de muerte–, prevista de manera residual en el texto anterior.

En la Constitución de 1979 sólo se preveía la aplicación de esta condena letal para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior.

La modificación prevista plantea esta pena en las siguientes situaciones:

a) Traición a la patria en caso de guerra *in genere*, esto es, en un conflicto bélico con otro Estado o en un conflicto interno (guerra civil).
b) Terrorismo.

Ahora bien, la aplicación de la pena de muerte se viabiliza "conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

En ese sentido, como bien expresan Nicolás de Piérola y Balta y Carolina Loayza Tamayo[25], el Perú se comprometió mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José (1969)–, a no extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos supuestos, no considerados en la legislación anterior.

Dentro de ese contexto, De Piérola y Loayza nos recuerdan que mediante la Opinión consultiva OC/13, "Restricciones a la pena de muerte", de 8 de setiembre de 1983, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se encuentra prohibido extender la aplicación de dicha medida respecto a delitos para los cuales no estaba prevista con anterioridad a la vigencia de la Convención Americana.

Asimismo, el mismo ente jurisdiccional, mediante la Opinión consultiva OC/13, de 16 de julio de 1993, estableció que por el solo hecho de dictarse una disposición legal que contravenga la convención se perpetra violación de ésta, aun cuando no haya habido aplicación efectiva de la norma que colisiona con el texto internacional.

Por ende, al Estado peruano le cabe la posibilidad de "adecuar" reglamentariamente (modificación del Código Penal) los alcances del artículo 140 de la Constitución, sólo después de haber procedido a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, no está por demás consignar los peligros y consecuencias que acarrearía dicho procedimiento frente al pleno de la comunidad internacional, profundamente preocupada por la "humanización" de los castigos estatales.

Cabe advertir que mediante lo señalado en una Opinión consultiva expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 14/94), se establece lo siguiente:

- Existe supremacía de las normas internacionales sobre las normas internas, independientemente de que éstas hubieren sido aprobadas siguiendo los procedimientos establecidos por la Constitución.
- Existe responsabilidad estatal respecto a lo establecido en un tratado; ello con independencia de su normatividad interna.

---

25 Cfr. PIÉROLA Y BALTA, Nicolás de, y LOAYZA TAMAYO, Carolina. "Comentarios a la recepción del derecho internacional público en las Constituciones de 1979 y 1993". En: *Revista Gaceta Jurídica*. Lima, tomo XI, 1994.

14.5 El control constitucional de los tratados

El inciso 4 del artículo 200 de nuestro texto fundamental inserta por primera vez una cláusula relativa a la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado.

Como bien afirman Nicolás de Piérola y Balta y Carolina Loayza Tamayo, en la práctica sólo podrían presentarse vicios de forma. Ello en razón de que los tratados que afectan la Constitución pueden alcanzar "habilitación legislativa" siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206 del texto base.

Los *vicios de forma* que podrían ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad serían los siguientes:

- Ratificación presidencial de un tratado, sin la previa aprobación del Congreso en la hipótesis prevista en el artículo 56.
- Celebración de un tratado que afecta disposiciones constitucionales y sin que se hubiere llevado a cabo la correspondiente "habilitación legislativa".
- Celebración de un convenio internacional ejecutivo, fuera del marco de las competencias presidenciales, etc.

Capítulo VIII

Estado y régimen económico

1 *ASPECTOS GENERALES*

Se entiende como *orden económico nacional*[1] el conjunto de reglas derivadas del ordenamiento jurídico –entre las que destaca nítidamente la denominada *Constitución económica*– y del comportamiento ético-cultural y político que puede formarse en torno a una determinada realidad económica, las mismas que en conjunto delimitan de manera permanente el espacio de decisión y actuación económica de los hombres pertenecientes a un Estado.

Asimismo, se entiende como *sistema económico nacional*[2] el conjunto de elementos que informan y orientan la realidad económica de un Estado. Dichos elementos son los siguientes:

a) Recursos naturales y materiales, así como seres humanos en sus respectivas calidades de productores, consumidores y usuarios.
b) Procesos de producción, distribución y consumo, entre y dentro de las unidades económicas.
c) Orden económico o la organización que se constituye a partir del ordenamiento jurídico e instituciones correspondientes al proceso económico (la Constitución económica y las demás normas sobre la materia).

El Estado peruano ha adoptado para sí el *sistema capitalista.*

Dicho sistema, como bien afirma Werner Soumbern, se caracteriza en lo sustantivo por la búsqueda del óptimo beneficio pecuniario. En ese contexto, aparecen sus tres rasgos fundamentales, a saber:

a) El espíritu de lucro.

---

1 SCHULLER, A., y KRUSSELBERG, G. *Conceptos básicos sobre el orden económico.* Fundación Konrad Adenauer.

2 SCHULLER, A., y KRUSSELBERG, G. Op. cit.

b) La competencia entre las distintas unidades económicas en el seno del mercado.
c) La racionalidad y el tecnicismo en la actuación de las distintas unidades económicas.

2 LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Esta expresión fue consignada en 1932 por Beckerath en su trabajo *Política y economía.* Allí señalaba que la Constitución económica establecía el marco jurídico para la ordenación de la propiedad, el contrato, el trabajo, la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y técnica de la producción y distribución.

En puridad, alude al conjunto de normas contenidas en un texto fundamental, que hacen referencia específica y expresa a una parte del orden económico nacional adoptado por el Estado. Es decir, alude al establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada.

Este marco normativo es fundamental para fijar la estructura y funcionamiento de la actividad económica de un país.

Dichas normas designan las concepciones básicas respecto a las siguientes materias de naturaleza económica:

a) Propiedad.
b) Presupuesto.
c) Tributación.
d) Banca y moneda.
e) Mercado e iniciativa económica.
f) Planificación.
g) Rol del Estado.

Asimismo, actualmente se vienen incluyendo materias vinculadas con el ambiente y los consumidores.

En nuestro país se recogen normas especiales sobre el agro y las comunidades campesinas y nativas.

Cabe admitir que la materia económica –salvo honrosas excepciones– no estuvo comprendida dentro del *corpus* de las Constituciones.

Su incorporación surge paulatinamente como una respuesta a la crisis del liberalismo en la primera posguerra. Allí, agazapados dentro del *constitucionalismo social*, irán apareciendo no sólo cláusulas de protección de las personas en su dimensión social y económica, sino, adicionalmente, pautas de conducta del Estado frente a los agentes económicos. Es el caso de la Constitución mexicana de 1917, la Constitución soviética de 1918 y la Constitución alemana de 1919.

Esta tendencia se reforzará con las respuestas jurídicas a las consecuencias derivadas de la segunda posguerra. Por ende, se insertarán, de manera orgánica y hasta sistemática, cláusulas vinculadas a la materia económica en las *partes dogmáticas* de las Constituciones. Así, aparecerán en la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana de 1949, la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978. En ese espíritu se inscribió la Constitución peruana de 1979.

Evidentemente, las normas contenidas en la denominada Constitución económica no acogen en su totalidad el ordenamiento jurídico-económico de un país; sin embargo, expresan su núcleo esencial.

Compartimos el punto de vista del tratadista español Francisco Fernández Segado[3], en el sentido de que dicho núcleo esencial sirve de guía para la consecución de determinados valores constitucionales.

Ahora bien, desde un punto de vista doctrinario, el tema de la Constitución económica ha sido desarrollado en tres orientaciones muy concretas, a saber:

a) Omitiva

Se plantea la inconveniencia de establecer normas sobre la materia en el texto de una Constitución. Ello responde a las orientaciones del constitucionalismo clásico o decimonónico.

b) Flexible

Se plantea la conveniencia de establecer reglas rectoras –que se desarrollarán con criterio dinámico– sobre la materia, pero incluyendo cláusulas abiertas para que cada Gobierno en particular pueda orientar la marcha económica de un país según el programa ofrecido al electorado (es el caso de la Constitución de 1979).

c) Rígida

Se plantea la conveniencia de establecer reglas cerradas y exentas de matices sobre la materia. La opción por un modelo-programa es obligatoriamente aplicada a todos los Gobiernos de un Estado (es el caso de la Constitución de 1993).

El constitucionalista Domingo García Belaunde señala que la Constitución económica puede ser clasificada en:

---

3 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socioeconómico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo.

a) Constitución económica formal

Ella alude a la manera como el texto fundamental recoge, reconoce o regula la actividad económica de un país.

b) Constitución económica material

Ella alude al orden real existente en la actividad económica de un país[4].

El texto constitucional, en lo relativo al régimen económico (arts. 58 al 89) establece como responsabilidades estatales las siguientes:

a) Estimular la creación de la riqueza.
b) Garantizar la libertad de trabajo, la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria.
c) Promover la creación de las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
d) Realizar actividades subsidiarias en el campo de la actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
e) Facilitar y vigilar la libre competencia entre las distintas unidades económicas.
f) Combatir toda práctica que limite la libre competencia o signifique abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
g) Garantizar la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.
h) Defender el interés de los consumidores y usuarios.
i) Proteger los recursos naturales.

Señálese, además, que en otros apartados del texto constitucional aparecen cinco responsabilidades que tienen, directa o indirectamente, vinculación con el régimen económico establecido, a saber:

a) Fomentar el empleo, el progreso social y la educación para el trabajo (art. 23).
b) Apoyar el desarrollo de la actividad agrícola (art. 88).
c) Promover el desarrollo científico y tecnológico (art. 14).
d) Solucionar los conflictos laborales (art. 28).
e) Promover distintas formas de participación de los trabajadores en la empresa (art. 29).

---

4 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana.* Lima: Ed. Justo Valenzuela, tomo II.

3 CONSTITUCIÓN Y MERCADO

El *mercado* es el ámbito económico que involucra al total de demandantes y ofertantes vinculados con las transacciones de bienes y servicios. Todos ellos se encuentran en interacción, conformándose el vínculo inescindible de la oferta y la demanda del bien o del servicio, determinándose, dentro de este marco, los precios de la transacción. Esta noción aparece jurídicamente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

El mundo actual plantea dos opciones claramente diferenciadas en torno al mercado. Éstas son las siguientes:

a) Economía de mercado

Es un tipo de organización de la economía en donde las unidades económicas son independientes en el ejercicio de la libre iniciativa. La actuación de estas unidades económicas es de plena competencia y sujeta a las reglas de la oferta de los productores y la demanda de los consumidores y usuarios.

Esta opción plantea que el mercado y el intercambio voluntario y libre de bienes y servicios –esto es, la soberanía del producto y de los consumidores o usuarios en sus transacciones sobre precios, cantidad y calidad de los bienes y servicios– son los mejores instrumentos para que una sociedad alcance un mayor grado de desarrollo económico. El papel del Estado consiste en otorgar un conjunto de garantías jurídicas. En este sentido, sus responsabilidades se circunscriben a ser un mero vigilante de la libre competencia (combate toda práctica que la limita debido al abuso de posiciones dominantes, monopolios, carteles, etc.). En resumen, esta opción le asigna al Estado la salvaguarda de cuatro criterios básicos:

- Seguridad.
- Libertad.
- Propiedad.
- Mercado abierto.

En situaciones extremas, el Estado interviene subsidiariamente en áreas económicas que por su baja rentabilidad o excesiva inversión y moderada ganancia no resultan atractivas para los inversionistas privados. Al respecto, Gaspar Ariño define la subsidiariedad en los siguientes términos:

> "A la empresa privada se le regula, no se le sustituye; empero, cuando es insuficiente se le suple"[5].

Desde el punto de vista histórico, dicha opción descansa en la tesis formulada por el economista Friedrich von Hayek. Ésta fue instaurada por el gobierno conservador inglés de Margaret Thatcher en la década de los 80.

b) Economía social de mercado

Es un tipo de organización de la economía en donde las unidades económicas son independientes entre sí en el ejercicio de la libre iniciativa. Su actuación, inspirada en el afán de lucro, es en principio de plena competencia; empero, la presencia del Estado tiene la significación de estimular y reglamentar el ejercicio de la iniciativa privada, con la finalidad de armonizarla con el interés y la justicia sociales.

Dentro de ese contexto, el papel del cuerpo político, más allá de la "gendarmería", es dinámico, promotor y eventualmente activo en el quehacer económico. Así, a través de instrumentos extramercado –como la planificación concertada; la adopción de medidas promocionales para incrementar la producción; el desaliento de las importaciones no esenciales; la defensa del valor y la estabilidad de la moneda nacional– se pretende asegurar un desarrollo económico paralelo y concordante con el desarrollo humano de la población nacional, así como un crecimiento de la riqueza con beneficios compartidos por todos.

El Estado actúa como agente de políticas sociales que aseguran las prestaciones necesarias en favor de las personas marginadas de los beneficios del mercado, amén de convertirse en garante de un sistema social basado en la libertad con fraternidad.

El papel del Estado puede ser *subsidiario*, en la visión socialcristiana, y de *compartibilidad*, en la visión socialdemócrata y socialistademocrática. En esta última el Estado participa, de considerarlo pertinente, en igualdad de condiciones que los inversionistas privados, en el acceso al mercado, para ofrecer productos y servicios. En resumen, dicha opción le otorga al Estado la promoción y tutela de los siguientes criterios básicos:

- Seguridad.

---

5 Citado por CANALES R., Walter. "Régimen económico y Administración pública". (Tesis.) Lima: Escuela Superior de Administración Pública.

- Libertad.
- Propiedad.
- Mercado abierto.
- Bienestar armónico y compartido.

Este último rubro lleva a la búsqueda del pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, la prestación de servicios sociales amplios y extendidos, así como a la garantía del goce de los derechos sociales.

Desde el punto de vista histórico, este sistema descansa en las tesis formuladas por el economista alemán Muller Armack, y posteriormente renovadas por las políticas gubernamentales de las democracias social-demócratas y socialistas-democráticas de Europa. Fue instaurado por el excanciller socialcristiano de la República Federal Alemana, Ludwig Erhard, después de la segunda guerra mundial (1948).

Cabe advertir que la Constitución de 1993 formalmente mantiene la opción escogida por los constituyentes de 1979 en favor de la *economía social de mercado*; empero, una visión integral de su texto indica que el escaso acento expresado –en su normatividad– en la defensa de criterios vitales como justicia social e interés social, en realidad manifiesta una adhesión encubierta en favor de una *economía de mercado*. Más aún, las políticas generadas desde el Gobierno por Alberto Fujimori así lo confirman.

Nosotros consideramos que la característica central de una economía realmente al servicio de todos los hombres es aquella que trata de plasmar los dictados de la justicia social. Ésta, como bien advirtiera lord Beveridge, "no es una cuestión política en absoluto, no es socialista ni capitalista, es simplemente sentido común". Ello, para que todos los hombres de una nación vivan en paz consigo y entre ellos mismos.

3.1 Constitución, mercado e interés general

Es imprescindible que no surjan fricciones entre la actuación del mercado y el interés general. De su conciliación surgirá el verdadero desarrollo y progreso de los pueblos. En ese sentido, el *interés general* opera en dos planos:

a) Como un límite de los derechos privados cuando se afectan cualitativa y cuantitativamente las expectativas de beneficio económico-social de la mayoría.
b) Como una acción habilitante de la intervención pública.

Este interés general funciona como una limitación negativa frente al afán de lucro y ganancia del inversionista privado, que riñe con las expectativas de la población.

Los inversionistas privados deben actuar siempre sin ningún tipo de limitación, toda vez que no violen el interés general.

Los poderes públicos sólo deben actuar al servicio de la defensa de dicho interés general.

Es lamentable que el interés general no se encuentre protegido adecuadamente en la Constitución.

3.2 El Estado y la creación de riqueza

El Estado estimula, promueve, incita o auspicia la creación de la riqueza, y garantiza la libertad de trabajo y de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria.

De igual manera, asegura los derechos vinculados con la actividad económica (tales como la libre contratación –con las limitaciones de ley–, la propiedad y el derecho de asociación).

Desde un punto de vista estrictamente económico, la *riqueza* se entiende como el valor –en el mercado– del conjunto de activos que posee una persona. Ello incluye los activos físicos, la financiación y el capital que posee cada persona.

Desde una perspectiva sociológica, se le observa –en relación con su propia conservación– como la posesión y acumulación de objetos materiales externos al hombre. Ella es la suma del acopio de bienes de producción y bienes de consumo. Los activos son bienes físicos, financieros, etc., que otorgan los beneficios potenciales que ellos puedan generar. Dichos beneficios pueden ser de carácter pecuniario o de consumo. En ese sentido, la riqueza de una nación deviene en la cantidad total de bienes, servicios y recursos productivos humanos y naturales.

En lo relativo a las garantías arriba descritas, cabe ratificar lo expuesto en otros pasajes de este libro, a saber:

a) Libertad de contratación

Consiste en la facultad de poder pactar una relación contractual.

b) Libertad de trabajo

Facultad de poder elegir y obrar, según propia determinación, en el desempeño y ejercicio de un oficio, ocupación, labor, tarea o trabajo.

c) Libertad de empresa

Consiste en la facultad de poder elegir y obrar, según propia determinación, en la organización y desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

d) Facultad de comercio

Facultad de poder elegir y obrar en la organización y desarrollo de una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

e) Libertad de industria

Consiste en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica dirigida a realizar un conjunto de operaciones materiales para la obtención y/o transformación de uno o varios productos naturales.

Estas libertades no son absolutas, sino, como es obvio, se encuentran sujetas a un conjunto de condiciones, requisitos, etc., que están taxativamente señalados en la ley.

4 LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA

Al Estado le corresponde facilitar y vigilar la existencia de la *libre competencia.* Ésta se entiende como la potestad de la coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie, por parte de un número indeterminado de agentes económicos.

La libre competencia presupone necesariamente la presencia de tres requisitos:

a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.
b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejercitar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
c) La igualdad de los competidores ante la ley.

Más aún, el Estado tiene la responsabilidad de combatir la práctica monopólica, el abuso de la posición dominante en el mercado, o los acuerdos destinados a la concertación de precios o volúmenes de producción (cárteles).

El *monopolio* se describe como el vicio económico por el cual una empresa se constituye en el único ofertante de un bien o servicio; es el que fija el precio de los mismos y la cantidad que se desea vender.

La *posición dominante* se describe como el vicio económico por el cual una empresa si bien no es la única ofertante, en razón de su poder afecta el equilibrio del mercado con su accionar. En este aspecto, por distintas consideraciones, se pierde el principio de igualdad.

Los *cárteles* son aquellos convenios viciosos mediante los cuales varias empresas de un mismo rubro deciden fijar coordinadamente los precios de venta y las cantidades de bienes o servicios que se van a ofrecer al público.

El artículo 61 de la Constitución señala textualmente que ni siquiera por ley o concertación planificada se pueden autorizar ni establecer monopolios.

A mayor abundamiento, el propio artículo 61 declara que las empresas, bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento –ya sea de manera directa o indirecta– por parte del Estado o los particulares.

La Constitución declara que el ejercicio de las citadas facultades no debe hacer colisión con ninguno de los siguientes aspectos:

- La moral social.
- La salud de la población.
- La seguridad pública.

Asimismo, con un mínimo escorzo de tuitividad social, la carta fundamental señala que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores de la población que sufren cualquier desigualdad de carácter económico-social.

5 *EL PLURALISMO ECONÓMICO Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PÚBLICA*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, el Estado reconoce el *pluralismo económico.*

Dicho concepto implica el reconocimiento de la coexistencia de una multiplicidad de modalidades económicas (empresas). Ello significa la interacción de diversos tipos de empresas en el ámbito de la actividad económica nacional.

El *pluralismo empresarial* es un elemento que complementa a la economía de libre mercado en la medida que determina la posibilidad de existencia simultánea de diversas formas de propiedad y de empresa.

Con cuestionable criterio, la Constitución actual declara que sólo por ley expresa y autoritativa el Estado puede realizar subsidiariamente una actividad empresarial.

La *subsidiariedad* se entiende como el acto accesorio o complementario, en materia económica, que se verifica en razón de la inacción o defección de la iniciativa privada.

Esta visión de un Estado subsidiario tiene antecedentes constitucionales provenientes del *liberalismo autoritario*[6].

Así, en la XI Declaración del Fuero de Trabajo y en la Declaración X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional (España, 1958), dictadas por el generalísimo Francisco Franco Bahamonde, se estableció que la iniciativa privada, como fundamento de la actividad económica, debía ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado.

Asimismo, conforme a la Declaración IX de la Carta del Lavoro (Italia, 1926), dictada por el *duce* Benito Mussolini, se fijó que:

> "La intervención del Estado en la producción tiene lugar tan sólo cuando falte o sea insuficiente la iniciativa privada y cuando estén en juego los intereses políticos del Estado."

Igualmente, en la Constitución chilena de 1981, dictada por el general Augusto Pinochet, se fijó que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividad empresarial o participar de ella,

> "sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado."

Como puede deducirse, la impronta señalada en el artículo 60 de la Constitución deja en claro el pensamiento del presidente Alberto Fujimori, homólogo con las tres experiencias de corte autoritario arriba mencionadas.

---

6 OCHOA CARDICH, César. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima: Comisión Andina de Juristas.

Es cuestionable dicha concepción no sólo por sus implicancias ideológico-políticas, sino porque el propio artículo 60, al reconocer el pluralismo económico, amén del artículo 58, que garantiza la libertad, iniciativa de participación y concurrencia en el mercado, dejan expresamente constancia del reconocimiento de plena igualdad jurídica entre todos los competidores en el mercado; vale decir, entre la empresa privada y la empresa pública. La actividad empresarial a cargo del Estado devendría, a tenor de este pluralismo, en el ejercicio cabal de un derecho.

Este ejercicio cabal del derecho a participar en el mercado no debería tener carácter subsidiario, sino de *compartibilidad*, sin excepciones, reservas ni privilegios para nadie.

Empero, al haberse establecido contradictoriamente, de un lado, el pluralismo económico, y del otro, el *rol empresarial subsidiario de la empresa pública*, la intervención de esta última sólo se produce como consecuencia de la ausencia de negocios lucrativos para el sector privado en un área determinada de la producción, servicios o comercialización de productos, y siempre que previa y legislativamente se aduzcan razones de carácter sustantivo.

Reiteramos que nuestra objeción radica en que la Constitución, de manera contradictoria consigo misma, recorta sustancialmente la actividad empresarial del Estado, la que sólo se genera en aquellas áreas en donde otras unidades económicas no quieren intervenir por razones de "inexistencia de lucro".

La actividad empresarial del Estado, sea de manera directa o indirecta, sólo se ejerce previa autorización expresa y legislativa.

Dicha autorización debe fundamentarse en alguna de las dos siguientes consideraciones:

a) Razones de alto interés público

Cuando la actividad económica tiene vinculación material con el beneficio, ventaja, provecho o utilidad para la mayoría de los miembros de la colectividad nacional.

b) Razones de manifiesta conveniencia nacional

Cuando la actividad económica tiene vinculación material o moral con los deberes primordiales del Estado señalados en el artículo 44 de la Constitución.

A pesar de que en la parte *in fine* del citado artículo 60 se señala que tanto la actividad empresarial pública o privada reciben el mismo tratamiento, en realidad, más bien se acredita una consideración discriminatoria, ya que el Estado sólo puede intervenir subsidiariamente

cuando hay inexistencia de interés lucrativo de parte de los particulares, ya sea por:

- Baja rentabilidad en la ganancia de los particulares; o
- Alto índice de volumen de capital o de riesgo en la inversión.

Las pequeñas empresas son definidas como aquellas pequeñas unidades económicas que se dedican a la producción de bienes, la prestación de servicios o la comercialización de productos. Operan bajo la responsabilidad de una persona natural.

Las modalidades con que pueden operar las pequeñas empresas son dos:

- Empresas unipersonales.
- Empresas individuales de responsabilidad limitada.

El auspicio y promoción de las pequeñas empresas, previstos en el artículo 59 de la Constitución, tienden a la consecución de tres objetivos:

a) Contribuir a la creación del empleo y la generación de riqueza.
b) Participar en el desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas.
c) Favorecer el desenvolvimiento de la capacidad creadora de las pequeñas empresas y de sus trabajadores

Estas empresas –de conformidad con lo dispuesto en la legislación ordinaria– deben acreditar cuatro condiciones:

- El titular de la empresa debe tener participación obligatoria, efectiva y directa en la actividad laboral.
- La empresa debe contar con un número no mayor de 20 trabajadores.
- Los ingresos totales anuales de la empresa no deben exceder de 25 unidades impositivas tributarias (UIT).
  La UIT alude a una unidad económica referencial que se utiliza para fines tributarios.
- La empresa debe acreditar su inscripción en el padrón municipal de pequeñas empresas.

7 *EL ESTADO Y LA CONTRATACIÓN*

El *contrato* es uno de los instrumentos jurídicos más eficaces para facilitar el intercambio en el mercado. Se le percibe como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear, regular, modificar o extinguir una relación patrimonial con finalidad lícita.

Nuestro ordenamiento jurídico asegura el derecho de cualquier persona a celebrar un contrato, a condición de que no se contravengan las leyes de orden público.

El artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato.

En ese sentido, las relaciones jurídico-patrimoniales contenidas en un contrato no se encuentran afectadas por las leyes o disposiciones de cualquier clase que no hubieren estado vigentes al momento de su celebración. Es decir, el ordenamiento jurídico se mantiene inmune e inalterable respecto de la relación jurídica contractual que se generó dentro de su marco. En este particular aspecto, la Constitución, excepcionalmente para el caso, recoge la *teoría de los derechos adquiridos*. Así, una norma de vigencia posterior en el tiempo al contrato celebrado, no puede vulnerar los derechos concedidos a las partes contratantes.

De allí que con razón se sostenga que las relaciones jurídico-patrimoniales derivadas de un contrato generan efectos ultractivos; por ende, los términos contractuales no pueden ser objeto de modificación por leyes u otras disposiciones posteriores de cualquier clase.

En suma, como bien afirma el profesor Marcial Rubio Correa, mediante el artículo 62 de la Constitución "la contratación se vuelve inmune a la ley".

La finalidad de dicho precepto radica en asegurar la relación contractual, alterada en los últimos años por el Estado en casos como los contratos de arrendamiento y los convenios colectivos de trabajo.

Ahora bien, se ha establecido que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionan de dos maneras:

a) Por la vía arbitral.
b) Por la vía judicial.

Dichas opciones quedan clarificadas según los mecanismos de protección previstos en el contrato, o se encuentran establecidas por ley.

En relación a los *contratos-ley*, la Constitución declara que el Estado puede hacer uso de ellos para establecer garantías y otorgar seguridades en el ámbito de las inversiones.

Los contratos-ley se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados –nacionales o extranjeros–, otorgándoseles a estos últimos garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica.

Dichos contratos-ley no pueden ser modificados legislativamente; ergo, existe la imposibilidad de que el Estado modifique unilateralmente los *convenios de estabilidad jurídica* celebrados al amparo de los decretos legislativos 662 y 757.

Es oportuno consignar que, en los contratos celebrados por el Estado o por las personas de derecho público interno con extranjeros domiciliados en el país, debe constar el sometimiento de estos últimos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República, amén de la renuncia a toda reclamación de carácter diplomático.

La Constitución permite exceptuar la regla de sometimiento a la legislación nacional cuando se trata de contratos de carácter financiero.

El artículo 63 de nuestro texto fundamental señala la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público interno puedan someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden, igualmente, someterlos a arbitraje nacional o internacional en la forma en que se disponga por ley.

El *arbitraje contractual* permite resolver las controversias que surgen entre las partes.

Los elementos básicos del arbitraje contractual son dos:

a) Existencia de un conflicto de intereses de naturaleza contractual, en donde el Estado en sentido lato se constituye en parte.
b) Existencia de una disposición legal en virtud de la cual se ordena o faculta la revisión de la controversia mediante arbitraje.

Entre los tratados internacionales suscritos por el Perú, que reconocen la competencia arbitral, aparecen los siguientes:

- La Convención de Lima, de 1877.
- La Convención de Montevideo, de 1889.
- La Convención de Caracas, de 1911.
- El Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana, de 1928.
- La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, de 1979.
- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, de 1978.

– La Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras, de 1988.

Como bien se ha referido, la Constitución dispone que nuestro ordenamiento jurídico también faculte –además del arbitraje derivado de un tratado o convención– someter una controversia contractual a un arbitraje nacional o internacional.

Esta distinción supone que se establezcan aspectos tales como los siguientes:

a) Que la controversia sea contractual.
b) Que las partes sean de distinta nacionalidad, domicilio o residencia.
c) Que el conflicto aluda al envío de mercaderías de un país a otro, por cualquier medio de transporte.
d) Que el conflicto aluda a una prestación de servicios por empresas extranjeras en lugar distinto al de su nacionalidad de origen.
e) Que el conflicto aluda a la inversión extranjera o a la transferencia de tecnología entre empresas de distinta nacionalidad.

Este arbitraje, a nuestro criterio, opera, en principio, para aquellos extranjeros no domiciliados sujetos a una relación jurídico-patrimonial mediante un contrato con el Estado.

8 *ESTADO E INVERSIÓN*

La *inversión* es la acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico, por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. En suma, la inversión significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.

Dicha acción económica puede ser clasificada de la siguiente manera:

a) Inversión nacional

Cuando la acción económica es efectuada por los agentes económicos del propio país. Está constituida por la participación tanto pública como privada.

Es *pública* cuando el agente económico es el Estado.

Es *privada* cuando el agente económico es una empresa o entidad particular.

b) Inversión extranjera

Cuando la acción económica es efectuada dentro del territorio de nuestro Estado por agentes económicos residentes en el extranjero. Está constituida por la participación tanto pública como privada.

Es *pública* cuando el agente económico es un Estado extranjero.

Es *privada* cuando el agente económico es una empresa o entidad particular extranjera.

La inversión se encuentra regulada en el artículo 63 de la Constitución, bajo la característica de que la inversión, tanto nacional como extranjera, está sujeta a las mismas condiciones.

Dicha regla es totalmente opuesta a la contemplada en el artículo 137 de la Constitución de 1979, que habilitaba al Estado para autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea, siempre que estimularan el empleo, la capitalización del país y la participación del capital nacional, contribuyendo al desarrollo en concordancia con los planes económicos. Con ello se pretendía fortalecer la industria nacional, a efectos de hacerla competitiva en el mercado internacional.

Finalmente, cabe señalar que dentro de este nuevo marco se otorga mayor legitimidad a la legislación existente en el momento de la discusión de la Constitución, en el ámbito de las inversiones, a saber:

- Régimen de Estabilidad Jurídica para la Inversión Extranjera (D. Leg. 662).
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (D. Leg. 757).
- Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado (D. Leg. 674).
- Ley del Mercado de Valores (D. Leg. 861).
- Ley de Propiedad Industrial (D. Leg. 823).

La *producción* es entendida como una actividad que se desarrolla para la elaboración de bienes y servicios, o para generar recursos productivos y financieros que se utilizarán posteriormente en un proceso de gestación de bienes y servicios.

Los *servicios* son concebidos como aquellas actividades de carácter intangible y esencialmente de satisfacción de necesidades colectivas, que se realizan mediante la utilización de recursos humanos (por ejemplo, el transporte, la educación, etc.).

El *comercio exterior* implica el intercambio de bienes y servicios que se realiza entre unidades económicas adscritas a diferentes Estados. Dicha acción se manifiesta mediante la importación y la exportación.

Al respecto, el artículo 63 de la Constitución establece taxativamente que la producción, servicios y comercio provenientes del exterior son libres. Empero, cuando un Estado extranjero adopta medidas *proteccionistas* para sus productos o servicios, o discrimina a los nacionales, el Estado peruano se encuentra facultado para adoptar medidas análogas.

10 ESTADO Y MONEDA EXTRANJERA

La *moneda extranjera* –entendida como sinónimo de dinero o documento de convertibilidad pecuniaria– es la divisa utilizada como medio de cambio, pago y unidad de cuenta por un país extranjero.

En puridad, es la representación material, con valor económico, que se utiliza como instrumento para el intercambio comercial.

El artículo 64 de la Constitución señala que es obligación y responsabilidad del Estado garantizar la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Mediante la libre tenencia se acredita la licitud y amparo jurídico para poseer moneda extranjera. A través de su disposición se permite su irrestricto uso como medio de cambio, pago o unidad de cuenta.

11 LA PROPIEDAD

A la *propiedad* se la define como un derecho real que permite a su titular ejercer un poder jurídico sobre un bien. Este derecho lo faculta a hacer uso, gozar y disponer de un recurso u objeto, sea de carácter financiero o material.

El compromiso y garantía de su respeto aparece desde la Constitución de 1823. El establecimiento de un título específico se hace en la Constitución de 1979.

Tradicionalmente se consideró a la propiedad como un derecho individual y absoluto que permitía a su titular usar, gozar y disponer de ella de manera libre, discrecional y sin parámetro alguno. Paulatinamente, sobre la base de consideraciones de carácter jurídico e ideológico-político, se ha ido procurando la armonización de su ejercicio con los intereses de la sociedad.

Al respecto, la noción del *interés social*, vinculada con la propiedad, aparece en la Constitución de 1933, tras los notabilísimos antecedentes de la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de 1919.

Dicha noción –interés social– alude a aquel beneficio, ventaja o provecho, de carácter material o espiritual, que la ley declara en favor de mayoritarios sectores sociales, a efectos de restablecer el equilibrio social y en aras de promover el desarrollo armónico de todas las capas que componen la población de un país. En suma, fuera del ámbito de la vida estatal (vinculado con las competencias de los órganos del cuerpo político), la armonización arriba aludida se dirige específica y concretamente a las personas en situación de desventaja económico-social respecto a otros estamentos de la sociedad.

El artículo 70 de la Constitución reemplaza, como lo hace también en otros apartados de su texto –e incluso llega a su deliberada omisión–, la noción del interés social por otra, para el caso más ambigua, como es la del *bien común*.

El bien común se define como aquel patrimonio social, condominio o pertenencia de todos los componentes de una comunidad. Ello implica la subordinación del bien o interés personal, a lo conveniente, útil o ventajoso para los demás.

En esa contraposición individuo-sociedad prima esta última, por su mayor hondura en cuanto a cantidad o calidad de bienestar.

Empero, a pesar de lo expuesto, y aun ante su no explicitación en el texto constitucional, es evidente que la propiedad cumple una *función social*; ello sin que afecte sus calidades esenciales de poder jurídico de uso, goce y disposición.

De allí que se encuentre condicionada al respeto de los intereses plenarios de la sociedad, por encima del mero beneficio egoísta y particular de su titular.

Por ende, no sólo involucra *la posesión de derechos*, sino además *la ejecución de deberes*, ya que su ejercicio no queda al arbitrio absoluto de su titular. Por tanto, su uso, goce y disposición se encuentran condicionados por conceptos jurídicos tales como las servidumbres, ocupación o utilización temporal por terceros, requisiciones, decomisos y hasta expropiaciones.

11.1 La inviolabilidad de la propiedad

El artículo 70 de la Constitución señala expresamente que la propiedad es inviolable; ergo, no puede ser quebrantada, vulnerada o infringida en sus aspectos de uso, goce o disposición.

De esta manera, nuestro texto recoge la tesis esgrimida en la Revolución francesa, que le dio la característica de "sagrada".

A guisa de ejemplo, puede encontrarse que en nuestro Código Penal aparece un título especial denominado "Delitos contra el patrimonio", en donde se sanciona el hurto, el robo, la apropiación ilícita, la receptación, la estafa y otras defraudaciones, el fraude en la administración a personas jurídicas, la usurpación, los daños, etc.

11.2 La propiedad en el caso de los extranjeros

Se denomina *extranjeros* a aquellas personas naturales o jurídicas sujetas a una soberanía distinta a la del Estado peruano.

En principio, en lo que respecta al derecho de propiedad, los extranjeros se encuentran sometidos al mismo régimen jurídico que la Constitución y las leyes disponen para los nacionales. En ese contexto, no pueden invocar excepciones ni protección diplomática de ninguna especie.

No obstante lo expuesto, el artículo 71 de la Constitución establece una regla de *restricción* que señala que los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, dentro de los 50 km de las fronteras. Cabe advertir que esta prohibición se establece en aras de la seguridad nacional. Con ello se pretende crear la existencia de una *situación de frontera* que permita liberar al país de influencias atentatorias contra los fines de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana.

Dicha área de prohibición –emanada de la famosa tesis de Cornelio Birkershack–, fijada en 50 km de zonas de fronteras, tiene antecedentes históricos en la capacidad de fuego de los cañones. En la actualidad, dicho concepto se encuentra superado por el enorme avance tecnológico de las armas.

La referencia de "por título alguno" implica que esta restricción tiene carácter plenario (impedimento de título directo, indirecto, individual o en sociedad). Verificado el supuesto prohibido, pende la pena de perderse, en beneficio del Estado, el derecho maliciosa o ilegalmente adquirido.

Ahora bien, el propio artículo 71 de la Constitución declara que la prohibición arriba señalada puede ser levantada en caso de *necesidad pública.*

Empero, dicha necesidad debe ser expresamente declarada mediante la dación de un decreto supremo aprobado en Consejo de Ministros.

La necesidad pública se entiende como la causación inevitable que obliga al Estado a levantar dicha prohibición de acuerdo con la imposición de circunstancias y la salvaguarda del interés general de la nación.

11.3 Los bienes del Estado

Son aquellos objetos, cosas, etc., que son administrados de manera perpetua o forman parte de la propiedad y disposición del ente político administrativo (el Estado) que encarna abstractamente la soberanía de una nación.

En puridad, aluden a aquellos bienes que, por antítesis, no constituyen propiedad privada.

Los bienes del Estado se clasifican de dos maneras:

a) Bienes de dominio privado

Son aquellos objetos o cosas de propiedad patrimonial del Estado.

Pueden ser susceptibles de actos de disposición, salvo que se encuentren afectados al *uso público.* En este caso, quedan también fuera del tráfico patrimonial del derecho común.

Los bienes de dominio privado son alienables, prescriptibles y embargables, en tanto no se encuentren afectados al uso público.

El Estado ejerce sobre ellos, en principio, un total y pleno derecho de propiedad.

Dicho derecho lo ejerce en las mismas condiciones que cualquier particular. Por tal motivo, constan en el inventario o margesí de bienes nacionales.

Debe dejarse constancia de que la afectación de un bien al uso público no obedece en sí misma a la naturaleza del bien, sino al destino que el Estado le señala.

b) Bienes de dominio público

Son aquellos objetos o cosas que pertenecen al conjunto de la sociedad, o sea, que son de uso público. Dada su significación política, económica, etc., nuestro ordenamiento jurídico establece que no se puede disponer de ellos.

Dichos bienes se encuentran bajo el poder de administración, vigilancia, conservación, policía y jurisdicción del Estado, en aras de defender y preservar el interés de todos los ciudadanos, a fin de que puedan ser gozados libremente por ellos.

Por su propia naturaleza, se encuentran fuera del tráfico patrimonial del dominio común. Por tal motivo, no constan en el inventario o margesí de bienes nacionales.

La naturaleza del derecho que el Estado ejerce sobre los bienes de dominio público se conoce como *dominialidad.* Ella alude a un derecho patrimonial comparable, mas no semejante ni igual, al derecho patrimonial de naturaleza privada.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 73 de la Constitución, dichos bienes presentan dos características:

Este artículo

a) *Inalienabilidad*
   Implica la indisponibilidad; por ende, no son susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, etc. En suma, no son objeto de enajenación o transferencia a terceros.
b) *Imprescriptibilidad*
   Implica que no pueden adquirirse derechos sobre ellos por el mero transcurso del tiempo. En suma, no se pierden por prescripción y conservan su calidad jurídica de bienes de dominio público de manera permanente.

Los bienes de dominio público pueden ser de:

a) *Dominio natural o necesario*
   Son aquellos que recaen sobre bienes esencial e incondicionalmente dominiales, a saber: territorio, espacio aéreo, mar territorial, playas, costas, ríos, lagos y obras destinadas a la defensa militar.
b) *Dominio artificial o accidental*
   Son aquellos objetos o cosas cuya dominialidad es consecuencia de un acto de discrecionalidad del poder político. En ese sentido, su afectación al dominio público es artificial o accidental; por ejemplo: colecciones de museos, inmuebles de valor histórico, vías férreas, locales de la Administración pública, carreteras, etc. Su adscripción se efectúa por ley expresa.

11.3.1 El dominio público y el uso público

En la esfera genérica del dominio público, mediante la dación de una ley se establece qué bienes son de uso público.

Los bienes *sujetos al uso público* son aquellas cosas u objetos que, por mandato de la ley, se encuentran bajo la acción y efecto de ser utilizados, empleados o gozados por todos los habitantes, en igualdad de condiciones.

Con gran acierto, Enrique Chirinos Soto recuerda que, de por sí, las playas son de uso público, no pudiendo éstas ser objeto de goce particular o privativo.

11.3.2 La concesión

Alude a un acto administrativo en cuya virtud se confieren a los particulares ciertos derechos o ventajas sobre determinados bienes de dominio del Estado que generalmente se encuentran referidos a servicios públicos.

En ese sentido, a través de la *concesión* se permite su aprovechamiento económico, sin que de modo alguno los derechos que concede el Estado signifiquen transgresión de los criterios genéricos de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Usualmente, la concesión se confiere sobre bienes vinculados con las materias minera, petrolera, pesquera, tierras de cultivo y bosques.

Mediante la concesión se otorga un uso especial y privativo, o sea, el uso y goce económico de un bien. Se trata de un acto reglado, contractual, de naturaleza bilateral. Consecuentemente, no puede ser revocado discrecionalmente, sino en cumplimiento de normas preestablecidas.

El titular de una concesión tiene la facultad de disposición sobre el *derecho de concesión.*

El artículo 73 de la Constitución establece la posibilidad del otorgamiento, conforme a ley, de los derechos de concesión con fines de aprovechamiento económico, en favor de particulares.

Cabe advertir que la expresión *concesión* en el texto constitucional es genérica y vaga, dado que nuestro ordenamiento jurídico también permite el aprovechamiento de bienes de dominio público por la vía de las autorizaciones, permisos y licencias.

11.4 Restricciones y prohibiciones en materia de propiedad

El principio general contemplado en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución establece como un derecho fundamental de la persona el relativo a la propiedad.

Ahora bien, por mandato del artículo 72 de la Constitución, en vía de excepción y previa la dación de una ley especial, el Estado puede establecer *temporalmente* restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Las características de esta medida de excepción son cuatro:

a) *Existencia de una circunstancia sui generis de hecho, vinculada con la seguridad nacional*

En ese sentido, cabe aclarar que se entiende por seguridad nacional la dación de medidas específicas que el Estado establece para preservar o lograr el control de una pluralidad de influencias que atentan contra la existencia, desarrollo y continuidad de la nación peruana.

Esta medida excepcional se ampara en la existencia de una circunstancia fáctica, peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado.

En puridad, se trataría de una medida comprendida dentro de las acciones preliminares, concurrentes o consecuentes que adopta el cuerpo político al decretar el *estado de sitio*.

b) Acto estatal necesario

Implica la respuesta imprescindible, forzosa e inevitable, a efectos de enfrentar una situación de peligro.

c) Medida transitoria

La restricción o prohibición de adquirir, poseer, explotar o transferir bienes sólo tiene vigencia por el lapso que dure dicha situación de peligro. Ella debe ser levantada en cuanto desaparezcan las circunstancias que la motivan.

d) Medida precisa

La ley debe establecer de manera clara, concreta y enunciativa los bienes objeto de restricción o prohibición en materia de tráfico patrimonial.

Al respecto, Enrique Chirinos Soto señala como bienes objeto de restricción, las materias primas para explosivos, la industria bélica, etc.

Finalmente, es pertinente distinguir entre los conceptos de restricción y prohibición:

La *medida de restricción* trata de una disposición emanada de la ley y ejecutada por el Órgano Ejecutivo, en donde se establecen limitaciones o modificaciones especiales a las señaladas para regular las situaciones ordinarias en lo relativo a la adquisición, posesión, explotación o transferencia de un bien.

La *medida de prohibición* trata de una disposición emanada de la ley y ejecutada por el Órgano Ejecutivo, en donde se impide o veda la adquisición, posesión, explotación o transferencia de un determinado bien.

11.5 Propiedad y economía

El derecho a la propiedad es una facultad esencial de las personas amparada por nuestra Constitución. Por ende, el artículo 70, con claridad meridiana, señala que su *privación* sólo es atendible de manera residual en razón de la existencia de dos factores:

- La seguridad nacional.
- La necesidad pública.

La seguridad nacional

Es entendida como el fin primario y elemental del Estado. Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el *control* de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetivos de preservación, desarrollo y continuidad existencial de la nación peruana.

La supervivencia y permanencia de nuestra organización política incluye e involucra necesaria e irremisiblemente su unidad y facultad de defenderse; pudiéndose adoptar, por ende, medidas de excepción, como la privación de la propiedad.

La necesidad pública

Alude a medidas que redundan en beneficio, ventaja o utilidad en favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población (carreteras, servicios, bibliotecas, locales deportivos, etc.).

La respectiva privación de la propiedad debe ser específicamente declarada mediante la dación de una ley, y verificada previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya una compensación por los eventuales perjuicios que se causen a los afectados.

La privación dispuesta por ley se materializa en la denominada *expropiación*. Esta figura jurídica importa el acabamiento del derecho de propiedad privada, al adquirir el Estado, de manera unilateral y obligatoria, bienes pertenecientes a particulares.

Como bien se ha dicho anteriormente, las causas que legitiman el ejercicio de la facultad expropiatoria se encuentran necesariamente determinadas en la ley, la misma que tiene como marcos la seguridad nacional o la necesidad pública.

Al respecto, el decreto legislativo 313, conocido como ley general de Expropiación, plantea, entre otras, las siguientes consideraciones:

La *expropiación* es una facultad del Órgano Legislativo; empero, por mandato del referido decreto legislativo se conceden atribuciones al Órgano Ejecutivo cuando se trata de necesarias transferencias forzosas en *beneficio directo* del propio Estado, siempre que tengan por objeto la ejecución de obras públicas, el funcionamiento de servicios públicos, causas de guerra, calamidad pública, etc. Asimismo, puede extenderse en beneficio de empresas privadas concesionarias de servicios públicos y en razón de los mismos motivos.

La privación de la propiedad surge en la Constitución de 1933, amparada en la causa de necesidad pública probada legalmente. Posteriormente, mediante una reforma constitucional auspiciada por el Partido Aprista Peruano, se agregó la causal del interés social. Ello permitió asegurar el proceso de reforma agraria efectuado durante el primer gobierno de Fernando Belaunde Terry (1963-1968).

La actual Constitución ha desconocido esta causal como expresión de privación de la propiedad. Nuevamente, la "cuestión social" es desgajada del texto magno.

La expropiación o transferencia patrimonial forzosa se efectúa en el marco de dos parámetros:

a) Pago previo de indemnización justipreciada

El valor que tiene que pagarse por lo expropiado debe ser determinado mediante una tasación o valuación, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Tasaciones del Perú.

El pago se dispondrá en dinero en efectivo. Esta medida corrige la política de "pago en bonos" dispuesta groseramente por la Junta Militar del general Juan Velasco Alvarado en los casos de expropiaciones de predios agrícolas para la reforma agraria. Está de más comentar lo insultante y estafador de dicha medida, ya que el Estado, en muchos casos, jamás redimió dichos bonos.

b) Compensación resarcitoria

Existe reparación por los daños y perjuicios que el Estado causa al afectado con una expropiación, siempre que se pruebe fehacientemente la existencia de agravio.

Esta eventual reparación es fijada por el Órgano Judicial dentro de los autos expropiatorios judiciales.

Debe advertirse que la parte *in fine* del artículo 70 de la Constitución reconoce explícitamente el derecho del particular afectado con una medida expropiatoria, de contestar judicialmente el valor de la propiedad que el Estado hubiere señalado en el procedimiento respectivo.

En suma, el afectado puede discutir el valor de lo tasado; empero, no puede oponerse a la expropiación en sí misma.

La doctrina define el *consumo* como una porción de la producción en un espacio de tiempo, la misma que desaparece en el mismo lapso. El consumo se mide como el ingreso total menos el ahorro.

Se puede afirmar que el consumo es toda acción mediante la cual se utilizan bienes y servicios que satisfacen necesidades colectivas.

La población en general, en uno u otro momento, consume un bien o recibe un servicio. Por ende, satisface sus necesidades en base a la producción que le ofrecen las empresas.

El consumidor o usuario es aquella persona o entidad que constituye el fin de la producción económica; o sea, es aquel que cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de productos y servicios.

En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta, en su condición de destinatario final, determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

En contrapartida, las empresas devienen en los *proveedores* que fabrican, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, expenden o suministran bienes o prestan servicios. En ese contexto, se consideran como tales a los distribuidores o comerciantes, los productores o fabricantes, los importadores, los prestadores de servicios, etc.

Los consumidores o usuarios representan la demanda en el mercado; es decir, devienen en los clientes de las empresas. Por ende, constituyen la razón de ser de éstas en el seno del mercado.

La doctrina distingue las nociones de *productos* y *servicios.*

Los *productos* son aquellos bienes –sean muebles o inmuebles, materiales o inmateriales–, producidos ya sea en el país o en el extranjero, que son materia de una transacción comercial.

Los *servicios* son aquellas actividades de prestación de beneficios, que satisfacen una necesidad que existe en el seno del mercado a cambio de una retribución. Son de naturaleza bancaria, financiera, crediti-

cia, etc. Esta acepción no incluye los denominados *servicios profesionales* –actividad médica, contable, abogadil, etc.–, ni tampoco aquellos que se brindan en relación de dependencia.

Ahora bien, la inserción de normas de protección al consumidor a nivel constitucional tiene sus antecedentes en la Constitución portuguesa de 1976, la española de 1978, la brasileña de 1988 y la paraguaya de 1992.

En el Perú, el mérito de haber incorporado una norma sobre la materia le corresponde a la Constitución vigente.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 65 de ella, el Estado tiene, en favor de los consumidores o usuarios, dos obligaciones:

a) Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles al consumidor o usuario.
   Dicha información permite tomar una decisión o realizar una elección adecuada, así como también promover un uso y consumo correcto.
b) Velar por la salud y la seguridad de la población en su condición de consumidora o usuaria.
   Esta acción tuitiva permite preservarla de enfermedades o peligros derivados del consumo o uso de productos o servicios.

Así tenemos, por ejemplo, según lo dispone nuestra legislación, que los anuncios televisivos y/o radiofónicos sobre bebidas de alto grado alcohólico o de tabaco deben dirigirse únicamente al público adulto, dentro del horario de 10 p.m. a 6 a.m. Dichos anuncios no deben dar la impresión de que su consumo es saludable o necesario y conveniente para alcanzar logros personales o aceptación social.

Igualmente, los anuncios sobre cigarrillos deben incluir, en forma expresa y clara, la advertencia: "Fumar puede ser dañino para la salud."

Asimismo, se obliga, en razón de la naturaleza previsiblemente peligrosa del producto para el consumidor, a que se advierta acerca del modo correcto de su utilización.

Cabe consignar, de manera específica, que el Estado ha dictado importantes reglas respecto a la defensa de consumidores y usuarios, a saber:

- Código Penal (arts. 233 al 236). Sobre los ilícitos vinculados con el abuso de la posición dominante en el mercado, prácticas desleales de competencia, acaparamiento, especulación y adulteración.

- Decreto legislativo 691. Sobre normas de la publicidad en defensa del consumidor.
- Decreto legislativo 716. Sobre la ley de Protección al Consumidor.

En suma, la Constitución actual ha suprimido el control de la llamada "eficiencia empresarial", contenido en la anterior Constitución, y lo ha sustituido por el control del producto o del usuario mediante dos acciones:

a) La acción estatal.
b) La gestión del propio consumidor o usuario; ello como consecuencia de una decisión razonada, previa información acerca de la naturaleza, propiedades, características, etc., del producto o servicio que se quiere utilizar.

En ese contexto, nuestro Código Civil y la legislación sobre la materia prevén la constitución de las denominadas *asociaciones de consumidores*, las mismas que tienen por objeto asegurar la protección de los mismos. Su representación tiene como universo a los asociados y demás personas que les hubieran conferido poder de representanción.

Para ello se encuentran facultadas para interponer denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

13 EL AMBIENTE

El *ambiente* implica el compendio de elementos naturales –vivientes o inanimados–, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica del hombre. Por eso es objeto de protección jurídica.

Se le concibe como el medio en el cual se encuentran todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. En suma, alude al mundo exterior que rodea a los seres vivientes y que condiciona –de una manera directa o indirecta– su existencia y coexistencia.

Todos los componentes del ambiente están necesariamente interrelacionados.

13.1 Ambiente y recursos naturales

Dentro del medio ambiente tienen particular importancia los recursos naturales.

Los *recursos naturales* pueden ser definidos como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas (en particular) y las biológicas (en general).

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que son todos aquellos recursos que el hombre encuentra en su ambiente y que puede utilizar en su beneficio.

Los recursos naturales se clasifican en:

a) Recursos renovables

Son aquellos que a pesar de ser utilizados pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales.

b) Recursos no renovables

Son aquellos que al ser utilizados se agotan irremisiblemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc.

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la nación.

Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización alcanzan a la nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado.

El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es *eminente*; es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

La Constitución establece que mediante una ley orgánica se fijarán las reglas sobre las siguientes materias:

a) Condiciones para la racional utilización de los recursos naturales.
b) Condiciones de su otorgamiento a particulares, con resguardo del interés nacional.

Este otorgamiento se ejecuta mediante las denominadas *concesiones.* Éstas se definen, en este particular caso, como el consentimiento estatal, en favor de un particular, para la explotación de un recurso natural.

Se las concibe como actos reglados contractualmente. Por su naturaleza bilateral no pueden ser revocados discrecionalmente, sino en caso de incumplimiento de las cláusulas compromisorias de explotación o de la contraprestación pactada.

El artículo 66 de la Constitución señala que las concesiones otorgan a sus titulares –denominados *concesionarios*– un derecho real con sujeción a la referida ley orgánica. Por ende, las concesiones de explotación del recurso natural –no éste en sí mismo– se integran al patrimonio de su titular y configuran un activo.

Al respecto, el jurista Enrique Lastres Berninzón[7] señala, con acierto, que el artículo 66 tiene una serie de imprecisiones en su redacción, ya que diera la impresión de que sólo *a título de concesión* se pueden aprovechar los recursos naturales.

Lastres refiere que la legislación ordinaria vigente establece otras denominaciones, a saber:

- La ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario.
- El decreto legislativo 653, que establece que las tierras eriazas pueden otorgarse mediante adjudicación por denuncio, arrendamiento o renta.
- La ley general de Pesca –decreto ley 25977–, que establece, adicionalmente, el aprovechamiento por vía de autorizaciones, permisos y licencias.
- La ley general de Hidrocarburos –decreto ley 26221–, que establece contratos de licencias, contratos de servicios, etc.
- La ley de Concesiones Eléctricas –decreto ley 25844–, que establece, adicionalmente, las licencias y autorizaciones.

13.2 Antecedentes históricos

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (Suecia, 1972) marca el inicio específico para el reconocimiento y conceptualización, a nivel internacional, de su protección. Allí se señala:

> "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en

7 LASTRES BERNINZÓN, Enrique. En: *Ius et Veritas.* Lima: revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

> un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras."

A nivel constitucional aparecen cláusulas específicas de protección en la Constitución española de 1978, la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución brasileña de 1988.

En el Perú, el artículo 37 de la Constitución de 1933 residualmente señalaba:

> "Las minas, tierras, bosques, aguas, y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares."

Empero, correspondió a los constituyentes de 1979 el establecer un capítulo especial (arts. 118 al 123) para promover orgánica y sistemáticamente la defensa de nuestros recursos naturales. En ese sentido, la Constitución peruana de 1979 fue la primera en América latina en ocuparse integralmente sobre tan importante tema.

13.3 La política nacional del ambiente

El artículo 67 de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de establecer la *política nacional del ambiente.*

Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, cuyo fin consiste en preservar y conservar el ambiente frente a todas las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Esta política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado en pro de la defensa y conservación del ambiente– permitirá el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos, que tienen el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el bienestar de su existencia. En ese aspecto, esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución.

Dicha política debe promover un uso sostenible de los recursos naturales; ergo, debe auspiciar un goce de sus beneficios con resguardo de un equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la nación y la protección y conservación de su disfrute permanente.

El *uso sostenible* obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales.

Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnología que garantice la continuidad y calidad de dichos recursos, evitándose que su uso no sostenido los extinga o deprede.

Dentro de ese contexto, el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección.

La *conservación* implica el aprovechamiento de los recursos renovables sin destruirlos. Ella se opone al uso exclusivamente económico de los bienes, cuya única finalidad sea el lucro o la ganancia.

La *diversidad biológica* se entiende como el conjunto de seres vivos, de distinta relación con el ambiente (aves, peces, plantas, etc.).

Por *áreas naturales* se entiende aquellas áreas geográficas ubicadas dentro del territorio nacional, que albergan una diversidad de recursos naturales y que por ley se encuentran especialmente protegidas por la acción del Estado.

Cabe señalar que el artículo 69 de la Constitución deja expresa constancia de que la Amazonía –región del territorio nacional por donde discurre el río Amazonas, rico en diversidad biológica y en existencia de recursos de flora y fauna– se encuentra sujeta a un tipo de protección y conservación superior, vía la dación de leyes que garanticen su desarrollo sostenible.

Este desarrollo sostenible de la Amazonía se cumpliría sobre la base del respeto de cinco criterios:

a) Equilibrio cuidadoso entre la satisfacción de las necesidades presentes y las futuras.
b) Armoniosa relación entre la iniciativa privada y la acción estatal, en el campo de la conservación y promoción del ambiente.
c) Reestructuración del gasto público en favor de dicha parte del territorio.
d) Aplicación tecnológica ecológicamente segura.
e) Modelos de consumo compatibles con la identidad cultural de las comunidades nativas de esa parte del territorio.

En puridad, el desarrollo sostenible implica aumentar las opciones de calidad de vida de todas las generaciones de peruanos, con respeto del ambiente amazónico.

Es oportuno consignar que mediante la ley 26410, de 22 de diciembre de 1994, se ha creado el Consejo Nacional del Ambiente como organismo descentralizado con personería jurídica de derecho público interno, con autonomía funcional, económica, financiera, administrativa y técnica. Dicho ente depende de los lineamientos de política que formule la Presidencia del Consejo de Ministros.

En puridad, se trata de un organismo rector de la política nacional del ambiente. Entre sus fines aparece la planificación, promoción, coordinación y control del ambiente y del patrimonio natural de la nación.

Dicho consejo se encuentra estructurado de la siguiente manera:

- Órgano directivo (Consejo Directivo).
- Órgano ejecutivo (Secretaría Ejecutiva).
- Órgano consultivo (Comisión Consultiva).

El Consejo Directivo, como máxima autoridad, se encuentra integrado de la siguiente manera:

- Tres representantes del Gobierno central. Uno de ellos ocupará la presidencia de dicho órgano.

  La designación de estos representantes es potestad del presidente de la República.
- Un representante de los Gobiernos regionales.
- Un representante de los Gobiernos locales, elegido por los alcaldes provinciales de las provincias de capital de departamento.
- Un representante de los sectores económicos secundarios.

Finalmente, nuestro Código Penal consigna un rubro denominado "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en donde se establecen penas contra sus violentadores en caso de:

- Contaminación del medio ambiente (art. 304).
- Contaminación agravada del medio ambiente (art. 304).
- Otorgamiento ilícito de licencias para actividad industrial (art. 306).
- Violación de normas sanitarias y de protección del medio ambiente (art. 307).
- Depredación de la flora o fauna (art. 308).
- Extracción de la flora y fauna acuática (art. 309).
- Depredación de bosques o recursos naturales (art. 310).
- Utilización de tierras cultivables con fines urbanísticos (art. 311).
- Autorizaciones ilícitas de habilitación urbana (art. 312).
- Alteración del medio ambiente (art. 313).

14 CONSTITUCIÓN Y TRIBUTACIÓN

El *tributo* se concibe como aquella prestación pecuniaria, de carácter coactivo, ejecutada por un sujeto denominado *contribuyente*, en favor del Estado.

El tributo es una expresión genérica que se clasifica de la siguiente manera:

a) Impuestos

Son los tributos por excelencia, cuyo cumplimiento no acarrea una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. Se establecen por ley o normas con rango de ley. Se subdivide en:

- *Impuestos directos*
  Son aquellos que gravan –imponen un pago– la riqueza, renta, ingreso o patrimonio del contribuyente.
  Se caracterizan por ser de carácter personal. Es el caso del impuesto a la renta
- *Impuestos indirectos*
  Son aquellos que gravan –imponen un pago– el gasto o consumo que efectúa el contribuyente. Se caracterizan por ser impersonales, ya que no toman en cuenta de manera específica la persona del contribuyente. Es el caso del impuesto general a las ventas.

b) Contribuciones

Son los tributos cuya obligación tiene como hecho generador la existencia de beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades ejecutadas por el Estado.

Es decir, el contribuyente percibe como contraprestación un beneficio personal. Es el caso de las contribuciones al Instituto Peruano de Seguridad Social –IPSS– (atención médica).

c) Tasas

Son los tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación, efectiva por el Estado, de un servicio público individualizado en el contribuyente.

La Constitución no considera como tasa aquel pago que se percibe por un servicio de origen contractual.

Las tasas se subdividen en:

- *Arbitrios*
  Son los que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público (por ejemplo, limpieza pública).
- *Derechos*
  Son los que se pagan por la prestación de un servicio público administrativo, o por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
- *Licencias*
  Son las que se pagan por la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular, sujetas a control o fiscalización (por ejemplo, servicios de construcción).

La regulación constitucional de los tributos se inicia con las Constituciones de 1823 y 1834.

El artículo 74 de la Constitución señala que los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley, o por decreto legislativo previa delegación de facultades.

Las exoneraciones tributarias requieren, igualmente, ser declaradas por ley, o por decreto legislativo previa delegación de facultades.

El propio texto constitucional señala que en el caso específico de los aranceles y tasas su regulación se efectúa por decreto supremo.

Cabe advertir que la Constitución establece determinadas condiciones en materia tributaria, a saber:

- Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria (art. 74).
- La ley de Presupuesto no puede contener materia tributaria (art. 74).
- Las leyes tributarias de periodicidad anual rigen a partir del 1 de enero del año siguiente a su promulgación (art. 74).
- Las leyes de tratamiento tributario que tienen carácter selectivo y temporal para una determinada zona del país deben ser aprobadas con el voto favorable de los dos tercios (80 representantes) de los miembros del Congreso (art. 79).
- Los tratados ordinarios que crean, modifican o suprimen tributos deben ser aprobados por el Congreso (art. 56).
- Las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren de un informe previo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas (art. 79).

Debe advertirse que por mandato expreso del artículo 79 de la Constitución, el Congreso se encuentra impedido de aprobar tributos

con fines predeterminados –asignados para una entidad, obra, etc.–, salvo que exista una solicitud del Órgano Ejecutivo.

14.1 El caso de los aranceles

Los *aranceles* son sinónimo de tarifas oficiales. Ellos se refieren a aquella *tabla* en donde aparece fijada la relación de precios que se deben pagar por alguna cosa o trabajo.

En puridad, se trata de una valoración que establece los derechos que deben abonarse por diversos actos o servicios administrativos o profesionales. Es el caso del arancel judicial o el arancel aduanero.

El *arancel judicial* fija los derechos que deben sufragarse por determinados servicios vinculados con la administración de justicia.

El *arancel aduanero* fija el prontuario, dispuesto por orden alfabético, de los géneros y frutos que por efecto de una acción de exportación o importación pueden pasar por nuestras aduanas, con la expresión de los derechos que se deben abonar por esas acciones.

En sentido estricto, se trata de una tasa mencionada con nombre propio en nuestra Constitución.

14.2 La distribución de la potestad tributaria

El ejercicio de las facultades de creación, modificación y abrogación de tributos se manifiesta en dos planos:

a) Potestad tributaria originaria

Las competencias sobre la materia corresponden al Gobierno central.

Esta facultad puede ser objeto de delegación a entes de gobierno de menor jerarquía.

b) Potestad tributaria derivada

Se genera como consecuencia de una delegación de competencias.

En nuestro caso, la Constitución señala que determinados tributos pueden generarse a nivel de los Gobiernos locales.

14.2.1 La potestad tributaria derivada

Al amparo de lo previsto en el artículo 74 de la Constitución, los Gobiernos locales se encuentran facultados para crear, modificar y

suprimir contribuciones y tasas, así como para exonerar del pago de éstas dentro de su jurisdicción y con los límites que les señala la ley. Esta norma, evidentemente, es la ley orgánica de Municipalidades.

Asimismo, en concordancia legislativa con el precepto arriba señalado, el artículo 192 establece que los Gobiernos locales tienen competencia para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.

Al respecto, los tres últimos de los acabados de citar son doctrinariamente *tasas*, por lo que no se ameritaba una explicitación tan obvia.

Ahora bien, cabe advertir que, no obstante reconocerse la existencia de las regiones, la Constitución no les reconoce potestad tributaria alguna. Esta omisión lleva implícita una marcada vocación antidescentralista.

14.3 Principios reguladores de la potestad tributaria

Aluden al conjunto de directivas, elevadas a nivel constitucional, que informan las atribuciones estatales en materia de imposición de tributos a los contribuyentes.

Dichos principios se encuentran consignados en el artículo 74 de la Constitución, y son los siguientes:

a) Principio de legalidad

Regla que establece que los tributos se crean, modifican o derogan exclusiva y únicamente por ley o por decreto legislativo (en caso de existencia de delegación de facultades).

b) Principio de reserva de ley

Regla derivada del principio de legalidad, que señala que sólo por ley o por decreto legislativo se puede establecer la regulación básica de la relación tributaria. Como bien señala César Ochoa Cardich[8], el ámbito de la reserva de ley implica considerar los siguientes aspectos:

- Definición del hecho imponible.
- Determinación del sujeto contribuyente.
- Fijación de la base imponible.
- Establecimiento de las exoneraciones y reducciones tributarias.
- Tipificación de las infracciones.

---

8 OCHOA CARDICH, César. Op. cit.

– Establecimiento de las sanciones.

c) Principio de igualdad tributaria

Regla derivada del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, consistente en la obligación de dar un tratamiento igual a los sujetos contribuyentes, o atención desigual a los que ostenten desemejanza, en función a la capacidad contributiva del contribuyente.

En ese sentido, el tratadista argentino Germán Bidart Campos[9] establece cinco criterios:

– Los contribuyentes comprendidos en una misma categoría deben recibir trato semejante.
– La igualdad tributaria no impide que el Estado clasifique a los contribuyentes en categorías diferenciales en atención a razones de carácter económico.
– No toda desigualdad de trato significa necesariamente discriminación, sino únicamente aquella que no se encuentra razonablemente justificada.
– El monto del tributo debe ser proporcional a la capacidad económica de quien lo paga. Dicha proporcionalidad no se encuentra sujeta al volumen poblacional, sino a la riqueza gravada. De allí que la igualdad se complementa con la progresividad.
– Debe respetarse la uniformidad del tributo, lo que no impide que haya contribuyentes de diferentes categorías. Es decir, los contribuyentes de cada categoría deben soportar y asumir igual gravamen.

Esta regla es un caso de igualdad de trato en la ley.

Mediante este criterio de *isonomía* se alude de manera concreta a la capacidad contributiva.

La igualdad tributaria significa la equiparidad en condiciones semejantes de capacidad contributiva. Ello implica la no exención por privilegios personales de clase, linaje, casta, etc.

d) Principio de respeto de los derechos fundamentales de la persona

Regla derivada del artículo 1 de la Constitución, cuyo objetivo es robustecer el criterio de defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

---

9 Citado por CANALES R., Walter. Op. cit.

César Ochoa Cardich[10] señala que este principio permite preservar derechos fundamentales como:

- Derecho a la intimidad personal y familiar.
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a la no discriminación por razón de sexo, raza, religión, etc.

e) Principio de no confiscatoriedad

Regla que garantiza la vigencia del derecho de propiedad contemplado en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución.

Como bien ha advertido el tratadista argentino Rafael Bielsa[11], la confiscación proviene de disposiciones penales o tributarias; en este último caso, implica el acto de privación de la propiedad de una persona para aplicarla en favor del fisco.

La confiscación consiste en quitar la propiedad de un bien a un contribuyente sin pagarle su precio. Ello en razón de ser una medida punitiva.

Ahora bien, en virtud de este principio el Estado se encuentra impedido –a través de la imposición fiscal– de confiscar o arrebatar los bienes de los contribuyentes, puesto que el derecho de éstos a la propiedad privada es un bien jurídico tutelado constitucionalmente y cuyo valor deviene en superior a la mera generación de rentas para afrontar los gastos públicos. La doctrina establece que existe un *acto de confiscación* cuando el impuesto directo absorbe una parte sustancial de la renta o del capital del sujeto contribuyente.

La jurisprudencia argentina ha cumplido con señalar los límites entre la simple imposición fiscal y la confiscación, estableciendo un tope del 33%, por encima del cual el gravamen que afecta la renta o capital se convierte en confiscatorio.

En suma, la no confiscatoriedad significa que el impuesto pagado sobre un bien no puede equivaler a todo el precio del bien o a una parte apreciable de su valor.

---

10 OCHOA CARDICH, César. Op. cit.

11 Citado por BACACORZO, Gustavo. *Derecho administrativo del Perú*. Lima: Ed. Cultural Cuzco.

14.4 La transgresión de la potestad tributaria

La parte *in fine* del artículo 74 de la Constitución establece que no surten efecto las normas dictadas con transgresión de los límites de la potestad tributaria del Estado. Debe entenderse que en aplicación del *principio de presunción de validez de los actos jurídicos públicos,* una norma violatoria de la Constitución mantiene su vigor en tanto no se haya declarado su inconstitucionalidad.

Dicha declaración de inconstitucionalidad –por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la acción popular, etc.– tiene únicamente efectos *ex nunc,* es decir, sólo opera para el futuro.

En resumen, el artículo 74 es, de un lado, redundante, por el hecho notorio de que es inadmisible aceptar la existencia de una norma violatoria de la Constitución; y, del otro, relativamente inexacto, pues la infracción sólo puede declararse previo proceso judicial.

14.5 Vigencia de las leyes tributarias de periodicidad anual

El artículo 74 de la Constitución establece que las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del 1 de enero del año siguiente a su promulgación.

Con ellas se hace referencia a hechos imponibles *no instantáneos,* sino vinculados a un ejercicio fiscal. Como bien afirma César Ochoa Cardich[12], la base constitucional preserva el principio de seguridad jurídica, que supone el conocimiento antelado de las reglas fiscales que condicionan el ejercicio de una actividad económica dentro del mercado.

15 CONSTITUCIÓN Y PRESUPUESTO

El *presupuesto* es definido por Luciano Castillo Coloma[13] como la ordenación de los gastos e ingresos del Estado en un período determinado. Consiste en la programación y presuposición de los ingresos y gastos anuales del Estado.

---

12 OCHOA CARDICH, César. Op. cit.

13 CASTILLO COLOMA, Luciano. *Finanzas públicas.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Como bien afirma el tratadista español Francisco Fernández Segado[14], el presupuesto ostenta una triple naturaleza, a saber:

a) Es una *institución política* que afecta a los distintos órganos del Estado. En puridad, constituye un sistema de control y fiscalización de los ingresos y gastos públicos.
b) Es una *institución económica*, ya que establece un plan periódico de gestión y administración de los ingresos y gastos públicos.
c) Es una *institución jurídica*, por manifestarse a través de una ley expresa y especial.

En realidad, constituye la base del ordenamiento fiscal del Estado, y es simultáneamente una garantía que el Parlamento adopta en favor de la ciudadanía, en función de lo que a ella le irrogará, en términos tributarios, el financiamiento de la actividad estatal.

15.1 Antecedentes históricos

El presupuesto, como ley autoritativa del Estado –con regulación y responsabilidad en la determinación de los ingresos, así como en su administración y aplicación–, tuvo su origen en Inglaterra. Así, mediante la expresión "Budget" (presupuesto gubernamental) se aludía a la *cartera de cuero* del ministro del Tesoro Real. A la concurrencia del citado funcionario al seno del Parlamento se le ha llamado "opening a Budget", o sea, "apertura de la cartera".

El origen de la facultad del Parlamento británico, de aprobar o desaprobar las contribuciones o gastos proyectados por el Órgano Ejecutivo, se sitúa en 1215, con los famosos sucesos de la suscripción de la Carta Magna por parte de Juan sin Tierra.

En dicho documento se estableció, por primera vez, que dichos asuntos debían ser de conocimiento público y contar con la aprobación del Consejo del Reino (Parlamento).

Debe advertirse que hasta ese momento se confundían los recursos del Estado con los propios del monarca. Sobre todos ellos pesaba su mera voluntad.

En 1297, a través del Estatuto de Tallagio, concedido por Eduardo I, se determinó que era necesario el consentimiento del Parlamento para que el rey pudiese imponer tributos.

---

14 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit.

En 1344, el Parlamento inglés obligó a la corona al empleo de los recursos del Estado sólo para los fines previstos y autorizados por la Cámara de los Comunes.

Posteriormente, durante las revoluciones de 1628 y 1688, en que se derroca a la dinastía de los Estuardos, se impuso el principio de la imprescindible autorización parlamentaria como acto previo a la exigencia del pago de tributos. En caso contrario, dicha exigencia carecía de efecto legal.

En el Perú, aparece con la Constitución de Cádiz de 1812 (arts. 338 al 341). Allí se estableció que las Cortes eran las encargadas de establecer o confirmar anualmente la existencia de tributos.

El secretario del Despacho tenía la responsabilidad de presentar ante ellas el presupuesto general del Estado, correspondiéndoles, en definitiva, su aprobación o desaprobación.

En la Constitución de 1826 se consignaron reglas sobre el establecimiento del presupuesto de la República. En ese sentido, durante el gobierno del general José de La Mar, el ministro de Hacienda, Morales Ugalde (1827), presentó el respectivo proyecto; empero, por las circunstancias de la época nunca se alcanzó su discusión parlamentaria.

En realidad, la primera ley de Presupuesto data de la época del mariscal Ramón Castilla (1848), correspondiéndole al ministro de Hacienda, Manuel del Río, el haberse encargado de su preparación y sustentación.

15.2 La ley de Presupuesto

Ella configura el instrumento legal mediante el cual el sector público periódicamente programa sus actividades y proyectos, en atención a sus metas y objetivos.

En ese sentido, tal como lo establece el artículo 77 de la Constitución, la administración económica y financiera del Estado se rige por la *ley de Presupuesto* que anualmente aprueba el Congreso.

Por mandato constitucional previsto en el artículo 78, el presidente de la República se encuentra obligado a enviar al Congreso el respectivo proyecto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

Por mandato constitucional, la estructura del presupuesto de la República contiene dos grandes secciones:

a) Gobierno central

Comprende al conjunto de órganos y organismos conformantes del Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

b) *Instancias descentralizadas*
Comprende al conjunto de órganos y organismos jurídicos administrativos dotados de autonomía; vale decir, el Ministerio Público, el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo, los municipios, etc.

Es postulado constitucional que la asignación de recursos se distribuya de manera equitativa. Por ende, su programación y ejecución deben responder a los siguientes criterios:

a) Eficiencia.
b) Necesidades sociales básicas.
c) Promoción de la descentralización en la asignación de recursos.

Cabe admitir que por *ejecución* se entiende la utilización de los recursos públicos asignados. Ahora bien, mediante ley se establece, en favor de cada una de las circunscripciones de la República, la percepción de una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación de los recursos naturales de la zona. Dicha percepción se obtiene en calidad de canon.

El *canon* se entiende como una tasa o derecho especial periódico y regular que deben pagar los concesionarios o explotadores directos de un recurso natural. Ahora bien, el plazo establecido para que el presidente de la República cumpla con presentar el correspondiente proyecto de ley de presupuesto se computa también para la presentación de los siguientes dos proyectos:

a) *Proyecto de ley de endeudamiento*
Hace referencia a la autorización para obtener recursos financieros vía operaciones de crédito, ya sea de fuente nacional o internacional.

b) *La ley de equilibrio financiero*
Hace referencia al cumplimiento del criterio presupuestal que establece la equiparidad entre los ingresos y los egresos estatales.
En ese sentido, debe existir un balance entre los ingresos y los egresos.

15.2.1 Características del presupuesto

Luciano Castillo Coloma[15] establece como tales las cuatro siguientes:

a) Acto de previsión y ordenamiento, destinado a regular la función administrativa y financiera del Estado.
b) Acto de autorización de ejecución del gasto público, concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial.
c) Existencia de plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público (un año).
d) Existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, existen medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida.

15.2.2 Principios

El presupuesto se elabora sobre la base de siete reglas:

a) Integridad

Por ésta el presupuesto contiene todos los recursos y gastos del Estado debidamente balanceados y equilibrados, a efectos de evitar el déficit fiscal que condúzca a la inflación.

b) Unidad

Por ésta el presupuesto incluye la totalidad de recursos y gastos dentro de una sola y única ley autoritativa.

c) Exactitud

Por ésta el presupuesto consigna la totalidad de recursos y gastos, en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de renta estatal, y se constituye en el acto cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano político.

d) Anticipación

Ésta alude a que la autorización se genera en fecha anterior a la señalada para que rija la ley de Presupuesto.

e) Publicidad

Por ésta el presupuesto se ejecuta con plena información a la opinión pública sobre la conducción económico-financiera del Estado.

---

15 CASTILLO COLOMA, Luciano. Op. cit.

f) Anualidad

Por ésta el presupuesto se ejecuta dentro de un plazo preciso, determinado y extinguible de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.

g) Programación

Ésta implica una determinación de metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Expresa políticas de acción gubernamental que deben ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal.

La programación implica un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos.

15.2.3 Etapas del presupuesto

Son cuatro:

a) Preparación

Consiste en la formulación del proyecto de presupuesto por parte del Órgano Ejecutivo, y su posterior debate y aprobación en el seno del Legislativo.

b) Sanción y publicación

Consiste en la confirmación de la aprobación legislativa mediante la refrendación de la autógrafa de ley, y su posterior conocimiento público mediante su publicación en el diario oficial *El Peruano.*

c) Ejecución

Consiste en la utilización de la autorización de gasto contemplada en la ley de Presupuesto.

d) Control de ejecución

Consiste en el proceso de fiscalización y verificación del debido y correcto uso de la autorización de gasto, a través de la Contraloría General y el Parlamento.

15.2.4 El proceso legislativo de la ley de Presupuesto

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución, el presidente de la República debe enviar al Congreso el proyec-

to de ley de presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado; esto es, debe presentar una igualación entre los ingresos y los gastos propuestos; en suma, plantear que no generará déficit ni excedentes.

El ministro de Economía debe sustentar ante el Pleno del Congreso el *pliego de ingresos.* Asimismo, cada ministro sustenta los *pliegos de egresos* de su sector. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución, el presidente de la Corte Suprema, el fiscal de la nación y el presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a sus instituciones.

Según lo dispone el segundo párrafo del artículo 80, la autógrafa de la ley de Presupuesto debe ser remitida al Órgano Ejecutivo hasta el 30 de noviembre; en caso contrario, entrará en vigencia el proyecto presentado por éste, a través de la dación de un decreto legislativo.

15.2.5 Los ingresos públicos

Se les define como aquellas rentas (sumas de dinero, bienes o valores) que se incorporan al patrimonio del Estado durante un período presupuestal.

Los ingresos públicos tienen una doble fuente:

a) Fuente originaria

Hace referencia a los ingresos provenientes del propio patrimonio del Estado y de sus actividades empresariales.

b) Fuente derivada

Hace referencia a los ingresos provenientes en razón de sus actos de imperio (por ejemplo, los tributos).

Ahora bien, independientemente de su fuente de origen, los ingresos públicos pueden ser clasificados de una triple manera:

a) Tributos.
b) Préstamos (endeudamiento interno y externo).
c) Explotación del patrimonio nacional, y demás diversificaciones.

Los ingresos consignados en el presupuesto constituyen tan sólo una estimación contable aproximada, sin que tengan carácter limitante para la autoridad estatal.

15.2.6 Los gastos públicos

Se les define como los egresos y erogaciones de dinero que efectúa el Estado de conformidad con la ley de Presupuesto.

Los gastos públicos se clasifican en:

a) Gasto corriente

Es de carácter permanente. Está compuesto por el pago de remuneraciones, egresos por previsión social, etc.

b) Gasto de inversión

Es de carácter condicionado a la realidad. Está compuesto por el pago derivado de la compra de activos físicos (equipos, maquinarias, obras, etc.).

Debe advertirse que la previsión de gastos tiene efectos limitantes para los encargados de la ejecución presupuestal.

15.2.7 Restricciones

La Constitución establece un conjunto de restricciones en la elaboración de la ley de Presupuesto, a saber:

a) Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingresos fiscales. Ello implica una barrera contra la vieja y corrupta práctica de la "maquinita", o emisión de moneda sin respaldo, destinada a cerrar la brecha entre ingresos y egresos (art. 78).
b) Los empréstitos autorizados y obtenidos por el Estado no pueden ser utilizados en la cobertura de gastos permanentes. Ello implica que los créditos obtenidos no pueden ser destinados al pago de remuneraciones, pensiones, etc. (art. 78).
c) No es admisible la incorporación de materias y temas distintos a los aspectos presupuestales propiamente dichos (art. 74).
d) Los congresistas carecen de iniciativa para crear o aumentar el gasto público. Ello implica afirmar la decisión que adoptaron los constituyentes de 1979, de detener dicha práctica viciosa. Este criterio tiene su antecedente en la Constitución francesa de 1958. La única excepción que prevé nuestra Constitución es la relativa a la iniciativa de gasto parlamentario en el presupuesto interno del Congreso (art. 79).
e) No puede aprobarse el presupuesto sin que exista partida destinada al servicio de la deuda pública (art. 79).

f) La ley de Presupuesto no puede contener normas sobre materia tributaria (art. 74).
g) La ley de Presupuesto no puede ser objeto de delegación de facultades (art. 104).
h) Las normas presupuestales no pueden ser objeto de referéndum (art. 32).

15.2.8 Modificación de la ley de Presupuesto

La ley de Presupuesto puede posteriormente ser modificada por tres vías:

a) Créditos suplementarios

Implican la dación de una ley mediante la cual se aprueba la disposición de recursos económicos adicionales a los ya contemplados para la ejecución de un ejercicio presupuestal. Para tal efecto, se especifican los recursos que promueven su financiamiento.

b) Habilitaciones

Implican la dación de una ley mediante la cual se autorizan y se otorgan facilidades para la disposición de un recurso económico.

c) Transferencias de partidas

Implican la dación de una ley mediante la cual se autoriza la entrega de recursos de una entidad estatal en favor de otra. O sea, consisten en el cambio de destino de uso de un ingreso ya previsto en el presupuesto. Al respecto, la parte *in fine* del artículo 80 señala que los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como sucede con la ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos se requieren los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros (72 representantes).

15.2.9 La ejecución del presupuesto

Una vez aprobada la ley de Presupuesto, el Ministerio de Economía y Finanzas debe poner a disposición de las distintas reparticiones públicas los fondos autorizados.

La ejecución del presupuesto normalmente se cumple en cuatro actos, a saber:

a) El compromiso

Consiste en la existencia de una obligación económica en favor de un tercero, lo que genera la inmovilización del importe respectivo, el cual no puede ser utilizado para un fin distinto. O sea, implica el deber de asumir la obligación contraída.

b) La liquidación

Consiste en la conversión del compromiso en una suma cierta y líquida, en la moneda de curso legal de la República. O sea, implica el ajuste de una cuenta pendiente.

c) El libramiento

Consiste en la orden de pago para hacer efectivo el recurso comprometido y liquidado.

d) El pago

Consiste en la satisfacción de la obligación contraída, mediante entrega de dinero o especie.

15.3 Presupuesto y licitación pública

El artículo 76 de la Constitución señala que las obras y la adquisición de suministros o abastecimientos con utilización de fondos públicos se ejecutan *obligatoriamente* por contrato y licitación pública. Esta obligación rige también para la adquisición o enajenación de bienes.

Los contratos de suministros, de obras y de servicios, en términos del derecho civil se conocen como compraventa y locación de obra.

La *licitación pública* se entiende como el procedimiento administrativo de adquisición de suministros, etc., mediante libre competencia de postores en acto público.

Las licitaciones públicas comprenden cuatro etapas:

a) Anuncio o invitación.
b) Presentación de propuestas.
c) Apertura de prospectos.
d) Adjudicaciones.

Esta modalidad es exigida por la Constitución, a efectos de establecer un riguroso control sobre la disposición de los bienes del Estado, asegurar un trato igual para los particulares que contratan con la Admi-

nistración pública, y establecer una eficaz defensa de los intereses colectivos.

Ahora bien, la contratación de servicios y proyectos –contratos de locación de servicios–, cuya importancia y monto de egreso no sean significativos, se efectúa con la modalidad del *concurso público*. Dichos montos se consignan en la ley de Presupuesto.

En este último caso, la repartición estatal tiene la facultad de solicitar directamente la remisión de propuestas a empresas especializadas, y de adjudicar la buena pro a aquella que ofrezca la mejor oferta.

Por ley expresa se establecen el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades sobre la materia.

Es usual que en los siguientes casos exista omisión de licitación o concurso, pudiendo procederse a contratar directamente:

a) Razones de gobierno

En los casos de la administración militar.

b) Razones de estado de necesidad

En los casos surgidos por acto fortuito o de fuerza mayor.

c) Razones de limitaciones comerciales

En los casos en donde el suministro no tenga equivalente en el país, o sea escaso, etc.

d) Razones de ventajas tecnológicas

En los casos en donde existe una mayor capacidad tecnológica sobre el resto de los proveedores.

e) Razones de nuevas necesidades

En los casos en que se requiere ampliar un suministro ya adjudicado, etc.

f) Razones de hechos consumados

En los casos en donde se ha declarado desierta la licitación o concurso.

15.4 Constitución y deuda pública

El *empréstito* deviene en un recurso estatal originado en el crédito obtenido de patrimonio ajeno y para un interés específico, y cuyo reembolso debe satisfacerse oportunamente según determinadas cláusulas contractuales.

Se trata de un contrato de naturaleza *sui generis*; ergo, es un contrato financiero-administrativo.

El empréstito puede provenir de alguna de las siguientes fuentes:

a) Por crédito interno

Es aquel que se contrae en el país. Mediante él se obtienen préstamos de capital de origen nacional o extranjero. Dicho crédito se encuentra sometido a la jurisdicción peruana.

El crédito puede ser consecuencia de un acto voluntario, o devenir en forzoso por imposición del Estado.

b) Por crédito externo

Es aquel que se contrae en el exterior. Mediante él se obtienen préstamos de capital de origen foráneo. Dicho crédito se encuentra sometido a la jurisdicción extranjera.

De allí que el artículo 63 de la Constitución plantee que puedan ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

Como consecuencia de la consumación de un empréstito, surge la *deuda pública.* Por ésta se entiende el compromiso económico pendiente de pago y contraído por el Estado, tanto en el país como en el extranjero.

El artículo 75 de la Constitución establece que el Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por los gobiernos constitucionales de conformidad con las estipulaciones contenidas en la Constitución y en las leyes sobre la materia.

Este criterio –previsto originalmente en la Constitución de 1979– señala que los compromisos económicos contraídos por el Estado, tanto en el país como en el extranjero, se encuentran garantizados de pago siempre que se acrediten dos condiciones:

a) Haber sido contraídos por un gobierno constitucional.
b) Haber sido contraídos de conformidad con las prescripciones existentes sobre la materia en la Constitución y las leyes.

El establecimiento de estas dos condiciones tiene por objeto impedir, en cierta manera, la supervivencia de un viejo vicio nacional: *el golpe de Estado.*

El artículo 78 de la Constitución dispone la obligación del presidente de la República de enviar al Congreso el respectivo proyecto de ley de endeudamiento en un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. Ello en razón de que el artículo 75 señala que las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a dicha ley.

Se entiende que dicha norma debe ser aprobada de manera previa a la ley de Presupuesto, por existir entre ambas estrecha conexión.

Es oportuno consignar que el citado artículo 75 de la Constitución otorga facultad para que los municipios puedan celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir de autorización legal.

Dichos bienes y recursos son aquellos establecidos en el artículo 193 de la Constitución, a saber:

- Bienes e ingresos propios.
- Impuestos creados por ley a su favor.
- Recursos asignados al Fondo de Compensación Municipal.
- Transferencias presupuestales del Gobierno central.
- Recursos provenientes del canon.

Asimismo, a manera de colofón, el artículo 78 señala que los préstamos que recibe el Estado de parte del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no pueden ser contabilizados como ingreso fiscal, amén de que no puede aprobarse el presupuesto de la República sin que exista partida destinada al servicio de la deuda pública.

16 *EL SISTEMA NACIONAL DE CONTABILIDAD, LA CONTADURÍA PÚBLICA Y LA CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA*

La Contaduría Pública es la base fundamental del Sistema Nacional de Contabilidad. Como tal, es el órgano rector de la investigación y formulación de la normatividad de la contabilidad pública y privada, y, fundamentalmente, el encargado de la elaboración de la cuenta general de la República.

Entre los antecedentes históricos de dicha institución se destaca la existencia de los *curacas*, quienes se encargaban de llevar y registrar las cuentas del Imperio; por ende, debían conocer el manejo de la *yuparia* –especie de ábaco– y del *quipu*.

El Tribunal de Cuentas de la Colonia estaba encargado del examen y evaluación de las cuentas de las Cajas reales. Dicho órgano sobrevivió, incluso, hasta parte de la República.

La Constitución de 1826 estableció una Contaduría General encargada de examinar, glosar y cerrar la cuenta general de la República.

En la Constitución de 1856 se estableció que la cuenta general de la República debía ser presentada al Congreso para su aprobación o desaprobación. En ese contexto, durante el gobierno del general Juan Anto-

nio Pezet (1863-1865), al ministro de Hacienda, A. Novoa, le correspondió presentar al Congreso por primera vez dicho documento para su posterior fiscalización.

En el presente siglo, desde 1930 a 1979, dicha cuenta estuvo a cargo, de manera coordinada, del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central de Reserva y la Oficina Nacional de Estadística.

Le correspondió a la Constitución de 1979 el mérito de establecer el Sistema Nacional de Contabilidad –que hasta hoy existe–, y al amparo de ella se aprobó la ley 24680, que estableció de manera específica los objetivos y competencias de dicho sistema y, en particular, de su ente rector: la Contaduría Pública de la Nación.

El artículo 81 de la Constitución no menciona expresamente dicho sistema, habiéndose operado, en este caso, una suerte de desjerarquización, sin que ello lleve a la supresión de sus funciones.

La Contaduría Pública de la Nación mantiene la autonomía funcional y administrativa conferida originalmente a la luz de la vigencia del texto constitucional anterior.

Ahora bien, el Sistema Nacional de Contabilidad, bajo la égida de la Contaduría Pública, se encuentra integrado de la siguiente manera:

- La Contaduría Pública de la Nación, cuyo responsable recibe la denominación de contador general de la nación y es nombrado por el presidente de la República por un período de cinco años.
- El Consejo Normativo de Contabilidad, cuya conformación incluye representantes de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Federación de Colegios de Contadores Públicos, la Superintendencia Nacional de Asuntos Tributarios, el Banco Central de Reserva, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el Ministerio de Economía y Finanzas, y la Cámara de Comercio.
- Organismos del sector público.
- Organismos representativos del sector no público.

16.1 La cuenta general de la República

Se trata de un documento público que sintetiza, en cada año presupuestal, la información referente a metas, estado de la situación financiera y los resultados de la ejecución del gasto gubernamental. Se formula a partir de la información que emiten las distintas entidades públicas.

La cuenta general es la consecuencia jurídico-política de rendir cuentas; o sea, la responsabilidad del Órgano Ejecutivo de informar, mediante ella, del cumplimiento del plan presupuestal durante el período autorizado.

Dicha cuenta hace disponible la información necesaria para efectuar investigaciones de carácter contable-financiero, el planeamiento del desarrollo económico y social del país, y sirve de base para llevar a cabo la fiscalización parlamentaria.

En suma, consiste en la agrupación sistemática de ingresos y egresos; o sea, es la consolidación de los balances y cuentas de todos los pliegos presupuestales.

La cuenta general de la República debe ser elaborada por la Contaduría Pública de la Nación, a través del Consejo Normativo de Contabilidad.

El artículo 7 del decreto supremo 019-89-EF señala que la cuenta general de la República debe contener una exposición sintética de los progresos alcanzados en la ejecución de los planes de desarrollo económico y social del país.

La forma y contenido de dicho documento es como sigue:

- Memoria.
- Información analítica de carácter presupuestario, económico, financiero y de inversiones.
- Evaluación de la ejecución del presupuesto de ingresos y gastos en los últimos diez años.

Ahora bien, el artículo 81 de la Constitución señala que la cuenta general debe ir acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General. Ambos documentos deben ser remitidos por el presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el 15 de noviembre del año siguiente al de la ejecución del presupuesto.

La cuenta general debe ser examinada y dictaminada por una comisión revisora del Congreso dentro de los noventa días siguientes a su recepción.

Igualmente, cabe advertir que conforme lo dispone el inciso 4 del artículo 101 de la Constitución, concordante con el artículo 104, la aprobación de la ley de la Cuenta General de la República no puede ser objeto de delegación alguna, en razón de que esta norma expresa de manera elocuente las potestades de control del Parlamento.

La inactividad o no pronunciamiento del Congreso puede acarrear que su aprobación se produzca a través del Órgano Ejecutivo mediante

la expedición de un decreto legislativo.

El inciso *c* del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República señala que la proposición de ley que contiene la cuenta general debe ser presentada a más tardar el 15 de noviembre del año siguiente al de la ejecución del presupuesto, acompañada del informe de la Contraloría General.

17 *LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA*

El *control gubernamental de carácter administrativo-financiero* es concebido como la verificación periódica del resultado de la gestión pública. Ésta es definida como el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades gerenciadoras de recursos públicos tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que se encuentran enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Órgano Ejecutivo. Asimismo, dicho control comprende la evaluación de la eficacia y eficiencia de la Administración.

La referida verificación se efectúa a la luz del grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía que dichas entidades hubieran exhibido en el uso de los recursos públicos, así como del cumplimiento de las normas jurídicas, lineamientos de política y planes de acción correspondientes.

Cabe señalar que por *recurso público* se entiende todo aquello sobre lo cual el Estado ejerce, directa o indirectamente, cualquiera de los atributos de la propiedad (se incluyen los recursos de carácter fiscal y de endeudamiento público).

Como hemos referido, el ámbito del control gubernamental toma como marco de referencia los recursos públicos que, como tales, pertenecen al Estado, independientemente de quienes se encarguen de su administración (agentes públicos o privados).

Lo "público" implica que el recurso captado, aplicado o gestado está orientado a satisfacer las necesidades que demanda el *bien común*; ello al margen de que su gerenciamiento y utilización se encuentren en manos del Estado o de un particular.

La calidad de un *recurso* como *público* se ampara en lo siguiente:

a) El origen de su captación, no obstante que hubiere sido transferido a un ente particular para una mejor aplicación y eficiente gasto.
b) El fin de su aplicación y gasto, el mismo que deviene en favor del bien común.

En síntesis, el control administrativo-financiero incluye a todas las entidades públicas o privadas que gerencien recursos públicos.

Este control implica un proceso por medio del cual las actividades de una organización se encuentran sujetas a un plan de acción preconcebido, amén de que él mismo se ajusta a las actividades específicas y propias de la organización.

En esa perspectiva, es evidente que las instituciones encargadas de la ejecución del gasto público deben actuar de conformidad con las disposiciones legales vigentes, y cumplir sus labores específicas sobre la materia con eficiencia, eficacia, transparencia y economía.

Dicho control se asume como un mecanismo de comprobación, supervisión y evaluación de acciones y resultados ligados a la utilización y manejo de recursos públicos, y del pleno respeto del principio de legalidad.

La constitucionalización del control en Iberoamérica se manifiesta a través de pautas establecidas en las Constituciones de España (1978), Bolivia (1967), Brasil (1988), Costa Rica (1949), Chile (1980), Ecuador (1978), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), México (1917), Panamá (1972), Paraguay (1992), Portugal (1976), Puerto Rico (1952), República Dominicana (1966), Surinam (1966), Uruguay (1966) y Venezuela (1961)[16].

17.1 Los modelos técnicos de control

La doctrina ha perfilado dos modelos de control.

a) Modelo sajón

Recibe tal denominación por aparecer en la legislación de los países de origen sajón (Alemania, Inglaterra, etc.). Se caracteriza porque la dirección institucional se encuentra a cargo de un único y exclusivo titular, el mismo que adopta individualmente sus decisiones. En puridad, hace referencia a instituciones de control de naturaleza monocrática. Su expresión cabal aparece en las contralorías.

b) Modelo latino

Recibe tal denominación por aparecer en la legislación de los países de origen latino (España, Portugal, Francia). Se caracteriza porque la di-

16 CAMINO G., Juan. "El control en las Constituciones". En: *Revista ESAP*. Lima, 1992.

rección institucional se encuentra a cargo de una pluralidad de personas, la misma que adopta corporativamente sus decisiones. En puridad, hace referencia a instituciones de fiscalización de naturaleza colegiada.

En América del Sur, como es obvio, hasta buena parte del siglo xx predominó el modelo latino, a través de los denominados Tribunales de Cuentas.

Empero, bajo la influencia que ejerciera la misión financiera presidida por el catedrático de Economía Política de la Universidad de Princeton (EE UU), Edwin Kemmerer, se fueron estableciendo paulatinamente las contralorías –típicas instituciones adscritas al modelo sajón– en países como Colombia, Chile, Ecuador, Bolivia y Perú.

17.2 Antecedentes históricos

Conforme expone Freddy Orlando[17]:

> "Desde los tiempos más remotos, en todas las colectividades o agrupaciones de hombres, independientemente del grado de desarrollo alcanzado o del sistema de organización que se han procurado, ha habido la necesidad de crear mecanismos de control y de dictar normas precisas que permitan poner freno a los hechos ilegales que, intencionalmente o no, suelen llevar a cabo los que de una u otra forma participan en la dirección de esas colectividades o en la administración, en su sentido más amplio, de los bienes o recursos de las mismas."

En ese aspecto, aparecen medidas de control como las contempladas en Sumeria a través del Código de Ur Nanmu; en la India, mediante normas establecidas en el Código de Manú, e incluso en Grecia y Roma.

En el Perú, durante el apogeo del Imperio del Tahuantinsuyo –al organizarse los *suyos* o regiones– se estableció la institución conocida como los *tucuricuy* (el que todo lo ve).

Estos funcionarios visitaban, vigilaban, fiscalizaban e incluso establecían penalidades contra los funcionarios encargados de la recaudación y distribución de tributos. Se encargaban de la supervigilancia de las tareas sobre la materia, encargadas primicialmente a los *chunga*, *pachaca*, *huaranga* y *humo camayoc*. En suma, eran informantes del Inca.

---

17 ORLANDO, Freddy. "La responsabilidad de las funciones públicas. Sus modalidades". En: *Revista de Control Fiscal* Nº 114. Caracas.

Los tucuricuy eran elegidos entre los tíos o hermanos del Inca; la duración de sus cargos dependía de la voluntad imperial. Se les trasladaba de ubicación en forma periódica.

En la Colonia se creó, mediante real cédula de 24 de agosto de 1605, el Tribunal de Contaduría Mayor. Su función consistió en controlar y supervisar todas las acciones administrativas relativas al manejo de fondos fiscales.

El historiador Fernando Silva Santisteban[18] señala que dicho organismo –que respondía al modelo latino– se componía de dos salas: la primera estaba encargada de juzgar los casos que llegaban hasta mil pesos, a cargo de dos oidores; y la segunda lo estaba de conocer asuntos de mayor relevancia económica, a cargo de cuatro oidores.

El fiscal de dicho tribunal era el mismo que atendía los asuntos de la Real Audiencia.

Dicha institución se preservaría en la Constitución de 1812 (Cádiz).

Durante la República, entre 1873 y 1894 –durante los gobiernos de Remigio Morales Bermúdez y Andrés Avelino Cáceres–, se introdujeron importantes reformas al Tribunal de Contaduría Mayor, encargándosele la responsabilidad del examen de la cuenta general. Asimismo, se estableció la obligación de informar al Congreso sobre los alcances de la labor fiscalizadora, e incluso se le otorgó facultades jurisdiccionales sobre la materia.

Como bien refiere Carlos Martinto, "con ello se inició el control y la evaluación presupuestal en el aspecto financiero". Empero, en *stricto sensu*, durante el tercer gobierno del presidente Augusto B. Leguía –bajo los criterios del modelo sajón– se creó la Contraloría General mediante la ley 6784, de 28 de febrero de 1930. Su primer titular fue Ricardo Madueño y Rosas. Entre las competencias que le fueron asignadas aparecían el velar por el fiel cumplimiento de la ley orgánica del Presupuesto, así como el mantener ordenada la hacienda pública.

En el artículo 10 de la Constitución de 1933 se señaló expresamente:

> "Un Departamento Especial, cuyo funcionamiento estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. El jefe de este Departamento será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. La ley señalará sus atribuciones."

18 SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Historia del Perú*. Lima: Editorial Búho.

Nuestro país debió esperar treinta y un años para que dicha institución tuviera plena aplicación. Así, mediante la ley 14816 (1964), la Contraloría General de la República se transformó de una dependencia administrativa del Ministerio de Hacienda y Comercio, en un organismo especial, autónomo en lo administrativo y en lo económico.

Posteriormente, durante el Gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado se expidió el decreto ley 19039 (1971), ley orgánica del Sistema Nacional de Control. En dicho dispositivo se definió el concepto, ámbito organizacional y los procesos de control de la actividad pública nacional.

En ese sentido, se estableció que el control comprendía las acciones para cautelar previamente, y verificar posteriormente, la correcta administración de los recursos laborales, financieros, materiales y la obtención de resultados de la gestión pública por parte de las entidades que integraban el sector público nacional, así como la utilización de fondos públicos por parte de entidades del sector privado.

Finalmente, el artículo 146 de la Constitución de 1979 señalaba:

> "La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del Sector Público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos."

El contralor general era designado por el Senado, a propuesta del presidente de la República, por el término de siete años. El Senado podía removerlo por falta grave. Cabe advertir que durante el período del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, encabezado por el autogolpista Alberto Fujimori, se expidió el decreto ley 26162 (1992), ley del Sistema Nacional de Control.

En la actualidad, la Contraloría General se encuentra regulada en el artículo 82 de la Constitución.

17.3 Nuestro ordenamiento jurídico y los tipos de control

El decreto ley 26162 establece dos modalidades: el control interno y el control externo.

17.3.1 Control interno

Es aquel que se realiza dentro de la jurisdicción del propio ente objeto de fiscalización y bajo su propia responsabilidad.

Como bien afirma Ernesto Lamas[19], se trata de un

> "típico control de supervisión de todo superior jerárquico, *per se* o por medios inspectivos, escriturales o informativos."

Su competencia corresponde exclusivamente a los niveles jerárquicos de la Administración en cada entidad pública.

Es la consecuencia del principio de jerarquía administrativa, por el cual la autoridad se encuentra facultada para controlar la acción de sus subordinados.

Esta modalidad de control puede ser, a su vez:

a) Previo

Cuando lo efectúan las propias auditorías del ente objeto de fiscalización.

Consiste en el examen de las operaciones de gastos, antes que la autorización administrativa surta efectos.

b) Selectivo-posterior

Cuando se efectúa por los superiores jerárquicos del ente ejecutor del gasto público. En este caso, el proceso de verificación es ulterior a la plasmación del gasto.

17.3.2 Control externo

Es aquel que se realiza a través de la Contraloría General de la República, por los órganos adscritos al Sistema Nacional de Control o por las sociedades de auditoría independientes designadas y contratadas especialmente para tal fin.

Se trata de un control ejercido por ente distinto y ajeno al organismo objeto de fiscalización.

Como bien refiere Juan Carlos Morón Urbina[20], esta actividad recae sobre la Contraloría General y/o el órgano de auditoría interna de cada entidad. En suma, el proceso de fiscalización se produce en dos instancias:

---

19 LAMAS, Ernesto R. *Un eficaz control estatal.* Ed. Machi.

20 MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Estado constitucional de Derecho y de control: el control como función en los Estados democráticos". En: *Revista Gaceta Jurídica* 23. Lima: W. G. editores, 1955.

- La fiscalización durante el proceso de gestación de un acto administrativo y hasta antes que éste sea ejecutado (control previo).
- La fiscalización ejecutada con posterioridad a la conclusión del acto administrativo (control posterior).

Como afirma Juan Carlos Morón Urbina, en nuestro caso el control se presenta de la siguiente manera:

- Control previo interno.
- Control previo externo.
- Control posterior interno.
- Control posterior externo.

17.4 Objetivos

El accionar de la Contraloría General tiende a conseguir que las instituciones objeto de fiscalización alcancen los siguientes objetivos:

a) Eficiencia

Consiste en promover una relación armoniosa entre las medidas de productividad administrativa y las metas previamente fijadas. Con ello se busca alcanzar una óptima proporción y relación entre los esfuerzos laborales de los funcionarios y servidores, los recursos que se utilizan, y los productos y servicios que se brindan a la comunidad.

b) Eficacia

Consiste en promover una relación armoniosa entre los resultados de la gestión administrativa y los objetivos propuestos. Con ello se busca alcanzar una óptima vinculación entre los fines administrativos y los medios empleados para su consecución.

c) Transparencia

Consiste en promover una actividad administrativa diáfana, nítida; ergo, de naturaleza moral en todos sus aspectos.

d) Economía

Consiste en promover una actividad administrativa plena de austeridad, es decir, que evite gastos innecesarios de tiempo, bienes, etc.

e) Legalidad

Consiste en promover una actividad administrativa ajustada a las reglas que norman la actividad pública o la ejecución de recursos estatales.

17.5 Mecanismos procedimentales

La Contraloría General, para el cumplimiento de sus fines, hace uso de cuatro mecanismos o procedimientos técnicos:

a) Auditoría

Consiste en la indagación objetiva y sistemática de las operaciones financieras o administrativas efectuadas en el seno de una repartición objeto de fiscalización, con posterioridad a su ejecución.

b) Examen

Consiste en la indagación de una parte de las operaciones financieras o técnicas, con posterioridad a su ejecución.

c) Inspección

Consiste en la indagación o revisión detallada acerca de la eficacia o eficiencia administrativa. Esta modalidad puede encontrarse previamente programada y modificada, o puede llevarse a cabo de manera inopinada, sin previo conocimiento de la entidad fiscalizada.

d) Investigación

Consiste en la determinación de la veracidad de un hecho administrativo particular y concreto que se aduce como anómalo o irregular.

17.6 Principios

En lo que se refiere a los criterios que orientan el ejercicio de la acción contralora, el decreto ley 26162 establece como tales los siguientes:

a) Oportunidad

Las acciones de control deben efectuarse en el momento adecuado o debido.

b) Colaboración

Las acciones de control deben dirigirse a cooperar con las entidades fiscalizadas, a efectos de que puedan perfeccionar sus sistemas técnico-administrativos, así como lograr sus metas institucionales.

c) Horizontalidad funcional

Las acciones de control deben efectuarse partiendo del hecho jurídico de que las entidades objeto de fiscalización no se encuentran jerárquicamente subordinadas a los órganos contralores.

d) Reserva

Las acciones de control no deben promover la revelación de informaciones que causen daño o que dificulten la actividad de las entidades objeto de fiscalización.

e) Flexibilidad

Las acciones de control deben efectuarse de la forma más elástica posible, a efectos de preservar, en lo sustantivo, el objeto de la actividad fiscalizadora; esto es, alcanzar en el ente fiscalizado un comportamiento funcional eficiente, eficaz, etc.

f) Especialización

Las acciones de control deben efectuarse en función de la naturaleza de la entidad objeto de fiscalización.

g) Presunción de licitud

Las acciones de control deben partir de la presunción, salvo prueba en contrario, de que los agentes objeto de fiscalización han actuado con arreglo a ley.

17.7 La Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Administrativo-Financiero

La Contraloría General de la República es un ente autónomo y descentralizado de derecho público interno. Como tal, es el órgano superior del Sistema Nacional de Control en los aspectos administrativo-financieros.

En razón de lo arriba expuesto, sólo se encuentra sujeta al imperio de la Constitución y las leyes.

Dicho sistema –que involucra a un conjunto de entes de control– se encarga de suspervisar la correcta, útil, eficiente, económica y transparente utilización de los bienes y recursos públicos, así como el ejercicio de las competencias y funciones asignadas a los funcionarios, servidores y demás agentes no estatales responsables de la ejecución del gasto público, en relación a los resultados obtenidos en el cumplimiento cabal de las leyes.

El Sistema Nacional de Control –cuyo órgano superior es la Contraloría General de la República– se encuentra conformado de la siguiente manera:

- Auditoría del Órgano Legislativo.
- Auditoría del Órgano Judicial.
- Auditorías sectoriales del Órgano Ejecutivo.
- Auditorías de las regiones.
- Auditorías de las municipalidades.
- Auditorías de los órganos autónomos.
- Auditorías de instituciones y personas de derecho público.
- Auditorías internas de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado (empresas de derecho público, empresas estatales de derecho privado). Ellas no incluyen a las empresas de economía mixta ni tampoco a las empresas estatales de accionariado difundido.

Ahora bien, los artículos 81 y 82 de la Constitución establecen la naturaleza jurídica, funciones y atribuciones de la Contraloría General de la República.

Sus responsabilidades específicas son cuatro:

a) La supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado

Implica la comprobación, revisión y evaluación de la concreta aplicación de las normas legales vinculadas con la previsión y valuación de los ingresos y egresos del sector público autorizados mediante la ley de Presupuesto.

b) La supervisión de las operaciones de la deuda pública

Implica la comprobación, revisión y evaluación de las cuentas con saldo deudor, que representan los montos de la deuda estatal, la cual

se encuentra garantizada con bonos o documentos negociables puestos en circulación, o se encuentra pactada en contratos celebrados con entidades acreditadas dentro y fuera el país.

c) La supervisión de los actos de las instituciones sujetas a control

Implica la revisión, comprobación y evaluación de las decisiones administrativas o de administración, así como de los actos jurídicos de las instituciones sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República, relativos a la gestión sobre el gasto público, en concordancia con el cumplimiento de los programas y planes de la entidad examinada.

d) La auditoría a la cuenta general

Implica la remisión al presidente de la República del informe de la Contraloría sobre la cuenta general, a efectos de que sea puesto en conocimiento del Congreso para los fines a que se contrae el artículo 81 de la Constitución.

17.8 El contralor general de la República

Es designado por el Congreso a propuesta del Órgano Ejecutivo. El ejercicio de su cargo alcanza los siete años. Puede ser removido por el ente que lo designó, en caso se acreditara la comisión de falta grave.

Para ser designado contralor se requiere:

- Acreditar ser peruano de nacimiento.
- Acreditar encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles.
- Acreditar tener una edad mínima de cuarenta años al momento de su designación.
- Acreditar título profesional. No se exige poseer una especialidad en particular.
- Acreditar un ejercicio profesional no menor de diez años.

17.8.1 Impedimentos

Se encuentran vedados de alcanzar dicha designación las personas incursas en los siguientes casos:

- Incapacidad física o mental, grave y permanente.
- Condena por la comisión de delito doloso, o existencia de mandato de detención definitiva en proceso abierto.

- Destitución por falta disciplinaria en el desempeño de cargo público.
- Pendencia de rendición de cuentas ante la Administración pública.
- Procesamiento pendiente ante las entidades sujetas a control.
- Ejercicio de cargo público-político en los dos últimos años.

17.8.2 Vacancia del cargo

El cargo se pierde por las siguientes causas:

- Muerte.
- Impedimento sobreviniente en los casos arriba expuestos.
- Renuncia.
- Cese por límite de edad (70 años).
- Incursión en comisión de falta grave.

Le corresponde al Congreso la declaración de vacancia.

Cabe señalar que la comisión de falta grave se consuma en razón de tres causas:

- Acción u omisión en el ejercicio de la función, que ocasiona daño pecuriario de significación para el Estado.
- Abandono del cargo, con inasistencias continuas e injustificadas en el despacho por más de quince días útiles.
- Infracción de las prohibiciones e incompatibilidades señaladas por el decreto ley 26162.

Debe advertirse que la forma de acreditación de la comisión de falta grave está sujeta al procedimiento establecido en el artículo 99 de la Constitución.

Concordantemente con lo expuesto, el artículo 100 establece que corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, el suspender, inhabilitar o destituir al contralor general.

En ese sentido, corresponde a la Comisión Permanente el formular la acusación constitucional ante el Congreso.

17.8.3 Addenda

El contralor general cuenta con la inmediata colaboración de un subcontralor. Este funcionario es nombrado por aquél, a quien reemplaza en caso de ausencia o impedimento temporal.

Asimismo, ejerce las funciones que el titular de la institución expresamente le encargue.

Finalmente, cabe consignar que por mandato del artículo 107 de la carta constitucional, la Contraloría General de la República goza del privilegio de iniciativa en la formación de las leyes que le sean propias por razón de la materia.

Nuestra Constitución –siguiendo la línea trazada en el texto de 1979– dedica un capítulo completo al tema de la moneda y la banca.

La *moneda*, en atención a lo previsto en la teoría económica y en la práctica histórica, ha devenido en el medio ideal y universal de intercambio de productos, bienes y servicios.

Se la define como aquella pieza de metal, acuñada por el Estado, que sirve como medio de cambio, medio de apoyo, unidad de cuenta y medida de comprobación de atesoramiento de riqueza. Se usa como sinónimo de dinero.

La *banca* implica la realización de una actividad financiera consistente en la captación de dinero del público y las empresas (depositantes), a efectos de prestarlo a terceros, lo que permite la intermediación de recursos.

Se la define como una entidad económica cuya actividad lucrativa consiste en recibir dinero en forma de *depósito* y prestarlo en forma de *crédito*, obteniendo una ganancia por la diferencia en las tasas de interés. El servicio que presta permite que el ahorro se canalice a través de nuevas inversiones. La banca provee de dos servicios fundamentales: la intermediación de recursos y la facilitación de liquidez.

El artículo 83 de la Constitución señala que a través de una ley se determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado, la que se ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva.

El monopolio del Estado en la emisión de la moneda, previsto desde la Constitución de 1933, es una medida consagrada por el sistema capitalista, que evita la diferencia de valores monetarios, la complejidad de fijar sus equivalencias y el peligro de la emisión inorgánica que trae consigo la quiebra de la salud económica del país.

18.1 Antecedentes históricos

En el Perú, la existencia cabal de un órgano emisor de moneda ha pasado por las siguientes etapas:

A lo largo de los primeros ciento dieciocho años de vida republicana, nuestros textos constitucionales consagraron como una facultad del Congreso el determinar el valor, peso, ley y tipo de moneda nacional que se utilizaría en el país.

No obstante, a fines de 1931, la Junta de Gobierno de David Samanez Ocampo dispuso la creación de un ente bancario con atribuciones sobre las materias arriba descritas.

Dicha institución fue establecida como consecuencia de las recomendaciones formuladas por la Misión Kemmerer, la misma que cerca de un año, por invitación del Estado peruano, llevó a cabo la tarea de evaluación de la problemática económica y financiera del país.

Dicha misión estuvo presidida por el catedrático norteamericano Edwin Kemmerer, e integrada además por John Philip Varnetti (experto en contribuciones), Joseph T. Byrne (experto en presupuesto y contabilidad), Walter van Densen (experto en bancos), Paul M. Atkins (experto en crédito público), Wiliam T. Roddy (experto en aduanas), Sto Kly W. Morgan (secretario general) y Lindsay Dodd (secretario auxiliar).

A partir de sus recomendaciones, el antiguo Banco de Reserva –creado durante el segundo gobierno de Augusto B. Leguía– fue reestructurado, otorgándosele las funciones que anteriormente había desempeñado el Parlamento.

A pocos meses de haberse recreado el Banco Central de Reserva, la denominada Comisión Villarán –encargada de elaborar el anteproyecto de la futura Constitución de 1933– sugirió la constitucionalización de dicho ente rector de la actividad bancaria.

En ese mismo espíritu, el Congreso Constituyente de 1931-1933 estableció, en el artículo 12 de la Constitución de 1933, que el Estado, a través de la legislación ordinaria, determinaría el sistema monetario de la República. Señalaba además que la emisión de billetes era privilegio del cuerpo estatal, el cual se ejercía mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda.

Posteriormente, la Asamblea Constituyente de 1978-1979 ratificó los criterios arriba expuestos, empero, señaló adicionalmente que el Banco Central de Reserva era una persona de derecho público con autonomía de política institucional, económica y financiera. Asimismo, estableció de manera clara y meridiana sus funciones.

18.2 El Banco Central de Reserva en la Constitución de 1993

El nuevo texto fundamental mantiene intactas, a lo largo de sus artículos 83, 84 y 85, las regulaciones existentes en la Constitución anterior.

En ese sentido, declara que el Estado, mediante la dación de leyes, determinará el sistema monetario de la República, el mismo que alude al conjunto de entidades que crean, captan o colocan dinero. Por ende, dicho sistema se encuentra constituido por el Banco Central de Reserva e integrado por los bancos comerciales y demás instituciones que captan y colocan dinero.

Del mismo modo, allí mismo se determina que la emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado, la cual se ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva.

Esta institución es definida como una persona jurídica de derecho público que goza de autonomía dentro del marco que le señala su ley orgánica.

Sus fines son los siguientes:

a) Preservar la estabilidad monetaria de la República

Alude a la propiedad o cualidad de un sistema económico, por la cual se busca mantener el necesario equilibrio monetario del país durante un espacio de tiempo prolongado.

b) Regular la moneda y el crédito del sistema financiero

Este último concepto hace referencia al conjunto de instituciones que se dedican a la intermediación financiera, e incluye a los agentes inversionistas y a los ahorristas.

c) Administrar las reservas internacionales

Este concepto se refiere a la pluralidad de recursos aportados expresamente para ser utilizados para una finalidad determinada. Ello permite mantener la autoridad monetaria del país, a efectos de cubrir la demanda interna de recursos, cancelar intereses, amortizar la deuda externa, amén de poder hacer frente a las variaciones económicas de carácter transitorio que pudieran presentarse.

El directorio del Banco Central de Reserva tiene la responsabilidad de informar al país, de manera exacta y periódica, sobre el estado de las finanzas nacionales.

Las finanzas nacionales expresan aquella área económica-administrativa referida a la asignación de los recursos económicos.

Dicho informe deberá dejar constancia de aspectos tales como:

- Decisiones financieras vinculadas con la inversión y la empresa.
- Funcionamiento del mercado de capitales y del sistema financiero.
- Merituación de los instrumentos financieros.

Por mandato expreso del artículo 84 de la Constitución, el Banco Central de Reserva se encuentra prohibido de conceder financiamiento –aporte de capitales– al erario nacional, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro de los límites que señala su ley orgánica.

El directorio del Banco Central de Reserva está constituido por siete miembros.

Al respecto, corresponde al Órgano Ejecutivo, mediante la expedición de una resolución suprema, designar a cuatro de los miembros del directorio. La Constitución señala que el presidente de dicho ente debe ser elegido de entre esos miembros.

Asimismo, corresponde al Órgano Legislativo, mediante la expedición de una resolución legislativa, la designación de los tres miembros restantes. Para tal efecto, se requiere su aprobación con la mayoría absoluta (61 representantes) del número legal de congresistas.

Los representantes ante el directorio del Banco Central de Reserva no se encuentran sujetos a mandato imperativo; ergo, son independientes y libres en relación al órgano de poder que los designó.

El nombramiento como director tiene una duración igual y simultánea a la correspondiente al presidente de la República (cinco años).

Los designados deben prestar juramento ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, el Congreso tiene la facultad de remoción de los directores por la comisión de falta grave.

La *falta grave* se entiende como aquella infracción peligrosa y voluntaria de la ley, que atenta contra la estabilidad monetaria del país. Así por ejemplo, sería justificable la remoción cuando se efectuasen operaciones o se celebrasen convenios para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de nuestras reservas internacionales, sin la debida autorización legal, en el supuesto de que los mismos superaran el

límite señalado en el presupuesto de la República; o cuando se concediese financiamiento al erario fuera de la excepción prevista en el artículo 84 de la Constitución.

En caso de producirse la remoción del directorio, los nuevos integrantes designados se limitarán a completar el período constitucional.

Debe señalarse que los miembros del directorio no gozan del privilegio de la acusación constitucional que prevé el artículo 100 de nuestra carta magna.

Las renuncias individuales se presentan ante el presidente del directorio; la renuncia de los directores designados por el Congreso se formula ante el presidente de la República, quien deberá aceptarla inmediatamente mediante la dación de una resolución suprema.

18.3 La estructura funcional del Banco Central de Reserva

La organización y funcionamiento del Banco Central de Reserva descansa prioritariamente sobre el directorio, y subsidiariamente en las tres instancias siguientes:

a) El presidente del Banco Central de Reserva

Tal como se ha referido, este presidente debe ser elegido en sesión de directorio, entre los representantes del Órgano Ejecutivo. Su nombramiento es objeto de una ratificación parlamentaria.

En ese sentido, el artículo 93 del Reglamento del Congreso de la República señala que corresponde a éste, a través de la Comisión Permanente, ratificar y remover a dicho funcionario.

La responsabilidad básica del presidente del Banco Central de Reserva consiste en velar por el cumplimiento de los fines y actividades establecidos para el citado ente en la Constitución, la ley orgánica y demás normas reglamentarias.

Le corresponde ejercer la representación institucional y tiene la facultad de proponer la designación del gerente general.

Su cargo es de dedicación exclusiva, salvo la docencia a tiempo parcial.

b) El vicepresidente del Banco Central de Reserva

Este funcionario es elegido entre los demás miembros del directorio, sin restricción alguna.

Su responsabilidad básica consiste en reemplazar al titular de la institución en caso de ausencia, impedimento temporal, renuncia o remoción.

c) El gerente general del Banco Centra de Reserva

Es el responsable inmediato del funcionamiento del banco, en los aspectos técnico-administrativos. Responde, por su gestión, ante el pleno del directorio.

Finalmente, cabe advertir que, por mandato expreso del artículo 107 del texto constitucional, el Banco Central de Reserva tiene iniciativa en la formación de leyes relativas a las materias que le son propias.

19 LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS

Es la responsable de impulsar y otorgar protección al ahorro público. Como tal, supervigila a las empresas captadores de fondos públicos.

Surgió como consecuencia de la paulatina modernización del Estado y la creciente actividad bancaria en el país. Así, durante el gobierno dictatorial del general Óscar R. Benavides se dictó el decreto ley 1967, de 10 de agosto de 1914, en donde se estableció la existencia de una Inspectoría Fiscal de Bancos dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda.

Dicha inspectoría careció de relevancia alguna, dado su mero carácter nominal y dada la ausencia de normas reglamentarias que delinearan con claridad el ejercicio cabal de sus funciones. Señálese, como cosa curiosa, el hecho de que las empresas bancarias no estaban sometidas de modo compulsivo a su actuación.

Posteriormente, a raíz de las medidas legislativas recomendadas por la Misión Kemmerer, la Junta de Gobierno presidida por David Samanez Ocampo dictó la ley 7159, ley general de Bancos.

En este dispositivo se reorganizó la institución arriba descrita, e incluso se determinó su incorporación como una dirección de línea del Ministerio de Hacienda.

La función que le fue asignada consistía en controlar la actividad de las empresas bancarias. En el ejercicio cabal de dicha competencia, se procedió a declarar la liquidación del Banco del Perú y Londres (1931).

La legislación reglamentaria estableció tareas concretas en las áreas de inspección, supervigilancia y estadística.

El primer titular de dicha repartición fue César Antonio Ugarte (años 1931-1932).

Como bien ha señalado Marcial Carrillo, la reorganización de esta institución fue consecuencia del proceso de reforma del sistema monetario-bancario, auspiciado por la Misión Kemmerer.

El Congreso Constituyente de 1931-1933 elevó las referidas funciones a la categoría de competencias de carácter constitucional, al señalar en el artículo 13 de la Constitución de 1933 que:

> "Un Departamento especial cuyas funciones determinará la ley, ejercerá, en nombre del Estado, la supervigilancia de las empresas bancarias."

En 1968, durante el primer gobierno de Fernando Belaunde Terry, a tenor de lo dispuesto en el decreto supremo 297-68-ISC, de 14 de agosto, se le fijó a la institución su denominación actual de *Superintendencia de Banca y Seguros.*

En el mismo año, durante el Gobierno militar encabezado por el general Juan Velasco Alvarado, mediante decreto ley 17322, de 31 de diciembre, se redefinieron sus funciones como un organismo público descentralizado adscrito al sector Economía y Finanzas, encargándosele la tarea de supervigilar y controlar la actividad de las empresas bancarias, aseguradoras y financieras. Por tal motivo se le otorgó autonomía administrativa y financiera.

La Asamblea Constituyente de 1979 elevó la institución a la categoría de organismo autónomo no descentralizado. Al respecto, en el artículo 155 de la Constitución se señalaba que la Superintendencia ejercía en representación del Estado el control de las empresas bancarias, financieras, de seguros y las demás que captaran fondos del público.

Allí mismo se declaró que una ley especial establecería su estructura organizativa y funcional, y se fijó que correspondía al Órgano Ejecutivo la facultad de nombrar a su titular por un lapso de cinco años. Este nombramiento estaba sujeto a la ratificación del Senado.

19.1 La Superintendencia de Banca y Seguros en la actual Constitución

El Estado peruano tiene la responsabilidad de fomentar y garantizar el ahorro público, entendiéndose como tal aquella parte del ingreso de una persona que no se destina al consumo, sino que se deposita en una empresa bancaria o institución financiera a efectos de obtener utilidades, vía intereses, postergando su utilización para un futuro no determinado.

En ese contexto, el artículo 87 de nuestro texto fundamental alude a la Superintendencia de Banca y Seguros como un organismo autónomo no descentralizado, encargado de defender y garantizar los intereses y expectativas del público ligado a las empresas captadoras de depósitos de dinero.

Los depósitos expresan un acuerdo contractual mediante el cual un banco o institución financiera se compromete a recibir una cierta cantidad de dinero o documentos, para devolver una parte o la totalidad de los mismos cuando el depositante lo solicite o dé un aviso previo para ello.

En puridad, la defensa de los depósitos en dinero, por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, se puede establecer en tres campos:

a) Cautelar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia.
b) Controlar la solidez económica y financiera de las empresas captadoras de depósitos.
c) Promover las denuncias, ante el Ministerio Público, de todas aquellas actividades ilícitas vinculadas con la captación de fondos provenientes del público.

La actividad contralora de la Superintendencia de Banca y Seguros alcanza a los siguientes tipos de empresas:

- Empresas bancarias.
- Empresas de seguros, reaseguros e intermediarias de seguros.
- Empresas de arrendamiento financiero.
- Mutuales de vivienda.
- Cajas municipales de ahorro y crédito.
- Empresas que realizan operaciones conexas y similares a las arriba descritas.

19.2 El superintendente de Banca y Seguros

Este funcionario es designado por el Órgano Ejecutivo mediante resolución suprema. El Congreso tiene la facultad de ratificar dicho nombramiento.

Para tal efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 del Reglamento del Congreso de la República, el Parlamento, a través de la Comisión Permanente –luego de deliberar y votar sobre la materia–, procederá a ratificar al designado, siempre que se alcance mayoría simple entre sus miembros.

El juramento al cargo se efectúa ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La función se desempeña por un período de cinco años. La Constitución no impide una nueva designación inmediata.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 del texto fundamental –en aplicación del principio interpretativo de *contrario sensu*–, el superintendente de Banca y Seguros no goza de la prerrogativa de la acusación constitucional; por ende, puede ser denunciado directamente por la comisión de acto ilícito en el ejercicio de la función, ante las autoridades judiciales competentes por razón de turno.

La renuncia al cargo se presenta ante el presidente de la República, quien la acepta mediante la expedición de una resolución suprema.

El cargo debe ejercerse de manera exclusiva y es incompatible con el ejercicio de cualquier otra función pública, salvo la docencia universitaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del texto fundamental.

Por mandato expreso del artículo 91 de la Constitución, el superintendente de Banca y Seguros tiene incompatibilidad funcional para ser elegido congresista si es que no ha cumplido con renunciar al cargo seis meses antes de la elección.

19.2.1 Funciones

La ley orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros expresa que el titular de la institución tiene, entre otras, las siguientes atribuciones:

- Asumir responsabilidades en la conducción del proceso de organización, supervigilancia y evaluación de la institución.
- Asumir responsabilidades en la definición de las políticas que se ejecutarán en la institución.
- Ejercer la facultad de normar con carácter preventivo, a efectos de asegurar la solidez económica y el manejo financiero de las empresas anteriormente señaladas.
- Ejercer facultades para examinar, visitar u ordenar controles especiales, a efectos de verificar el grado de cumplimiento de las normas sobre la materia, así como la situación económica, financiera y administrativa de los entes objeto de control.
- Ejercer facultades para resolver en última instancia administrativa respecto de las faltas que los miembros de inferior jerarquía de su institución imputen a los entes objeto de control.

Dentro de ese contexto, puede amonestar, multar, suspender o inhabilitar funcionalmente a los funcionarios de dichas empresas, e incluso puede suspender o cancelar la autorización de funcionamiento o decretar la disolución y liquidación de la empresa.

19.2.2 Colaboradores

De acuerdo con la estructura orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, su titular cuenta con seis adjuntos, a saber:

a) Superintendente adjunto de Banca

Es el responsable funcional en el área de las empresas bancarias, cajas de ahorro y la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide).

b) Superintendente adjunto de Seguros

Es el responsable funcional en el área de las empresas aseguradoras e intermediarias de seguros.

c) Superintendente adjunto de entidades especializadas

Es el responsable funcional en el área de las empresas financieras, de arrendamiento financiero, almacenes generales de depósitos, mutuales de vivienda, cajas municipales de ahorro y crédito, así como de las demás entidades que le señale la ley.

d) Superintendente adjunto técnico

Es el responsable funcional en el área de los aspectos económico-financieros y administrativos de carácter interno o externo de la institución, así como el encargado de prestar apoyo en las actividades de información automatizada, racionalización, revisión y análisis de la información de financiamiento del sistema.

e) Superintendente adjunto de coordinación ejecutiva

Es el responsable funcional en el área de planificación, dirección y coordinación de los órganos de apoyo encargados de facilitar el desarrollo de las actividades de la institución.

f) Superintendente adjunto de administración general

Es el responsable funcional en el área de planificación, dirección y coordinación de las actividades de administración de personal, recursos financieros y naturales.

Finalmente, cabe admitir que por mandato del artículo 107 de la Constitución la Superintendencia de Banca y Seguros tiene iniciativa en la formación de leyes relativas a las materias que le son propias.

20 RÉGIMEN AGRARIO Y DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

En la parte *in fine* del régimen económico previsto en la Constitución se han incluido dos normas genéricas relativas a la actividad agraria y al papel y condiciones de la actividad productiva de nuestras comunidades campesinas y nativas.

20.1 Antecedentes históricos

La base organizativa económica del Imperio incaico se estableció a través de los *ayllus* o *comunidades*. En ese sentido, el Incario fue concebido como un conjunto de ayllus a los que se superponía el Estado.

El elemento esencial de cada ayllu fue la posesión comunitaria y la explotación comunitaria de la tierra. Ésta respondía a un inseparable, profundo y arraigado sentimiento: el sentido de lo comunitario y colectivo.

Las características esenciales de cada ayllu pueden sintetizarse en las cuatro siguientes:

a) Posesión común y colectiva de la tierra cultivable, dividida en *topos*.
b) Posesión y uso colectivo de las aguas, pastos, bosques y eriales.
c) Cooperación común en el laboreo de las tierras (*minga*).
d) Apropiación individual de las cosechas y frutos obtenidos.

Durante el período de la Colonia, en la gestión del virrey Francisco de Toledo (1569-1581), los ayllus son respetados, agregándoseles una serie de medidas de carácter patrimonialista.

Dentro de ese contexto, dichas comunidades fueron perdiendo su exclusivo carácter gentilicio –lazo basado en la sangre o la etnia–, para acentuar el interés económico.

La legislación de Indias respetó en buena parte y de manera formal dicha estructura económico-social; empero, como bien afirmara el historiador Antonio Ugarte, dicho cuerpo legal no hizo sino evidenciar el divorcio absoluto entre el derecho y la realidad. El desprecio a la ley se consagró en este sardónico apotegma: "Se acata, pero no se cumple."

En el período republicano las comunidades fueron atacadas desde los criterios de la ideología liberal. En ese aspecto, Simón Bolívar dejó testimonio de dicha agresividad en las disposiciones sobre la materia, de 1825, las mismas que permitían la enejación de tierras comunitarias previa parcelación.

El latifundio y la figura del gamonal crecieron hasta límites aberrantes para la conciencia nacional.

A partir de la Constitución de 1920 se rectificará parcialmente el error de una legislación de óptica estrictamente individualista, al aceptarse la existencia legal de las comunidades.

La Constitución de 1933 amplió su marco de protección al dedicarles todo un título en su favor (arts. 207 al 212).

Durante el Gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) se llevó a cabo el proceso de reforma agraria, el mismo que –dentro de un balance de aciertos y gruesos errores– permitió la cancelación difinitiva de una etapa política y social oprobiosa para el campesino peruano (desaparecieron el gamonal, el latifundio, el aparcero, el yanacona, etc.). En ese sentido, la carta de 1979, receptora de dicho proceso, estableció normas sobre la materia.

Dicho texto dio un enorme paso histórico al establecer un conjunto de normas tuitivas que la doctrina reconoció como "Régimen constitucional agrario y de comunidades campesinas y nativas" (arts. 156 al 163).

Debe admitirse que el régimen agrario adquirió la condición constitucional de actividad *prioritaria*. La protección a las comunidades llegó al extremo de promover su cabal desarrollo integral.

20.2 Nuestro régimen agrario

El actual modelo es planteado en el artículo 88 de la Constitución como de un apoyo estatal *preferencial.*

Mas allá de lo melifluo del concepto utilizado, se puede advertir una cierta dejadez para un efectivo y real apuntalamiento del régimen agrario.

Dentro de ese contexto, el Estado se compromete a:

a) Garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal. En verdad, extiende dicha garantía hacia cualquier forma asociativa.
b) Fijar los límites y extensiones de la tierra cultivable objeto de propiedad, teniendo en consideración las peculiaridades de cada zona. Esta regulación se efectúa por ley.

La Constitución señala que las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta. El abandono se produce cuando el propietario, sea individual o asociado, renuncia a la explotación de la tierra.

El artículo 89 de la Constitución hace referencia específica a las comunidades campesinas y a las nativas. A ellas se les reconoce existencia legal y se les asigna la condición de personas jurídicas.

Es evidente que ellas forman parte de las nacionalidades aborígenes comprendidas dentro de un Estado multinacional como es el Perú.

La comunidad debe ser entendida como una agrupación de aborígenes –naturales, nativos, moradores, originarios y permanentes del lugar– que habitan en un área geográfica determinada, y cuyo dominio sobre un predio agrícola y de pastos se ejerce de manera individual, colectiva o mixta, existiendo entre los pobladores un lazo común, profundo, peculiar y *sui generis*. Ellos se identifican con un territorio determinado, sobre el cual ejercen dominio y posesión, que les resulta fundamental para su existencia.

Las instituciones al interior de la comunidad expresan un complejo social propio y de íntimo contenido gregario y cultural, con raíces tradicionales.

Se trata de organizaciones de personas naturales, vinculadas ancestralmente a la actividad agrícola, que responden a un conjunto de comportamientos legados de generación en generación. Representan organismos de interrelación colectiva.

Ellas expresan a entidades de *trabajo y convivencia*, constituyendo una trama singular de la vida en común en el seno del Estado peruano.

La sección cuarta del libro primero del Código Civil de 1984 las define como organizaciones tradicionales y estables de interés público, tuteladas específicamente por la ley. Se encuentran conformadas por personas naturales cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

En lo específico, se considera como *comuneros* a los nacidos en el seno de la comunidad, a los hijos de éstos y a las demás personas que

han alcanzado con el transcurso del tiempo su integración económico-social.

Entre sus rasgos característicos se destacan los siguientes:

a) Uso común de la tenencia de la tierra.
b) Uso de un idioma o dialecto ancestral.
c) Adhesión a metas y creencias culturales.
d) Reciprocidad y ayuda mutua.
e) División del trabajo según la edad y sexo de los comuneros.

La Constitución reconoce en favor de las comunidades *in genere*, autonomía en su organización administrativa y económica, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras.

Como bien sabemos, la autonomía a la que hace referencia nuestra Constitución implica una facultad que el Estado extiende en favor de las comunidades para autoocuparse, sin tutelaje extraño, de los intereses específicos de su vida interna. Dicha facultad se especifica y detalla mediante una ley especial.

Las comunidades acreditan su existencia legal a través de un reconocimiento oficial expedido por el Ministerio de Agricultura y su posterior inscripción en el Registro Especial de Comunidades.

A diferencia de la Constitución de 1979, actualmente se consigna que la propiedad de las tierras comunitarias es *imprescriptible*, salvo en el caso de abandono del área agrícola.

La *imprescriptibilidad* significa la imposibilidad legal de que terceros puedan adquirir un predio comunitario por la mera posesión continua e ininterrumpida en el tiempo. Empero, a efectos de favorecer su "privatización", se han obviado los conceptos constitucionales previstos en la carta de 1979 relativos a la *inalienabilidad* –impedimento de transferencia a terceros– y la *inembargabilidad* –impedimento de aprehensión o retención, en favor de terceros, de las tierras comunales–. Ello evidentemente coloca en grave peligro la subsistencia de las comunidades.

Asimismo, el texto vigente formaliza el respeto a la identidad cultural de las comunidades.

El concepto *identidad* hace referencia a ese "todo" que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y otras nociones adquiridas por los comuneros como consecuencia de ser miembros de un mismo e intransferible cuerpo social.

Esta identidad expresa un conjunto de singularidades en el comportamiento del grupo comunero; comprende, por tal, aspectos inmateria-

les como el lenguaje, la música, la poesía, así como aspectos materiales como la vestimenta, los instrumentos, los utensilios, las comidas, etc.

En verdad, la *identidad cultural* es el resultado de la interacción entre los hombres insertos en un mismo ambiente. Ella expresa el conjunto organizado de actividades mediante las cuales la sociedad se enfrenta a la naturaleza, a efectos de transformarla y asegurar así la adaptación, supervivencia y vida gregaria de sus miembros.

Es evidente que el entorno geográfico y las personas insertas en él no manifiestan aspectos separados de la realidad, sino que entre ambos se da una interacción recíproca y constante.

El ser humano observa y reflexiona sobre su "sociedad" y el mundo, con las "anteojeras" de su propia cultura; y los entiende a través de un determinado contexto de valores, juicios y criterios. Como bien afirma el intelectual peruano Fernando Silva Santisteban[21]:

> "La vida de un determinado individuo –en este caso, un comunero– es un proceso de acomodación a las normas y pautas tradicionalmente transmitidas; por lo que la cultura se convierte en la lente a través de la cual se mira la realidad."

En nuestro país existen aproximadamente 63 grupos culturales en la Amazonia (conocidos genéricamente como *comunidades nativas*), y dos grandes grupos culturales en la zona altoandina (conocidos como *comunidades campesinas*).

Con acierto, el artículo 149 de la Constitución reconoce en favor de las *autoridades comuneras* –con el apoyo de las rondas campesinas– el ejercicio de funciones de administración de justicia dentro de su ámbito territorial.

Dicha facultad se ejercita de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona.

En ese sentido, la Constitución establece la necesidad de que se dicte una ley específica que establezca las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

En resumen, la actual Constitución ha sido cicatera en el ámbito de la conceptualización del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas, a diferencia de lo previsto en la carta de 1979.

---

21 SILVA SANTISTEBAN, Fernando. Op. cit.

Capítulo IX

Estado y gobierno: el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo

1 EL PODER ESTATAL

Se le percibe como aquella expresión plena de capacidad y energía de disposición social juridizada. Se trata del "mando político" centrado en un ordenamiento estatal, el cual representa una forma de vida social que ostenta carácter imperativo-atributivo.

En este caso, las autoridades públicas (gobernantes) ordenan y disponen en nombre de la ley y bajo el expreso apoyo de ella.

El poder estatal, además de organizar la vida política, exige una jefatura y crea una jerarquía. En el primer caso alude a una competencia de mando sobre los miembros de una organización política; en el segundo supone la diferenciación clara de *status* entre gobernantes y gobernados.

Esta modalidad de poder se caracteriza por su "impersonalización" o "despersonalización". Ello se logra a través de la dominación legal, en la que los gobernantes mandan por imperio de la ley, canalizando su voluntad por los mecanismos predeterminados por la misma.

Como señaláramos en nuestro libro *Teoría del derecho. El sistema jurídico nacional,* el poder no es un elemento exclusivo del Estado, pues en diferentes niveles y organizaciones de la vida social se encuentran manifestaciones y relaciones de poder. Empero, sucede que el Estado asume una de sus características especiales y, ciertamente, con una intensidad y extensión muy superior a la de cualquier otro existente en la sociedad.

Como bien afirma el tratadista argentino Germán Bidart Campos[1]:

1 BIDART CAMPOS, Germán. *Filosofía del derecho constitucional.* Buenos Aires: Ed. Ediar.

"El Estado es la organización que dispone de un poder propio, originario, supremo e irresistible, que se impone en sus decisiones sin depender de otro, por su propia fuerza y con superioridad sobre los demás poderes sociales inferiores que existen en una comunidad. Es el poder máximo elevado y último; no tiene otro por encima, y en el ámbito en que se ejerce actúa como exclusivo."

Al poder estatal se le denomina *soberanía*; esto es, en cuanto facultad que posee para trazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes. Ella expresa de manera inequívoca la existencia de una potestad superior a cualquier otro poder, dentro del territorio de un país. Externamente se manifiesta en un haz de relaciones interestatales, independientes e igualitarias.

La soberanía es una cualidad objetiva del poder estatal establecida para el cumplimiento de sus fines. En puridad, se trata de una competencia estatal de mando; es un poder juridizado, o sea, encuadrado por el Estado.

Al respecto, es evidente que el poder estatal presenta las siguientes características:

- No se muestra sometido al dominio de ningún otro Estado.
- Posee capacidad de superposición y centralización; es decir, goza del atributo de sobreponerse a cualquier otro poder al interior del Estado, así como de canalizarlo tomando para sí el papel de ente unificador.
- Asume el monopolio de la coacción material. Ello implica que sólo el Estado puede crear y reconocer reglas de derecho, aplicarlas y, fundamentalmente, mandarlas ejecutar.

La voluntad del Estado (soberanía), en razón de ser expresión de poderío no puede dividirse, por lo que resulta impropio aludir a la expresión *división de poderes.*

El poder estatal no puede ser uno y trino a la vez. El concepto de un poder soberano que se descompone en tres sin dejar de ser uno, resulta ser sólo una abstracción metafísica.

El poder es uno, porque sólo así garantiza la organización uniforme, singular y jerárquica del Estado, fundiendo en una inmensa síntesis todas sus parcialidades. La diversidad de órganos y funciones no determina de manera alguna la fragmentación del poder. El hecho de la participación de diversas fracciones o proporciones no produce en él ninguna variación sustancial o de naturaleza.

La unidad del poder se justifica por la necesidad de que sea una sola *voluntad* la que en definitiva indique lo conveniente para el bien común. La indivisibilidad del mismo no admite excepciones.

La distinción entre las actividades estatales y la existencia de varias competencias políticas y administrativas (descentralización y desconcentración), no altera en lo absoluto su unidad.

En razón de lo expuesto, no existen en el Estado tres poderes, sino una potestad única que es su vocación de dominación. Su ejercicio pasa por diversas fases: *iniciativa, deliberación, decisión* y *ejecución.* Los diversos modos de la actividad estatal requieren de la intervención de una serie de órganos plurales. Ahora bien, en el fondo, todos estos modos, formas, fases, etc., concurren a un fin único: *asegurar dentro del Estado la supremacía de una voluntad dominante, que no puede ser otra que una voluntad única e indivisible.*

La formulación doctrinaria de la teoría de la "división de poderes" fue expuesta por Locke, Bolingbroke y Montesquieu, fraccionándose el poder estatal –con diversos matices– en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Desde una perspectiva histórica, surgió como la consecuencia de evitar la omnipotencia estatal y el abuso del poder derivado de la absorción de *todas las funciones en un solo órgano*, ergo, en una sola autoridad.

El tratadista argentino José Roberto Dromi[2] señala:

> "La formación de las asambleas de ancianos (Israel); la constitución de la magistratura militar (Esparta); el sacerdocio de las castas (India); la Asamblea (Atenas); el Senado consulto (Roma); las asambleas laicales o eclesiásticas y los concilios en los Estados germanos; las cortes en algunas monarquías medievales (Castilla-Aragón); el Parlamento (Inglaterra), etc., fueron señalando una teoría de la distribución del poder que la posterior revolución liberal cristalizaría normativamente."

En sus orígenes, dicha teoría fue entendida en el sentido de que las normas generales debía darlas un órgano representativo del pueblo (Congreso, Parlamento, Asamblea, Dieta, Corte); la función ejecutiva la detentaría un órgano ejecutivo (monarca, presidente de la República, Consejo de Ministros, Directorio), y la función jurisdiccional sería asumida por un órgano judicial que, a su vez, podía adoptar variadas formas de estructuración.

El desarrollo del Estado superó ampliamente esta visión encasillada

---

2 DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo.* Buenos Aires.

y fraccionada. En mayor o menor medida cada órgano fue "combinando", entre las atribuciones asignadas por medio de la Constitución, el ejercicio de estas tres iniciales funciones y, de entre ellos, el órgano ejecutivo creció considerablemente en cantidad y calidad.

Es notorio que la denominación "teoría clásica de la división de poderes" no responde a su contenido, pues propiamente no es tal, *sino más bien consiste en la distribución de facultades o atribuciones entre los distintos órganos jerarquizados del Estado.* Por ello, acudiendo a su expresión en su sentido literal, no existe ni podrá existir jamás división de poderes.

En puridad, dicha teoría deviene en una *separación de funciones* y, correlativamente, en una *separación de competencias y de autoridades estatales.*

1.1 El origen conceptual de la mal denominada "división de poderes"

Esta visión tradicional (ya superada por la realidad política) cuenta –como se ha referido anteriormente– con tres grandes constructores teóricos: Locke, Bolingbroke y Montesquieu.

John Locke, filósofo inglés (1632-1704), escribió su famoso ensayo *Consideraciones sobre el gobierno civil,* con la finalidad inmediata de legitimar la Revolución inglesa de 1688 en contra de Jacobo II, la misma que proclamó la soberanía del Parlamento y asentó como título de poder el asentimiento del pueblo. En ese sentido, la fundamentó en el origen contractual del poder. Así, para Locke existían dos órganos estatales: el Legislativo y el Ejecutivo.

El Legislativo era concebido como el órgano supremo delegado por la comunidad política. Estaba conformado por los parlamentarios en conjunto y por el rey. El gobierno –el rey– debía realizarse por medio de leyes fijas y con jueces conocidos. Para hacer viable la ejecución de las normas era menester la existencia del Órgano Ejecutivo, el cual estaba caracterizado por un accionar ininterrumpido y con fuerza permanente.

Debe advertirse que el Ejecutivo fue concebido para el ejercicio de tres funciones: *la ejecutiva propiamente dicha, la federativa y la de prerrogativa.*

La federativa consistía en el manejo de las relaciones internacionales y la seguridad externa. La de prerrogativa aludía a la potestad de obrar a discreción cuando lo exigía el bien común, aun sin prescripción de la norma o en contra de ella, ya que ésta no podía prever todas la situa-

ciones especiales o de emergencia.

Cabe recordar que cuando John Locke escribió su famosa obra (1690) no se encontraba en vigencia el Act of Settlement (1700), que fundamentó la independencia de la magistratura, por lo que no tuvo necesidad ni elementos de juicio suficientes para reconocer a la judicatura como un órgano propiamente dicho.

Henry Saint-John, vizconde de Bolingbroke, hombre de Estado y escritor inglés (1678-1751), fue quien forjó la concepción del equilibrio de los poderes.

En su condición de ministro de la reina Ana Estuardo (1665-1714) expuso la necesidad de un gobierno mixto, con control recíproco de los órganos de poder estatal.

En su momento consideró que para contar con una Constitución deseable y duradera era dable confiar conjuntamente el Poder Legislativo al rey, a los nobles y al pueblo. Así, refirió:

> "En una Constitución como la nuestra, la seguridad del conjunto depende del equilibrio de las partes y éste de su mutua independencia."

Sus biógrafos señalan que, en esencia, no se trataba de un doctrinario consumado, sino más bien de un político experimentado, deseoso de contrarrestar la enorme influencia alcanzada por sir Robert Walpole (1676-1745), el cual se había perfilado en el cargo de primer ministro por su ladino ascendiente personal sobre la reina.

La historia señala que el llamado "gobierno de corrupción" que lideró Walpole durante veintiún años, se caracterizó por la "presencia" de una monarca que sólo muy eventualmente dictaba ciertas instrucciones. Walpole renunció al cargo como consecuencia de una acusación penal –vía el *impeachment*– aprobada en su contra por la Cámara de los Comunes.

A través de escritos polémicos como *Dos partidos disertantes*, *Cartas de estudio de la historia* y *El rey patriota*, Bolingbroke expuso la idea de un control mutuo y recíproco de los órganos de poder estatal, mejoró la doctrina de la separación de poderes de Locke con el concepto definido de equilibrio de poderes, y generó cierta influencia conceptual en Montesquieu.

Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu, escritor francés (1689-1759), planteó en su obra *El espíritu de las leyes*, que la única fórmula capaz de reprimir el abuso del poder y de promover la

libertad de los individuos era organizando al Estado de una manera tal que sus distintos poderes estuvieran contrapesados, ya que "sólo el poder puede detener al poder". Afirmó que la separación de los órganos del poder, los cuerpos intermedios, la descentralización y la moral impedirían a las autoridades caer en el despotismo.

Esta formulación tuvo como marca de experiencia su conocimiento y visión de la sociedad inglesa.

Su propuesta de *sistema tripartito* tendió a eliminar la absorción de las funciones legislativas, administrativas y judiciales en un solo órgano estatal.

El notable pensador francés sostuvo:

> "En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes; y el Poder Judicial de la cosas que dependen del derecho civil."

En virtud del primero –el de mayor importancia– el Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga las diferencias existentes entre los particulares.

La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que ésta exista es necesario que ningún ciudadano tema a otro. Cuando el Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no existe libertad ni seguridad; existe falta de confianza, porque puede temerse fundadamente que el detentador formule leyes tiránicas y al mismo tiempo las ejecute. Tampoco existe libertad y seguridad cuando el poder de juzgar no se encuentra plenamente diferenciado de los órganos citados.

Montesquieu consideró que:

> "Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera en sí los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares."

Correspondió a los inspiradores de las Constituciones de Massachusetts, Maryland y New Hampshire (EE. UU., finales del siglo XVIII), la acogida de los alcances de dicha tesis. Posteriormente, en la Constitu-

ción Federal americana de 1787, se la recogió en su artículo 1, cuando señaló:

> "Todos los poderes legislativos aquí concedidos serán atribuidos a un Congreso de los Estados Unidos que se compone de un Senado y una Cámara de Representantes."

En el artículo siguiente se estableció:

> "El poder ejecutivo será confiado a un Presidente de los Estados Unidos de América."

Finalmente, el artículo 3 fijó:

> "El poder judicial de los Estados Unidos será atribuido a un Tribunal Supremo y tribunales inferiores."

Poco tiempo después, en la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), se elevó a dogma la idea del poder tripartito al fijarse en su artículo 16 que:

> "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes bien determinada, no tiene Constitución."

1.2 Teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones

Esta teoría alude a un principio de carácter dogmático-institucional emanado del denominado Estado liberal –en oposición al Estado absolutista– que se ha extendido y consolidado en el mundo actual.

Esta teoría es dogmática –punto fundamental y básico del Estado liberal– porque afirma la identidad absoluta entre la distinción de los órganos del Estado y el reconocimiento y garantía de la libertad de sus miembros; e igualmente es una arquitectura institucional de dicho tipo de Estado, porque sirve para distribuir las funciones del cuerpo político entre órganos distintos, sin perjuicio de sus articulaciones y mutua colaboración.

En ese esquema, la mala y equivocada denominación de "división de poderes" deviene en un esquema de organización jurídica del Estado, la misma que no puede ser entendida en la praxis por la mera refe-

rencia de la terminología empleada por Locke y Montesquieu.

Así, en puridad, las atribuciones asignadas a cada órgano no son exclusivas, sino meramente institucionales y prevalecientes.

La especificación y distribución de las funciones no significan, de modo alguno, su separación mecánica, sino tan sólo una premisa necesaria para el mejor desempeño del Estado.

La visión original de Locke y Montesquieu no se ajusta a la realidad actual, ya que, en puridad, no existe coincidencia total entre *órgano* y *función*. Es el caso del Ejecutivo, ente que legisla más que el propio Parlamento.

Las instancias de gobierno, como fruto de la experiencia histórica, han provisto importantes correcciones al marco teórico al plantear la confusión de poderes (gobierno directorial) o la colaboración de los mismos (gobierno parlamentario).

Asimismo, la existencia y rol de los partidos políticos –creación posterior a la formulación teórica– establecen que una agrupación política –por la vía del sufragio– puede acceder a la conducción simultánea del Ejecutivo y el Legislativo (gobierno presidencialista, gobierno parlamentario).

Señálese además que es de la mayor importancia en los regímenes modernos la existencia y armónica relación entre oficialismo y oposición. Como bien señala Jorge Tristán Bosch:

> "La terminología de Montesquieu es confusa porque sus ideas eran confusas; no distinguió bien entre los conceptos poder del Estado, órganos y funciones. Por ello no se planteó la necesidad de usar tres expresiones distintas, para nombrarlos. Bajo el vocablo genérico *poder* se confundió el poder del Estado propiamente dicho con las funciones; y en algunos casos, también con los órganos del mismo (...), llevado por la confusión conceptual a que se viene haciendo referencia se empleó las expresiones genéricas de Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial para denominar con ellos, sucesivamente, a cada una de las tres series de poderes, de órganos y de funciones respectivamente. Esta desgraciada ocurrencia ha cegado a muchos comentaristas y ha sembrado tal grado de confusión en esta materia, que resulta casi imposible tratar de eliminarla."

Es preciso reiterar que la pluralidad de funciones no afecta la unidad del poder del Estado, por lo que aquí también cabe proclamar aquel

principio cristiano de que "existe diversidad de ministerios, pero no hay más que un solo Señor".

La separación de funciones no se concreta a evitar que los órganos del Estado ejerzan solidaria e indivisiblemente todas éstas, sino que, adicionalmente, intenta que cada una o algunas de ellas sean ejercidas por distintos titulares especializados.

Las funciones del poder estatal no se presentan como meros actos inconexos, sino que guardan entre sí relaciones necesarias que les permiten limitarse y complementarse mutuamente. Toda actividad funcional es una estructura unitaria superior que refleja *unidad del poder estatal.*

La fórmula estatal se resume en un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones, ejercido por diversos órganos y titularizado en determinados sujetos denominados *autoridades.*

1.2.1 Las funciones estatales

Implican un conjunto de factores interrelacionados que se encuentran orientados al cumplimiento de un fin institucional. Estos factores son, entre otros, los siguientes: objetivos, relación de actividades o tareas, y responsabilidades.

Se trata de un conjunto de actividades precisas, necesarias, permanentes, afines y coordinadas, que se desarrollan para alcanzar determinados objetivos. Las funciones representan las razones principales para la existencia del Estado.

En puridad, se desprenden o derivan de los objetivos que dan origen y razón de ser al Estado. Su determinación tiene carácter técnico en la medida que se busca precisar la naturaleza de las actividades estatales y sus relaciones mutuas.

Las funciones estatales expresan las diversas actividades del Estado, en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o modos de ejercer la potestad estatal.

Se trata de aquellas finalidades u objetivos que, positiva o negativamente delimitados, se encomiendan constitucionalmente a los órganos con competencias perfectamente prefijadas, y que se manifiestan externamente a través de actos de relevancia jurídica.

Las funciones son la diversas "formas" bajo las cuales se exponen las actividades dominantes del Estado. Ellas determinan el conjunto de actos por los cuales el Estado realiza las diversas atribuciones que él mismo se asignó.

El análisis jurídico de esos actos permite el establecimiento y su clasificación en grupos separados, cada uno de los cuales forma una rama de actividad que deviene en una parte de la potestad estatal.

1.2.2 Los órganos

Aluden a unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones. Son los que hacen operativo y visible el poder estatal, manifestando su actividad y voluntad.

Cabe señalar que las funciones siempre se asignan a un órgano estatal, a efectos de que las actividades que las componen sean objeto de verificación en la realidad.

Los órganos poseen, por mandato de la ley fundamental, *competencia* para actuar. Ésta deviene en el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar. Ella condiciona la validez del acto, de modo tal que el emitido al margen de la misma está afectado jurídicamente de nulidad.

La competencia orgánica concede a las autoridades el deber-derecho de hacer uso de las facultades implicadas en ella; mas no les concede atribuciones sobre la competencia en sí misma.

1.2.3 Las autoridades

Son aquellas personas que están premunidas de un título jurídico. Ellas están concebidas como las portadoras u operadoras de un determinado órgano del Estado.

Como bien afirma el tratadista Jorge Xifra las Heras[3], el poder del Estado se ejerce mediante hombres: sólo ellos pueden accionar fácticamente los resortes que movilizan el poder de la organización política.

Las autoridades, como portadoras del poder, quedan enmarcadas en el contorno de los órganos: la energía de éstos se mueve y despliega accionada por dichos titulares.

Los actos de poder generados por las autoridades fuera de las competencias de un órgano, provocan un *exceso o abuso del poder*; y la existencia de un acto de poder dentro de la competencia, pero con un fin distinto, significa una *desviación del poder*.

---

3 XIFRA LAS HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional.* Barcelona.

1.3 Relación entre funciones, órganos y autoridades estatales

La *función*, como tarea o actividad estatal, siempre se asigna al *órgano*, a efectos de que sus actividades sean ejecutadas por las *autoridades estatales.*

El órgano debe ser visualizado en el campo normativo, en tanto que las autoridades deben ser comprendidas en el orden de la realidad. Así, mientras se denomina Parlamento a aquel órgano que la Constitución configura y describe; en la práctica aquél deviene en la pluralidad de individuos (representantes del pueblo) que lo conforman.

El órgano es permanente. En cambio, las autoridades son contingentes. Al respecto no debe olvidarse aquel viejo aforismo: "¡Ha muerto el rey!... ¡Viva el rey!"

Los órganos aseguran la continuidad de la función estatal, ya que los actos que ejercitan las autoridades en el orden de la realidad, no pierden validez aunque las personas acreditadas con dicho título jurídico sean distintas en el tiempo; es decir, esos actos siempre se reportan como del órgano. El Estado asume responsabilidad por los actos de sus órganos, a pesar del cambio de sujetos que los encarnan. En la sucesión físico-jurídica de las autoridades no se interrumpe el conjunto de obligaciones y derechos surgidos de la actividad de los mismos órganos.

En resumen, las funciones asignadas a los órganos del Estado se manifiestan en la práctica a través de las autoridades. Se procura que las determinaciones estatales no se generen por la voluntad de una de ellas, sino por el arbitrio de todas. Ello en razón de aquel aforismo de Montesquieu: "Todo hombre que tiene poder tiende al abuso de ese poder."

1.4 El desarrollo constitucional de las funciones estatales

La práctica constitucional demuestra, de una manera inexorable, que ningún órgano estatal se encuentra dedicado única y exclusivamente al ejercicio de una función, así como tampoco a su verificación plena o total.

Se reconoce la existencia de cuatro funciones estatales (en atención a su naturaleza jurídica, a la esencia material del acto, a su dirección finalista y al mecanismo funcional de la realización del derecho):

a) Función normativa

Consiste en la elaboración de reglas jurídicas, sean de carácter general, abstractas e impersonales; o individuales, concretas y personales.

b) *Función administrativa*
Consiste en la conducción y dirección del Estado, fundamentalmente en lo relativo a los servicios estatales, en sus ámbitos interno y externo.

c) *Función jurisdiccional*
Consiste en la resolución de reclamaciones, quejas, demandas y denuncias de carácter jurídico.

d) *Función contralora*
Consiste en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes.

Estas funciones son ejercidas por los órganos estatales, bien con un carácter de actividad principal o bien con un carácter subsidiario.

En el primer caso, la función se convierte en la tarea sustantiva y básica de un órgano, es decir, en la razón de ser de la existencia del órgano. En el segundo caso, deviene en una actividad subsidiaria o colateral a la esencial.

A continuación presentamos una descripción somera de las funciones asignadas por la Constitución política a los distintos órganos estatales.

1.4.1 Función normativa

a) *Órgano con actividad principal: Parlamento*
El inciso 1 del artículo 102 establece que corresponde al Congreso la atribución de dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

b) *Órganos con actividad accesoria: Ejecutivo y Judicial*
El inciso 8 del artículo 118 establece que corresponde al Ejecutivo la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
Igualmente, el inciso 19 del mismo artículo prevé la posibilidad de que el Ejecutivo dicte medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.
El inciso 8 del artículo 139 establece que es una garantía de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

1.4.2 Función administrativa

a) Órgano con actividad principal: Ejecutivo

El inciso 1 del artículo 118 establece como responsabilidad del Ejecutivo (el presidente de la República) el cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás dispositivos legales. El inciso 3 del citado artículo señala que además le corresponde dirigir la política general del Gobierno. Asimismo, el inciso 17 del mismo precepto le asigna la tarea de administrar la hacienda pública. Finalmente, el inciso 24 le permite ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

b) Órganos con actividad accesoria: Legislativo y Judicial

El artículo 94 señala que el Congreso elabora y aprueba su reglamento; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y atribuciones de los grupos parlamentarios; arregla 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.

Los artículos 82, 86 y 201 permiten al Legislativo el nombramiento del contralor general, parte de los miembros del directorio del Banco Central de Reserva, y la totalidad de los miembros del Tribunal Constitucional.

1.4.3 Función jurisdiccional

a) Órgano con actividad principal: Judicial

El artículo 138 señala en favor de la judicatura la potestad de administrar justicia, la misma que se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

b) Órganos con actividad accesoria: Legislativo y Ejecutivo

El artículo 99 señala como atribución del Congreso el promover la acusación constitucional contra los miembros de su fuero, los ministros de Estado, los miembros de la Corte Suprema, los del Tribunal Constitucional, etc., por infracción de la Constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas.

Los incisos 8 y 24 del artículo 118, concordantes con lo dispuesto en el decreto supremo 02-94-JUS (Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos), permiten al Ejecutivo conocer la solicitud de declaración, reconocimiento o concesión de un derecho; la facultad de otorgar un derecho o reconocerlo; la constatación de un hecho; o la formulación de una legítima oposición.

Igualmente debe resolver, a solicitud del interesado, en aquellos casos de actos administrativos que han violado, desconocido o lesionado un derecho o un interés legítimo y directo.

1.4.4 Función contralora

a) *Órganos con actividad principal: Legislativo y entes autónomos (Contraloría General, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y Defensoría del Pueblo)*

b) *Órganos con actividad accesoria: Ejecutivo y Judicial*

El artículo 108 de la Constitución señala que el presidente de la República puede observar los proyectos de ley.

El artículo 138 establece que la judicatura, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una de menor jerarquía, deberá preferir la primera, etcétera.

Debe señalarse que la búsqueda de mecanismos adicionales a los previstos por el constitucionalismo de finales de siglo XVIII, que permitieron, de un lado, un mejor manejo de la administración de los servicios públicos, y del otro, la vigencia plena de la legalidad, los derechos ciudadanos e intereses públicos; esa búsqueda ha posibilitado la creación y/o consolidación de organismos que ejercen control, fiscalización y defensa, de aquella vigencia, contra los detentadores de poder.

Estos organismos son *autónomos* de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Esta autonomía implica lo siguiente:

a) Capacidad de autodirección, sin interferencia de terceros. Esta potestad de no sometimiento a la autoridad de otro órgano o ente deriva en la facultad de conducirse, administrarse y regularse, *per se*, dentro del marco señalado en la Constitución y las leyes.

b) Señalamiento específico, en su favor, de tareas, funciones o competencias con carácter privativo.

Dichos entes pueden ser clasificados en función de cuatro criterios, a saber:

a) En función de competencias territoriales de descentralización del poder

Es el caso de los Gobiernos locales y las regiones.

b) En función de competencias técnicas especializadas

Es el caso del Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, etc.

c) En función de competencias de control o fiscalización del poder

Es el caso de la Contraloría General y la Defensoría del Pueblo.

d) En función de competencias mixtas

Es el caso del Tribunal Constitucional o del Consejo Nacional de la Magistratura, que son órganos técnicos especializados, pero que simultáneamente tienen injerencia en el tema del control del poder.

2 *LA RELACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS: LAS FORMAS DE GOBIERNO*

La relación existente entre los órganos de poder –fundamentalmente la concerniente al Ejecutivo y Legislativo– debe ser observada en función de la forma de gobierno que se adopte. En razón de ello, describiremos brevemente el tema relativo a las formas de gobierno.

Los modelos o estructuras de carácter gubernamental –o sea, los referidos a la organización del ejercicio del poder– se basan en dos aspectos:

a) Mecanismos de designación de los gobernantes.
b) Modo de ordenación, distribución, coordinación y control de competencias de los distintos órganos de poder del Estado.

El constitucionalista Domingo García Belaunde[4] señala que las formas de gobierno se encuentran vinculadas con la "titularidad" y la forma en que se maneja el aparato del Estado.

Desde nuestro punto de vista, las expresiones "formas de gobierno", "regímenes de gobierno" y "sistemas de gobierno" son sinónimas.

---

4 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana.* Lima: Ed. Justo Valenzuela, tomo I.

Ahora bien, las formas de gobierno pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) *Formas de gobierno clásicas*
   Comprenden la monarquía tradicional y la república.
b) *Formas de gobierno modernas*
   Comprenden la parlamentaria y la presidencial.

Por su importancia, haremos una breve descripción de las formas de gobierno modernas.

2.1 Gobierno presidencial

Tiene su génesis y máxima vigencia en los Estados Unidos de América a partir de la Constitución de 1787.

El centro de las decisiones políticas descansa en el Órgano Ejecutivo. Combina la especialización funcional con la independencia orgánica.

Implica una separación rígida y acusada, pero no absoluta, de las funciones de los órganos de poder.

En este sistema existe una interdependencia por coordinación. Ello significa que cada órgano de poder es auténticamente autónomo en el ejercicio de las tareas que le confiere la Constitución; aunque, como bien admite el tratadista alemán Karl Loeweinstein[5], se encuentran obligados a cooperar en determinados "puntos de contacto" previamente establecidos.

El régimen es monocéfalo, ya que se encuentra a cargo de una sola persona.

El responsable del Órgano Ejecutivo, denominado *presidente*, es elegido directa o indirectamente por sufragio popular. Por ende, al haber sido elegido por el pueblo, no puede ser derribado por el Parlamento, salvo causa muy grave previamente establecida en la Constitución.

El tratadista francés André Hauriou lo califica de "auténtico monarca republicano".

Por su parte, el Parlamento ejerce sobre la Administración una acción contralora, amén de poseer un monopolio en materia legislativa.

Ahora bien, la Presidencia y el Parlamento son órganos recíprocamente independientes, de una manera más o menos vigorosa.

---

5 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ed. Ariel.

Cada órgano ejerce dominio pleno sobre un campo de actividad específica determinado por la Constitución.

Esta independencia se expresa de dos maneras:

- El Parlamento no puede derribar al que ejerce la Presidencia, mediante la institución del voto de desconfianza.
- La Presidencia no puede disolver al Parlamento.

De esta forma se esgrime el siguiente apotegma:

> "Todo el Poder Ejecutivo para el presidente, todo el Poder Legislativo para el Congreso."

Como bien afirma el tratadista francés Maurice Duverger[6], los responsables e integrantes de ambos órganos se encuentran condenados a vivir juntos sin poderse separar. Se trata de un típico caso de matrimonio sin divorcio.

El presidente es el verdadero y auténtico detentador del ejercicio del poder. Como tal, conforma un Ejecutivo único, no dual como en el caso del gobierno parlamentario. En ese sentido, el presidente es simultáneamente jefe de Estado y jefe de Gobierno. Como bien afirma Domingo García Belaunde[7]: "La titularidad se confunde en una misma persona."

El presidente cuenta con la asistencia o colaboración de los denominados *secretarios de Estado*, los cuales no detentan por sí poder político alguno: se trata de meros magistrados administrativos.

Estos funcionarios no forman en conjunto un órgano colectivo; por ende, no existe una toma de decisiones en común.

La reunión del presidente con sus secretarios tiene por objeto intercambiar y recibir pareceres. La decisión pertenece exclusivamente al presidente de la República. Éste no necesita del requisito del refrendo.

Los secretarios no tienen acceso a las cámaras y se encuentran sujetos a la institución de la incompatibilidad, esto es, se encuentran impedidos de ejercer simultáneamente dos funciones. Un parlamentario no puede ser miembro del Órgano Ejecutivo.

Debe advertirse que los secretarios no tienen responsabilidad política ante el Parlamento.

Ahora bien, para evitar el bloqueo mutuo entre ambos órganos de poder, la Constitución dispone la necesidad de coordinar sus acciones

---

6 DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ed. Ariel.

7 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Op. cit.

en ciertos puntos de contacto, con lo cual validan las funciones originales. Tales áreas, entre otras, son las tres siguientes:

- El presidente es comandante en jefe de las fuerzas armadas, pero solamente el Congreso puede declarar la guerra.
- El presidente puede celebrar tratados, pero éstos necesitan la confirmación de dos tercios del Senado. Cuando dichos compromisos de carácter internacional requieren formas para su implementación, esta autorización solamente puede venir de la Cámara de Representantes (Cámara de Diputados).
- El presidente de la República tiene derecho a nombrar a los altos funcionarios estatales, pero corresponde al Senado el derecho de confirmarlos o ratificarlos.

El presidente puede proponer la dación de una ley. No obstante, el Congreso puede rehusar su aprobación. Como bien dice el tratadista francés André Hauriou, el Órgano Legislativo "no es una cámara de registro".

Este modelo no ha tenido mayor aplicación en Europa, y la tentativa francesa de 1848 lamentablemente no llegó a su fin.

En América latina ha sido aplicado con gran rigurosidad; empero, lamentablemente, como bien afirma Maurice Duverger, sus experiencias prácticas "están más próximas a una dictadura, que a una democracia liberal".

2.2 Gobierno parlamentario

Tiene su génesis y máxima expresión en la Europa continental.

El centro de las decisiones políticas descansa en el Órgano Legislativo, el que se afirma a través de una estrecha vinculación de equilibrio, control interorgánico y colaboración funcional entre éste y el Órgano Ejecutivo.

La actuación del Órgano Ejecutivo se encuentra subordinada a la dirección y predominio parlamentario, ya que sus funciones indirectamente están a cargo del Congreso, la Dieta, la Asamblea, etc.

Como bien señala Tadeo Gonzales[8], "ambos órganos colaboran y dependen mutuamente". En resumen, como plantea el tratadista francés André Hauriou[9], dicho régimen se expresa en la fórmula: "Colaboración funcional más dependencia orgánica".

---

8 GONZALES, Tadeo. "Labores constitucionales". En: *Derecho y Sociedad* 1. Lima: Universidad Particular de San Martín de Porres.

9 HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Barcelona: Ed. Ariel.

Se caracteriza por un Órgano Ejecutivo bicéfalo y un Parlamento bicameral, amén de un mutuo control recíproco (mediante el voto de desconfianza y la disolución de las cámaras). Entre ambos órganos se produce una interdependencia por integración; es decir, el Ejecutivo es una emanación del Parlamento y está integrado casi absolutamente por miembros del mismo, asegurando de esta manera el control del Parlamento sobre el Órgano Ejecutivo. Es cuasi sagrada la necesidad de la "investidura parlamentaria", amén de la necesidad de gozar de la confianza del Parlamento.

En ese sentido, debe existir la denominada *confianza parlamentaria* como requisito para el ejercicio de la función gubernamental.

Como puede colegirse, los miembros del Órgano Ejecutivo son nombrados y removidos por el Parlamento, amén de responder ante éste a través de los procedimientos de interpelación y censura de los ministros.

Este modelo plantea la separación de las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno, siendo este último quien detenta de manera real y efectiva el ejercicio del poder.

Al respecto, con gran certeza el político e historiador francés Adolfo Thiers, en 1829, refiriéndose al papel del jefe de Estado dentro de un gobierno parlamentario, señalaba: "El rey reina, pero no gobierna." Ello no obsta para que posea una cierta influencia moral sobre los miembros del Estado. En puridad, actúa como moderador o árbitro.

El jefe de Estado representa a la nación. Formalmente, es el primer magistrado del país. Su papel es esencialmente honorífico, dado que su poder es cualitativamente simbólico.

Se encarga de promulgar las leyes y de la firma de los decretos; ratifica los tratados; nombra formalmente al primer ministro y a los demás miembros del Gabinete ministerial, y eventualmente promueve la disolución del Parlamento.

El jefe de Estado es personalmente irresponsable: no puede ser juzgado ni condenado por la comisión de un ilícito. Así por ejemplo, en Inglaterra se sostiene, en principio, que "el rey no puede hacer mal". En todo caso, se encuentra protegido por una jurisdicción especial.

Tampoco lo afectan los conflictos que pueden suscitarse entre el Gabinete ministerial y el Parlamento.

La jefatura de Estado usualmente es consecuencia de una monarquía hereditaria (rey, emperador).

El jefe de Gobierno es el verdadero detentador del poder; es quien dirige la marcha de la Administración, para lo cual cuenta con la colabora-

ción de los miembros de su Gabinete. Su denominación es sinónima de la de primer ministro, presidente del Consejo de Ministros, canciller, etc.

Por regla general, el cargo de jefe de Gobierno le corresponde al jefe de la agrupación política con mayoría parlamentaria. Corresponde al jefe de Gobierno designar, en el plano de la realidad, a los miembros de su Gabinete.

Los miembros del Gabinete son, casi en términos absolutos, miembros del Parlamento, lo que no impide ser parte del Gabinete a algunos técnicos o empresarios. Cabe señalar que los ministros no parlamentarios están impedidos de ingresar al seno del Parlamento.

El Gabinete o Consejo de Ministros transmite al jefe de Estado la voluntad de la representación popular y sostiene ante el Parlamento la orientación política que fija como rumbo estatal, actuando de enlace y protagonista entre ambos órganos de poder.

El Gabinete constituye la fuerza esencial del régimen, ya que se establece como una suerte de bisagra entre el Ejecutivo y el Parlamento.

En puridad, se trata de un ente parlamentario, por sus orígenes, y gubernamental, por sus funciones.

El Gabinete sólo gobierna en la medida que ostenta la confianza del Parlamento; en caso contrario debe dimitir. Esta confianza nace del hecho de que los ministros proceden del Parlamento y son solidariamente responsables, ante el Parlamento, de la política que ejecuten.

El sistema tiende a mantener una constante colaboración funcional entre los órganos Legislativo y Ejecutivo, tratando de equilibrar su respectiva autoridad a través de recíprocas y eficientes facultades de control.

El control político se establece en los siguientes términos: la responsabilidad política del Gabinete descansa en el hecho de que su presidente debe dimitir si recibe del Parlamento un voto de desconfianza o de censura. Éste es uno de los elementos esenciales del gobierno parlamentario. Asimismo, al Gabinete le corresponde el atributo de la disolución del Parlamento.

Mediante la disolución del Parlamento los tratadistas entienden que se produce el restablecimiento del equilibrio de poderes, dejando, por tanto, a los electores –mediante la convocatoria a elecciones parlamentarias– la decisión final del conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Los regímenes parlamentarios funcionan en Europa occidental, en algunos dominios o exdominios británicos (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India) y en el Japón.

2.3 La forma de gobierno en el Estado peruano

En el Perú –al igual que en el resto de América latina– se estableció la forma de gobierno presidencial, tomándola de la experiencia americana (Constitución de los EE.UU., 1787).

A dicha forma de gobierno se le fueron sumando, paulatinamente, instituciones constitutivas de la forma de gobierno parlamentaria, a saber:

a) Aparición, a nivel constitucional, de la figura del ministro de Estado y del refrendo ministerial (Constitución de Cádiz, Constitución de 1856).
b) Creación del Consejo de Ministros (Constitución de 1856).
c) Reconocimiento de funciones del presidente del Consejo de Ministros (Constitución de 1933).
d) Aparición, a nivel constitucional, de la responsabilidad política de los ministros mediante los institutos de la interpelación y la censura (Constitución de 1920).
e) Introducción de la exposición programática del presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso (Constitución de 1933).
f) Introducción de la invitación para informar (Constitución de 1979).
g) Introducción de la estación de preguntas (Constitución de 1993).
h) Introducción de la cuestión de confianza en la función ministerial (Constitución de 1933).
i) Introducción de la necesidad de investidura parlamentaria en la política general del Gobierno (Constitución de 1993).

Debe advertirse que también como consecuencia de las experiencias parlamentarias de 1945-1948 y 1963-1968, se incorporó la disolución de la Cámara de Diputados (Constitución de 1979).

La explicación que le encontramos a la formulación de nuestra peculiar forma de gobierno es la siguiente:

a) El establecimiento de la Presidencia de la República es la consecuencia de una tradición nacional de gobierno autoritario y personalista (incas, conquistadores, virreyes, caudillos republicanos), la misma que es *paralela* a la aparición y necesidad de un ejercicio de poder democrático (esto último, con agilidad y eficiencia).
b) La introducción de las instituciones parlamentarias en una forma de gobierno presidencial, radica en la necesidad de estable-

cer, simultáneamente, mecanismos de control que sirvan de valla a los excesos de poder y mecanismos que hagan posible una oportuna colaboración (competencias legislativas distribuidas, compatibilidad de los cargos de ministro y parlamentario).

En ese sentido, se conjugaron, de un lado, la idiosincrasia y la cultura política, y del otro, las experiencias histórico-políticas y la aspiración de mejores formas de interrelación orgánica.

Dentro de ese contexto se ha establecido un tipo de régimen particular denominado *forma de gobierno de presidencialismo atenuado*; es decir, un sistema que, nacido de las canteras del presidencialismo americano, ha ido insertando –por razones de mayor control político sobre la actividad gubernamental y de búsqueda de mayor entendimieto entre Ejecutivo y Legislativo– un conjunto de instituciones propias del Parlamento europeo.

3 *EL ÓRGANO EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

El Órgano Ejecutivo, en nuestro país, tiene una estructura unipersonal. La autoridad encargada de su conducción recibe el título de presidente de la República.

Dicha autoridad –la máxima en la jerarquía de poder– cuenta con la asistencia y colaboración de un grupo de funcionarios que, separadamente, reciben la denominación de ministros, y que, reunidos colegiadamente, son designados con el nombre de Consejo de Ministros.

3.1 La Presidencia de la República

La institución de la Presidencia de la República se presenta como el pilar sustancial del Órgano Ejecutivo organizado monocráticamente, en donde, a diferencia del gobierno parlamentario, las labores de jefe de Estado y las de jefe de Gobierno se encuentran a cargo de una sola y misma persona: el presidente de la República.

Ahora bien, el presidente de la República, como responsable de la función ejecutiva o administrativa, ejerce dos tipos de actividades (entre ambos tipos existe una relación de implicación).

a) Actividad política

Se refiere a la dirección de la organización política. Dentro de ese contexto, el presidente tiene autonomía de iniciativa y libertad de acción, dentro de los lineamientos que le señala la Constitución.

Esta actividad no se encuentra sujeta a contralor jurisdiccional, sino sólo a fiscalización política por parte del Parlamento, dentro del contexto previsto en la Constitución. Como puede verse, el presidente tiene, en buena medida, facultades de carácter discrecional.

Se trata de una potestad ejercida en razón de consideraciones de *alta política del Estado.*

La actividad política se deriva directamente de la Constitución y se expresa formalmente a través de actos de carácter legislativo.

b) Actividad administrativa

Se refiere a acciones subordinadas a la actividad política. Se trata de la adopción de medidas dirigidas a concretar la satisfacción de necesidades de interés público y social.

Está referida a la organización y gestión de los servicios públicos.

Se encuentra sometida al contralor jurisdiccional; por ende, puede ser impugnada judicialmente. El ejercicio de estas facultades se encuentra reglado por la ley ordinaria. La actividad administrativa supone la presencia de actos complementarios a la decisión política.

3.1.1 Los orígenes de la institución

La institución de la Presidencia de la República tiene sus raíces en la Constitución americana de 1787. Así, en su artículo segundo, sección primera, se señaló textualmente lo siguiente:

> "El Poder Ejecutivo se investirá en un Presidente de los Estados Unidos de América. Éste ejercerá sus funciones por el término de cuatro años, y se le elegirá, junto con el Vicepresidente, que también desempeñará su cargo por el mismo término."

Las repúblicas latinoamericanas reprodujeron dicha institución a partir del siglo XIX. Dicha actitud se explica, en parte, en el propósito de crear una conducción gubernamental enérgica dentro de Estados independientes en proceso de formación.

Cabe señalar que la Presidencia de la República tiene un fuerte arraigo en nuestra tradición constitucional y en la propia idiosincrasia política de nuestro pueblo. Así, desde el gobierno ejercido por los incas, pa-

sando por los virreyes, se constata un enorme poder concentrado en una sola persona.

Al respecto, Manuel Vicente Villarán ha afirmado que la institución del presidente con facultades de gobierno privativas y extensas está sustentada en todo el continente por toda

> "una fortísima tradición y por hábitos populares incoercibles. Responde a un estado social y económico que impone sus leyes inflexibles a la evolución política. No podemos imaginar la abolición del régimen presidencial, sino como resultado de un cambio de cosas profundo, precedido, tal vez, de una revolución."

En esa misma idea, Víctor Andrés Belaunde señaló:

> "El presidente es un virrey sin monarca, sin Consejo de Indias, sin Real Audiencia y sin juicio de residencia."

Nuestro país instituyó la Presidencia, por primera vez, en el artículo 82 de la Constitución de 1828. El ocupante del cargo era elegido a través de colegios electorales, por un período de cuatro años.

La Constitución de 1823 fijaba similar período, empero prohibía la elección inmediata. La elección del presidente emanaba del Parlamento.

La Constitución de 1826 establecía una Presidencia vitalicia –en puridad, implícitamente se refería a Simón Bolívar– que se gestaba por la aprobación de una elección inicial a cargo del Parlamento.

La Constitución de 1839 promovía la elección del presidente a través de los colegios electorales y ampliaba el mandato presidencial a seis años.

La Constitución de 1856 establecía su elección, en principio, por sufragio directo. Para tal efecto se exigía la anuencia de la mayoría absoluta del electorado; en su defecto era elegido por el Congreso, entre los que hubiesen obtenido el mayor número de votos.

La Constitución de 1979 estableció la segunda vuelta electoral en el caso de que ningún candidato obtuviese la mayoría absoluta.

3.1.2 El proceso de elección

Para postular como candidato a la Presidencia de la República se requiere acreditar, según lo dispone el artículo 110 de la Constitución, los siguientes requisitos:

a) Ser peruano de nacimiento. El artículo 52 de la Constitución señala que dicha condición se asigna a los nacidos en el territorio de la República, así como también a los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.
b) Tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación.
c) Gozar del derecho de sufragio. Esta facultad se alcanza con la inscripción en el Registro Electoral. Empero, además, el postulante no debe encontrarse afectado en el ejercicio de este derecho.

Al respecto, el artículo 33 de la Constitución señala que la suspensión en el derecho de sufragio opera por:

- Resolución judicial de interdicción.
- Sentencia con pena privativa de la libertad.
- Sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

El presidente de la República es elegido mediante sufragio directo.

Esta modalidad de sufragio se caracteriza por no admitir la interposición de otra instancia –elector compromisario–, interposición que supondría acceder adicionalmente a una nueva elección, entre la votación general y la identificación del candidato electo.

Así, la elección directa se percibe como aquella que se produce cuando entre el sufragio de la ciudadanía y el escrutinio de los resultados no se interpone ninguna otra declaración de voluntad.

Esta exigencia de elección popular es un rasgo típico del sistema presidencial.

El voto directo no admite intermediarios. Éste se expresa cuando no media la voluntad de un tercero entre el sufragante y el candidato elegido.

En oposición a lo arriba expuesto, el voto indirecto se concretiza de dos maneras:

a) Formal

El intermediario –compromisario– debe votar por una determinada persona o partido. Ergo, no puede cambiar la voluntad del elector primario.

En puridad, no se afecta el principio del voto directo, por cuanto la voluntad del sufragante se encuentra claramente expresada y se mantiene fiel hasta el final del proceso electoral. El intermediario tiene la función de trasladar dicha voluntad

hacia el órgano decisor final. El caso de Estados Unidos es un ejemplo de este tipo de voto.

b) *Material*
El intermediario-compromisario elige libremente al candidato, según su criterio.
En puridad, se trata de una elección presidencial de doble grado. Así, la población elige a los compromisarios y éstos a su vez escogen libremente a un candidato como presidente de la República.

En el Perú se elige como presidente de la República a aquel candidato que ha obtenido más de la mitad de los votos válidos escrutados.

En ese sentido, la exigencia radica en acreditar la expresión de una decisión electoral de apoyo positivo en favor de un candidato. Dicho apoyo debe sumar la mitad más uno de los votos contados por el órgano electoral.

No se consideran en dicho cómputo los votos viciados ni los votos en blanco.

Los *votos viciados* son aquellos que son nulos por contener más de una decisión electoral; porque se han agregado en ellos grafías y números o firmas no previstas en la ley electoral; porque han sido emitidos en cédulas no entregadas por la mesa de sufragio; porque no llevan la firma del presidente de mesa, etc.

Los *votos en blanco* aluden a una no decisión electoral del sufragante: el ciudadano se niega a escoger una candidatura.

En el caso de que ninguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta, se procederá a una segunda elección dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, entre los candidatos que hubieren obtenido las dos mayorías relativas.

La denominada "segunda vuelta" es una institución recogida de la Constitución alemana de Weimar (1919); de la Constitución de la V República francesa, impuesta por Charles de Gaulle (1965); y de la Constitución de Ecuador (1981).

La finalidad de su inclusión se justificaría por:

a) Asegurar la estabilidad política del régimen.
b) Acrecentar la legitimidad del presidente.

A diferencia del modelo de doble vuelta clásica, en el Perú la segunda vuelta se efectúa exclusivamente para la presidencia y vicepresiden-

cias de la República. Por ende, no alcanza a los candidatos al Parlamento, quienes son elegidos en primera vuelta.

Debe advertirse que por mandato expreso del artículo 184 de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones debe declarar la nulidad de un proceso electoral cuando los votos nulos o blancos, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número total de votos emitidos.

3.1.3 Período presidencial

El mandato presidencial es de cinco años. El cómputo se hace desde el 28 de julio del año en que se realiza la elección.

El artículo 112 de la Constitución señala que el presidente de la República puede ser reelegido de inmediato para un período adicional.

La reelección inmediata consiste en la posibilidad de que el presidente –en ejercicio– de la República pueda *continuar* al mando de la nación por un período adicional.

Esta posibilidad –contemplada en el artículo 112– tuvo nombre propio al momento de su constitucionalización: Alberto Fujimori Fujimori.

Su implementación rompe con toda nuestra tradición constitucional, ya que originalmente ningún texto fundamental contempló la reelección inmediata. El caso de las reformas de Leguía es prueba de los problemas políticos que genera dicha reelección a la República.

Las tesis formales para la inclusión de la reelección presidencial inmediata fueron las siguientes:

a) Permitir al gobernante con gestión acertada y competente continuar con la tarea iniciada en su primer período.
b) Asegurar que el pueblo ratifique, con su voto aprobatorio, la continuidad de la conducción del país en manos del mandatario en ejercicio.

Las tesis formuladas para oponerse a la reelección presidencial inmediata fueron las siguientes:

a) El presidente puede disponer de los resortes del poder en su propio y electoral beneficio.
b) La posibilidad de "sucederse" a sí mismo inclina al presidente a usar el poder de manera personal.
c) Los recursos del Estado se colocan al servicio del candidato presidente.
d) El candidato presidente abandona sus responsabilidades de

> gobierno, para asumir la conducción de su propia campaña electoral. En ese sentido, muchas decisiones de gobierno podrían incurrir en actos de demagogia o despotismo.

La realidad nacional –e incluso la latinoamericana– demuestra que en este caso particular los procesos electorales se convierten en mera farsa política.

Así por ejemplo, el presidente Augusto B. Leguía, elegido en 1919, modificó la propia Constitución por él promulgada, a efectos de hacerse reelegir en 1924 y 1929.

La historia señala que el golpe de Estado del 22 de agosto de 1933, efectuado por el comandante Luis M. Sánchez Cerro, fue el triste corolario de dicha experiencia.

Por tal motivo, el artículo 142 de la Constitución de 1933 señaló textualmente:

> "No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública."

En México, la sangrienta revolución popular de 1911-1917 acabó con el general Porfirio Díaz, quien gobernó mediante reelecciones sucesivas durante treinta años (1881-1911).

En Venezuela, el benemérito Juan Vicente Gómez gobernó hasta su muerte, por un lapso de veintiséis años (1908-1934).

En el Paraguay, el general Alfredo Stroessner gobernó hasta su derrocamiento por el coronel Andrés Rodríguez, por un lapso de treinta y cinco años (1954-1989).

Como conclusión de estas experiencias, en México no existe reelección; en Venezuela se exige el transcurso de dos períodos; y en Costa Rica, de tres.

El caso de los EE. UU. no es citable como ejemplo, por la firmeza y solidez de sus instituciones; empero, debe recordarse que luego del "síndrome" de Franklin D. Roosevelt, elegido durante cuatro períodos sucesivos (1932, 1936, 1940 y 1944), se pusieron límites a la reelección indefinida, para pasar a una reelección inmediata.

Debe señalarse que el artículo 112 de la Constitución fija las siguientes dos reglas en torno a la reelección inmediata:

a) El presidente en ejercicio puede ser reelegido inmediatamente a la conclusión de su período de gobierno.
b) El presidente *reelecto* debe esperar que transcurra un período constitucional antes de ejercer su derecho a una tercera postulación.

3.1.4 La suspensión y la vacancia en el ejercicio de la Presidencia de la República

Esta suspensión consiste en la interrupción o privación de las competencias y responsabilidades constitucionales señaladas en favor del presidente de la República, en razón de haberse verificado alguna de las siguientes causales:

a) Incapacidad temporal declarada por el Congreso.
b) Sometimiento a proceso judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución.

Este precepto señala claramente que el primer mandatario de la República, por excepción, únicamente puede ser acusado, durante su período, por la comisión de delito de traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso fuera de los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución; y por impedir la reunión o funcionamiento del Parlamento, del Jurado Nacional de Elecciones y demás organismos componentes del sistema electoral.

Es dable señalar que para el sometimiento a juicio se requiere, previamente, llevar a cabo la denominada *acusación constitucional* en el seno del Congreso.

La expresión "suspensión" implica que se trata de una medida transitoria. Así, puede desaparecer la incapacidad o devenir en permanente. En igual sentido, el proceso puede concluir, sea en el sentido que fuere, antes del vencimiento del período presidencial.

En esta hipótesis, se levanta la suspensión si hay sentencia absolutoria, o se formula la destitución del cargo si hay sentencia condenatoria.

Establecida una de estas circunstancias (en ese orden) se procede a la:

a) Reasunción del mando por parte del presidente de la República.

b) Asunción del mando por parte del primer vicepresidente, o, en su defecto, por parte del segundo vicepresidente.
En la situación más extrema, ante el impedimento de ambos le corresponde la asunción al presidente del Congreso.

El artículo 113 de la Constitución señala que se produce la vacancia de la Presidencia de la República cuando se produce alguna de las siguientes circunstancias:

a) Muerte.
b) Declaración del Congreso de haberse acreditado la permanente incapacidad física o moral.
La incapacidad física es la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo en razón de haberse acreditado objetiva y fehacientemente un declarado e irreversible estado de locura, parálisis, etc.
La incapacidad moral es la falta de aptitud legal para continuar ejerciendo el cargo en razón de haberse acreditado objetiva y fehacientemente una conducta pública o social gravemente venal, corrupta, licenciosa, etc. Es el caso, por ejemplo, de la comisión de un delito común (homicidio, aborto, etc.)
c) Renuncia aceptada por el Congreso.
Consiste en la dejación libre y voluntaria del cargo.
A diferencia de los congresistas, el presidente de la República tiene expedito el derecho de plantear su renuncia ante el Congreso. Éste puede deliberar sobre su conveniencia o inconveniencia, salvo que la renuncia tenga el carácter de *irrevocable,* en cuyo caso su aceptación es inmediata.
d) Salida del territorio nacional sin permiso del Congreso, o no regreso a él dentro del plazo autorizado.
Esta circunstancia debe ser analizada a la luz de la fuerza mayor o del caso fortuito, en razón a consideraciones tales como:
  - Viaje al exterior de emergencia, por razones de urgencia médica ineludible.
  - Regreso al país fuera del plazo autorizado, por razones de súbita enfermedad, huelgas o paralizaciones en el servicio aéreo, condiciones climatológicas, desperfecto de la aeronave, etc.
e) Destitución.
Esta medida implica la separación del cargo previa acusación constitucional y posterior proceso judicial, por haberse acredi-

tado ante el órgano jurisdiccional la comisión de las siguientes infracciones:

- Traición a la patria.
- Impedir la celebración de elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales.
- Disolver el Congreso fuera del caso previsto en el artículo 134 de la Constitución.
- Impedir la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y demás organismos del sistema electoral.

3.1.5 Los vicepresidentes

La parte *in fine* del artículo 111 de la Constitución, concordante con el artículo 115, hace referencia a la figura de los vicepresidentes.

El patricio norteamericano Benjamin Franklin (1706-1790) concebía al vicepresidente de su país como una "excelencia superflua" y un eventual "delfín constitucional". En ese mismo contexto, el presidente Woodrow Wilson (período 1913-1919) llegó a afirmar que se trataba de "un cargo del que puede decirse muy poco y en ese poco se ha expresado todo lo que puede decirse". Empero, al vicepresidente, tal como bien recuerda José Pareja Paz Soldán, "sólo el latido de un corazón lo separa de la Presidencia".

La existencia de las vicepresidencias –cuyo origen es típicamente norteamericano– doctrinariamente se justifica en razón de que:

a) Plantea una solución rápida y ordenada de una crisis política y constitucional derivada de la muerte, renuncia o destitución del primer mandatario.

   Así por ejemplo, en los Estados Unidos nueve vicepresidentes han accedido al gobierno de dicha nación. En los últimos años podemos recordar a Harry Truman (1945), reemplazante del fallecido presidente Franklin D. Roosevelt; Lindon Johnson, reemplazante del asesinado presidente John F. Kennedy; y Gerald Ford (1974), reemplazante del renunciante presidente Richard Nixon.

   En suma, se facilita la continuidad constitucional.

b) Asegura la ordenada continuidad de la marcha administrativa al permitir que uno de los vicepresidentes se encargue del despacho presidencial, por razón de viaje del titular en misión oficial, breve licencia, etc.

Los vicepresidentes no cuentan con poder efectivo; incluso ni siquiera tienen competencias específicas, salvo en algunas legislaciones en donde se responsabilizan de la conducción del Senado. Sin embargo, representan la "despensa" de un *futuro constitucional* en el caso de que se requiera de un recambio rápido y en orden para permitir la continuidad de la nación.

En nuestra historia constitucional la institución de la Vicepresidencia no fue prevista en las Constituciones de 1834, 1839, 1920 y 1933.

Así, en las Constituciones de 1834 y 1839, a falta de gobernante asumía la Presidencia el presidente del Consejo de Estado. Como tal, Manuel de Tellería, en 1823, y Manuel Menéndez, en 1841, accedieron a la primera magistratura del país.

La Constitución de 1920 señalaba que correspondía al Congreso elegir al reemplazante dentro de los treinta días siguientes, gobernando en el ínterin el Consejo de Ministros. Esta elección era para completar el período presidencial pendiente.

La Constitución de 1933 fijaba que correspondía al Congreso la elección del nuevo mandatario hasta completar el período presidencial.

En el resto de las Constituciones se aseguró siempre la existencia de uno o dos vicepresidentes.

En esa condición, asumieron la primera magistratura:

- El segundo vicepresidente Pedro Diez Canseco. Asumió el cargo a la muerte de Miguel Pascual de San Román en 1863. Entregó posteriormente el mando de la nación a Juan Antonio de Pezet, el primer vicepresidente, quien al momento del deceso del titular se encontraba de viaje en Europa.
- El segundo vicepresidente Pedro Diez Canseco. Asumió transitoriamente el cargo ante el asesinato de José Balta en 1872. Entregó posteriormente el mando de la nación al primer vicepresidente Mariano Herencia Zevallos, quien al momento del magnicidio se encontraba fuera del país.
- El segundo vicepresidente Justiniano Borgoño. Asumió arbitrariamente el cargo ante el deceso de Remigio Morales Bermúdez en 1894. En puridad, la conducción del país debió corresponderle al primer vicepresidente Pedro Alejandrino del Solar.
- El segundo vicepresidente Serapio Calderón. Asumió el mando de la nación ante el deceso de Manuel Candamo en 1904. Meses atrás también había fallecido el primer vicepresidente Lino Alarco.

En la actual Constitución los vicepresidentes son dos, los cuales son elegidos junto con el presidente de la República. Esta tríada constituye electoralmente una "plancha de postulación". Para tal efecto, los candidatos a las vicepresidencias deben acreditar los requisitos exigibles para postular a la máxima magistratura del país, y, en caso de ser elegidos, rige también para ellos el período de cinco años de ejercicio del cargo.

Como se ha referido, en puridad, los vicepresidentes no tienen *per se* una función o competencia específica. Residualmente, en caso de existir un impedimento temporal o permanente del presidente de la República asume sus funciones el primer vicepresidente, y en defecto de éste el segundo vicepresidente.

Igualmente, 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.

El encargo del despacho implica, en principio, la atención de los asuntos de mero trámite, no debiendo los vicepresidentes asumir responsabilidades que signifiquen políticas de orientación gubernamental, salvo la existencia de un *hecho inminente* que amerite una decisión rápida, oportuna y urgente.

3.1.6 El caso del presidente del Congreso

El artículo 115 de la Constitución señala que cuando existiere impedimento permanente de parte del presidente y de los dos vicepresidentes, el presidente del Congreso deberá convocar inmediatamente a elecciones.

3.1.7 El juramento presidencial

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, el ciudadano elegido como 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.

Dicho juramento se efectúa en el marco de una sesión solemne, con asistencia de las delegaciones diplomáticas de los países amigos, de los altos funcionarios de la Administración pública y de personalidades nacionales.

La juramentación se entiende como un acto ritual, formal y legal, de reminiscencias vinculadas con el sentido del honor del medioevo. Si bien la responsabilidad del presidente emana fundamentalmente de la

Constitución y de las leyes, no menos importante para el país es conocer el compromiso moral que se asume, por boca del propio mandatario.

En vía de interpretación debe advertirse que la fecha señalada en el artículo 116 de la Constitución sólo opera para el caso del ciudadano que accede a la presidencia mediante elección; en cambio, no existe fecha precisa para asunción al mando en el caso de un vicepresidente que reemplaza al titular por muerte, renuncia, destitución, etc. En dicha hipótesis, la fecha será la más inmediata, para asegurar la continuidad de la marcha institucional.

3.1.8 Las funciones del presidente

a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales

Como se ha dicho antes, el presidente de la República ejerce simultáneamente las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno (Ejecutivo). Por tal motivo, recae en su persona la obligación de la plena vigencia del Estado de Derecho.

Como bien afirman Rubio y Bernales[10], "es el depositario de la legalidad del sistema". Por ende, le compete asegurar que el conjunto de las relaciones Estado-sociedad se encauce jurídicamente y que no dependa de la mera voluntad o arbitrio de quienes detentan el poder político.

b) Representar al Estado, dentro y fuera de la República

El presidente de la República personifica a la nación políticamente organizada. En su persona se simboliza la existencia de un cuerpo político soberano.

En suma, encarna la voluntad nacional de acreditar una existencia político-jurídica libre e independiente.

Los actos del presidente se reputan hechos en nombre y por cuenta del Estado peruano.

La investidura presidencial se encuentra protegida por el artículo 374 del Código Penal, que presenta como delito de desacato toda amenaza, injuria o cualquier forma de ofender su dignidad y decoro.

---

10 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y RUBIO CORREA, Marcial. *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: Desco.

c) Dirigir la política general del Gobierno

La Constitución, a través del ejercicio de esta competencia, le asigna al presidente la condición de jefe de Gobierno (Ejecutivo). En tal virtud, le corresponde la misión de procurar la administración de la vida del Estado.

La Administración exige y requiere que el presidente de la República conduzca, encamine y guíe la acción administradora del cuerpo político, e incluso que asegure la coherencia y unidad de su acción.

La conducción de la rama ejecutiva del Estado plantea la existencia de una línea de acción orgánica concerniente al orden público, la seguridad nacional y el bien común.

Como bien definiera el patricio norteamericano Alexander Hamilton en *El Federalista*:

> "La verdadera prueba de fuego de un buen presidente es su aptitud para producir una buena administración."

d) Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República

Al presidente se le encarga vigilar y asegurar la protección de la ciudadanía y la seguridad exterior de la República.

La defensa de la integridad física, moral y patrimonial de la ciudadanía se efectúa a través de los servicios de policía y de las autoridades políticas (prefectos, subprefectos, gobernadores, tenientes gobernadores).

La garantía frente a las amenazas –acciones que pudieran emanar del exterior– se efectúa a través del Sistema de Defensa Nacional, el cual el primer mandatario preside, y a éste compete la organización, distribución y disposición del empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Dentro de este contexto, el artículo 137 de la Constitución le permite, previo acuerdo del Consejo de Ministros, decretar los estados de excepción (estado de emergencia y estado de sitio).

e) Convocar a elecciones para [p]residente de la República y para representantes a Congreso, así como para alcaldes y regidores y demás funcionarios que señala la ley

La convocatoria electoral consiste en el llamado que hace el presidente de la República a efectos de renovar los cargos públicos sujetos a la voluntad popular.

Esta convocatoria es asumida por el titular del Órgano Ejecutivo, en supuesta razón de concordancia de ser el garante del orden interno, que es el presupuesto vital para la celebración de comicios. La convocatoria a elecciones generales se efectúa dentro del plazo señalado en el artículo 1 de la ley 23903 (seis meses antes del vencimiento del mandato de los anteriormente elegidos), y se verifica mediante la expedición de un decreto supremo.

La convocatoria a elecciones para alcaldes y regidores se efectúa dentro del plazo señalado en el artículo 1 de la ley 25671 (seis meses antes del vencimiento del mandato de los citados funcionarios), y también se verifica mediante la expedición de un decreto supremo.

Las elecciones de autoridades regionales están sujetas provisionalmente a lo dispuesto en la ley 25077.

Nuestra Constitución prevé convocatorias especiales, sujetas a las reglas arriba descritas, en los siguientes casos:

- Elecciones presidenciales en segunda vuelta, cuando ningún candidato obtiene la mayoría absoluta.
  El artículo 111 señala que esta segunda convocatoria se lleva a cabo dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales de la primera vuelta.
- Disolución del Congreso mediante ejercicio de la facultad presidencial establecida en el artículo 134. La convocatoria se realiza dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución.

Debe advertirse que el incumplimiento presidencial acarrea la instauración de la acusación constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución. La consecuencia jurídica de dicho proceso puede ser la destitución del presidente.

f) Convocar al Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria

Se denomina legislatura extraordinaria al período de sesiones que convoca el presidente de la República a efectos de:

a) Hacer un tratamiento específico de alguna materia de interés público.
b) Hacer un debate de la política general del Gobierno y de las principales medidas que requiera para el cumplimiento de sus funciones el nuevo presidente del Consejo de Ministros. En esta legislatura –que debe ser convocada dentro de los treinta días de haber asumido el cargo– se plantea la cuestión de confianza (art. 130 de la Constitución).

Es obvio que la legislatura extraordinaria se produce fuera de los períodos ordinarios de sesiones parlamentarias.

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento del Congreso de la República, estos períodos ordinarios son los siguientes:

- Primera legislatura: se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre.
- Segunda legislatura: se inicia el 1 de marzo y termina el 15 de junio.

En razón de lo expuesto, la legislatura extraordinaria –que únicamente puede ser convocada por el presidente de la República– sólo podría producirse entre el 16 de diciembre y el 31 de diciembre; entre el 1 de enero y el 29 de febrero, y entre el 16 de junio y el 26 de julio.

Ahora bien, cabe advertir que, corrigiendo un "olvido" constitucional, la mayoría oficialista fujimorista ha señalado en el artículo 49 del Reglamento del Congreso de la República que el presidente del Congreso puede ampliar los plazos de la legislatura ordinaria a condición de que se cuente con *agenda fija*. Similar facultad se extiende a los congresistas *in genere*, siempre que se acredite haber sido solicitada, la ampliación, por lo menos por el cincuenta por ciento más uno de los miembros del Parlamento (61 representantes). En este caso la convocatoria es firmada por el presidente del Congreso.

Ahora bien, la convocatoria presidencial a legislatura extraordinaria se efectúa mediante la expedición de un decreto supremo, el cual debe contener:

- Fecha de iniciación y de clausura de las actividades del Congreso en legislatura extraordinaria. La práctica histórica impone que este período no debe exceder de quince días.
- Señalamiento específico y cerrado de los temas materia de la convocatoria.

g) Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual

Se trata de una atribución recogida del sistema presidencial de los Estados Unidos, dirigida a exponer anualmente ante el seno del Congreso los alcances de la gestión presidencial, haciéndose extensiva para asuntos de interés general que así lo ameriten.

El discurso presidencial es obligatorio en una circunstancia: al instalarse la primera lesgislatura ordinaria anual.

El discurso presidencial es objeto de facultad discrecional cuando se presenta alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando se requiere la atención del Congreso sobre un tema de interés público.
- Cuando se requiere hacer conocer la adopción de alguna medida de política general.

Las exposiciones anuales contienen, necesariamente, los siguientes tópicos:

- Exposición detallada de la situación de la República, en donde además se hace un recuento de la gestión anual del presidente.
- Señalamiento de las mejoras y reformas que el presidente juzga necesarias y convenientes. Este señalamiento se pone a consideración del Congreso.

Los mensajes presidenciales –salvo el primero– deben ser aprobados previamente por el Consejo de Ministros.

La salvedad señalada se justifica porque al asumir el presidente el mando de la nación todavía no existe Gabinete.

Como bien afirma el tratadista nacional José Pareja Paz Soldán[11], los mensajes presidenciales son actos que en principio no contienen decisiones gubernativas, sino opiniones, informes, expresiones de puntos de vista, resúmenes y balances de una gestión de gobierno.

En la práctica existen los mensajes oficiosos, que son aquellos que se ofrecen cuando el presidente de la República se dirige directamente a la nación para exponerle, en especiales circunstancias, asuntos fundamentales o exámenes generales de la situación del país, a través de los medios masivos de comunicación social.

h) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones

En el ámbito reglamentarista del Órgano Ejecutivo, cabe establecer lo siguiente:

---

11 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Ed. Justo Valenzuela.

Los reglamentos son disposiciones administrativas que ponen en vigor reglas generales (proposiciones jurídicas) de obligatoriedad *erga omnes.*

Se trata de disposiciones dirigidas a una pluralidad de personas. No tienen un destinatario concreto o nominalmente determinado, sino que meramente señalan el entorno preceptivo de quienes se encuentran obligados a su cumplimiento. En suma, establecen los supuestos de hecho por características generales (los propietarios de casas, los empresarios, los usuarios de un servicio público, etc.). Los límites de su obligatoriedad se encuentran en la ley. El contenido de la reglamentación debe encontrarse razonablemente encuadrado dentro de lo que es la "sustancia" o "espíritu" de la ley.

Su expedición hace posible una mejor aplicación de la ley. Para ello, especifican detalles y aspectos accesorios no incluidos expresamente en dicha norma.

Desde una perspectiva doctrinaria, los reglamentos se clasifican en:

- *Reglamentos administrativos*

  Son aquellos preceptos generales de la Administración pública que tienen obligatoriedad interna (al interior de un organismo estatal). Tienen entroncamiento con una ley orgánica u ordinaria de creación o implementación de una institución estatal. En los reglamentos se establecen aspectos secundarios vinculados con la estructura, organización y funcionamiento de un organismo público, así como con los deberes y derechos de los funcionarios, directivos y servidores públicos a él adscritos.
- *Reglamentos ejecutivos*

  Son aquellos que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y aspectos accesorios de una ley. Son los más importantes dentro del género.
- *Reglamentos autónomos*

  Son aquellos que no se fundan directamente en una ley, empero, coadyuvan al cumplimiento de tareas, atribuciones o funciones encomendadas por ella.

Estos reglamentos serán válidos en la medida que respeten lo siguiente:

- Que no exista ley sobre la materia y que no deroguen, abroguen, etc., una norma de dicha jerarquía.
- Que tengan vinculación con las funciones o actividades encargadas a un organismo estatal y que, por ende, no invadan atribuciones privativas de otras instituciones.

Los reglamentos se expiden a través de decretos supremos.

Los *decretos supremos* se refieren a preceptos de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Se encargan de normar y supervisar la organización y funcionamiento de los servicios públicos nacionales o las actividades de dichas instituciones. Asimismo, se encargan de reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Su expedición puede estar sujeta a alguna de estas dos consideraciones:

- Que su aprobación contenga responsabilidad ministerial no solidaria. Para tal efecto, se requiere la firma del presidente de la República y además el refrendo de uno o más ministros, según sea la materia legislable.
- Que su aprobación requiera, adicionalmente, el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

  Esta condición se encuentra prevista en los siguientes casos:
  - Cuando se decreta el estado de emergencia (art. 137 de la Constitución).
  - Cuando se convoca al Congreso a legislatura extraordinaria (inc. 6 del art. 118 de la Constitución).
  - Cuando se expide el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (art. 16 del D. Leg. 560).
  - Cuando se aprueba la expropiación de un bien inmueble (ley 9125).
  - Cuando una norma expresa lo exija.

Los decretos supremos rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo disposición distinta contenida en el mismo dispositivo.

Las resoluciones supremas se refieren a aquellas decisiones de importancia gubernamental a nivel nacional que adopta el Órgano Ejecutivo. No contienen normas de carácter general; se dirigen hacia personas determinables, a las que se les confieren derechos públicos subjetivos o se les establecen responsabilidades o deberes.

i) Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales

Como bien afirma Enrique Chirinos Soto: "En el Estado de Derecho mandan las leyes, no los hombres."

Ello indica que la responsabilidad del primer mandatario de la República implica un inseparable compromiso con el imperio de la ley y el respeto de las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales nacionales u órganos judiciales extranjeros con competencia reconocida por la vía de un tratado.

j) Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

Esta responsabilidad se basa en los principios arriba descritos.

k) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados

La pluralidad de los sistemas de gobierno coincide en la conveniencia de encargar al Órgano Ejecutivo los asuntos externos y diplomáticos.

El presidente de la República, en su condición de jefe de Estado, representa al país ante la comunidad internacional. Más aún, es el responsable de tres aspectos vinculados con la materia:

a) Dirección de la política exterior

Implica la conducción y establecimiento de líneas de acción dentro del concierto de las naciones, relativas a las vinculaciones de carácter económico-financiero, al comercio y a la acción política, para garantizar o reformular el orden político, económico y social internacional.

b) Dirección de las relaciones internacionales

Concordante con lo arriba expuesto, la dirección de la política internacional consiste en el reforzamiento específico de vínculos con algunos Estados, por razones geográficas, económicas, ideológicas, etc.

Esta específica forma de comportamiento estatal implica el intercambio de embajadores, la acreditación de misiones diplomáticas, etc.

c) Celebración y ratificación de tratados

Los tratados son aquellos acuerdos de voluntad entre dos o más Estados, dentro del marco del derecho internacional público.

La celebración consiste en el establecimiento solemne de un haz de responsabilidades y en la adquisición de un conjunto de derechos de carácter bilateral o multilateral que son de común interés.

La ratificación consiste en la reafirmación o confirmación de la voluntad estatal de concordar voluntades con otro Estado sobre materias de mutuo interés.

Miguel de la Lama[12] señala que la ratificación efectuada por el presidente de la República le otorga fuerza de ley al tratado. Por ende, es el acto de conversión o de transformación por el cual las cláusulas del tratado pasan a ser parte del ordenamiento jurídico interno del país.

Los artículos 55 y siguientes de la Constitución establecen tres tipos de tratados:

- Los celebrados y ratificados por el presidente de la República, con participación del Congreso en un acto intermedio conocido como *aprobación*. Versan sobre materias de derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, y obligaciones financieras del Estado (tratados ordinarios).
- Los celebrados y ratificados por el presidente de la República y que, por contener una estipulación que afecta una disposición constitucional, deben ser aprobados por el Congreso mediante un procedimiento agravado (tratados con habilitación legislativa).
- Los celebrados y ratificados por el presidente de la República sin el requisito previo de la aprobación del Congreso (convenios internacionales ejecutivos).

El presidente de la República cuenta con la colaboración del ministro de Relaciones Exteriores. Por ende, éste es el ejecutor de la política internacional, según las instrucciones que le sean señaladas.

l) Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso

Los nombramientos se definen como aquellas designaciones oficiales que se efectúan para que una persona desempeñe una determinada función o cargo público.

La facultad presidencial sobre la materia hace referencia a los *embajadores* y *ministros plenipotenciarios*, es decir, a los emisarios o funcio-

12 LAMA, Miguel de la. En: AA. VV. *La Constitución peruana y sus problemas de aplicación*. Lima: Editorial Cultural Cuzco.

narios diplomáticos de primer orden que representan al país ante otro Gobierno.

La atribución presidencial de dirigir la política externa peruana a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, implica la facultad de nombrar a los embajadores y ministros plenipotenciarios dignos de ser acreditados ante otros Estados en calidad de jefes de misión diplomática. Este acto de administración del presidente de la República se concreta a través de una resolución suprema refrendada por el ministro de Relaciones Exteriores.

Respecto al nombramiento de los citados funcionarios, cabe mencionar que el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta, en calidad de órgano de gestión, con el Servicio Diplomático de la República –cuyos miembros conforman un cuerpo especializado de profesionales–, cuyas funciones son:

a) Participar en la elaboración de la política exterior del Perú y ejecutarla.
b) Representar al Estado en el extranjero.
c) Defender internacionalmente los derechos e intereses del Estado.
d) Conducir las negociaciones internacionales del Estado.
e) Colaborar en el fomento de las relaciones de amistad y cooperación del Perú con los demás Estados.
f) Recabar la información sobre el frente externo y que sea de interés para el país.
g) Proteger los derechos de los nacionales en el exterior.

De esta manera, el presidente de la República tiene en el Servicio Diplomático de la República un cuerpo profesional altamente calificado para representar al Estado peruano ante otros Estados. Sin embargo, el presidente de la República, de acuerdo a lo establecido en el artículo 76 de la ley del Servicio Diplomático, puede, en casos excepcionales, nombrar para desempeñar el cargo de embajador en el exterior a personas que, sin pertenecer al Servicio Diplomático o prestar servicios en él, acrediten notorias calidades profesionales o cívicas. Dichos nombramientos no pueden exceder del veinte por ciento del total de embajadores que el Perú tenga acreditados en el exterior.

Este tipo de embajadores indefectiblemente cesan al término de la gestión del Gobierno que los nombró. Estos nombramientos no generan derecho, en modo alguno, de inscripción en el escalafón del Servicio Diplomático de la República, ni ningún otro derecho en la carrera

diplomática.

m) Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones

Para el nombramiento de un embajador se exige el *placet* o conformidad del Gobierno ante el cual va a desempeñar su cargo.

Los embajadores deben presentar sus credenciales y los cónsules elevarán sus *letras patentes*, para que se les expida, de considerarlo pertinente el Gobierno, el respectivo *exequatur* de reconocimiento.

n) Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Entre los deberes fundamentales del Estado aparece la preservación de la soberanía nacional, así como el ofrecer seguridad a la nación.

a efectos de dar cumplimiento a tales objetivos, el Estado recurre a la defensa nacional.

La *defensa nacional* se define como el conjunto de acciones y previsiones que permiten la supervivencia y permanencia del Estado. Ella incluye la integridad de éste, así como su unidad y facultad de actuación con autonomía en lo interno y libre de subordinación en lo externo, posibilitando con ello que el proceso de desarrollo nacional se realice en las mejores condiciones.

La defensa nacional es una acción permanente del Estado para garantizar su seguridad integral. Ella persigue alcanzar, en concreto, los siguientes objetivos:

- Mantener la inviolabilidad de la soberanía e independencia del país, el ejercicio absoluto de su libertad de acción, así como la integridad de su patrimonio espiritual y material.
- Vencer la resistencia que otros Estados opongan a la consecución de los objetivos de desarrollo y defensa nacional, e impedir que esos Estados alcancen objetivos que resulten perjudiciales para el país.

La defensa nacional es *permanente*, ya que sus acciones se realizan tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Es *integral*, ya que no es patrimonio, exclusividad o asunto privativo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, sino que abarca a todos los estamentos y miembros de la sociedad.

Dentro de ese contexto, al presidente de la República le corresponde conducir una unidad político-administrativa denominada Sistema de Defensa Nacional, la misma que consta de una pluralidad de órganos interdependientes vinculados en la necesidad de preservar nuestra soberanía y la seguridad de la nación.

Este sistema, establecido mediante el decreto ley 22653 y el decreto legislativo 435, delimita los campos militar, político, económico y psicosocial de la actividad de defensa. Asimismo, integra y racionaliza el funcionamiento de los diferentes organismos del Estado que lo constituyen, otorgándoles unidad, discrecionalidad y coherencia a sus acciones, amén de orientar la participación de la población en sus propósitos.

El Sistema de Defensa Nacional –cuya conducción está a cargo del presidente de la República– está integrado por:

- El Consejo de Ministros, reunido en sesión especial.
- El Ministerio de Defensa.
- Los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional.
- Los organismos de la defensa nacional.

Ahora bien, conforme lo disponen el decreto legislativo 743 y el decreto supremo 056-92-PCM, se ha establecido un Consejo de Defensa Nacional, que deviene en el órgano de *decisión* del Sistema de Defensa Nacional y en donde se establece la política que orienta la conducción de este sistema.

Este consejo está integrado por dos tipos de miembros, a saber:

Miembros natos

- El presidente de la República.
- El presidente del Consejo de Ministros.
- El ministro de Relaciones Exteriores.
- El ministro del Interior.
- El ministro de Defensa.
- El ministro de Economía y Finanzas.
- El presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- El jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.
- El jefe de la Secretaría de Defensa Nacional.

Miembros eventuales

- El comandante general del Ejército.
- El comandante general de la Marina de Guerra.
- El comandante general de la Fuerza Aérea.
- El director general de la Policía Nacional.

Entre las principales funciones del Consejo de Defensa Nacional aparecen las siguientes:

- Aprobar los objetivos y la política integral de la defensa nacional.
- Aprobar las políticas y las estrategias para la formulación de los planes de la defensa nacional.
- Aprobar la doctrina de la defensa nacional.

o) Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado

La adopción de estas medidas deviene en la fase ejecutiva de lo previsto en el apartado anterior.

La soberanía nacional tiene un doble aspecto.

En el ámbito externo, se expresa en la independencia del Estado frente a las otras naciones y Estados, con la cautelosa seguridad de la integridad de nuestras fronteras.

En el ámbito interno, se manifiesta con su poder de decisión libre, sin coacción alguna.

Para salvaguardar la soberanía e independencia nacional, el Estado promueve la defensa nacional, que, como vimos en el punto anterior, se instituye por decreto ley 22653, de 11 de setiembre de 1979, y que consiste, en principio, en la organización militar, naval, aérea y policial.

El presidente de la República tiene, bajo su investidura de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, la autoridad suficiente para tomar decisiones destinadas no sólo a mantener el orden público y a salvaguardar la relación de los ciudadanos entre sí, sino además a defender a la República en cualquier conflicto que surja con otra homóloga.

Existen dos mecanismos particulares que el presidente puede utilizar, dentro del régimen de excepción, para contrarrestar conflictos dentro de su territorio. Ellos son: declarar el estado de emergencia y declarar el estado de sitio.

p) Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso

Se trata de una atribución derivada de su condición de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de director de la política exterior; vale decir, es una expresión cabal de la jefatura del Estado.

La *declaración de guerra* consiste en la notificación directa que el jefe de Estado efectúa y en donde se señala la ruptura de relaciones

amistosas con uno o más Estados, amén de darse cuenta de la iniciación de hostilidades. En la práctica histórica, suele precederle un ultimátum.

El ultimátum es un documento que contiene la postrera condición propuesta, la que de no ser realizada conduce a la ruptura de relaciones y, casi siempre, a la declaración de guerra. Se caracteriza por la crudeza de las exigencias y la sequedad y el laconismo de los términos.

Los efectos normales de la declaración de guerra son los siguientes:

- Ruptura de las relaciones diplomáticas.
- Retiro del personal diplomático.
- Cesación de la vigencia de los tratados políticos bilaterales.
- Entrada en vigor de los tratados previstos para los casos de hostilidades; por ejemplo, el relativo a la intervención de la Cruz Roja, entre otros.
- Adquisición del carácter de Estado beligerante, con derecho a conducir las hostilidades sin más restricción ética que el respeto a las *leyes de guerra.*

En el derecho castrense se entiende que hay *tiempo de guerra* cuando entre dos o más Estados impera un clima de hostilidad, hay suspensión de relaciones pacíficas y diplomáticas, interrupción de todo intercambio de comercio, y, fundamentalmente, producción de acciones de agresión o defensa bélica.

La declaración de guerra tiene antecedentes históricos surgidos del sentido caballeresco que antaño contenían las acciones bélicas; o por la acción jactanciosa de exhibir un poderío feroz.

Así, los romanos acostumbraban enviar a sus *feciales,* los cuales se encargaban de lanzar un dardo ensangrentado sobre territorio enemigo. De esta manera se cumplía con el rito de la *clerigación.*

Los feciales eran los heraldos o ministros encargados de anunciar la guerra o la paz. Esta declaración solemne –llamada *clerigatio*– exigía el cumplimiento de determinadas demandas y otorgaba un plazo perentorio para ese cumplimiento. Su desatención ocasionaba el arrojo de un dardo o jabalina ensangrentada.

En los predios romanos se afirmó la idea de "Nullum bellum esse-justum, visi guod denunciatum ante sit et indictum" ("No es justa guerra la no declarada ni intimada con antelación").

La declaración de paz implica, necesariamente, la cesación de hostilidades.

La paz significa el período de tranquilidad, de sosiego, en la vida de relación de los Estados, con proscripción de la violencia armada.

Ambas declaraciones –de guerra o de paz– deben ser objeto de autorización por el Congreso. Ella deviene en la expedición de un instrumento legislativo en que se le confiere poder al presidente de la República para verificar cualquiera de las declaraciones citadas.

Para tal efecto se expide una resolución legislativa.

q) Administrar la hacienda pública

El presidente de la República, a través de sus colaboradores, tiene la responsabilidad de –utilizando un conjunto de principios, técnicas y prácticas– establecer un sistema de administración por el que se pueda conducir la hacienda pública.

En ese sentido, se entiende por hacienda pública la totalidad de rentas –ingresos y bienes– que percibe una organización política.

Esta administración se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. Asimismo, está sujeta a la supervigilancia de la Contraloría General de la República.

r) Negociar los empréstitos

Los empréstitos hacen referencia a los créditos que tiene el Estado.

El presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución, debe enviar al Congreso, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año, los proyectos de ley de endeudamiento.

Le corresponde al Congreso –a tenor de lo dispuesto en el artículo 102– la autorización de los empréstitos negociados por el presidente de la República a través de su ministro de Economía y Finanzas.

Esta autorización por ley debe fijar la condiciones y señalar las materias en que se habrán de invertir los créditos conseguidos.

Los empréstitos aplicados a estas materias deben alcanzar un efecto económicamente reproductivo, o servir para la defensa nacional o el mantenimiento del orden interno.

s) 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

Los decretos de urgencia son normas de igual jerarquía que la ley, que expide el presidente de la República con el objeto de regular una

situación económica o financiera *sui generis* o fuera de lo común, la misma que tiene vinculación con la salvaguarda del interés nacional.

t) Regular las tarifas arancelarias

Al presidente le corresponde establecer, señalar o pautar lo relativo a los montos o impuestos que pesan sobre las importaciones de bienes y servicios.

u) 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

La Constitución consagra como facultad presidencial el dar u otorgar indultos y conmutar penas.

En puridad, esta prerrogativa es la reminiscencia del otrora poder absoluto del príncipe, que hoy subsiste en esta materia por razones de equidad y generosidad.

El *indulto* consiste en el perdón o remisión, ya sea total o parcial, de una pena impuesta por sentencia condenatoria ejecutoriada.

Se trata de una manifestación presidencial de conmiseración, generosidad, justicia o equidad. Se plasma en ocasiones solemnes o de regocijo público, como son las fiestas patrias o las fiestas pascuales.

La *conmutación de penas* consiste en la rebaja o disminución de la ejecución de una sentencia condenatoria en materia de derecho penal, o en el cambio de la calidad de la pena (por ejemplo, el sustituir la pena de muerte por la prisión perpetua).

Asimismo, se plantea la posibilidad de cortar la tramitación de un proceso penal cuando se presentan los siguientes requisitos:

- Existencia de un juicio penal.
- Verificación de que la etapa de investigación judicial –instrucción– hubiere excedido el doble del plazo fijado en el Código Procesal Penal, más la ampliatoria señalada por el juez de la causa.

v) Conferir condecoraciones en nombre de la nación, con acuerdo del Consejo de Ministros

Las condecoraciones son aquellos distintivos de honor que se conceden para recompensar el mérito militar o cívico. Suelen consistir en cruces, bandas, collares, medallas, placas y escudos, con el simbolismo que a las circunstancias corresponda.

El acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros se formaliza mediante la expedición de una resolución suprema.

w) Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero

Esta autorización es una facultad presidencial por la cual se aprueba el servicio de un nacional en las filas de un ejército extranjero.

x) Ejercer la demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan

3.2 Los ministros de Estado

La idea de la función ministerial es propia e inseparable de la sociedad políticamente organizada. Ella procede de la necesidad de apoyar, desde el propio órgano administrativo, la gestión gubernamental de un Estado.

Esta necesidad de apoyo se ampara en la existencia de tres factores:

a) La imposibilidad física de que una sola persona pueda proveer y encargarse de todos los asuntos del gobierno.
b) La necesidad de atender a la especialización y conocimiento técnico en el manejo de cada una de las ramas administrativas del gobierno.
c) La necesidad de evitar la superconcentración de los asuntos gubernamentales en la inteligencia y esfuerzo de una sola persona.

La voz *ministro* (del latín *minister*) se deriva de *manus*, que significa "lo que está a la mano o bajo el poder del superior al cual se sirve". Dicha acepción carece actualmente de cabal significación, ya que su denominación ha ido variando a través de las diversas organizaciones políticas en las que esta institución se inserta paulatinamente.

En la actualidad al ministro se le define como aquel funcionario público designado para hacerse responsable político de una repartición del Órgano Ejecutivo. Su actividad la ejerce bajo la disposición del presidente de la República y con la coordinación del presidente del Consejo de Ministros.

3.2.1 Antecedentes históricos

El ministeriado es tan antiguo como la autoridad misma. Como es lógico suponer, para el pleno ejercicio de la autoridad, así como para el correcto y normal funcionamiento de la comunidad, el ejerciente del poder tuvo que recurrir a la asistencia, ayuda y consejo de una o varias personas. De allí que se justifique y comprenda el nacimiento de instituciones tales como los consejos de ancianos, el senado, la casta sacerdotal, etc.

Diversas referencias históricas acreditan la existencia de hombres encargados de "aconsejar" al jefe de una organización política y de ejecutar su voluntad política. A esta clase de hombres pertenecieron Josué y Amán.

Como bien se sabe, Josué, jefe de los hebreos, sucesor de Moisés y conquistador de la tierras de Canaán, fue inicialmente consejero del faraón de Egipto. Igualmente, Amán fue un consultor del rey persa Asuero (508 a. de C.).

En la Edad Media, los grandes señores acostumbraban escoger, de entre sus domésticos, a algunos a quienes confiaban determinadas responsabilidades políticas y que por ello adquirían preeminencia sobre el resto de sus pares.

En el caso de las monarquías absolutistas de finales del medioevo y comienzos de la era moderna, el rey era asistido por personas que por su encargo *asumían* una buena parte de la administración de los asuntos públicos.

El tratadista Maurice Duverger señala que el monarca era quien podía nombrar o deponer a los ministros, según lo tuviese por conveniente.

El rey tenía, en ese sentido, una multiplicidad de servidores, cuya organización puede ser apreciada de manera significativa en Francia durante el tiempo de los merovingios y carolingios.

De manera global, en las monarquías europeas se pueden encontrar servidores del rey que vendrían a ser, en cierto modo, los antecesores de los ministros de Estado. Ellos eran:

El condestable

Según Guillermo Cabanellas de Torres[13], era aquel que ostentaba y ejercía la dignidad suprema en la milicia francesa. Se estima que sus atribuciones podían asimilarse a las de un moderno ministro de Defensa.

---

13 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho usual.* Buenos Aires: Ed. Heliasta.

Este personaje surgió de una especie de palafrenero o jefe de los escuderos, quien tenía bajo su mando a los mariscales. Con el transcurso del tiempo se transformó en el primer ministro de la corona y jefe del Ejército.

El chambelán

Alude a un cargo pontificio o palatino o gentil hombre de cámara. Además de cuidar los detalles personales del soberano, se ocupaba de la etiqueta palaciega.

Entre sus notables privilegios –alcanzados en la antigua corte francesa– se encontraba "aquel que le permitía acostarse con el rey, en ausencia de la reina".

En puridad, era el responsable de todo lo concerniente al servicio interior de una casa palaciega.

En la actualidad, aún existe en Inglaterra un personaje denominado *Lord Chambelan*, que es un cargo hereditario en ciertas familias, que cuida de los edificios del Parlamento y asiste al monarca durante la ceremonia de coronación.

Señálese además que existe otro *Lord Chambelan* responsable de la superintendencia del palacio real y ejerciente de las tareas relativas a la policía de espectáculos. Igualmente, posee jurisdicción sobre la servidumbre de palacio; empero, carece de facultades respecto de los camareros de la reina. Asimismo, tiene facultades para nombrar a los profesionales, médicos y proveedores de la casa real.

Finalmente, debe dejarse constancia de que en las ciudades inglesas existen *Chambelans* que actúan como tesoreros de los fondos públicos.

El senescal

Se trataba de una suerte de mayordomo-intendente que dirigía el servicio exterior de la casa real. Sus orígenes se encuentran en la nobleza germana.

El canciller

Se trataba del secretario de la Corona encargado de la custodia del sello real con que se autorizaban los privilegios y cartas reales. Posteriormente fue designado jefe de la Magistratura y gran almirante de la Navegación, responsable del comercio marítimo.

Debe señalarse que, cuando se acrecentó el poder del rey, todos los anteriormente citados se transformaron en notorios funcionarios públicos que figuraban a la cabeza de la administración del Estado.

La doctrina constitucional acredita que es en las postrimerías de la vigencia de los sistemas monárquicos absolutistas cuando se empieza a notar la consolidación del sistema del ministeriado.

Así, durante el reinado de Felipe II se instituyeron cuatro ministerios (1547); posteriormente correspondió a Luis XIII el señalar las responsabilidades y atribuciones de sus miembros (1626).

En esa perspectiva, dicho monarca les encomendó lo siguiente:

- El servicio de la casa real.
- Los negocios internos del reino.
- La guerra.
- Las relaciones exteriores.

Es gracias al talento e influjo personal de Armand-Jean Du Plessis, cardenal de Richelieu (1582-1642), que a mediados del siglo XVII se les conoció públicamente como *ministros*. Este personaje, nombrado secretario de Estado por la reina María de Médicis en 1616, y ministro con Luis XIII desde 1624, fue quien dirigió la vida política francesa de ese entonces, fortaleciendo la monarquía y elevando a Francia a la categoría de primera potencia mundial.

El cardenal Richelieu cumplió sus labores de manera absorbente, convirtiéndose en creador del absolutismo real, en la forma que luego practicaría Luis XIV ("El Estado soy yo").

Richelieu sostuvo la necesidad de establecer *el sistema de ministeriado* en aquellos casos en que el rey quisiera asumir directamente –y no delegar– las obligaciones de la vida política. Ante tal supuesto, sugirió que el monarca tuviese como máximo cuatro consejeros, y que, de entre ellos, uno tuviese una autoridad mayor.

Así, cuando el rey no quisiese asumir personalmente los asuntos públicos del reino, le encargaría dicha tarea a aquel que ostentase mayor autoridad. Éste es conocido desde entonces como *primer ministro*.

Los historiadores concuerdan en el hecho de que Richelieu, al defender los alcances del sistema del ministeriado, estaba defendiendo su propio interés personal.

En Inglaterra dicho sistema se gesta de manera directa con la elección regia de una cámara dividida del Consejo Privado, que posteriormente se denominará *Gabinete*.

Al respecto, los historiadores ingleses señalan que tanto Jorge I como su sucesor Jorge II (casa alemana de Hannover, a comienzos del siglo XVIII) carecían del dominio del idioma inglés, motivo por el cual no asistían a las reuniones de las cámaras ni tampoco a las de su propio consejo privado.

Este consejo privado se independizó de la corona a partir de 1714. Correspondió a sir Robert Walpole, a lo largo de sus veintiún años de influencia política como una suerte de primer ministro, ser quien finalmente asentó la institución del ministeriado.

Con la implementación de los regímenes constitucionales desde finales del siglo XVIII, se dará nacimiento a la actual institución del ministeriado y, particularmente, a la relativa al consejo de ministros.

Su implantación en el Perú tiene una larga data, llegándose, incluso, a remontarse sus antecedentes hasta el Imperio incaico.

Así, el historiador José Antonio del Busto[14] refiere la existencia del denominado Consejo Imperial, integrado por cuatro *apocunas*, quienes eran una suerte de gobernadores de los cuatro suyos. Este consejo tenía su sede en el Cusco y sus integrantes pertenecían a la nobleza de sangre.

Debe advertirse que llegar a la condición de *apocuna* era la mayor aspiración de un noble en el Imperio.

Al respecto, José Antonio del Busto[15] recuerda que la nobleza de sangre estaba compuesta por los parientes del Inca reinante (salvo sus mujeres e hijos, que constituían la realeza).

En la Colonia se debe citar el papel de los miembros del Real y Supremo Consejo de Indias –definido por el historiador Fernando Silva Santisteban[16] como "verdadero ministerio de las colonias"–, desde su creación en 1524. Éste fue el organismo sobre el cual la corona descargó todo el peso y la responsabilidad del gobierno de sus colonias americanas. En este sentido, todos los funcionarios del nuevo mundo, desde los virreyes hasta los empleados de las más bajas categorías, estaban subordinados a él.

Este consejo, cuya sede se fijó en la ciudad de Madrid, más que una asamblea de gobierno era una especie de directorio, ya que estaba integrado por un presidente, cinco consejeros y un fiscal. Sus miembros eran considerados expertos en asuntos de Indias, y las deliberaciones y decisiones se efectuaban con la más absoluta discreción, al extremo de que sólo el rey podía asistir a sus sesiones.

Dicho ente tenía atribuciones tales como presentar al rey la nómina de los candidatos a virreyes, gobernadores, oidores, corregidores, etc.; preparar las disposiciones legales que debían regir en la colonias (Leyes de Indias); y enviar a los jueces residenciarios "afectos" para que sometiesen a los virreyes a los respectivos juicios de residencia.

---

14 BUSTO, José Antonio del. *Compendio de historia del Perú*. Lima: Ed. Studium.
15 BUSTO, José Antonio del. Op. cit.
16 SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Historia del Perú*. Lima: Ed. Búho.

En la Constitución de Cádiz (1812) los ministros aparecen bajo la denominación de "Secretarios de Estado y del Despacho". Así, en el artículo 22 de dicha norma se señaló lo siguiente:

> "Los Secretarios del Despacho serán siete, a saber:
> – El Secretario del Despacho de Estado.
> – El Secretario del Despacho de la Gobernación del Reino para la Península e islas adyacentes.
> – El Secretario del Despacho de la Gobernación del Reino para ultramar.
> – El Secretario del Despacho de Gracia y Justicia.
> – El Secretario del Despacho de Hacienda.
> – El Secretario del Despacho de Marina.
> Las Cortes sucesivas harán en este sistema de secretarios del despacho la variación que la experiencia o las circunstancias exigen."

Como se observa, se dejaba al Parlamento (las Cortes) la posibilidad de ampliar o suprimir el número de portafolios.

Entre los requisitos para ser designado ministro se exigía ser ciudadano de nacimiento, con ejercicio pleno de sus derechos.

La norma establecía la necesidad inexorable del refrendo para evaluar cualquier decisión del rey, así como fijaba la responsabilidad sobreviniente por haberse expedido una autorización contraria a la Constitución o la ley.

La Constitución de 1823 estableció la responsabilidad solidaria de los ministros por las resoluciones autorizadas en común; y de cada uno en particular, por los actos atinentes a su ramo. En ella se establecieron las carteras de Gobierno, Relaciones Exteriores, Marina y Hacienda.

La Constitución de 1834 estableció el derecho de los ministros a concurrir a los debates en cualquiera de la cámaras, y el de su retiro antes de la votación. Consideró que los titulares de un despacho ministerial podían ser objeto de acusación constitucional, de conformidad con la ley.

La Constitución de 1839 fijó que, en cada instalación de sesiones del Congreso, cada ministro debía presentar una memoria del estado de su respectivo ramo, así como dar cumplimiento de todos los informes que le hubieran sido solicitados.

La Constitución de 1856 estableció la institución del Consejo de Ministros, cuya organización y procedimientos se detallaron por ley.

La Constitución de 1920 determinó de manera expresa la prohibición de la existencia de los denominados "ministros interinos". Se estableció que, en caso de necesidad, el presidente de la República podía encargar a un ministro el despacho de otro ramo por impedimento del titular, sin que tal encargo se extendiese más allá del tiempo que fijara la ley.

Advertía, igualmente, que no podía continuar en el desempeño de sus carteras aquel contra quien una de las cámaras hubiese emitido un voto de falta de confianza.

La Constitución de 1933 creó las denominadas "comisiones consultivas", formadas por ciudadanos peruanos especializados en los correspondientes ramos de la Administración pública.

La institución del ministeriado, en la práctica concreta, se gesta con la aplicación del decreto de 3 de agosto de 1821. Mediante dicho instrumento legal el general José de San Martín dispuso la conformación del primer equipo ministerial republicano. Así, se encargó el Ministerio de Estado y Relaciones Exteriores a Juan García del Río (de nacionalidad colombiana); el Ministerio de Hacienda a Hipólito Unanue (de nacionalidad peruana), y el Ministerio de Guerra y Marina a Bernardo Monteagudo (de nacionalidad argentina).

3.2.2 Los ministros de Estado y la Constitución de 1993

El constitucionalista Domingo García Belaunde[17] define a los ministros como:

> "miembros principales del Poder Ejecutivo, que actúan como responsables de los diversos sectores de la Administración pública, y que son colaboradores del presidente de la República."

En puridad, colaboran con el presidente de la República en el ejercicio de la actividad político-administrativa del Poder Ejecutivo.

El artículo 119 de la Constitución señala que cada ministro se encuentra encargado de la dirección y gestión de los servicios públicos que competen al portafolio a su cargo.

---

17 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. J.V. Ediciones.

Ello implica que el ministro asume la conducción y responsabilidad del desarrollo de la planificación, organización, coordinación, dirección y control de los servicios públicos, administrados o supervisados según un régimen de derecho público y tendientes a la satisfacción concreta de necesidades colectivas (educación, salud, transporte, etc.).

El ministro es, pues, el responsable de la conducción de un órgano administrativo del Ejecutivo.

3.2.3 La refrendación y la responsabilidad ministerial

La refrendación es vista desde un punto de vista genérico como la acción de autorizar algo que consta por escrito, mediante la firma de la persona o autoridad competente.

El argentino Juan Helio Zarini[18] considera que refrendar es autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma.

Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales Ballesteros[19] la interpretan en términos específicos como un recurso constitucional para moderar los atributos presidenciales y obligar al concurso técnico y político de los ministros. En ese contexto, Javier Valle Riestra[20] señala que no debe ser vista como una mera certificación notarial, sino fundamentalmente como un acto de *asunción de responsabilidades.*

En puridad, es un concepto originario de los Estados con *gobierno parlamentario*, cuyo objetivo es establecer una acción contralora o fiscalizadora del enorme poder del presidente de la República.

Los antecedentes de esta institución aparecen en el Act of Settlement de 1700 en Inglaterra, en donde se disponía que los acuerdos y resoluciones que se adoptaban en el Consejo del Reino debían ser firmados por todos los que formaban parte de él. Posteriormente se extenderá a Francia, aun antes de la Revolución francesa, y a España a través de la Constitución de Cádiz de 1812.

En el Perú se impone inicialmente con la Constitución de Cádiz y posteriormente con el surgimiento de la República. Así, aparece consignada en el Estatuto Provisional de San Martín (1821), en las Constituciones de 1823, 1826, etc.

---

18 ZARINI, Juan Helio. *Derecho constitucional.* Buenos Aires: Ed. Astrea.

19 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.

20 VALLE RIESTRA, Javier. *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado.* Ed. Labrusa.

La naturaleza sustantiva del refrendo consiste en ser una:

a) Forma de control intraórgano.
b) Forma de traslado de la responsabilidad.

El tratadista Alberto Demichelli[21] refiere que la voluntad ministerial, en lo relativo al refrendo, se expresa en dos factores:

a) Factor interno o *animus,* por el que se percibe el refrendo como una decisión libre, de colaboración con la decisión presidencial.
b) Factor externo o formal, por el que se percibe el refrendo como una decisión libre, de asumir las responsabilidades que se derivan de la decisión presidencial.

Como bien afirma Demichelli, el presidente no actúa por sí solo, sino con el suplemento jurídico que le proporcionan las intervenciones de los ministros.

En la práctica, dicho control ha resultado insuficiente en razón de la facultad presidencial de nombrar y remover a los ministros en cualquier momento. Por tal motivo, la no refrendación de un acto presidencial conlleva tácitamente la pérdida del cargo.

Por eso, en los hechos, la refrendación se reconoce como una mera *legalización* de los actos presidenciales.

Como bien afirma el argentino Juan Helio Zarini[22], la refrendación no significa que el *acto presidencial* sea el resultado de dos voluntades que concuerdan. En realidad, *prima* la voluntad presidencial, ya que el desacuerdo con el ministro podría llevar a que este último sea relevado del cargo para ser reemplazado por otra persona dispuesta a refrendar el acto.

La refrendación produce dos consecuencias concretas:

- La legalidad del acto presidencial.
- La responsabilidad civil, penal, administrativa o política a que se encuentra sujeto el refrendario.

El texto fundamental establece la obligación de que la totalidad de los actos presidenciales sean objeto de refrendación ministerial, so pena de incurrirse en nulidad.

La nulidad indica la carencia de valor y la falta de eficacia del acto no refrendado. Por ende, aquel acto jurídicamente deviene en un "acto no sucedido".

---

21 DEMICHELLI, Alberto. *El Poder Ejecutivo.* Tomado de GONZALES, Tadeo, op. cit.
22 ZARINI, Juan Helio. Op. cit.

Esta nulidad, señalada taxativamente en el artículo 120 de la Constitución, es la consecuencia de la carencia o incumplimiento de una de las condiciones de la forma –la refrendación– imprescindible para que el acto presidencial alcance validez.

Asimismo, la refrendación lleva a que el ministro se haga *responsable* de las consecuencias que el acto presidencial ocasione. Ello en razón de que, en principio, el presidente de la República no es pasible de imputación durante su período gubernativo.

Esta situación permite distinguir la figura del *ministro*, de la del *secretario de Estado* (EE. UU.). Este último es una expresión típica y pura del gobierno presidencial, ya que se limita a la gestión y dirección de un área de la administración estatal, así como a emitir opinión oral o escrita, a petición del presidente, sobre cualquier asunto vinculado a su portafolio.

El secretario de Estado no ejerce control sobre la actividad presidencial. El presidente de los EE. UU. no necesita de la *legalización* de sus actos mediante refrendo de su secretario.

El artículo 128 de la Constitución señala que los ministros están sujetos a la obligación de responder por las consecuencias (y satisfacerlas) derivadas de un acto presidencial que refrenden, o de los suyos propios.

Esta obligación puede ser solidaria, esto es, que el ministro y sus pares responden, por y en vez del presidente de la República, ya sea de manera individual, ya de manera colectiva, según sea el número de los que intervengan en el acto refrendado o acordado, ya que cualquiera de ellos puede ser exigido para su cumplimiento.

Dicha responsabilidad solidaria surge por la ejecución de actos delictivos o infractorios de la Constitución o las leyes en que incurra el presidente de la República.

La existencia de un *voto salvado* en la sesión del Consejo de Ministros en donde se adopta el acuerdo infractorio, no es eximente de responsabilidad en tanto no vaya acompañada de una renuncia inmediata e irrevocable al cargo de ministro.

Igualmente, en lo relativo a esta parte, cabe señalar que el número de ministros y de los sectores adscritos a sus portafolios se determina por la ley del Poder Ejecutivo.

3.2.4 Requisitos para ser ministro de Estado

Para ser ministro de Estado se requiere:

- Ser peruano de nacimiento.

– Ser ciudadano en ejercicio.
– Haber cumplido veinticinco años de edad.

Al respecto, debe recordarse que son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República, así como los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Asimismo, es atendible que en la parte *in fine* del artículo 124 de la Constitución se haya establecido que "los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros". Ello en razón de que, según lo dispuesto en el artículo 30 del texto fundamental, se considera como ciudadanos a los peruanos mayores de dieciocho años, aun cuando el ejercicio de la ciudadanía se encuentra sujeto a la inscripción en el registro electoral.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son ciudadanos no inscritos en el registro electoral. Por tal motivo, constitucionalmente *sólo* se encuentran impedidos de ejercer el derecho al sufragio. El propio texto fundamental señala que no pueden establecerse otras restricciones adicionales.

3.2.5 Nombramiento

El artículo 122 de la Constitución señala que el presidente de la República nombra y remueve –mediante la expedición de una resolución suprema– a los ministros de Estado.

Empero, formalmente, según la Constitución, este nombramiento es consecuencia de una propuesta y de un acuerdo previo con el presidente del Consejo de Ministros.

Asimismo, cabe consignar que el presidente del Consejo de Ministros es quien expide su propia resolución de nombramiento y de cese. Empero, en algunas circunstancias de crisis institucional ha sido el secretario general del Ministerio de Relaciones Exteriores –con rango de viceministro– quien se ha encargado de ese acto de refrendación. Esto se explica por considerarse al referido como el primer funcionario del portafolio más antiguo de la República.

3.2.6 Incompatibilidades

Aluden a aquellos impedimentos que hacen ilegal el desempeño simultáneo de dos o más cargos públicos.

En este sentido, los ministros se encuentran impedidos de:

- Ejercer simultáneamente cualquier otra función pública (alcalde, juez, fiscal, etc.), excepto la legislativa.
- Realizar gestiones relativas a intereses propios o de terceros. Debe interpretarse que este impedimento de *diligenciamiento* opera en la Administración pública de manera *in genere,* y excepcionalmente en la administración privada cuando el poder del ministro pudiere afectar, de alguna manera, dichas actividades.
- Ejercer actividad lucrativa o intervenir en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas.

3.2.7 Encomienda del cargo

Desde la Constitución de 1920 se ha establecido la prohibición de la *interinidad ministerial.*

En ese sentido, el artículo 127 de la Constitución no admite la posibilidad de que una persona desempeñe el cargo de ministro por sustitución temporal de otro a quien se le reconoce como titular.

El citado artículo señala que el presidente de la República puede a lo sumo encomendar, confiar o delegar a un ministro para que, con retención de su cartera, desempeñe otra por impedimento temporal del que la sirve.

La encomienda de la cartera está sujeta a cuatro requisitos:

- Impedimento temporal del titular de una cartera para ejercer directamente su cargo.
  Dicho impedimento puede deberse a razones de salud, de viaje al exterior en comisión de servicios, etc.
- Encargo de la encomienda de una cartera ministerial a otro ministro. Esta delegación transitoria la recibe con retención de su cartera.
- Encargo por un período no mayor de treinta días.
- Impedimento de renovación del encargo en otro ministro.

En virtud del cumplimiento del plazo arriba señalado, en caso de que subsistieran las razones que impiden al titular del cargo reincorporarse a sus funciones, surge la obligación del presidente de la República de removerlo del cargo.

3.2.8 Atribuciones del ministro

Entre sus principales atribuciones tenemos las siguientes:

– *Establecer los objetivos, orientación, formulación, dirección y supervisión de las políticas sectoriales*
Esto debe efectuarse en armonía con las disposiciones constitucionales, la política general del Estado y los planes de gobierno.
La *política general del Estado* alude a los lineamientos de acción concernientes al orden público, la seguridad nacional y la utilidad social.
Los *planes de gobierno* son los instrumentos en los cuales se establecen las metas que se cumplirán mediante el desarrollo de un conjunto de acciones políticas, económicas y sociales coordinadas entre sí, y cuya elaboración corresponde a los conductores del Gobierno.
– *Establecer la regulación de los servicios públicos que competen a los sectores de su competencia*
El ministro regla, ordena y preceptúa sobre aquellas actividades de interés público en las cuales el Estado ejerce control o administración directa. Ello supone la normación de los servicios estatales dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de la ciudadanía.
– *Refrendar los actos presidenciales*
Como se ha observado anteriormente, la refrendación implica la autorización escrita y la firma del ministro, asumiendo la responsabilidad que pudiera surgir de tales actos.
– *Expedir resoluciones ministeriales*
Esta modalidad normativa permite la formulación, ejecución y supervisión de la política general del Estado, dentro del ámbito de las competencias sectoriales asignadas, las cuales tienen a su cargo determinados servicios públicos. Igualmente, permite similar facultad en los predios de los organismos públicos descentralizados y las empresas públicas del sector.
– *Ejercer la titularidad de un pliego presupuestal*
Los pliegos presupuestales expresan aquel conjunto de documentos públicos que integran los distintos programas presupuestales a cargo de un determinado organismo. La ley es la encargada de fijar expresamente los organismos cuyo presupuesto tiene la condición de pliego.
El programa presupuestal establece la previsión y valuación de los ingresos y egresos pormenorizados del sector público nacional, y es autorizado mediante ley por el período de un año.

– *Resolver en última instancia administrativa las reclamaciones interpuestas contra las decisiones emanadas de órganos dependientes de él, salvo en los casos en que la ley exige la expedición de una resolución suprema*

Debe advertirse que los ministros pueden delegar funciones y atribuciones que no sean de carácter político.

3.2.9 La organización ministerial

La *organización ministerial* consiste en el arreglo de las funciones que se estimen necesarias para lograr los objetivos que el decreto legislativo 560, ley del Poder Ejecutivo, asigna a cada portafolio; por tanto, implica la indicación de la autoridad y la responsabilidad asignadas a los funcionarios que tienen a su cargo la ejecución de determinadas responsabilidades públicas.

Su importancia radica en el establecimiento de una vinculación entre la labor señalada en la ley y la persona encargada de su verificación práctica.

La estructura organizativa de un ministerio es la siguiente:

- Alta Dirección.
- Comisión Consultiva.
- Consejo Sectorial de Concertación.
- Comisiones y juntas.
- Órganos.

Alta Dirección

Está integrada por el ministro, viceministros y funcionarios de alta confianza. Se encarga de conducir y decidir la marcha institucional.

Comisión Consultiva

Está integrada por personalidades versadas en los asuntos del portafolio. Éstas son nombradas por iniciativa del titular del portafolio, en condición *ad honorem.*

Se encarga del estudio y presentación de alternativas de solución relativos a asuntos que el ministro considera de significativa importancia.

Consejo Sectorial de Concertación

Se trata de un cuerpo de deliberación y conciliación de intereses de instituciones, de la sociedad civil, ligadas por las actividades sectoriales asumidas por un ministerio.

Comisiones y juntas

En el primer caso se alude a un conjunto de personas encargadas del estudio y presentación de alternativas de solución relativos a una acción administrativa.

En el segundo caso se hace referencia a un grupo de personas encargadas de la supervisión de la prestación de algunos servicios públicos, del cumplimiento de las normas dictadas en el área del portafolio, y de la ejecución de obras.

Órganos

Se trata de unidades administrativas impersonales, encargadas de la ejecución de una o varias funciones asignadas a un portafolio.

3.2.10 El Consejo de Ministros

Los ministros reunidos en sesión conforman el denominado Consejo de Ministros.

El tradista nacional José Pareja Paz Soldán[23] señala que se trata de un ente colectivo cuya función consiste en colaborar con el presidente de la República. Allí se tratan los asuntos de interés público.

La ley del Poder Ejecutivo determina su organización y funciones.

El consejo tiene un presidente, quien en relación a los demás miembros de dicho ente representa un *primus inter pares* (el primero entre sus iguales).

La institución del Consejo de Ministros fue establecida en 1856, gracias al influjo y talento del liberal José Gálvez. Debe señalarse que, hasta ese entonces, los ministros, como sucede aun hoy con los secretarios de Estado de los EE.UU., no tenían entre sí ningún nexo o relación legal.

La tesis esgrimida por Gálvez para asegurar su implantación fue que era una institución conveniente para afirmar la armonía de la gestión ministerial, para hacer efectiva y real la responsabilidad política, así como para contrarrestar, en lo posible, la autoridad desmesurada del presidente de la República.

Para tal efecto se dictaron las leyes del Consejo de Ministros de 1856 y 1862, las que en vía de reglamentación crearon, adicionalmente, la figura del presidente del Consejo de Ministros como una suerte de personero del ente colegiado.

En dichos dispositivos se impuso al presidente de la República la obligación de nombrar a sus ministros de acuerdo con la anuencia del presidente del Consejo de Ministros, para lo cual se le otorgaba a este último la prerrogativa de proponer a las restantes personas que debían integrar dicho consejo.

---

23 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Op. cit.

No obstante lo expuesto a lo largo de este trabajo, la práctica constitucional hace que el jefe de Estado sea quien, independientemente del criterio de su primer colaborador, asuma sin restricción alguna dicha facultad.

Esta institución funcionó entre 1856 y 1862 como un órgano consultivo. A partir de esa fecha le fue confiada la autoridad de dar, rehusar o aprobar ciertos actos del presidente de la República.

Dichas reuniones tienen, en su fase de desarrollo, tratamiento reservado y usualmente se realizan una vez por semana.

La conducción de estas sesiones está a cargo del propio jefe de Estado; en su ausencia las dirige el presidente del Consejo de Ministros. En este último caso las reuniones son conocidas con el nombre de "consejillos", en los que se producen solamente actos de coordinación de planteamientos técnicos para ser presentados posteriormente al presidente de la República.

3.2.11 Las atribuciones del Consejo de Ministros

El artículo 125 de la Constitución señala cuatro atribuciones:

- Aprobar los proyectos de ley que el presidente de la República somete a consideración del 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 nuestro ordenamiento jurídico. Entre estos últimos tenemos:
  a) Decreto supremo de convocatoria al Congreso a legislatura extraordinaria (inc. 6 del art. 118).
  b) Decreto supremo de declaratoria de estado de emergencia o estado de sitio (incs. 1 y 2 del art. 137).
  c) Decreto supremo relativo al Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros (art. 16 del D. Leg. 560).
- Deliberar sobre asuntos de interés público.
- Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

Nuestro ordenamiento jurídico exige aprobación por el Consejo de Ministros en casos tales como:

a) Mensajes del presidente de la República al Congreso, salvo el primero de ellos (inc. 7 del art. 118 de la Constitución).
b) Concesión de condecoraciones en nombre de la nación (inc. 22 del art. 118 de la Constitución).
c) Nombramiento de embajadores y ministros plenipotenciarios (inc. 12 del art. 118 de la Constitución).

Al presidente del Consejo de Ministros le corresponde ejercer las siguientes atribuciones:

- Suplantar al presidente de la República como portavoz autorizado del Órgano Ejecutivo.
- Coordinar las funciones de los demás ministros.
- Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley. En este sentido, son objeto de refrendación todas la decisiones que exigen el voto favorable del Consejo de Ministros.

3.2.12 El papel del presidente del Consejo de Ministros

Como bien afirma Enrique Chirinos Soto:

> "El presidente del Consejo de Ministros supone una especie de cuña del sistema parlamentario dentro del sistema presidencial..."

En ese entremezclamiento, la figura del presidente del Consejo de Ministros no refleja en modo alguno la condición de conductor, sino la de un colaborador privilegiado en confianza, en relación al resto del Gabinete.

El presidente del Consejo de Ministros es nombrado y removido por el titular del Órgano Ejecutivo. En puridad, se trata de un *primus inter pares*. El artículo 123 de la Constitución señala que puede ser ministro sin cartera, esto es, sin asignación de la conducción de ningún sector de la Administración pública.

La labor del presidente del Consejo de Ministros –en la modalidad peruana– ha ido ganando espacios cada vez más importantes en nuestro país. Un eslabón en torno a este tema lo encontramos en el decreto ley 17271, de 3 de diciembre de 1968. Dicho dispositivo estableció una serie de criterios tales como:

- Creación y funcionamiento de comisiones interministeriales, encargándole al presidente del Consejo de Ministros su conducción.
- Asignación, a aquél, de la titularidad del pliego presupuestal de la Presidencia de la República.

Durante el período militar 1968-1980, el presidente del Consejo de Ministros no tuvo ninguna rama de la Administración a su cargo, encargándose exclusivamente de la tarea de colaboración y coordinación.

El artículo 16 y siguientes del decreto legislativo 560 –ley del Poder Ejecutivo– le atribuyen en la actualidad las siguientes responsabilidades:

– *Colaborar con el jefe de Estado en la dirección de la política general del Gobierno*

En tal virtud, por mandato constitucional concurre al Congreso en compañía de los demás ministros para exponer y debatir programas, así como las medidas políticas y legislativas que requiere su gestión. Plantea, al efecto, la denominada *cuestión de confianza.*

– *Coordinar la actividad intersectorial de la función político-administrativa del Estado*

Para tal efecto, se encarga de la conducción de las llamadas "Comisiones de coordinación permanente".

A la fecha, existen y funcionan las siguientes:

– Comisión Interministerial de Asuntos Económicos y Financieros.
– Comisión Interministerial de Asuntos Sociales.

La primera de ellas, conocida como CIAEF, se encarga de coordinar, analizar y proponer las medidas políticas de carácter económico y financiero, en concordancia con el programa general de gobierno.

Asimismo, se encarga de señalar los mecanismos de aplicación de dichas políticas.

Para tal efecto, se encuentra facultada para hacer lo siguiente:

– Analizar y evaluar los proyectos de leyes, decretos legislativos o decretos supremos referidos a materia económica y financiera, que deben ser incluidos en la agenda del Consejo de Ministros.

  Como bien se sabe, la *agenda* es un anglicismo que expresa los puntos del orden del día de un ente deliberativo. En suma, contiene la relación de los asuntos que han de ser tratados en una sesión.
– Analizar la situación económica y financiera del país, así como plantear al Consejo de Ministros las medidas que estime pertinentes.
– Evaluar la ejecución de la política económica y financiera, y proponer las medidas necesarias para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo nacional.

La CIAEF se encuentra integrada por seis portafolios: Ministerio de Economía y Finanzas; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Agri-

cultura; Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción; Ministerio de Pesquería, y Ministerio de Industria, Comercio Interno, Turismo e Integración.

La segunda de las comisiones citadas, conocida como CIAS, se encarga de coordinar, analizar y proponer las medidas de política especial, en concordancia con el programa general de gobierno, así como de evaluar su aplicación.

Para tal efecto, se encuentra facultada para hacer lo siguiente:

- Analizar y evaluar los proyectos de leyes, decretos legislativos o decretos supremos referidos a aspectos sociales, que deben ser incluidos en la agenda del Consejo de Ministros.
- Analizar y evaluar la situación económico-social del país, y proponer al Consejo de Ministros las medidas de política social que estime pertinentes.
- Coordinar con los sectores involucrados la expedición de normas legales y administrativas orientadas a regular una situación de coyuntura o de emergencia.
- Promover y coordinar la política de participación social y de concertación en la gestión de gobierno.

La CIAS se encuentra integrada por nueve ministerios: de Relaciones Exteriores; del Interior; de Defensa; de Economía y Finanzas; de Educación; de Salud; de Trabajo y Promoción Social; de la Presidencia, y de Justicia.

El presidente del Consejo de Ministros, en la práctica, no sólo conduce las sesiones de ambas comisiones, sino que también fija la agenda de las mismas.

El secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros es el secretario de las comisiones; asimismo, es el responsable de la elaboración y presentación de los informes técnicos.

Cabe señalar que ambas comisiones pueden reunirse conjuntamente cuando así lo requiera la naturaleza de las cosas. En puridad, cada comisión deviene en una suerte de "miniconsejillo técnico".

Finalmente, debe consignarse que el Consejo de Ministros puede crear otras comisiones de coordinación permanente. Para tal efecto, su constitución y conformación se establecen por decreto supremo.

Ambas comisiones, en lo específico, se refieren a las actividades de los siguientes ámbitos:

a) Ámbito social. Es aquella relación que se establece con los organismos representativos de la población (organizaciones representantivas de los gremios laborales, empresariales, co-

muneras y otras), que demanden acuerdos que permitan satisfacer sus necesidades básicas y mejorar la calidad de vida de sus miembros.

b) Ámbito económico-financiero. Es aquella relación que se establece con los agentes económicos vinculados con la producción, distribución y ccnsumo de la producción.

– *Promover las medidas político-administrativas para la efectiva participación social en la gestión de gobierno*

Dicho concepto debe entenderse como las condiciones que el Estado crea para que el individuo pueda contribuir directa o indirectamente en el tratamiento y solución de los asuntos de interés colectivo.

En ese sentido, esta responsabilidad implica movilizar el ideal democrático que prevé una ciudadanía atenta e interesada en el desarrollo de la cosa pública.

– *Titularidad del pliego presupuestal*

En la práctica, esta facultad ha sido delegada al secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros. Así, el artículo 8 del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros señala que aquél "ejerce por delegación la titularidad del pliego".

– *Expedir resoluciones ministeriales sobre asuntos de su competencia*

Esta modalidad normativa permite formular, ejecutar y supervisar la política general del portafolio, así como supervisar y controlar los organismos públicos descentralizados y las empresas del sector.

4 *EL ÓRGANO PARLAMENTARIO*

Es evidente que el Parlamento es la principal aportación del liberalismo político. Más aún, la construcción del Estado moderno –que tiene sus fuentes inspiradoras en el proceso histórico político de la Revolución inglesa y la Revolución francesa– convierte al Parlamento en el centro del poder político y de la representación ciudadana.

4.1 El carácter de la representación parlamentaria

En la doctrina y la práctica histórica existen dos modelos de representación política ante el Parlamento; es decir, de relación entre congresistas y electorado. Ellos son los siguientes:

4.1.1 La representación de la nación

Su origen se entronca en el ideario de la Revolución francesa.

Ello tiene como depositaria de la soberanía o fuente del poder político a la nación.

La nación es percibida como un ente abstracto, ideal, no concreto, inmaterial, que a lo sumo comprende a las generaciones ciudadanas del pasado, del presente y del futuro.

El tratadista francés Maurice Duverger[24] señala que la soberanía no pertenece indivisa, cribada o parceladamente a los ciudadanos, sino a la nación *in totum.*

En ese contexto, los congresistas no se encuentran sujetos a instrucciones, órdenes o directivas de un ciudadano o grupo de ciudadanos, en razón de haber recibido la representación parlamentaria de la nación, que es un ente intangible, abstracto, total y sumo, en base al cual nadie puede, en su nombre, disponer órdenes, instrucciones, mandamientos ni recomendaciones. La representación de la nación o la representación nacional no equivale en modo alguno a un mandato, ya que no es precisable ni determinable –de manera particular y concreta– quién es el mandante. Dicha representación emana de un acto de confianza, fe o esperanza en la conducta y accionar del elegido. Su relación, durante el período de representación, no se sujeta, en la esfera de lo jurídico-político, sino a la ética política. De allí que el representante queda únicamente sujeto a su conciencia y a la convicción íntima de ser fiel y consecuente con la confianza depositada en él.

El congresista sujeto al modelo de la representación de la nación o representación nacional, por no ser agente político de nadie en particular y concreto, sino de la nación en su conjunto, tiene libre albedrío para su actuación funcional. Como bien refiere el tratadista español Manuel García Pelayo[25], la nación le otorga un poder discrecional a

---

24 DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ed. Ariel.

25 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid: Alianza Editorial.

efectos de que se conduzca por propia iniciativa y bajo su exclusiva apreciación. Es decir, no se encuentra sujeto a mandato imperativo.

En síntesis, el modelo de la representación de la nación o representación nacional le otorga facultades discrecionales al congresista, en razón de cuatro consideraciones:

a) Su elección es un acto libérrimo y no mandante que se basa en la confianza en la persona escogida como representante.
b) La nación, a quien el congresista representa como agente político, es diferente y distinta del pueblo en sí mismo; por dicha naturaleza no puede generar, en la práctica política, acciones específicas y determinadas de instrucciones, órdenes ni sugestión de ninguna especie.
c) La relación que se formaliza entre el representante y la nación es de carácter ético-político y no jurídico-político; por ende, no tiene ataduras en los predios normativos, sino en la conciencia responsable y leal.
d) El representante deviene de por sí en la voluntad popular durante un tiempo determinado y preciso. Su elección basada en la confianza, determina que se convierta transitoriamente en el "yo político" de la nación.

4.1.2 La representación fraccional de la ciudadanía

Su origen se remonta a la organización política estamental del medioevo, y jurídicamente se aviene al concepto del mandato civil. Así, el mandante o representado –que era el dueño del territorio o de la renta– se hacía oír directamente a través de sus portavoces mediante el denominado *cuaderno de instrucciones.*

Este tipo de representación tiene como depositario al concepto esgrimido por Juan Jacobo Rousseau, que entendía que la soberanía emana del pueblo y que ésta es la suma de las diferentes fracciones o porciones de fuente u origen del poder político, que detentan simultáneamente todos y cada uno de los individuos en particular. Así, cada ciudadano, de manera específica y concreta, posee una parte del mandato que le confiere poder al congresista elegido.

Dicho mandato es conferido en función del ofrecimiento de un determinado programa de gobierno, o de una promesa o señal precisa sobre su actuación futura. Ello trae como consecuencia que los congresistas deben obedecer las instrucciones o requerimientos de aquella porción de ciudadanía que, en virtud de la propuesta planteada, le otorgó para sí su representación.

El congresista no representa a la nación, sino que deviene en un agente político de un sector ciudadano que –dentro de una comunidad política ideológicamente plural y social, amén de económicamente estratificada– lo elige para que sustente su concepción de la vida en sociedad y le exige promover la defensa o conquista de sus intereses.

Mediante la representación fraccional de la ciudadanía el congresista está sujeto a respetar su promesa electoral, contenida en un ideario político, programa de gobierno o compromiso sectorial, so pena de perder la representación mediante procedimientos tales como la revocación del mandato, la revocación parcial de la representación parlamentaria, etc.

En síntesis, el modelo de representación fraccional de la ciudadanía le otorga al representante facultades regladas en torno al compromiso contraído con quienes le otorgaron su representación, en razón de cinco consideraciones:

a) Su elección es un acto atado, que liga a los representantes y al representante en torno a la propuesta electoral esgrimida para alcanzar la fe y la confianza de la ciudadanía.
b) La actuación parlamentaria debe orientarse en función de un ideario político, compromiso social, forma de comportamiento funcional esgrimido durante la campaña electoral, etc. Por ende, el representante se rige por las instrucciones y requerimientos de la fracción ciudadana a quien representa.
c) La voluntad de la fracción ciudadana representada está por encima de la voluntad personal del congresista representante.
d) La relación entre la fracción ciudadana representada y el congresista representante tiene un claro cariz jurídico, e implica la traslación de la figura del mandato civil a la esfera del derecho público.
e) El incumplimiento de las instrucciones, órdenes o requerimientos puede acarrear la pérdida anticipada del mandato.

Nuestra Constitución histórica ha optado uniformemente por el mandato de representación de la nación o representación nacional. En esa línea, el artículo 93 de la Constitución, textualmente declara en su primer párrafo:

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

No obstante lo expuesto, nosotros consideramos que en el futuro debe revisarse esta opción. El país está harto de congresistas que divor-

cian el discurso y la práctica, la promesa y el comportamiento. El Parlamento peruano tiene despreciables antecedentes de representantes que se duermen izquierdistas y amanecen reaccionarios. La moral política exige el respeto de la palabra empeñada a la militancia o grupo social u ocupacional que eligió al representante.

Es lamentable señalar que los constituyentes de 1993, en su afán de "innovar por innovar", agregaron que los congresistas no están sujetos a interpelación.

Dicha expresión, en el campo específico del derecho constitucional, corresponde a una práctica de control que ejerce el Parlamento sobre el ministeriado (Órgano Ejecutivo).

En la hipótesis de que existiera un congresista que estuviere ejerciendo la condición de ministro de Estado, cabría siempre la interpelación, ya que ésta opera en razón de su actuación como ministro y no como parlamentario. Ésta es una perla más de ignorancia inexcusable en la elaboración del texto fundamental de la República.

El artículo 2 del Reglamento del Congreso de la República señala que éste se define como un órgano representativo de la nación. En ese sentido, y como bien afirma el profesor Enrique Bernales Ballesteros[26], "el Parlamento es la principal aportación del liberalismo político".

Es evidente que la construcción del Estado moderno tuvo sus principales pilares en la monarquía constitucional inglesa y en la Revolución francesa.

El poder político radica en la voluntad popular que se entroniza como "nuevo soberano", la misma que a su vez lo delega en órganos preestablecidos –Ejecutivo y Parlamento– en una Constitución fundacional que determina y distribuye las funciones y atribuciones del Estado a fin de que se cumpla el apotegma de Carlos de Secondat, barón de Montesquieu y la Brede: "Que el poder controle el poder".

En ese contexto, el Parlamento origina la constitución del Gobierno en los regímenes de corte parlamentario; o deviene en un ente fiscalizador en los regímenes de corte presidencialista.

El Parlamento es un poder básico en la denominada *democracia representativa,* en razón de que su composición plural expresa la voluntad plural del pueblo, es decir, del "nuevo soberano", amén de que a través de la dación de las leyes se libera a éstas de cualquier origen

---

26 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Parlamento y democracia.* Ed. Constitución y Sociedad.

omnímodo, arbitrario e incontrolable, para devenir en expresión de la voluntad popular dentro de un proceso de gestación o deliberación razonable, consciente de la existencia de intereses contrapuestos, etc.

4.2 Antecedentes históricos

Cabe reiterar que la aparición y la consolidación del Órgano Parlamentario se entronca principalmente con la experiencia histórica inglesa, y en menor medida con la proveniente de Francia.

Al respecto, veamos algunas consideraciones sobre la materia:

4.2.1 El Magnum Concilium inglés

La monarquía inglesa poseía, en plenitud, el poder político (funciones ejecutivas y legislativas).

Este poder real absoluto, desde su gestación en el siglo XII y hasta el siglo XIII, promovió la constitución de un órgano denominado *Magnum Concilium* ("Consejo Común del Reino"), el cual tenía carácter consultivo, con alguna intervención significativa en la dirimencia de conflictos de carácter judicial.

En el siglo XIII se establece la costumbre de que la autoridad monárquica, antes de promulgar una norma legal de importancia, llevara a cabo un *concilium*, el cual estaba conformado por los prelados y principales señores del reino.

En la histórica Carta Magna (1215), suscrita por Juan sin Tierra, se le menciona expresamente, amén de asignarle formalmente el derecho de aprobar la creación de impuestos y de presentar peticiones ante el rey.

Cabe consignar que, en lo relativo a la composición anteriormente referida, el 20 de enero de 1265 el rey convocó por primera vez a dos caballeros de cada condado, al lado de los prelados y los barones. Por este motivo los constitucionalistas ingleses consideran que a partir de esa fecha ha funcionado el Parlamento en su país.

Esta práctica se fortalecerá en 1295, cuando el rey Eduardo I (1239-1307) convoca a una asamblea, conocida en los anales de la historia inglesa como "el Parlamento Modelo".

El citado monarca será conocido por este hecho como "el Justiniano británico", en razón de su profundo respeto por la práctica parlamentaria.

En el curso del siglo XIV el Parlamento empezará a deliberar en dos cámaras distintas. El motivo de esto fue que por razones de origen social los representantes de los condados, ciudades y villas deliberaban

aparte de los barones y clérigos. Esta separación se hará mas acusada a partir de 1358.

A partir de 1377 los representantes de los condados, ciudades y villas designaron a un *Speaker* para conducir los debates parlamentarios.

A pesar de la separación, se producirá un buen entendimiento entre ambas cámaras, en razón de existir un mismo interés político: luchar contra la arbitrariedad real.

Los constitucionalistas europeos señalan que a comienzos de 1463 los miembros del Parlamento inglés adoptaron la costumbre de redactar y aprobar, *per se*, los proyectos de ley –*bills*–, a efectos de que el rey se limitara a promulgarlos.

Posteriormente, con el estallido de la crisis del modelo de monarquía absoluta, el Parlamento acrecentará significativamente su actividad. Así, a la caída del rey Jacobo II (1685-1688), conducirá el gobierno inglés el príncipe de Orange –yerno del monarca depuesto–, bajo el nombre de Guillermo III.

La ascención de Guillermo III será la consecuencia de un pacto con el Parlamento, que, entre otros asuntos, convenía en aceptar el Bill of Rights del 13 de febrero de 1689. Este instrumento legal establecía que el monarca renunciaba a su prerrogativa de suspender las leyes y de dispensar su ejecución. Este texto fue complementado con el Act of Settlement de 1700, instituida como una nueva limitación a la corona y como una mayor garantía de los derechos y libertades de los súbditos ingleses.

4.2.2 Los Estados Generales de Francia

En la historia de Francia también aparecen algunos antecedentes de importancia. Así, es de verse que en 1302, por razón del enfrentamiento político entre el rey Felipe IV –más conocido como "el Hermoso"– y el papa Bonifacio VIII, se convoca a los denominados *Estados Generales*, a efectos de asegurar el poder regio.

Los Estados Generales perfilaban la representación política de los señores y clérigos de las principales ciudades francesas.

Estos Estados Generales serán reunidos trece veces en el siglo XIV, ocho en el siglo XV, cinco en el siglo XVI y una vez en el siglo XVII.

Con mayor propiedad, el Parlamento francés se establecerá con la consumación de la Revolución francesa. En sus orígenes será cámara única; empero, como consecuencia del período conocido como del *Terror*, se creará una segunda cámara conocida como "de reflexión".

4.2.3 El Congreso americano

En los Estados Unidos de América aparecerá como consecuencia de su independencia política del Imperio británico a finales del siglo XVIII.

Según la Constitución de 1787 –la única que tiene dicho país–, el Parlamento tiene una estructura bicameral, a fin de evitar que algunos estados de la Federación americana primen políticamente sobre el resto.

Por ello, el Senado se conforma con dos congresistas por cada estado; en tanto que la Cámara de Representantes se establece sobre la base de la representación proporcional de la población.

4.2.4 El Parlamento nacional

Aparece en el Perú con la Constitución de Cádiz de 1812.

A lo largo de su existencia ha suscitado expectativas en cuanto a su labor, y la necesidad de su existencia o de su restablecimiento ha merecido respaldo. Empero, casi de manera continua ha merecido –y con justicia– críticas acerbas en cuanto a su comportamiento y logros.

La literatura política nacional está plagada de todo lo arriba descrito.

Al respecto, y a guisa ejemplo, José Matías Manzanilla, en su texto *El Poder Legislativo del Perú* (1903), criticaba las labores de los congresistas nacionales porque:

> "Fueron incapaces para la obra legislativa; sin auxilio de comisiones bien constituidas, expidieron leyes impracticables, multiplicaron las de carácter local y personal y hasta sancionaron resoluciones contradictorias".

Francisco García Calderón, en su obra *El Perú contemporáneo* (1907), afirmaba:

> "El Parlamento, en nuestro sistema representativo, raramente ha luchado con el poder. Ha obedecido a sugestiones de la autoridad, ha tenido en algunos momentos de nuestra vida política giros despóticos, pero jamás ha sido una verdadera fuerza de equilibrio político y social."

Manuel González Prada, en sus *Horas de lucha* (1908), consideraba que:

> "Desde los comienzos de la vida republicana, nuestras cámaras legislativas hicieron un papel degradante y servil, al extre-

> mo de que muchos diputados y senadores merecerían figurar en la servidumbre de Palacio."

Luis Alberto Sánchez, en su obra *Retrato de un país adolescente* (1956), planteaba que el Congreso hasta esa fecha había sido

> "una sucursal de los negociantes fiscales y de los gamonales de la sierra, que constituían en conjunto la plutocracia peruana, y una caja de resonancia de los antojos del Ejecutivo."

Esa suerte de "conserjes glorificados" no han contribuido en nada para relevar el papel que el Congreso necesita para legitimarse, en la praxis, con el país. Agreguemos que la aparición de nuevos congresistas acabó con la experiencia de una sólida Cámara de Senadores que, desde 1980 a 1992, dejaba la esperanza de contar con una parte del Parlamento formada por gente. experimentada, relativamente representativa, con personalidad y brillo propio.

Ello no obsta para afirmar nuestra convicción de que en un futuro cercano nos encontraremos con una representación parlamentaria más lúcida y competente, y, fundamentalmente, liberada del servilismo palaciego.

5 *EL ÓRGANO PARLAMENTARIO Y EL SISTEMA CAMERAL*

El artículo 90 de la Constitución señala que el poder legislativo reside en el Congreso, el cual consta de cámara única.

La expresión *cámara* alude formalmente al recinto donde suelen reunirse los representantes del Órgano Legislativo en asamblea, para deliberar y tomar acuerdos.

Una visión histórica del parlamentarismo en el Perú, establece que la tendencia casi uniforme ha sido la existencia de un Congreso bicameral:

- Constitución de 1812: Congreso unicameral.
- Constitución de 1823: Congreso unicameral.
- Constitución de 1826: Congreso tricameral.
- Constitución de 1828: Congreso bicameral.
- Constitución de 1834: Congreso bicameral.
- Constitución de 1839: Congreso bicameral.

- Constitución de 1856: Congreso bicameral.
- Constitución de 1860: Congreso bicameral.
- Constitución de 1867: Congreso unicameral.
- Constitución de 1920: Congreso bicameral.
- Constitución de 1933: Congreso bicameral.
- Constitución de 1979: Congreso bicameral.
- Constitución de 1993: Congreso unicameral.

Debe advertirse que si bien la Constitución de 1823 estableció un Congreso unicameral, empero también consideró un órgano denominado Senado Conservador, que aun cuando estructuralmente no formaba parte del Congreso, se encargaba de cumplir una tarea eminentemente parlamentaria: la *fiscalización.* En razón de ello, muchos teóricos consideran que esa Constitución tenía tendencia bicameral.

La opción por un Parlamento mono o bicameral tiene tras de sí toda una polémica bisecular.

El origen remoto del bicameralismo puede encontrarse en los Parlamentos medievales de Polonia, Hungría, Bohemia (antigua comunidad política bajo dominio eslovenio) y fundamentalmente en Inglaterra, en los que una cámara incluía a los representantes de la alta nobleza y el clero, en tanto que la otra aglutinaba a los demás estamentos privilegiados de la época.

Su referencia más próxima se circunscribe a la Constitución americana de 1787. Ésta se basaba en una representación espacial o territorial a cargo de la segunda cámara.

La fundamentación teórica del bicameralismo se esgrime en las tesis de Montesquieu sobre la división de poderes. Allí se fija que el Parlamento –en su condición de órgano de poder de mayor importancia– debía estar segmentado en dos cámaras a efectos de que éstas se frenaran mutuamente e integraran estamentos sociales y políticos distintos.

El bicameralismo de una sociedad no igualitaria representó la estructura de apoyo de la nobleza, a efectos de contrarrestar el insurgente principio democrático de la representación nacional, amén de servirle de freno y contrapeso.

Se consideró primigeniamente que la segunda cámara encarnaba la mentalidad, unidad y continuidad del Estado, frente al creciente proceso de ideologización, fraccionamiento y cambiante "humor político" con que solía identificarse a la cámara proveniente de los sectores no tradicionales ni clásicos de la comunidad política.

Con el triunfo de la opción del sufragio universal, se produce una transformación en la concepción del bicameralismo. Ello no exento de

polémica permanente sobre la conveniencia o inconveniencia de su existencia o mantenimiento.

En la actualidad, las tesis en favor del unicameralismo o del bicameralismo se sustentan en las siguientes consideraciones:

5.1 Unicameralidad

a) Ofrece mayor celeridad en la labor parlamentaria. Al respecto, Benjamin Franklin comparaba la dualidad bicameral con una carreta tirada por delante por un caballo y por detrás por otro.
b) Ocasiona una menor utilización del gasto público (dietas, personal administrativo, bienes), lo cual sería significativo en países de escasos recursos.
c) Permite una mayor expresión de democracia real y una renovación de ideas e intereses económicos, políticos y sociales representados. Ello en razón de que la segunda cámara (Senado, de los Lores, etc.) configura una representación de viejo cuño (intereses oligárquicos, ideas decimonónicas, etc.).
d) Es manifestación de una acción parlamentaria unívoca, indivisible, entera e integral de la voluntad popular. En suma, expresa la unidad del pueblo. Al respecto, Emmanuel Sieyès señalaba:

> "Si ambas cámaras están de acuerdo, una de ellas no tiene razón de ser; si están en desacuerdo, una de ellas no representa la voluntad popular y tampoco tiene razón de ser. La voluntad del pueblo no puede tener al mismo tiempo dos voluntades sobre un mismo asunto."

A la postre, aleja la posibilidad de un Parlamento débil; en contraposición, nos presenta una representación nacional fuerte y unida frente a la institución de la Presidencia de la República. En suma, la división del Parlamento no hace más que debilitar en vez de fortalecer la voluntad del pueblo.
e) Es de adecuada implementación en Estados de carácter unitario, ya que la representación es poblacional y no mixta como sucede en los Estados compuestos (Federación, Confederación). En éstos sí es procedente el bicameralismo (estados y población).

5.2 *Bicameralidad*

a) Permite una mayor capacidad de reflexión, sagacidad y madurez en la actividad parlamentaria. La revisión de una decisión por parte de una cámara colegisladora plantea el reexamen de los casos, otorgándole a la confirmación o ratificación parlamentaria plena autoridad de juicio. En puridad, mejora la técnica legislativa.

   Es conocida la anécdota del debate entre George Washington y Thomas Jefferson sobre el tema. Se señala que Washington responde a la tesis monocameralista de Jefferson vertiendo el café de una taza sobre un plato, para señalar luego: "Así como el plato enfría el café, la segunda cámara enfría a la primera."

b) Consolida técnicas de control intraórganos, e incluso evita acciones serviles de una cámara con respecto al Órgano Ejecutivo. En relación al punto, Benjamín Constant decía: "Hay que dividir al Parlamento para salvar su autonomía."

c) Es un mecanismo indispensable en países de escasa experiencia política y carentes de una opinión pública institucionalizada, o de opinión pública canija o poco tendiente a la participación política.

d) Consigna una actividad parlamentaria en donde una cámara ofrece imaginación y entusiasmo, y otra cámara muestra experiencia y razonamiento prudente, fruto de la edad y experiencia congresal.

e) Presenta la posibilidad de transacción política cuando surge un conflicto con el Órgano Ejecutivo. Así, la segunda cámara puede dominar el ímpetu de una cámara joven obstinada y sin autocontrol en su actuación frente al órgano administrador del Estado.

f) Es útil para complementar la representación ideológica de la primera cámara con otro tipo de representación, de carácter económico, social, territorial, etc.

Nuestro juicio sobre la materia radica en considerar el peligro de la dictadura parlamentaria a través de la cámara única, en donde, como decía Esmeis:

> "El despotismo de una asamblea no es menos terrible que el de una monarquía absoluta."

La participación en la actividad parlamentaria puede convertirse en una "espada de Damocles" sobre la ciudadanía. La tarea legislativa es eficaz no sólo cuando hay celeridad en la tramitación y aprobación de una ley, sino cuando se erige sobre los cimientos de la reflexión y la prudencia.

Ahora bien, a pesar de que nuestros constituyentes han optado formalmente por la cámara única, en puridad han "inventado", a través de las atribuciones concedidas a la Comisión Permanente del Congreso, una suerte de "gorgojo y funcionalmente franquicial segunda cámara".

Así, su promotor, Enrique Chirinos Soto, la justificó ante el Congreso Constituyente Democrático en los siguientes términos:

> "Si vamos a dar el salto al vacío de la cámara única, pido a la mayoría que por patriotismo vayamos con cuidado y tomemos precauciones, y efectivamente establezcamos una Comisión Permanente que sea como un conato de Senado."

El artículo 90 de la Constitución establece en ciento veinte el número de congresistas, error del que al momento de estudiar el sistema electoral daremos cuenta. Bástenos señalar, por ahora, que se ha angostado la representación política de un país con 24 millones de habitantes, en donde las diferencias étnicas, sociales y económicas son abismales, diferencias que ocasionan sectores que, por lo tanto, requerían de participación a través del Congreso.

5.3 Requisitos de la postulación parlamentaria

El artículo 90 de la Constitución exige tres condiciones para postular al cargo de congresista:

- Ser peruano de nacimiento.
- Haber cumplido veinticinco años de edad.
- Gozar del derecho de sufragio, es decir, encontrarse inscrito en el Registro Electoral y no encontrarse sujeto a ninguna modalidad de interdicción civil o a inhabilitación política.

El referido precepto constitucional agrega una restricción de postulación para el caso de los candidatos a la Presidencia de la República.

La experiencia histórica demuestra una reiterada práctica de ciertos ciudadanos, que efectuaban una doble postulación electoral –a la Presidencia de la República y al Congreso– a efectos de valerse de los medios de propaganda oficial y hacer viable la candidatura parlamen-

taria. Expresión cabal de lo arriba descrito –y con resultado inesperado, incluso para el propio favorecido– fue la de Alberto Fujimori en los comicios de 1990.

En razón de lo expuesto, nuestro texto constitucional ha establecido la restricción de que los candidatos a la Presidencia de la República no puedan integrar simúltaneamente las listas de candidatos a congresistas.

Esta restricción es un aporte de la Constitución vigente.

El caso de los congresistas por accesión

El artículo 25 del Reglamento del Congreso de la República señala que si un congresista incurriese en causal de muerte, existencia de enfermedad inhabilitante de manera permanente, o fuere objeto de una sentencia condenatoria o hubiere sido sancionado con inhabilitación o destitución por el Congreso, será reemplazado por el *accesitario*.

El accesitario es aquel ciudadano que postuló en la misma lista que el congresista incurso en alguna de las causales arriba descritas, y que, según las actas electorales, ha obtenido el mayor número de votos entre aquellos –de la lista antes mencionada– que no alcanzaron curul parlamentaria.

5.4 Inelegibilidad

El artículo 91 de la Constitución establece la imposibilidad legal de postular y ser elegido representante al Congreso, de determinados funcionarios públicos que no han cumplido con renunciar a sus cargos seis meses antes de la fecha establecida para la realización de los comicios electorales.

Esta restricción data de la Constitución de 1828.

La inelegibilidad alcanza a los siguientes funcionarios públicos:

- Ministros y viceministros de Estado.
- Contralor general.
- Miembros del Tribunal Constitucional.
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Miembros del Órgano Judicial.
- Miembros del Jurado Nacional de Elecciones.
- Presidente del Banco Central de Reserva.
- Superintendente de Banca y Seguros.
- Superintendente de Administración Tributaria.
- Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de

Pensiones.
- Miembros de las Fuerzas Armadas.
- Miembros de la Policía Nacional.

Dicha restricción legal se basa en la necesidad de evitar que funcionarios públicos con gran poder de decisión puedan utilizar las potestades que nuestro ordenamiento jurídico les asigna, o los recursos del presupuesto nacional, o los bienes del Estado, en provecho de sus propias postulaciones.

En ese contexto, es inadmisible que la Constitución no haya incluido al presidente de la República –personaje con el mayor poder de decisión en el país– entre los afectados de *inelegibilidad* si no han renunciado previamente a la postulación a un cargo de origen electoral –en este caso, al de presidente de la República, por reelección inmediata–. En este sentido, el constitucionalista Valentín Paniagua Corazao señala que las exigencias de inelegibilidad

> "han quedado sin razón de ser, desde que se ha autorizado nada menos que al presidente de la República para postular a la reelección inmediata."

Es igualmente necesario consignar que, teniendo el artículo 91 de la Constitución el carácter de *reserva constitucional*, es contrario a su texto lo dispuesto en la ley orgánica electoral (ley 26377), en donde se incluyen como inelegibles al cónyuge y a los parientes consanguíneos –dentro del cuarto grado– y a los afines –dentro del segundo– de quien ejerce la Presidencia o la ha ejercido en el año precedente a la elección, restricción que también alcanza al presidente del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Nacional.

Esta norma es conocida como la "ley Susana", en razón de que mediante esta disposición se puso obstáculo a una candidatura de Susana Higuchi, entonces esposa del presidente de la República.

5.5 Las incompatibilidades

El mandato derivado de la condición de congresista se encuentra sujeto a una serie de incompatibilidades, esto es, implica la imposibilidad jurídica de desempeñar simultáneamente las siguientes actividades:

a) Ejercicio de otra función pública.
   Se entiende por *función pública* a todas aquellas actividades que se desempeñan al servicio y en representación del Estado.

Es el caso de los jueces, fiscales, funcionarios y servidores de la Administración pública, etc. Al respecto, el artículo 92 de la Constitución establece como excepciones a la citada regla de incompatibilidad las dos siguientes:

– Ministro de Estado.

En este caso no se exige el cumplimiento de procedimiento alguno para acogerse a la excepción arriba señalada; por ende, no se acredita la suspensión, en modo alguno, de las funciones parlamentarias.

A mayor abundamiento, en este caso coexisten de manera legal las dos responsabilidades: congresista y ministro.

El parlamentario designado ministro retiene sus atribuciones en el Congreso; por tanto, puede concurrir a las sesiones, participar en los debates, votar, etc.

– Comisionado extraordinario en asuntos de carácter internacional.

En este caso se exige que el representante solicite autorización expresa del Congreso. La petición debe ser presentada y aprobada por el pleno de la representación nacional.

Se entiende por *comisión extraordinaria de carácter internacional* a aquella que está referida a encargos específicos del Órgano Ejecutivo, para estudiar y presentar alternativas de solución a un problema de significativa importancia para nuestra política exterior y las relaciones internacionales.

b) Ejercicio del cargo de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del directorio de empresas que tengan con el Estado contratos de obras, suministros o aprovisionamientos, o que administren rentas públicas o presten servicios públicos.
c) Ejercicio del cargo de gerente, apoderado, representante, etc., de empresas que obtengan concesiones del Estado.
d) Ejercicio del cargo de gerente, apoderado, representante, etc., de empresas del sistema crediticio financiero, supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

El tratadista nacional José Pareja Paz Soldán[27] esgrime como argumentos para establecer las reseñadas incompatibilidades, los dos siguientes:

---

27 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Ed. Justo Valenzuela.

- Mantener la independencia funcional y la dignidad del cargo.
- Evitar el aprovechamiento ilícito del cargo para lograr concesiones onerosas para el país o lograr ventajas ilegítimas.

5.6 Las prohibiciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución, la función de congresista es de tiempo completo; por ende, le está vedado desempeñar cualquier cargo o ejercer una profesión u oficio durante las horas de funcionamiento del Congreso.

En aplicación del argumento a contrario, la función de congresista no se ejerce a *dedicación exclusiva*, sino a tiempo completo; de allí que se encuentre prohibido de ejercer cualquier profesión u oficio sólo durante las horas en que se cumplen las tareas parlamentarias.

Al respecto, habría que formular algunas sugerencias:

- El Congreso debiera precisar sus horas de funcionamiento, así como lo hace el resto de entidades estatales.
  Ello permitiría establecer, fehacientemente, el tiempo en que el parlamentario puede dedicarse a otro tipo de tareas.
- Se debería prohibir el ejercicio de determinadas profesiones, por las implicancias de favoritismo político que pudieran derivarse del mismo. Es el caso de los congresistas abogados, quienes evidentemente influyen sobre los resultados de los procesos en que son patrocinantes de parte.

5.7 Las prerrogativas parlamentarias

Son aquellas que aluden, en sentido genérico, al conjunto de derechos y garantías que la Constitución ofrece al Parlamento como institución, así como a sus miembros de manera individual, a efectos de salvaguardar su independencia, el libre y normal accionar en el desempeño de su misión constitucional, y su seguridad y jerarquía frente a la injerencia de los otros poderes del Estado o de particulares con influencia en la vida pública.

Debe advertirse que las prerrogativas parlamentarias se encuentran estrictamente vinculadas con las funciones que desarrolle el Congreso a través de sus miembros.

En ese sentido, la transcendencia de las funciones del Congreso de la República –fundamentalmente las relativas a las de carácter deliberativo-resolutivo y de control– obliga al otorgamiento de un conjun-

to de derechos y garantías de naturaleza eminentemente política. Ellas derivan de la esencia misma del Órgano Legislativo y expresan una condición indispensable para el cabal ejercicio de la función parlamentaria.

De todo ello resulta que dichas prerrogativas protegen la posición institucional del Parlamento e implican un factor de seguridad de éste ante los embates del poder no congresal.

El tratadista francés André Hauriou[28] señala que ellas hacen referencia

> "a un sistema de protección contra las eventuales amenazas o medidas de que pudiere ser objeto un parlamentario con ocasión del ejercicio de su mandato."

Esta pluralidad de derechos y garantías reciben el nombre de *prerrogativas* en razón de que se otorgan como consecuencia de la necesidad de *defensa* de la función parlamentaria. Ellas no pueden ser consideradas de modo alguno como *privilegios* de índole personal o social. No se establecen para favorecer el interés del congresista a quien protegen y benefician, sino en favor del Parlamento en sí; o sea, de la voluntad popular por él representada.

En puridad, presuponen cuestiones de *ratio juris* y de orden público, con el objeto de salvaguardar al representante o congresista de presuntas amenazas o efectivos atropellos de parte del Órgano Ejecutivo o de terceros con enorme influencia económica o política.

Es evidente que parte de la fortaleza congresal descansa en la existencia de las denominadas prerrogativas parlamentarias, ya que su vulneración se reputa efectuada contra el propio Parlamento.

5.7.1 El origen de las prerrogativas

Las *prerrogativas* nacen obviamente con la aparición del Parlamento europeo. Al respecto, existen algunos antecedentes citables, como el derecho a la no detención ni procesamiento de los tribunos de la plebe en la antigua República romana.

Al respecto, el tratadista Luis Rodolfo Arguello[29] señala que, dado que estos funcionarios tenían la responsabilidad de vetar las decisiones

---

28 HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ed. Ariel.

29 Citado por CANO, Sebastián. "El Parlamento contemporáneo". En: *Jus et Lux* 1. Lima: Centro Federado de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres.

legislativas que afectaban a los plebeyos, se les reconoció el atributo de la *sacro sanctitas*, que hacía inviolable a su persona contra cualquier tipo de ataque o amenaza.

En esa misma línea, los miembros de las asambleas medievales tampoco podían ser detenidos ni procesados por las opiniones que hubieren podido verter en su seno.

Empero, las aludidas prerrogativas se originan propiamente en Inglaterra durante los siglos XIV y XVI. Así, durante dicho período se llevaban a cabo persecuciones contra los miembros de la Cámara de los Comunes, bajo la burda argumentación de haberse presentado o defendido proposiciones que se consideraban atentados contra los intereses de la corona.

La protesta y actitud viril de los miembros de la Cámara de los Comunes permitió que después de la revolución contra el rey Jacobo II, en 1688, mediante el Bill of Rights se estableciera que:

> "La libertad de palabra, ni la de debates o procedimientos en el seno del Parlamento, pueden ser tratados o sometidos a discusión en ningún tribunal o lugar cualquiera que no sea el mismo Parlamento."

A partir de ese momento histórico las prerrogativas parlamentarias alcanzaron la característica de axiomas del gobierno representativo.

Más aún, durante los agitados días postreros al juramento de unidad y lucha común de los representantes franceses del denominado Tercer Estado –en la histórica "Sala de juego de paleta frontón", que se encontraba adyacente al Palacio de Versalles–, se proclamó solemnemente la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria.

Así, en la sesión de 23 de junio de 1789 se declaró que:

> "Cada uno de los miembros del Parlamento es inviolable, y todo particular, toda corporación, tribunal, corte o comisión que osare durante o después de la sesión perseguir, buscar, arrestar, detener o hacer detener a un diputado por la proposición, dictamen, opinión o discurso dirigido a los Estados Generales, son infames y culpables de crimen capital."

En nuestro país, las prerrogativas parlamentarias aparecen en la Constitución de 1812 y en la de 1823, las mismas que han tenido presencia a lo largo de toda nuestra historia constitucional.

5.7.2 Las prerrogativas parlamentarias en la actual Constitución

El artículo 93 de la Constitución establece dos prerrogativas parlamentarias:

- La inviolabilidad.
- La inmunidad.

a) La inviolabilidad

Se la define como la irresponsabilidad o no responsabilidad por las opiniones y/o votos que un congresista emite en el ejercicio de su función.

Implica la no obligación ni imputabilidad de reparar o satisfacer administrativa, civil o penalmente a ninguna autoridad u órgano jurisdiccional, por los pareceres, creencias, conjeturas, juicios o votos que emiten los congresistas en el desempeño de la labor parlamentaria.

En ese sentido, el tratadista español Nicolás Pérez Serrano[30] señala:

> "Sólo la conciencia del parlamentario en su fuero interno, y el propio Parlamento en uso de sus atribuciones, puede enjuiciar la conducta seguida."

Debido a ello, sus extralimitaciones en lo relativo a juicios, pareceres, opiniones, etc., emitidos en el ejercicio de la función parlamentaria, quedan únicamente sujetas al control interno establecido en el Reglamento del Congreso de la República; o, en su defecto, a la conciencia de cada parlamentario.

Debe dejarse constancia de que la inviolabilidad –en puridad, irresponsabilidad o no responsabilidad por la emisión de opiniones o votos efectuados en el ejercicio de la función parlamentaria– es un *derecho material* o *sustantivo,* ya que implica un atributo o derecho de permisión.

Equivocadamente, algunos teóricos le asignan la condición de *garantía,* olvidándose que ésta consiste en un mecanismo procesal ejercitable para defender o asegurar un derecho.

El fundamento de la irresponsabilidad por las opiniones o votos vertidos en el ejercicio de la función se justifica, según el tratadista francés Georges Burdeau, en

30 PÉREZ SERRANO, Nicolás *Tratado de derecho político.* Madrid: Ed. Civitas.

> "impedir que el parlamentario se vea paralizado por el temor de las responsabilidades en que podría incurrir en el ejercicio de su mandato."

Como bien refiere el tratadista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia[31], ella es

> "requerida absolutamente por la exigencia de que las discusiones que se desarrollen en las cámaras sean libres y sinceras."

Esta no responsabilidad surge en razón de la función y no de la persona. No se extiende como un beneficio particular, sino en atención a la defensa de los intereses políticos constitucionales de representación.

Esta irresponsabilidad por las opiniones, juicios, etc., que se emiten en el ejercicio de la función, y que implica la inviolabilidad del parlamentario en cuestión, significa que:

a) Los parlamentarios no responden ante los tribunales judiciales o arbitrales por las posibles reparaciones o indemnizaciones que una persona pudiere solicitar al sustentar sentirse agraviada a raíz de una opinión o voto vertido por ellos en el ejercicio de su función. Ergo, no es admisible judicialmente la presentación de una demanda (irresponsabilidad civil).
b) Los parlamentarios no responden ante los tribunales judiciales o militares por las posibles solicitudes de castigo que una persona pudiere formular al sentirse afectada por la comisión de un delito contra el honor a raíz de una opinión o voto vertido por ellos en el ejercicio de su función. Ergo, no es admisible jurídicamente la presentación de una denuncia (irresponsabilidad penal).
c) Los parlamentarios no responden ante las autoridades de la Administración pública por las posibles solicitudes de queja que pudiere formular una persona, al sentirse afectada a raíz de una opinión o voto vertidos por ellos en el ejercicio de su función. Ergo, no es admisible jurídicamente la aceptación de ningún tipo de reclamo ante la Administración pública (irresponsabilidad administrativa).

---

31 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional.* Madrid: Ed. Tecnos.

A nuestro parecer, esta irresponsabilidad se ha creado con el objeto de evitar sanciones maliciosas de parte de personas con poder.

Ahora bien, esta prerrogativa no se extendería al ámbito de las asociaciones privadas o no gubernamentales, en donde dicho ejercicio de poder abusivo no existiría. Por ende, la declaración de persona no grata, la exclusión de un ente, etc., manifestada en el seno de un sindicato, partido o institución cultural, no se encontraría comprendida dentro de las causales de exclusión de responsabilidad. Ello en razón de que en dicho ámbito, en términos generales, no se haría uso de la fuerza del poder político, que oprime el normal desenvolvimiento de la función parlamentaria.

En lo relativo el ámbito del denominado *ejercicio de la función*, éste abarca aspectos tales como:

- Elaboración y aprobación de leyes.
- Fiscalización del poder.
- Representación y avocación de asuntos de interés público.

Aquella función se ejerce indistintamente dentro como fuera del recinto parlamentario, e incluso tanto en el período de legislaturas como durante el receso parlamentario. Esto se justifica, como bien afirma José Martín Manzanilla, en razón de que la función parlamentaria no puede quedar circunscrita al ámbito estricto de las instalaciones del Parlamento, dado el papel de intermediario, del congresista, entre el Órgano Parlamentario y la ciudadanía.

Es evidente que el representante del pueblo no sólo actúa en los salones de una cámara, sino que opera también con su presencia política en todo el territorio de la República.

En suma, la función parlamentaria se ejerce con independencia del lugar en que se hubieren hecho públicas las opiniones, pareceres, etc., siempre que se justifiquen como la manifestación de un acto funcional.

Ahora bien, su no responsabilidad no puede ser absoluta, ya que ella debe ser considerada en cada caso particular y concreto bajo los siguientes criterios:

- Relación existente entre la opinión emitida y los hechos que la originan.
- Papel desempeñado por el parlamentario al momento de la emisión de su opinión.

Por ende, a nuestro criterio, es admisible residualmente la existencia de una responsabilidad civil, penal o administrativa, a condición de

que quedara plenamente acreditado que no existe, de manera directa o indirecta, un vínculo entre la opinión emitida, el hecho que la origina y el ejercicio de la función parlamentaria; o que no existe entroncamiento, directo o indirecto, entre el rol desempeñado por el congresista al tiempo de verificarse la opinión, y la actividad parlamentaria.

Dicha irresponsabilidad –y, por ende, la inviolabilidad– cubre únicamente el período de gestión parlamentaria (conforme a lo dispuesto en el art. 90 de la Constitución, dicho período es de cinco años).

Finalmente, cabe consignar que el inciso 4 del artículo 83 del Reglamento del Congreso de la República señala, como parte de los deberes congresales, el mantener una conducta personal ejemplar, el respeto mutuo y la tolerancia; la observancia de las normas de cortesía de uso común, y la disciplina parlamentaria. En ese contexto, es viable que a través del *poder disciplinario* del Congreso se corrijan los excesos verbales o infracciones en que incurran los congresistas. Por ende, el congresista comitente puede ser objeto de alguna de las siguientes sanciones:

- Amonestación escrita y reservada.
- Amonestación pública.
- Suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura.

Estas sanciones sólo pueden ser aplicadas por el Pleno del Congreso o, en su defecto, por la Comisión Permanente.

b) La inmunidad

Se la define como aquella garantía procesal de naturaleza político-constitucional, por la cual los miembros del Congreso no pueden ser objeto de detención policial ni procesamiento judicial sin que exista de manera previa una autorización expresa del Congreso.

Esta garantía procesal de naturaleza político-constitucional presenta la excepción de la detención del congresista que fuere sorprendido en la comisión flagrante de un ilícito penal calificado como delito "común", en cuyo caso será puesto *inmediatamente* a disposición del Congreso para el respectivo pronunciamiento sobre su suerte futura.

El delito común es aquella infracción no vinculada con el ejercicio de la función de congresista ni derivada del mismo.

La existencia de la autorización parlamentaria para suspender la prerrogativa de la inmunidad constituye un requisito de procedibilidad sin el cual el acto de detención o procesamiento devendría en una manifestación jurídica de atropello, abuso o ilegalidad.

En ese sentido, Plácido Fernández Viaga Bartolomé[32] la describe como

> "una condición de procedibilidad a cuyo tenor es imposible, procesalmente, continuar las diligencias incoadas contra un representante, sin haberse obtenido el 'placet' de la cámara."

Ahora bien, la *inmunidad* protege única y exclusivamente contra el procesamiento en *materia penal*, en razón de la amenaza o posibilidad de privación o limitación del ejercicio de la libertad personal, cuya motivación pudiera tener origen en un acto de venganza o intimidación política.

La prerrogativa de la inmunidad no se extiende al resto de la tipología de procesos judiciales, ya que con la tramitación de éstos no se impide ni se pone en peligro la continuación del ejercicio de la función parlamentaria.

En suma, la inmunidad no se extiende al ámbito civil, laboral, etc., en virtud de no tener éstos relación directa con la defensa de la libertad personal; razón por la cual, de permitirse esa extensión, devendría en la práctica en un verdadero e injustificado "privilegio".

Cabe advertir que en las Constituciones de 1823, 1834 y 1839 se extendió la inmunidad a los asuntos de naturaleza civil. La inmunidad fue bien eliminada de este ámbito en la Constitución de 1856.

En principio, el pronunciamiento que expida el Parlamento es irrevocable; esto es, la no autorización se entiende como inmodificable, salvo que posteriormente, y como consecuencia de un nuevo pedido judicial, se acredite la existencia de nuevos acontecimientos o indicios razonables que hagan viable la reconsideración de dicho pronunciamiento.

La garantía procesal de la inmunidad protege al congresista desde el momento mismo del acto de su proclamación como parlamentario por parte del Jurado Nacional de Elecciones, y se prolonga hasta un mes después del vencimiento de su período de gestión.

Dicha garantía procesal lleva consigo la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Por ende, este plazo *recién se compu-*

---

32 FERNÁNDEZ VIAGA BARTOLOMÉ, Plácido. *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios.* Madrid: Ed. Civitas.

ta luego del vencimiento aludido arriba, o se suma al ya corrido con anterioridad a su proclamación como congresista.

Esta consideración la avalamos en razón de dos argumentos:

- El goce de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no puede llevar *per se* a la exoneración de responsabilidad penal.
- El goce de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria no puede atentar contra la exigencia judicial de que se responda por la imputación de la comisión de un ilícito penal.

En resumidas cuentas, un parlamentario puede ser procesado penalmente por la supuesta comisión de un delito común únicamente cuando se acredita el *placet* o *autorización* respectiva; empero, al pasar a la condición de exparlamentario puede ser objeto de dicho procesamiento, sin que pueda esgrimir en su favor el cómputo de su tiempo de gestión como parte del plazo de prescripción.

La solicitud de levantamiento de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria sólo puede ser hecha por la Corte Suprema.

Ahora bien, la *autorización* de procesamiento puede llevar o no al *desafuero* del parlamentario supuestamente comprometido en la comisión de un ilícito penal.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- La autorización con levantamiento de fuero consiste en la permisión para que el parlamentario imputado sea objeto del procesamiento judicial.
- La autorización con desafuero consiste en la permisión para que el parlamentario imputado sea objeto de procesamiento judicial; empero, adicionalmente queda suspendido en sus funciones congresales.

Esta suspensión queda sujeta a las resultas del pronunciamiento jurisdiccional.

La consecuencia de este pronunciamiento jurisdiccional puede generar lo siguiente:

- La remoción del cargo y el llamamiento del accesitario. Ello en función de un fallo condenatorio.
- El levantamiento de la medida de suspensión en el cargo. Ello en función de un fallo absolutorio. En este caso, el parlamentario queda inmediatamente reincorporado en sus funciones, reintegrándosele todas las prerrogativas parlamentarias que le confíe la Constitución. Evidentemente, ello se producirá siempre que dicho fallo absolutorio se produzca dentro del período para el cual fue elegido.

Asimismo, es conveniente precisar que la autorización con simple levantamiento de fuero –esto es, sin suspensión de la función parlamentaria– se sustenta en que la investigación judicial no interferirá con el usual desarrollo de las actividades congresales (no existe orden de detención).

Ahora bien, en caso de que la detención fuese necesaria, el Parlamento deberá previamente ampliar el *placet* disponiendo el desafuero.

La autorización parlamentaria de procesamiento, e incluso el desafuero del parlamentario denunciado por la supuesta comisión de un ilícito penal, no implica una decisión de naturaleza judicial, sino el mero ejercicio de una competencia política, en donde se discierne sobre la *intencionalidad* del pedido judicial.

Como bien afirma el tratadista francés Georges Burdeau[33], se trata de comprobar "con criterio estrictamente político, si tras la imputación no se oculta una persecución contra el parlamentario". El Congreso, en estos casos, decide "si la actuación judicial está motivada o no por la intención maliciosa de privar al parlamentario de la posibilidad de ejercer su función".

En los últimos años, el Parlamento nacional ha accedido a la autorización de procesamiento con desafuero en los casos del acciopopulista Reynaldo Rivera Romero (1980-1985), del aprista Manuel Ángel del Pomar Cárdenas (1985-1990) y del cambista Vladimiro Zegarra (1990-1992). En los dos primeros casos es digno de resaltar que fueron las propias agrupaciones políticas *las que promovieron la adopción de la medida* aludida.

De otro lado, en la hipótesis descrita en la parte *in fine* del artículo 93 de la Constitución –relativa a la excepción de la detención o arresto de un parlamentario cuando fuere sorprendido en la comisión flagrante de un delito–, cabe exponer lo siguiente:

La *flagrancia* hace alusión a un hecho en el momento mismo de su ejecución (en este caso, un delito).

El parlamentario sorprendido y arrestado en esta particular y específica situación, debe ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente, según sea el caso, dentro de las veinticuatro horas en que se produce la privación de su libertad.

---

33 BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Madrid: Ed. Tecnos.

Con la dación de cuenta al Parlamento de dicha detención, se deberá remitir toda la información pertinente a los hechos.

El Parlamento, ya a través del Pleno o de la Comisión Permanente, deberá *pronunciarse* ineludiblemente sobre el caso.

La autorización para el procesamiento del parlamentario sorprendido y detenido supuestamente en la comisión flagrante de un ilícito de naturaleza penal, lleva usualmente al *desafuero* del congresista.

Reiteramos que el desafuero está ligado al problema de la privación de la libertad personal, lo que, obviamente, impide al afectado el realizar o cumplir la función parlamentaria.

La autorización de procesamiento es taxativa, esto es, el parlamentario sólo puede ser juzgado única y exclusivamente por los hechos que originaron *el placet parlamentario.*

Debe advertirse que el denominado *desafuero parlamentario* no implica la descalificación política o moral del afectado, ni tampoco le impide posteriormente recobrar, una vez aclarado el problema judicial, sus respectivas funciones. Tampoco conlleva prejuzgamiento ni anticipo de juicio sobre el proceso judicial en sí.

El Congreso tiene facultades *in totum* para pronunciarse sobre la autorización de procesamiento –con desafuero o sin él– o sobre la no autorización del mismo.

Esta negativa, en caso de no encontrarse debidamente fundamentada, puede acarrear el rechazo de la tenaz y vigorosa opinión pública.

Una errada decisión sobre la materia puede conducir al Parlamento al discrédito y al repudio ciudadano.

La inmunidad es una garantía procesal irrenunciable. Ello en razón de que un parlamentario, en un caso particular y concreto, no puede efectuar *per se* un acto de abandono de dicha protección.

Luis Prieto[34] señala que:

> "Siendo una prerrogativa funcional atribuida a las cámaras, la inmunidad no es renunciable y cabe a cada cámara privar a sus miembros de la protección de que gozan como miembros de ella, para someterlos a la justicia ordinaria."

La inmunidad, por ser una garantía procesal de naturaleza político-constitucional, forma parte del *orden público*; por ello, no está a dis-

---

34 PRIETO, Luis. "Inmunidades parlamentarias". En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal.* Caracas.

posición de la mera voluntad e interés de un parlamentario. Su eficacia depende únicamente del Parlamento en su conjunto.

Finalmente, es pertinente establecer una distinción básica entre la no responsabilidad que asegura la *inviolabilidad parlamentaria*, y *la inmunidad*. En el primer caso se trata de una facultad que, por sus consecuencias, deviene en imperecedera, indeleble, inextinguible y eterna. Así pues, las declaraciones y votos formulados en el ejercicio de la función jamás acarrearán la intervención jurisdiccional. Es decir, ni durante ni después de haberse vencido el período de elección ellos traerán consecuencias contra su emisor.

En el segundo caso, efectuada la autorización o concluida la actividad parlamentaria, es procedente la intervención jurisdiccional. En este contexto, el parlamentario suspendido, o el exparlamentario, puede sufrir las consecuencias jurídicas de la comisión de determinados actos de implicancia penal.

Como bien afirma Sebastián Cano[35], hay que distinguir claramente lo que significa una prerrogativa funcional que genera irresponsabilidad, de la garantía procesal de la *inmunidad*, que simplemente establece condiciones extraordinarias para llevar a cabo un juzgamiento judicial. En la inviolabilidad se trata de una limitación de los alcances del Código Penal; en tanto que en la inmunidad se hace referencia a una substracción temporal de un sujeto a dicha norma. Se trata, a lo sumo, de un impedimento que posterga el proceso jurisdiccional hasta que se hayan producido y ejercitado ciertos actos de naturaleza política (autorización parlamentaria, con o sin desafuero).

Finalmente, cabe advertir que esta prerrogativa parlamentaria se ha hecho extensiva, por excepción, al defensor del pueblo y a los miembros del Tribunal Constitucional (arts. 161 y 201 de la Constitución).

5.8 El reglamento del Congreso

El artículo 94 de la Constitución señala que el Congreso elabora y aprueba su propio reglamento de organización interior. Dicho precepto, que tiene fuerza de ley, es promulgado y publicado por propia y única disposición del presidente del Congreso.

---

35 CANO, Sebástian. "El Parlamento contemporáneo". En: *Jus et Lux* 1. Lima: Centro Federado de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres.

José Pareja Paz Soldán señala que este reglamento hace referencia al conjunto de normas administrativas y procesales vinculadas con el quehacer del Congreso.

En verdad, dicho reglamento se encarga de:

a) Precisar las funciones del Congreso.
b) Definir la estructura organizativa y el funcionamiento del Congreso.
c) Establecer los derechos y deberes de los congresistas.
d) Regular los procedimientos parlamentarios.

El actual reglamento fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático en la sesión del Pleno de 13 de mayo de 1995. Su redacción ha sido fuertemente cuestionada, por su profundo carácter antidemocrático.

5.8.1 El período parlamentario

Este lapso se computa desde la instalación de un nuevo Congreso elegido por sufragio popular, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral.

El período parlamentario tiene una duración ordinaria de cinco años. Sin embargo, tal y como lo dispone el artículo 47 del Reglamento del Congreso de la República, puede durar un tiempo menor si se trata de un *nuevo* Congreso elegido como consecuencia de la *disolución* del anterior por el presidente de la República, en los términos que establece el artículo 136 de la Constitución.

Este precepto constitucional señala que ese nuevo Congreso, llamado *extraordinario*, sustituye al anterior y completa el período constitucional del Congreso disuelto.

Las legislaturas congresales

Legislatura es el nombre genérico que se asigna al conjunto de sesiones parlamentarias que se realizan para dar cumplimiento de buena parte de las funciones que desarrolla el Congreso.

Dichas sesiones pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) Legislatura ordinaria

Alude a las sesiones habituales o corrientes, en donde los parlamentarios se abocan al tratamiento de buena parte de las funciones parlamentarias.

De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento del Congreso de la República, le corresponde al presidente del Congreso la convocatoria a *legislatura ordinaria* dos veces al año.

La primera se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre.

La segunda se inicia el 1 de marzo y termina el 15 de junio.

b) Legislatura extraordinaria

Alude a las sesiones convocadas de manera especial y particular, con el objeto de tratar una agenda circunscrita a un(os) tema(s) concreto(s) y exclusivo(s).

Por mandato expreso del inciso 6 del artículo 118 de la Constitución, corresponde al presidente de la República convocar al Congreso a *legislatura extraordinaria*, y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria.

Esta norma implica un serio retroceso y traba en la función parlamentaria, ya que instaura como *potestad exclusiva* del presidente de la República el decidir el tratamiento de temas legislativos fuera de la legislatura ordinaria. Con ello se refuerza peligrosamente el poder presidencial.

Ahora bien, en el artículo 130 de la Constitución se señala que al asumir un ciudadano el cargo de presidente del Consejo de Ministros, éste debe concurrir 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. En caso de que el Congreso no estuviere en período de sesiones ordinarias, el presidente de la República debe convocar a legislatura extraordinaria.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución –en aplicación del principio de argumento a contrario–, no pueden ser objeto de materia de convocatoria a una legislatura extraordinaria las proposiciones relativas a reformas constitucionales.

5.8.2 Quórum y mayorías

El artículo 52 del Reglamento del Congreso de la República señala que en el cómputo del quórum y la verificación del resultado de las votaciones, en los casos en que se exija una mayoría especial, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a) Número legal de congresistas

   Es de 120 miembros.

b) Número hábil de congresistas

   Es aquel que resulta del número legal de congresistas menos el número de congresistas que se encuentran con goce de licencia o en condición de suspendidos o no incorporados.

El quórum para la realización de las sesiones del Pleno del Congreso y de la Comisión Permanente es la mitad más uno del número hábil de congresistas.

5.9 La Comisión Permanente

Se trata de un órgano al interior del Congreso, que ejerce funciones durante el no funcionamiento de éste, en su etapa de receso legislativo, e incluso en el interregno parlamentario derivado de la disolución del Congreso.

En puridad, fue creado con el objeto de asegurar la presencia "permanente" del Parlamento en la vida nacional.

Sus antecedentes nacionales se remotan a la Constitución de Cádiz, de 1812, y a las Constituciones de 1860 y 1979. Esta última perfiló, con sobriedad y sindéresis, sus específicas atribuciones.

Las atribuciones de la Comisión Permanente son nueve:

a) Actuar como ente acusador en el proceso de acusación constitucional que se sigue en el seno del Congreso (antigua función del Senado).
b) Designar al contralor general de la República, previa propuesta del presidente de la República (antigua función del Senado).
c) Ratificar la designación del presidente del Banco Central de Reserva y del superintendente de Banca y Seguros (antigua función del Senado).
d) Aprobar los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones presupuestarias, durante el receso parlamentario.
e) Ejercitar las facultades legislativas que el Congreso le delegue. Al respecto, cabe advertir que no son delegables las siguientes materias:
   – Reforma de la Constitución.
   – Aprobación de tratados.
   – Aprobación de leyes orgánicas.
   – Aprobación de la ley de Presupuesto.
   – Aprobación de la cuenta general de la República.
f) Denunciar ante el Ministerio Público a las autoridades que durante el receso congresal atentaron contra la inmunidad y demás atribuciones de los parlamentarios, así como exigir la sanción que corresponda.
g) Autorizar la salida del territorio nacional al presidente de la República, durante el período de receso legislativo.
h) Autorizar durante el período de receso parlamentario el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional por determinados congresistas, previa solicitud del Órgano Ejecutivo.

i) Ejercer control sobre la legislación de urgencia emitida por el Ejecutivo, cuando el Congreso ha sido disuelto.

Ahora bien, en atención a los antecedentes constitucionales de nuestro país –particularmente, a lo expuesto en el texto de 1979–, así como a su confrontación doctrinaria, cabe señalar que los constituyentes de 1993 han desnaturalizado la institución al haberle dado un cariz de ente que, en muchos aspectos, recuerda al Senado de la República.

Al respecto, es conveniente transcribir la opinión del constituyente Enrique Chirinos Soto en los debates sobre la materia:

> "Si vamos a dar el salto en el vacío de la cámara única, pido a la mayoría que, por patriotismo, vayamos con cuidado y tomemos precauciones, y efectivamente establezcamos una Comisión Permanente que sea como un conato de Senado."

El profesor Enrique Bernales Ballesteros[36], con agudeza ha calificado dicha institución como un "Senado disfrazado".

Bernales ha establecido algunos argumentos centrales para criticar la configuración que se le ha dado a la Comisión Permanente:

a) Se transgrede la percepción del derecho constitucional comparado, de establecerla como ente limitado y derivado que no puede constituirse *per se* como un órgano con funciones diferenciadas que la hagan partícipe de responsabilidades privativas en el proceso legislativo.
b) Se establecen diferentes atribuciones entre aquellos congresistas que forman parte del Pleno y aquellos otros que además tienen asiento en la Comisión Permanente. Ello genera rivalidades innecesarias en la pugna por pertenecer a ella.
c) Las labores dejan de ser suplementarias a las que se realizan en las legislaturas ordinarias, para ostentar atribuciones especiales y permanentes durante el período de mandato parlamentario (comisión acusadora, designaciones, ratificaciones, etc.).
d) El establecimiento a su cargo de la delegación de facultades lleva a la restricción de un debate amplio y democrático. La

36 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *EL parlamento por dentro*. Lima: Desco.

> utilización de esa delegación implica una práctica viciosa que podría emplear la mayoría parlamentaria para "guillotinar" la discusión.

Como bien afirma Enrique Bernales Ballesteros, la Comisión Permanente creará, en la práctica, dos tipos de representantes: los *congresistas ordinarios*, que tienen asiento en el Pleno, y los *congresistas especiales*, que poseen los poderes adicionales emanados de dicha comisión.

El artículo 101 de la Constitución señala que los miembros de la Comisión Permanente son elegidos por el Pleno del Congreso. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excederá del veinticinco por ciento del número total de congresistas.

A mayor abundamiento, el artículo 42 del Reglamento del Congreso de la República señala que dicha comisión es conducida por el presidente del Congreso. Los vicepresidentes del ente parlamentario también lo son de la comisión.

Corresponde al presidente del Congreso la facultad de someter a consideración del Pleno del Congreso la nómina de los congresistas propuestos para conformar dicha comisión, a más tardar dentro de los cinco días hábiles posteriores a la instalación del período anual de sesiones. La elección se realiza dentro de esos cinco días hábiles.

Cabe consignar que la disolución del Congreso por parte del presidente de la República –en aplicación de la atribución que le concede el artículo 134 de la Constitución– no alcanza en modo alguno a la Comisión Permanente. En suma, ésta es indisoluble y, por ende, sigue funcionando hasta la instalación del nuevo Congreso.

6 *ATRIBUCIONES DEL ÓRGANO PARLAMENTARIO*

Son de cinco clases: legislativas (normativas), políticas, administrativas, contraloras y jurisdiccionales.

6.1 Atribuciones normativas

Son aquellas que hacen referencia a la potestad de dictar disposiciones que regulan la vida en sociedad.

Se sintetizan en lo siguiente: dar leyes y resoluciones legislativas, y, dentro de ese contexto, interpretar, modificar o derogar las existentes (inc. 1 del art. 102 de la Constitución).

Como bien afirma José Pareja Paz Soldán, la doctrina clásica consideró en su momento que dicha atribución era exclusiva –y excluyente– del Parlamento. Empero, el Estado moderno ha modificado sustancialmente dicha concepción, al extremo de que el Ejecutivo y los Gobiernos descentralizados se han convertido en entes legislativos de gran significación e importancia, vía la delegación de facultades, la expedición de decretos de urgencia, etc.

En ese sentido, el profesor Enrique Bernales Ballesteros[37] señala que con el surgimiento de las sociedades industriales y la complejidad de las relaciones sociales que caracterizan a las sociedades contemporáneas, ha cambiado el criterio clásico.

Por ende, la actividad legislativa ha dejado de ser monopolio del Parlamento. Empero, ello no obsta para que se considere, en lo sustantivo, como su atributo principal, razón y fundamento de su existencia.

De singular importancia es el aspecto relativo a la *interpretación congresal.*

La interpretación consiste en determinar o asignar un sentido a ciertos signos, expresiones o palabras, a fin de hacerlos "comprensivos" dentro de un determinado texto legal.

La hermenéutica o interpretación parlamentaria es conocida como *auténtica* en razón de que es el propio Parlamento quien la efectúa mediante una ley especial en donde fija el "sentido" de lo establecido en una ley o resolución legislativa anteriormente dictada.

Un claro ejemplo lo tenemos en la controvertida ley 23836, mediante la cual se interpretó que la ley 11711, relativa al cese de los magistrados en el ejercicio de su función, era aplicable en todos sus extremos a aquellos que ejercen función en el seno del Ministerio Público; razón por la cual Miguel Cavero Egúsquiza debió cesar a mediados de la década de los 80 en el cargo de fiscal de la nación, por haber cumplido 70 años de edad.

Con indudable gazapo legislativo, los constituyentes de 1993 omitieron establecer expresamente que el Congreso –además del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial– ejerce actividad interpretativa del texto magno.

Sobre el tema regresaremos al establecer la relación existente entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

---

37 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Parlamento y democracia*, op. cit.

6.1.1 La función legislativa

Es aquella que alude a las actividades, tareas o atribuciones del Congreso en materia legislativa.

6.1.2 La ratio legis *de las leyes especiales*

El artículo 103 de la Constitución señala que pueden expedirse *leyes especiales* porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

La inserción de dicha regla a nivel constitucional data del texto de 1979.

Este principio general del derecho –cuyo origen emana de la Revolución francesa–, recogido por nuestro texto constitucional, afirma implícitamente que las normas jurídicas protegen y obligan por igual a todos los habitantes de la República. Se caracterizan por tener un mandato impersonal; ergo, no tienen en cuenta la singularidad de las personas ligadas con su cumplimiento.

La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes*. Dentro de este contexto, sólo 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.

Es decir, una ley especial –de por sí una regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad.

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo *sui generis* de su contenido, y en su apartamiento de las reglas genéricas.

En puridad, surgen motivadas por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.

Consecuencia derivada de la regla arriba anotada es que la ley especial prime sobre la de carácter general.

6.1.3 La retroactividad benigna de las leyes penales

El artículo 103 de la Constitución señala:

> "... Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo..."

Su inserción constitucional aparece en el texto de 1979, incluso extendida a las materias tributaria y laboral.

En ese sentido, nuestro texto fundamental acepta como regla básica el *principio de aplicación inmediata de la ley.* Éste consiste en que los hechos, relaciones o situaciones jurídicas se regulan mediante la norma legal que se encuentra vigente durante su verificación fáctica (es decir, genéricamente, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* y hasta el momento en que es subrogada, derogada o suspendida en su aplicación).

La inmediatez e irretroactividad de la ley afirma uno de los fines históricos del derecho: *la seguridad jurídica.* Así, la ley sólo rige para hechos, sucesos o acontecimientos presentes o futuros, mas no opera sobre los realizados o consumados totalmente en el pasado.

Se justifica la existencia de la excepción a esta regla general, en razón al criterio humanista de proyectar los alcances de una ley nueva hacia el pasado, por ostentar ésta condiciones más favorables o benignas para el reo (por extensión, al condenado).

La aplicación retroactiva es aquella que se proyecta a los hechos, relaciones y situaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia la nueva norma, es decir, antes de su aplicación inmediata.

6.1.4 La derogación de la ley

El artículo 103 de la Constitución señala que la ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La inserción de esta regla a nivel constitucional data del texto de 1979.

En puridad, dicha noción plantea el tema genérico de la eficacia de la ley.

La pérdida de eficacia de las normas escritas puede ser clasificada de dos maneras:

a) Cesación extrínseca

Se refiere a la abolición formal; esto es, responde a causas externas a la ley.

En ese aspecto, es importante resaltar el problema de la derogación.

La palabra *derogación* hace referencia al acto de dejar sin efecto los alcances de una ley; ergo, ella pierde vigor; en suma, no impera, deja de ser ley.

En la derogación se pueden distinguir cuatro conceptos:

- *Derogación propiamente dicha*
  Consiste en dejar sin efecto parcialmente una ley.
- *Abrogación*
  Consiste en dejar sin efecto totalmente una ley.
- *Modificación*
  Consiste en dejar sin efecto una parte de la ley, a efectos de reemplazarla por otro texto.
- *Subrogación*
  Consiste en el reemplazo de una ley por otra.

La derogación puede ser:

- *Expresa*
  Cuando la ley la establece claramente.
- *Tácita*
  Cuando sin estar expresamente establecida, resulta de la incompatibilidad entre una ley anterior y una posterior, en su vigencia en el tiempo.

Ahora bien, puede que dicho proceso trate de una ley particular seguida de una ley general, o viceversa. En este caso, cabe distinguir dos situaciones:

- Cuando la ley posterior es particular, constituye una simple modificación.
- Cuando la ley posterior es general, abroga la anterior o la deja vigente sólo a título de excepción, según sea el caso.

En principio, el órgano competente para derogar una norma es el mismo que la dictó. No obstante lo expuesto, no se considera ilegal la derogación cuando el órgano derogante actúa con pleno ejercicio de facultades legislativas delegadas.

Así, tenemos el caso de los decretos legislativos expedidos por el Órgano Ejecutivo, que abrogan, modifican, etc., las leyes expedidas por el Parlamento.

Asimismo, la tesis general es que la ley se deroga total o parcialmente mediante la expedición de otra ley, salvo los casos aceptados excepcionalmente por el ordenamiento jurídico. Entre estos últimos aparecen las sentencias del Tribunal Constitucional y las sentencias del Órgano Judicial, que resuelven sobre las acciones de inconstitucionalidad y las acciones populares, respectivamente.

b) Cesación intrínseca

Se refiere a la pérdida de efecto legal de una ley, en atención a su propio contenido o naturaleza.

En ese sentido, se puede hacer referencia a los siguientes casos:

- El transcurso del tiempo fijado por la propia ley, ya sea porque aparece predeterminado (ley de Presupuesto), o resulta del objeto que ella intentó alcanzar (normas transitorias del texto).
- La consecución del fin principal que la ley se propuso alcanzar.
- La desaparición de una institución jurídica o la improbabilidad de un hecho que era el presupuesto necesario para la vigencia de la ley. Así, tenemos que en caso de que se declarase que el sufragio electoral ha dejado de ser un deber jurídico, todos los preceptos que partían de esa base inmediatamente dejarán de tener vigor (tales los casos de las penalidades económicas por el incumplimiento de sufragar en las elecciones).

La derogación sui generis

La colisión entre la realidad y el debe ser del derecho se manifiesta en la verdad palpable de que en ciertas ocasiones una ley sufre modificaciones mediante procedimientos formalmente no aceptados por el ordenamiento, pero que en la práctica terminan siendo convalidados. Ello sucede porque, como afirmara el tratadista francés Léon Duguit: "La realidad es más testaruda que la ley."

Entre esos procedimientos podemos mencionar los dos siguientes:

– La mutación

Implica la modificación de una norma constitucional como consecuencia del cambio de sentido o significado de su texto, debido a la transformación natural que sufren –con frecuencia– las palabras por el mero discurrir del tiempo. Igualmente, se presenta como resultado de las prácticas y conductas jurídicas.

En puridad, se trata de modificaciones que se cumplen por la adecuación entre la realidad normativa y la realidad histórica, política, social, cultural, etc.

Así, tenemos las denominadas "detenciones policiales por sospecha", que se contraponen a lo previsto en el apartado *f* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que señala que nadie puede ser detenido,

sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

– *La habilitación*

Consiste en la alteración del principio de jerarquía de las leyes, no sólo por la existencia de una ley violatoria de la misma, sino porque además dicha acción es ratificada mediante una sentencia del Órgano Judicial.

La habilitación proviene de la falta de control eficaz de la constitucionalidad, que anule el vicio o el exceso legislativo, quedando éste, por tanto, convalidado a través de una sentencia.

Un ejemplo claro sería el caso de la famosa ley 23903, relativa al tópico de los votos nulos y blancos. Es de recordarse que a pesar de haberse presentado una acción de inconstitucionalidad, el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales no falló sobre el fondo del asunto por no haberse alcanzado el número suficiente de votos para obtener resolución favorable. En los hechos, mediante la sentencia expedida se "habilitó" un precepto violatorio de la Constitución.

En suma, implica la confirmación judicial de un acto *contra legem*. Se habilita una norma que no ha sido dictada mediante el procedimiento establecido en el ordenamiento, que no tiene el contenido permitido por la norma superior, o que ha sido elaborada por órgano incompetente.

Deviene en la modificación y convalidación práctica de una norma formalmente no válida.

– *Enervación de la ley*

Trata del modo de dejar sin efecto la aplicación de la ley, por parte de un órgano distinto al que la declaró como pauta de conducta obligatoria.

La enervación se manifiesta de tres maneras:

a) El principio de la autonomía de la voluntad

El ordenamiento jurídico permite que el carácter obligatorio de una ley pueda "ceder" –dentro de ciertos límites previamente establecidos– para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con prescindencia de la regulación establecida por aquélla.

Por ejemplo, en ejercicio del principio reconocido de la autonomía de la voluntad, las personas pueden hacer uso de las llamadas disposiciones supletorias, que permiten a las partes la asignación de deberes y derechos de carácter contractual al margen de lo que dispone nuestro Código Civil.

El artículo 1364 del citado texto autoriza a que los "gastos y tributos" que origina la celebración de un contrato se dividan por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto en contrario.

b) La declaración de inaplicabilidad de la ley

La aplicación de la ley consiste en trasladar los efectos de una ley a un caso particular y concreto.

Nuestro ordenamiento jurídico autoriza la no aplicación de la ley, en sentido amplio, cuando ésta vulnera los alcances de una norma de mayor jerarquía.

Al respecto, el artículo 138 de la Constitución autoriza a jueces y magistrados a no aplicar la ley cuando surge incompatibilidad por razón de la jerarquía normativa. En este caso deberán preferir la norma que ostente mayor valor legal.

En igual sentido deberán pronunciarse los jueces en los casos de las acciones amparo, por así permitirlo el artículo 3 de la ley 23506.

c) La declaración de inconstitucionalidad

En resguardo del principio de la jerarquía de las normas, la Constitución ha autorizado al Tribunal Constitucional y al Órgano Judicial la expedición de sentencias que dejen sin efecto legal alguno a aquellas normas que contravengan –bien por su contenido o por existencia de vicio en su elaboración– a otras de mayor valor.

El artículo 200 del texto fundamental faculta al Tribunal Constitucional a declarar, a petición de parte, la pérdida de efecto parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales, etc., que contravienen la Constitución.

El citado artículo faculta al Órgano Judicial a declarar la inaplicación legal cuando la contravención provenga de reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general.

6.1.5 La proscripción del abuso del derecho

El artículo 103 de la Constitución señala que ella no ampara el abuso del derecho.

La figura del *abuso del derecho* se percibe cuando el titular de una prerrogativa, facultad o beneficio señalado en una ley, lo ejercita rebasando los límites de la buena fe y el fin teleológico de la ley (la función social para la cual fue dictada). Implica el uso antisocial de un derecho subjetivo; supone una acción egoísta e individual que no respeta los condicionamientos impuestos para la convivencia social.

En verdad, alude a un uso desmesurado, excedido o desmedido de alguna facultad concedida por una ley, lo que trae como resultado fáctico el daño a un tercero, o más propiamente, a la sociedad en su conjunto.

Las reglas para establecer una situación de abuso son las siguientes:

a) Práctica o uso de un derecho objetivamente asignado a una persona.
b) Intención subjetiva de causar daño económica o moralmente a un tercero; o un uso desmesurado o anormal del derecho concedido.
c) Falta de interés legítimo en el titular del derecho, o desviación del fin que la ley persigue alcanzar.
d) Daño a un tercero cuyo interés no está específicamente protegido por una ley.

Está noción propiamente de carácter civil, y cuya inserción en la actual Constitución es incomprensible, fue incluida en el apartado relativo a la función legislativa luego de ser "paseada" su inserción en distintos lugares del *corpus* constitucional. El prurito de la innovación ha dejado huella indeleble en este caso.

Con razonable criterio nos preguntamos: ¿de qué manera se puede abusar del derecho a la igualdad ante la ley; del derecho a la intimidad; del derecho a mantener reserva sobre las convicciones filosóficas, religiosas o políticas, o del derecho a la identidad étnica?

6.1.6 La delegación de facultades al Órgano Ejecutivo

El artículo 104 de la Constitución establece la potestad del Congreso de delegar en favor del Órgano Ejecutivo la facultad de legislar mediante la vía de los denominados decretos legislativos.

Para tal efecto se expedirá una *ley autoritativa* que declare dicha delegación de facultades y transfiera éstas. Dicha ley necesariamente debe establecer dos aspectos:

a) Las materias específicas que definen el marco de las facultades legislativas otorgadas.
b) El plazo dentro del cual el Órgano Ejecutivo puede ejercer la delegación concedida.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, vigencia y efectos, a las mismas consideraciones que rigen para las leyes.

Es dable consignar que, conforme lo señala el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República, éste ejerce control sobre los

decretos legislativos que expide el presidente de la República, del siguiente modo:

a) El presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente (a través de su presidente), de los decretos legislativos dictados en uso de las facultades legislativas delegadas (existe el plazo de tres días posteriores a la publicación de los mismos en el diario oficial *El Peruano*).
b) El presidente del Congreso debe remitir la dación de cuenta a la comisión parlamentaria que corresponda, a efectos de que ésta efectúe el estudio de la utilización correcta o incorrecta de las facultades delegadas (para tal estudio existe el plazo del primer día útil siguiente de la recepción del documento presidencial).
c) La comisión informante presentará un dictamen de opinión sólo en el caso de que considere que hubiere incorrecto ejercicio de las facultades delegadas. En tal hipótesis, recomendará la derogación o modificación normativa subsanante. Ello sin perjuicio de la responsabilidad política que corresponde asumir a los miembros del Consejo de Ministros.

La delegación de facultades opera en razón de alguna de las siguientes consideraciones:

a) Criterio de confianza política en el presidente de la República.
b) Criterio de necesidad de rápida elaboración, aprobación, promulgación y vigencia de una ley.
c) Criterio de razonabilidad técnica; lo que implica elaboración de la ley por especialistas en una determinada materia.

El artículo 101 de la Constitución señala que no son delegables las siguientes materias:

- Reforma de la Constitución.
- Aprobación de tratados.
- Aprobación de la ley de Presupuesto.
- Aprobación de la ley de la Cuenta General de la República.
- Aprobación de las leyes orgánicas.

6.1.7 La aprobación de las leyes orgánicas

El artículo 106 de la Constitución señala que mediante leyes orgánicas se determinan 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 se encuentre establecida en la Cons-

titución. Dichas leyes aluden a un plexo normativo que desenrolla el repertorio constitucional.

Desde una perspectiva estrictamente teórica o académica, las leyes orgánicas tienen como fin específico desarrollar los principios e instituciones básicas de la Constitución.

Los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier otra ley. Para su aprobación o modificación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (61 representantes).

El procedimiento agravado convierte a la ley orgánica en una norma de mayor valor que la ley ordinaria.

Como bien señala Walter Gutiérrez Camacho[38], los elementos de la ley orgánica son tres:

a) Contenido predeterminado por la Constitución.
b) Procedimiento agravado para su aprobación.
c) Norma sujeta al criterio de *reserva de la ley*, es decir, que un cierto número precisado, específico y detallado de instituciones o materias singulares señaladas expresamente en la Constitución, deberán regularse conforme a una ley especial conocida como ley orgánica.

6.1.8 El proceso de formación de las leyes

En la doctrina se establece que la creación normativa implica la ejecución de cinco fases. En ese sentido, la Constitución las menciona de manera imperfecta.

Dichas fases son las siguientes:

a) Iniciativa parlamentaria.
b) Discusión y aprobación.
c) Sanción.
d) Promulgación y publicación.
e) Vigencia.

---

38 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "La ley orgánica en el Perú". En: *Revista Gaceta Jurídica*. Lima: W. G. Editores, 1995.

La iniciativa parlamentaria

Consiste en el ejercicio de una facultad constitucional mediante la cual se presenta un proyecto de ley a efectos de que sea discutido y eventualmente sancionado por el Congreso.

El artículo 74 del Reglamento del Congreso de la República la define como el derecho que tienen los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución para presentar proposiciones de ley ante su seno.

El artículo 107 de la Constitución señala que tienen iniciativa en la formación de las leyes:

- El presidente de la República.
- Los congresistas.

Cabe advertir que la Constitución reconoce similar facultad a una pluralidad de órganos, a condición de que las proposiciones que se presenten se encuentren vinculadas con materias que les sean propias a esos órganos.

En ese sentido, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República manifiesta que estos órganos pueden presentar *proposiciones* que versen sobre asuntos de su exclusiva competencia, debiendo precisar la concordancia con sus competencias en el documento de remisión.

Dicho artículo señala específicamente que esas proposiciones no pueden versar sobre: materia presupuestal y financiera; legislación delegada; legislación demarcatoria territorial; tratados; consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras; prórroga del estado de sitio, y declaración de guerra y firma de la paz. Ello en razón de que se trata de materias exclusivas y excluyentes otorgadas al presidente de la República.

Los órganos referidos son los siguientes:

- El Órgano Judicial.
- Los órganos autónomos (Ministerio Público, Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, etc.).
- Los municipios.
- Los colegios profesionales.

También ejercen iniciativa en la formación de las leyes los ciudadanos que se acojan a la ley de Participación y Control Ciudadano.

Al respecto, la ley 26300 señala que la iniciativa debe ser presentada por no menos del 0,3% de la población electoral nacional. Esta proposición recibe *preferencia* en el trámite congresal. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Esta propuesta deberá, adicionalmente, ser acompañada con una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en

donde se declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas de adhesión, de acuerdo con la ley arriba mencionada.

El oficio de remisión al Congreso deberá estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriban la iniciativa, debiéndose indicar, además, el número de sus libretas electorales y la dirección donde deberá notificárseles en caso necesario.

De manera genérica, las proposiciones de ley deberán contener una exposición de motivos en donde se expresen sus fundamentos, los supuestos efectos de la norma que se propone, el análisis de costo-beneficio y la fórmula legal respectiva que, de ser el caso, deberá estar dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Señálese, además, que el Reglamento del Congreso de la República establece algunos requisitos adicionales en algunos casos:

Iniciativa presidencial

a) Las proposiciones presentadas por el presidente de la República deberán estar refrendadas por el presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el ministro o por los ministros cuyas carteras se relacionen en forma directa con la materia cuya regulación se propone. Estas propuestas pueden versar sobre cualquier asunto.
   Ahora bien, al presidente de la República le corresponde, de manera exclusiva, la iniciativa en materia presupuestal y financiera; legislación delegada; legislación demarcatoria territorial; tratados; consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional; prórroga del estado de sitio; declaración de guerra y firma de la paz, y autorización para ausentarse del país.
b) Las proposiciones de ley que el presidente presentare en uso de la facultad que le concede el artículo 105 *in fine* de la Constitución, deberán ir acompañadas con la solicitud de trámite urgente.
c) La proposiciones presidenciales que contengan los proyectos de ley de presupuesto, ley de endeudamiento y ley de equilibrio financiero, deberán ser presentadas a más tardar el 30 de agosto, en aplicación de lo que establece el artículo 78 de la Constitución.

d) Las proposiciones sobre el tratamiento tributario especial a que se refiere el último párrafo del artículo 79 deberán contener un estudio sobre el impacto de la futura ley en el desarrollo y el bienestar del país.
   Asimismo, la proposición que hace referencia a la cuenta general de la República deberá ser presentada a más tardar el 15 de noviembre del año siguiente al de la ejecución del presupuesto, amén de ir acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General.
e) Las proposiciones de ley autoritativa de legislación delegada deberán precisar la materia específica de la delegación y el plazo de la autorización.
   No pueden proponerse leyes autoritativas de legislación delegada en estas materias: reforma de la Constitución; aprobación de tratados internacionales; leyes orgánicas; presupuesto, y cuenta general de la República.
f) Las proposiciones de leyes demarcatorias territoriales deben acompañarse con los informes y antecedentes técnicos que señalen las normas que regulan la materia.

Iniciativa congresal

a) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de un tratado internacional deberán ir acompañadas por el texto íntegro del mismo y sus antecedentes.
b) Las proposiciones de resolución legislativa concediendo la prórroga del estado de sitio deberán contener el listado de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o no se suspende.
c) Las proposiciones de resolución legislativa autorizando el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República deberán especificar los motivos, la relación de tropas, los equipos transeúntes y el tiempo de su permanencia.
d) Las proposiciones de resolución legislativa para declarar la guerra y firmar la paz deberán contener una exposición suficiente de las causas y condiciones, según el caso.
e) Las proposiciones de resolución legislativa de autorización de viaje presidencial al exterior, deben indicar el lugar, los motivos y la fecha del viaje.

f) Las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presenten los congresistas deberán estar firmadas al menos por uno de ellos o por el vocero de un grupo parlamentario. En el primer caso, cuando son varios los autores, se puede diferenciar entre autor o autores principales y firmantes solidarios; en el último caso, se entenderá presentada la proposición por el grupo en su conjunto.

   Señálese además que las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presenten los congresistas no pueden contener propuestas de creación ni de aumento de gasto público. Esta regla no afecta el derecho de los congresistas de hacer proposiciones en ese sentido durante el debate de la ley de Presupuesto.

g) Las propuestas sobre amnistía deberán contener la lista de los beneficiados o las características del régimen penitenciario de la generalidad de personas a las que beneficia la amnistía.

La discusión y aprobación

Esta etapa se manifiesta en los actos de debatir y eventualmente consentir la incorporación de la propuesta legislativa a nuestro ordenamiento.

El Reglamento del Congreso de la República señala que no se puede debatir ninguna proposición de ley que no contenga dictamen de la comisión encargada de su estudio, salvo que exista dispensa proveniente de la mitad más uno de los representantes presentes en el Congreso, previa fundamentación, por escrito, del congresista o los congresistas que soliciten la dispensa.

En *stricto sensu*, la *aprobación* deviene en la obtención del número de votos necesario para consolidar el proceso de formación de una ley.

Para que se proceda al acto de *aprobación ordinaria* se requiere el voto favorable de la mitad más uno de los congresistas que se encuentran en condición de hábiles y presentes al momento del sufragio.

Ahora bien, existen propuestas legislativas que requieren una *aprobación extraordinaria*, la cual consiste en alcanzar una votación favorable calificada. Estos casos son los siguientes:

a) Las leyes de reforma de la Constitución se aprueban con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de congresistas, para luego ser sometidas a referéndum;

o, en su defecto, deberán ser aprobadas en dos períodos anuales de sesiones sucesivas, con el voto favorable de un número superior a los dos tercios del número legal de congresistas.
La ley aprobada por cualquiera de las formas señaladas no puede ser observada por el presidente de la República.

b) Las leyes orgánicas se aprueban o modifican con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de congresistas.

c) Las leyes de Presupuesto, de Endeudamiento, y de Equilibrio Financiero deben ser sustentadas por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro de Economía y Finanzas dentro de las cuarenta y ocho horas de su presentación al Congreso.
Esta sustentación –que no excederá de sesenta minutos– debe centrarse fundamentalmente en las prioridades del gasto y en las fuentes de financiamiento.
La presentación es seguida de un debate, con intervención de los voceros de los grupos parlamentarios por un período no mayor de veinte minutos cada uno.
Concluido el debate, los referidos proyectos son publicados en el diario oficial *El Peruano* y derivados a la Comisión de Presupuesto, que los analizará en sesiones públicas.
El presidente de la Comisión de Presupuesto sustentará el dictamen de la misma. Éste necesariamente deberá precisar con claridad las prioridades asignadas al gasto público, tanto en términos generales como en lo específico para cada sector.
El debate de la ley de Presupuesto se inicia el 15 de noviembre, y debe ser aprobada hasta antes del 30 del mismo mes con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número de los congresistas presentes, para luego ser enviada inmediatamente al Órgano Ejecutivo.
En caso contrario, entrará en vigencia el proyecto enviado por el presidente de la República, quien lo promulgará mediante decreto legislativo.

d) Las leyes sobre créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas deben tramitarse de manera semejante a la ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario las aprobará la Comisión Permanente con el voto favorable de por lo menos los tres quintos del número legal de sus miembros.

e) La ley de la Cuenta General de la República debe ser revisada y dictaminada dentro de los noventa días útiles siguientes a su presentación. Una vez revisada y dictaminada por la comisión respectiva, el Pleno del Congreso se pronunciará dentro de los siguientes treinta días útiles; de lo contrario, se enviará el dictamen de la comisión revisora al presidente de la República para que promulgue la ley de la Cuenta General mediante decreto legislativo.
f) Las leyes autoritativas de legislación delegada deberán ser aprobadas tomándose en cuenta las limitaciones establecidas en el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101 y en el segundo párrafo del artículo 104 de la Constitución. En ese sentido, deberá indicarse la materia específica de la delegación y el plazo de ejercicio de la misma.

Es oportuno señalar que en caso de que una proposición de ley fuese rechazada, el presidente del Congreso deberá ordenar su archivamiento, no pudiéndose volver a presentar aquélla o cualquier otra que verse sobre idéntica materia, hasta el siguiente período anual de sesiones.

La sanción

Consiste en el acto formal por el cual el presidente del Congreso y el secretario de la junta directiva del mismo firman la autógrafa del texto normativo.

Esta autógrafa debe ser remitida al presidente de la República para su promulgación dentro del plazo de quince días útiles.

En puridad, la *sanción* representa el acto de integración técnica mediante el cual se perfecciona y consagra, de manera definitiva, la aprobación otorgada por el Congreso a los alcances de un proyecto de ley.

Debe advertirse que en caso de que el presidente de la República tuviese *observaciones* que hacer sobre el todo o una parte de la proposición aprobada, las mismas deberán ser presentadas al Congreso en el término, señalado arriba, de quince días útiles.

Las observaciones se tramitarán como cualquier proposición, y su *reconsideración* por el Congreso requerirá del voto favorable de más de la mitad del número legal de sus miembros (61 representantes).

En esencia, la observación presidencial consiste en la facultad que tiene el presidente de la República para suspender el proceso de formación de una ley, oponiéndose a su promulgación. Ello tiene como consecuencia que el Congreso se obligue a un reexamen y una nueva discusión sobre los alcances del texto aprobado.

Se manifiesta conceptualmente como un mecanismo de control democrático contra los errores y abusos del Congreso en la esfera de la formación de leyes; amén de representar un elemento moderador de carácter técnico, que evita la precipitación legislativa.

Debe recordarse que por ser la ley el instrumento básico de la acción del Órgano Ejecutivo, debiera ser, dentro de lo posible, el resultado de una armoniosa colaboración entre el órgano político y aquel que la hace cumplir.

En suma, la observación presidencial permite la subsanación del gazapo legislativo, y se acredita como un instrumento de control político interórgano.

Finalmente, las citadas observaciones deben ser alcanzadas por escrito, fundamentándose cada una de ellas de la manera más puntual posible.

La promulgación y la publicación

La *promulgación* consiste en el reconocimiento formal por el presidente de la República, en el sentido de que el proyecto de ley no ofrece ningún tipo de observación de su parte. Por ende, implica la declaración de que en el futuro inmediato deberá ser acatada y obedecida como norma del Estado.

Para tal efecto, ordenará se haga de conocimiento general mediante su publicación en el diario oficial *El Peruano.*

Como puede colegirse de lo expuesto, la promulgación contiene tres aspectos sucesivos y centrales:

a) Reconocimiento de la decisión adoptada por el Congreso de la República.
b) Mandato de publicación del nuevo texto legal.
c) Mandato de acatamiento ciudadano.

Si vencido el término de quince días el presidente de la República no ha promulgado ni tampoco ha observado la proposición de ley enviada por el Congreso, la promulgación será efectuada por el presidente de este órgano.

El presidente del Congreso también se encuentra facultado para promulgar una ley cuando este órgano insistiese en la aprobación de un proyecto observado por el Ejecutivo.

Al respecto, una importante cuestión jurídica se suscitó en 1992 –en los prolegómenos del autogolpe de Estado–, cuando Alberto Fujimori observó parcialmente la ley de Presupuesto y promulgó la parte no observada.

Entonces surgieron dos posiciones sobre la materia:

a) La observación parcial de un texto legal impide la promulgación del resto del mismo, en aras de salvaguardar su coherencia, sindéresis y unidad.
   En ese contexto, se aconsejaba conocer previamente los alcances de la reconsideración que efectuase el Congreso.
b) La observación parcial de un texto legal no impide la promulgación del resto del mismo, en razón de que no se atenta contra su unidad y coherencia, más aún cuando la reconsideración podía demorarse en su tramitación.

La *publicación* consiste en el procedimiento de poner en conocimiento de la ciudadanía la existencia de una nueva disposición legal. Este procedimiento es consecuencia de una decisión expresa del presidente de la República o, en su defecto, del presidente del Congreso.

La publicación representa un acto esencial para acreditar la existencia y obligatoriedad del cumplimiento de una ley.

No obstante lo expuesto, existe una vieja e inconstitucional práctica de no publicar aquellas leyes que tienen el carácter de "secreto" (defensa nacional).

Al respecto, debe bregarse para que en el diario oficial *El Peruano* aparezca el número y la fecha de aprobación del texto calificado de "secreto", cuidándose obviamente de no incorporar en dicho medio de comunicación el contenido del dispositivo.

Asimismo, debería fijarse con claridad en qué casos es procedente asignarle el carácter de "secreto" a una norma.

La publicidad a la que alude el artículo 51 de la Constitución se refiere al conocimiento y a la divulgación general de las leyes, como actos esenciales para acreditar su existencia y obligatorio cumplimiento.

El constitucionalista Valentín Paniagua Corazao[39] señala que es evidente que sólo puede reputarse publicitada una norma cuando existe la

---

39 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. "La publicidad y publicación de las normas del Estado". En: *Revista Themis*, 1987.

posibilidad de que sea conocida por todos, por haberse usado los medios necesarios para su divulgación.

El mandato constitucional de la *publicidad* implica una acción que tiene por objeto noticiar a la ciudadanía de la existencia de una norma, mediante el empleo de un medio que permita difundirla.

El medio de difusión para las leyes, los decretos legislativos y los decretos dictados por el Órgano Ejecutivo es el diario oficial *El Peruano* (art. 109 de la Constitución).

El medio de difusión para las leyes regionales y los decretos regionales debe ser el diario oficial *El Peruano*, además de un diario de la región, si lo hubiere (art. 68 de la ley de Bases de la Regionalización).

El medio de difusión para las ordenanzas municipales, los edictos y los decretos de alcaldía expedidos por las municipalidades de la provincia de Lima, del departamento de Lima, será el diario oficial *El Peruano.*

En el caso de las municipalidades de la capital de un distrito judicial, la publicación se hará en el diario encargado de las publicaciones judiciales.

En los casos de circunscripciones municipales que no sean capital de distrito judicial, la publicación se hará mediante bandos públicos y carteles impresos fijados en lugares visibles y en los locales municipales (art. 112 de la ley de Municipalidades).

Cabe advertir que en el caso de las resoluciones supremas o ministeriales (Órgano Ejecutivo), el medio de difusión puede ser la simple notificación, o hasta la publicación en el diario oficial *El Peruano.* El medio utilizable en el caso específico, se encuentra regulado por leyes especiales.

La expedición cumple con el acto de publicidad con la sola numeración del acto y su posterior registro administrativo en la oficina de trámite documentario.

La vigencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo que existiera disposición contraria, de la misma ley, que posterga su vigencia en todo o en parte.

La Constitución de 1979 establecía que la vigencia de la ley corría a partir del decimosexto día ulterior a su publicación. En los hechos,

establecía un prudencial período de *vacatio legis* –tiempo existente entre la publicación y la vigencia de una ley–, con el serio objetivo de que los funcionarios estatales y la ciudadanía pudiesen informarse adecuadamente sobre los alcances de la norma legal y adoptar las medidas necesarias para su cabal acatamiento.

6.2 Atribuciones políticas

Son aquellas que hacen referencia a la potestad de discrecionalidad y juicio, de naturaleza estrictamente política.

Son tres las atribuciones políticas del Congreso:

a) Ejercer el derecho de amnistía.

b) Aprobar la demarcación territorial que proponga el Órgano Ejecutivo.

   La redacción de este inciso –7– del artículo 102 de la Constitución es imperdonablemente errada, porque su lectura textual da la impresión de que el Congreso está obligado a aprobar la propuesta emanada del Órgano Ejecutivo.

   En puridad, se busca que la propuesta tenga un origen de carácter técnico a efectos de que el Órgano Parlamentario –carente, por mandato constitucional, del derecho de iniciativa en materia de demarcación territorial– opte por aprobar, modificar o desestimar el planteamiento formulado por el Ejecutivo.

c) Autorizar al presidente de la República para salir del país (inc. 9 del art. 102).

   Este permiso origina una serie de consecuencias jurídico-políticas. Al respecto, cabe recordar que el inciso 4 del artículo 113 de la Constitución señala que es causal de vacancia de la Presidencia de la República el salir del territorio nacional sin permiso del Congreso, o el no regresar a aquél dentro del plazo fijado por éste.

   Esta autorización se adopta en función de aspectos tales como:

   – Efectos de política interna.
   – Efectos de política internacional y relaciones exteriores.

La razón de las atribuciones arriba descritas se funda en la importancia intrínseca de los actos indicados.

6.3 Atribuciones administrativas

Son aquellas que hacen referencia a la potestad de autodiscreción del Congreso en sus actividades.

Son siete las atribuciones administrativas del Congreso:

a) Elaborar y aprobar su propio reglamento de organización y funciones (art. 94).
b) Elegir a sus propios directivos y a los integrantes de sus comisiones de trabajo (art. 94).
c) Establecer la organización y atribuciones de los grupos parlamentarios (art. 94).
d) Sancionar su presupuesto y gobernar su economía (art. 94).
e) Nombrar a su plantilla de funcionarios y empleados y renovarla, así como otorgarles los beneficios que les corresponden de acuerdo a la legislación laboral (art. 94).
f) Sancionar disciplinariamente a los representantes que incurran en inconducta funcional (art. 95).

En este sentido, el Reglamento del Congreso de la República señala que la comisión de actos de indisciplina parlamentaria acarrea la aplicación de las siguientes sanciones:

- Amonestación escrita y reservada.
- Amonestación pública.

Debe advertirse que las legislaturas parlamentarias comprenden dos períodos ordinarios de sesiones: el primer período, que se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre; y el segundo período, que se inicia el 1 de marzo y termina el 15 de junio.

La reunión de estos dos períodos de sesiones conforma un *período anual.*

En este sentido, el artículo 95 de la Constitución señala expresa y tajantemente que la suspensión de funciones de un congresista *no puede exceder de ciento veinte días de legislatura.*

Esto implica que en el caso del segundo período ordinario de legislatura (1 de marzo al 15 de junio) no sería posible la aplicación de la sanción máxima.

Esta condición constitucional tiende a evitar que una prepotente mayoría parlamentaria, en su afán de acallar la actuación de un parlamentario opositor y beligerante, lo sancione con una suspensión equivalente o casi equivalente a su período de mandato representativo.

Debe advertirse que el Reglamento del Congreso de la República no tipifica las faltas parlamentarias, ni gradúa la sanción que correspondería aplicar, de ser el caso. Nuevamente, la falta de pericia legislativa y el prurito de la innovación por la inno-

vación dejan huella rastrera.

g) Demandar a la Presidencia de la República la puesta a disposición del Congreso, de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (art. 98).

Por mandato constitucional, el Congreso, a través de su presidente, tiene la facultad de demandar dicha disposición, la misma que obviamente se justifica por razones de seguridad de las instalaciones, vigilancia y resguardo de los representantes de la nación, etc.

Es importante consignar que, claramente, el artículo 98 de la Constitución señala, en su segundo párrafo:

> "Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ingresar en el recinto del Congreso, sino con autorización de su propio Presidente".

De todo lo expuesto se deduce que ninguna autoridad civil o castrense puede realizar acto alguno de competencia o jurisdicción dentro del edificio del Congreso.

6.4 Atribuciones contraloras

Son aquellas que hacen referencia a la competencia del Congreso para fiscalizar el ejercicio del poder de los demás órganos del Estado.

Es incuestionable que esta atribución ha alcanzado una importancia de sumo grado, incluso equivalente a las de carácter legislativo.

Las atribuciones contraloras del Congreso son las siguientes:

a) Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores (inc. 1 del art. 102).

   El Congreso es uno de los pilares básicos para la salvaguarda y la defensa del Estado de Derecho.

   Esta velación por la constitucionalidad y la legalidad expresa una genérica atribución manifestada en cualquier actividad que realice el Parlamento, la misma que tiene que ser armonizada y compatibilizada con las competencias del Órgano Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, etc.

b) Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución (inc. 3 del art. 102).

Esta potestad debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución, el mismo que señala que los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- Derechos humanos.
- Soberanía, dominio o integridad del Estado.
- Defensa nacional.
- Obligaciones financieras del Estado.

También requieren aprobación del Congreso los tratados que contengan materia tributaria o que exijan modificación o derogación de una ley, o que requieran medidas legislativas para su ejecución.

Cabe advertir que la parte *in fine* del artículo 57 de la Constitución señala que, en caso de que los tratados que requieren aprobación del Congreso sean objeto de una posterior *denuncia*, ésta también requiere de su previa aprobación por el Congreso.

c) Aprobar el presupuesto y la cuenta general.

El Congreso de la República ejerce control sobre la administración económica y financiera del Estado, a través de la aprobación de la ley de Presupuesto.

Este tipo de control parlamentario fue el primero que históricamente se conquistó. Al respecto, no debe olvidarse que las asambleas de nobles y prelados de Inglaterra consiguieron, a través de la suscripción de la Carta Magna (1215) –que el príncipe Juan sin Tierra aceptara–, que:

> "Cuando se trata de fijar el pago que a cada uno corresponde en concepto de impuesto, convocaremos previamente a nuestros arzobispos, obispos, abades, condes y principales barones del reino."

De allí surgió el clásico principio inglés: "No taxation without representation" ("No hay impuestos sin representación").

Igualmente, cabe citar que las asambleas nobiliarias de Francia eran convocadas para aprobar tributos y votar sobre subsidios.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución, el ministro de Economía y Finanzas y el resto de los ministros de Estado están obligados a sustentar ante el Pleno los aspectos relativos a ingresos y egresos

estatales (en el caso del primero, el pliego de ingresos; en el de los demás, los pliegos de egresos de cada sector estatal). Lo mismo sucede con el caso del presidente de la Corte Suprema, el fiscal de la nación y el presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

Igual principio se aplica para el caso de los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas.

Asimismo, por mandato expreso del artículo 81 de la Constitución, la cuenta general de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General, debe ser remitida al Congreso por el presidente de la República a efectos de que sea examinada, dictaminada y eventualmente aprobada por dicho órgano.

d) Autorizar empréstitos, conforme a lo dispuesto en la Constitución (inc. 5 del art. 102).

El artículo 75 de la Constitución señala que el Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por los gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley.

En ese aspecto, el aval del Parlamento, a través de la autorización de endeudamiento solicitada por el Órgano Ejecutivo, es fundamental para el respaldo del pago de la deuda pública.

e) Nombrar a determinados titulares de entes constitucionales.

El constitucionalista Alberto Borea Odría[40] estima que:

> "Con el desarrollo del constitucionalismo y con el avance del sistema democrático se ha ido percibiendo la importancia de diversas instituciones que han sido consideradas como factores de poder, y que en el origen no fueron estimadas en ese real peso."

Asimismo, repara en la:

> "creación de una serie de instituciones, que se han consignado al margen de los tres poderes clásicos y que deben desenvolverse en un equilibrio entre los diversos poderes, con el propósito de garantizar imparcialidad y cierto tecnicismo en el manejo de los asuntos que se les encomienda."

---

40 BOREA ODRÍA, Alberto. *La difícil democracia de América latina.* Fundación Konrad Adenauer.

En ese contexto, este tipo de control persigue alcanzar lo siguiente:

- Evitar que el poder de designación se concentre en una sola y única voluntad: el presidente de la República. Es decir, se promueve el equilibrio de poder entre los órganos constitucionales.
- Asegurar que aquel propuesto por el presidente de la República, o el postulante por iniciativa propia o de terceros, acredite idoneidad profesional, solvencia moral y probada conducta democrática.
- Asegurar el consenso en la designación, a través del respaldo de la nación expresado en el Parlamento.

En lo que corresponde a este acápite, el Congreso tiene la atribución de:

- Designar, a través de la Comisión Permanente, al contralor general, previa propuesta del presidente de la República (inc. 1 del art. 101).

  Cabe consignar que también es procedente la remoción del designado.
- Ratificar, a través de la Comisión Permanente, la designación del presidente del Banco Central de Reserva, previa propuesta del presidente de la República (inc. 2 del art. 101).

  Cabe consignar que también aquí es procedente la remoción del ratificado.

  Adicionalmente, el Congreso puede elegir tres representantes ante el directorio del Banco Central de Reserva (art. 86).
- Ratificar, a través de la Comisión Permanente, al superintendente de Banca y Seguros, previa propuesta del presidente de la República (inc. 2 del art. 101).

  Cabe advertir que los constituyentes de 1993 no han establecido regla alguna sobre la remoción de este funcionario. Este nuevo gazapo legislativo puede generar interpretaciones conflictivas en el futuro.
- Elegir o remover, a través del Pleno del Congreso, al defensor del pueblo (art. 161).
- Elegir, a través del Pleno del Congreso, a los miembros del Tribunal Constitucional (art. 201).

f) Investir al Consejo de Ministros (art. 130).

g) Interpelar a los miembros del Consejo de Ministros (art. 131).
h) Invitar a los miembros del Consejo de Ministros para informar (art. 129).
i) Censurar a uno o más ministros o al Consejo de Ministros (art. 132).
j) Solicitar información a los ministros y a la Administración pública (art. 96).
k) Ejecutar el procedimiento de control sobre la legislación delegada (art. 104 de la Constitución y art. 90 del Reglamento del Congreso de la República).
l) Ejecutar el procedimiento de control sobre los decretos de urgencia (inc. 19 del art. 118 de la Constitución y art. 94 del Reglamento del Congreso de la República).
m) Ejecutar el procedimiento de control sobre los tratados internacionales ejecutivos (art. 57 de la Constitución y art. 99 del Reglamento del Congreso de la República).

6.5 Atribuciones jurisdiccionales

Son aquellas que hacen referencia a las potestades vinculadas con la investigación y resolución de materias político-jurisdiccionales.

Las atribuciones jurisdiccionales del Congreso son las siguientes:

a) Iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público (art. 97)

Estas investigaciones se efectúan a través de cuerpos colegiados conocidos como *comisiones.*

Las comisiones son grupos de trabajo especializado integrados por congresistas.

El Pleno del Congreso es el encargado de aprobar el cuadro de conformación de comisiones. La propuesta se efectúa a través de la Presidencia del Congreso, previa coordinación con los grupos parlamentarios.

En la conformación de las comisiones se procura aplicar los principios de pluralidad, proporcionalidad y especialidad.

El Reglamento del Congreso de la República establece tres tipos de comisiones:

– *Comisiones ordinarias*

  Se encargan del estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda del Congreso. Entre las más importantes están la

de Constitución y Reglamento del Congreso; Trabajo y Seguridad Social; Salud, Población y Familia; Educación, Cultura y Deporte; Justicia; Derechos Humanos y Pacificación; etc.

– *Comisiones especiales*
  Se encargan de atender asuntos protocolares o ceremoniales; de la realización de estudios no ordinarios, etc.
– *Comisiones investigadoras*
  Se encargan del estudio, investigación y dictamen de los asuntos puestos en su conocimiento en aplicación de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución.

De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de la República, los miembros de las comisiones investigadoras eligen de su seno a un presidente, un vicepresidente y un secretario.

Estas comisiones reciben en otros ordenamientos la denominación de "comisiones de encuesta" (por ejemplo, las del Parlamento italiano).

Como bien afirma el constitucionalista Francisco Eguiguren Praeli[41], la forma de su regulación es variopinta, ya que en algunos casos son expresión de un mandato constitucional (España, Alemania, Italia, Perú), y en otros son consecuencia de la práctica y experiencia parlamentaria (Argentina, Inglaterra, Estados Unidos).

Según Francisco Eguiguren Praeli, los orígenes de las comisiones investigadoras se remontan a las prácticas del Parlamento británico en el siglo XIV (durante los reinados de Eduardo II y Eduardo III). Conocidas en ese momento como "Select Committees", se encargaban de indagar sobre las necesidades del Estado, sus finanzas y el empleo de los subsidios aprobados. Esta experiencia fue recogida por las colonias norteamericanas.

En el Perú aparecen insertas a nivel constitucional en el texto de 1933.

Entre las principales características de este tipo de comisiones en nuestro país, tenemos las siguientes:

– Surgen por expresión de la voluntad del Pleno del Congreso. Ello tiene la connotación de ser una decisión más o menos consensual, ya que requieren de un cierto apoyo conjunto de los miembros de la mayoría y de las minorías parlamentarias. Debe recordarse, como bien lo establece Eguiguren Praeli, que

41 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Retos de una democracia insuficiente.* Comisión Andina de Juristas.

en los casos de pedidos de interpelación o censura de ministros *basta la aprobación de una minoría relativa.*

- Su conformación está sujeta a los principios de pluralidad y proporcionalidad y de especialidad en la materia.
- Los casos materia de investigación están sujetos a la decisión autónoma y discrecional del Pleno del Congreso.

  En ese sentido, el artículo 97 de la Constitución señala como marco de referencia el concepto del *interés público.*

  Es decir, el Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto que afecte o que guarde relación, por conveniencia, bienestar o utilidad, con la existencia o coexistencia social de la ciudadanía.
- Posibilidad de acceso a cualquier información que sea necesaria, salvo la referida a la intimidad personal, para el cumplimiento de los fines de la investigación. Para tal efecto, estas comisiones están facultadas para levantar el secreto bancario y la reserva tributaria.

  Por ende, a nuestro criterio es procedente, con la limitación arriba dicha, la utilización de los apremios relativos a la incautación o secuestro de documentos privados o correspondencia, a la inspección o fiscalización de documentos contables, etc.
- Facultad de obligar la comparecencia de cualquier persona natural, sin distinción de ninguna naturaleza.

  El artículo 97 de la Constitución señala que la comparecencia es obligatoria. Ésta se efectúa bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

  En ese sentido, cabe que la comisión disponga la conducción compulsiva, ante su seno, del renuente a su orden de comparecencia. Ello implica la captura con carácter transitorio, a efectos de que se cumpla con rendir la correspondiente declaración o testimonio.

Adviértase que en distintos apartados de la Constitución se establece que la orden de conducción compulsiva, la incautación de documentos, etc. (apartado *f* del inc. 24 del art. 2; inc. 10 del art. 2), *están previstas sólo por mandamiento judicial escrito y motivado de la autoridad competente.* Empero, en razón de que el artículo 97 implícitamente las alude como facultades inherentes a las *comisiones investigadoras,* debe llegarse a la conclusión de que a través de una lectura integral, plenaria e *in totum* es posible que estas acciones sean orde-

nadas sin intervención judicial. Ésta es una prueba adicional de que los constituyentes de 1993 carecieron de técnica legislativa al redactar la carta magna.

Para el caso –a efectos de evitar interpretaciones cuestionadoras– hubiese sido pertinente el otorgamiento expreso de dichas facultades.

– Las labores de las comisiones investigadoras deben concluir con la elaboración de dictámenes.

  Los dictámenes aluden a actos jurídicos que contienen informes u opiniones de carácter técnico, preparatorios y fundamentalmente aconsejantes, que sirven de base para una posterior manifestación de voluntad congresal de carácter político-jurisdiccional.

  Aluden a las manifestaciones de un acto jurídico unilateral –sólo comprometen a la comisión que los expide–, y tienen un efecto mediato, indirecto y suscitador de reflexión.

  Los dictámenes parlamentarios pueden ser:

  Dictámenes informativos

  Aluden a meros relatos, partes, comunicaciones y expresión de hechos o acontecimientos, sin que contengan elementos de juicio.

  Dictámenes opinativos

  Aluden a las exposiciones *adicionales* a un relato, donde se deja constancia de un diagnóstico, criterio, consejo o juicio sobre los supuestos objetos de la investigación. Es decir, importan una apreciación axiológica y valorativa.

  Al respecto, las conclusiones de los dictámenes expedidos por las comisiones investigadoras deben hacer hincapié en aspectos tales como:

  – Esclarecimiento y/o valoración de determinados hechos.
  – Identificación de los autores de determinados hechos.
  – Determinación de eventuales responsabilidades de carácter político-jurídico.

  Las conclusiones de los dictámenes de las comisiones investigadoras no obligan a los órganos a quienes se les remiten, particularmente en el caso de los órganos jurisdiccionales.

  La importancia básica de los dictámenes radica en facilitar la muestra de ciertos hechos, conocimientos, opiniones o juicios que contribuyan a la formación de la voluntad resolutiva.

  En el caso del ámbito parlamentario, se trata de una etapa de

carácter *consultivo-deliberativo,* que puede llevar al inicio de una acusación constitucional, a la denuncia ante las autoridades judiciales competentes, etc.

b) Llevar a cabo el procedimiento de acusación constitucional

Este tema deviene en uno de los más complejos e importantes en torno a las atribuciones del Congreso.

a efectos de su mejor estudio haremos una breve descripción de naturaleza histórico-política.

Tal como afirma Javier Valle Riestra[42]:

> "No es ocioso recordar –como lo hace el constitucionalista brasileño Carlos Maximiliano– cómo todos los delitos eran juzgados antiguamente por las asambleas de la tribu. = Instituidos más tarde los tribunales, continuaron ciertos delitos de importancia pública o nacional, sometidos al *veredictum* de todo el cuerpo de ciudadanos o, en todo caso, al consejo de ancianos, al de los jefes de familia o al de los señores feudales. = En Atenas, la asamblea popular condenaba al ostracismo al hombre que le parecía peligroso. En Roma, los acusados de cualquier crimen capital debían ser juzgados por el pueblo, reunido en la plaza pública; y entre los germanos del tiempo de Tácito, por el gran consejo."

Empero, como señala Valle Riestra, los antecedentes propiamente dichos se remontan a la Inglaterra del siglo XIV.

Así, durante el reinado de Eduardo III –gobernante entre 1327 y 1377– se estableció la institución del *impeachment.*

Esta institución surgió como consecuencia de que los jueces ordinarios carecían de competencia para procesar y eventualmente sentenciar a los altos dignatarios del reino. Éstos, como bien señala Valle Riestra, eran "personas constituidas en poder, autoridad y dignidad".

Dichos altos dignatarios estaban exentos de responsabilidad de "cualquier naturaleza" y, por ende, sus "high crimen and misdemeanors" quedaban impunes.

---

42 VALLE RIESTRA, Javier. *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado.* Benites-Montejo, Editores Asociados.

En ese contexto, en 1376 se estableció un procedimiento de acusación formal que la Cámara de los Comunes instituía contra los altos funcionarios del Estado ante el *Magnum Concilium* (el *Magnum Concilium* estaba integrado por prelados y lores que actuaban como alto tribunal. Posteriormente devino en la actual Cámara de los Lores).

Con este procedimiento se intentaba promover la formulación de algún tipo de responsabilidad y el establecimiento de un específico tipo de sanción política: la dimisión o separación del cargo por indignidad.

El *impeachment* puede ser estudiado a través de cuatro períodos:

- Inicialmente, las acusaciones que formulaba la Cámara de los Comunes tenían únicamente una naturaleza de carácter penal. En ese sentido, la imputación planteada contra un alto dignatario del reino debía necesaria e irremisiblemente tener relación con la comisión de un ilícito penal. Ello se produjo aproximadamente a mediados del siglo XVII.
- Posteriormente se extendió la acusación contra los ministros de Estado, por faltas graves de carácter político en el ejercicio de su función (por ejemplo, al haber aconsejado o negociado un tratado inconveniente o desventajoso para los intereses del reino).

  En ese aspecto, Javier Valle Riestra nos recuerda que bajo el reinado de Carlos II (1660-1685) los ministros debían responder ante la Cámara de los Comunes por la honestidad, justicia y utilidad de su gestión.
- Ulteriormente la acusación deviene en un medio de fiscalización absoluta sobre el Órgano Ejecutivo. Las facultades de la Cámara de los Comunes se extienden, al extremo de tener competencia irrestricta para la incriminación y la fijación de penas.
- Finalmente, a partir de 1782, a consecuencia del famoso caso North, el *impeachment* quedará en desuso.

  En aquel tiempo, el ministro lord North presentó su dimisión al cargo a raíz de un voto de censura formulado por la Cámara de los Comunes, el mismo que era susceptible de llevar consigo, en su contra, la puesta en práctica del *impeachment.*

  La decisión de North implicó, en los hechos, la organización definitiva de *la responsabilidad política del Gabinete.* Con ello, el *impeachment* devenía innecesario. En defecto de éste asumían importancia la *interpelación* y la *censura.*

No obstante lo expuesto, a raíz del coloniaje impuesto por Inglaterra

sobre los habitantes de América del Norte, con el tiempo surgirá en EE. UU. la modalidad principal de dicha institución, conocida como "impeachment americano".

Así, aparecerá constitucionalizado en la Constitución del estado de Virginia (1776).

Dicho procedimiento alude a la obligación del presidente de la República, el vicepresidente y demás funcionarios civiles en general, de responder a las acusaciones de carácter penal que formule la Cámara de Diputados.

La sanción aplicable consiste en la destitución del cargo y la privación del derecho a obtener y ejercer la función pública. El afectado queda sujeto a la jurisdicción ordinaria para el respectivo proceso penal, de ser el caso.

Cabe aclarar que existe una institución conocida como *juicio de residencia*, la cual tiene alguna vinculación con el tema.

El juicio de residencia fue un procedimiento de control de origen hispánico, consistente en la obligación de los funcionarios regios, de responder por su actuación funcional, bien de oficio o por acción popular.

Fue aplicado por los reyes de España en la etapa colonial. En ese contexto, los virreyes y demás funcionarios administrativos, judiciales y municipales debían dar cuenta de su gestión al finalizar el ejercicio de la función pública. Dicho procedimiento era la cuenta que se tomaba acerca de la conducta funcional.

Este procedimiento fue aplicado por primera vez en 1502, cuando Nicolás Ovando recibió el encargo de residenciar a Francisco de Bobadilla.

Como se recordará, Ovando fue el comendador español encargado de restablecer el orden en la isla La Española, llegando al extremo de llevar presos y encadenados, hasta la metrópoli, a Cristóbal Colón y sus hermanos.

El juicio de residencia fue establecido para controlar los excesos de poder de las autoridades virreinales en las colonias americanas. Al respecto, Javier Valle Riestra ha comentado que:

> "El poder del virrey era inmenso, al extremo de habérsele calificado como el *Alter Rex* americano, como una verdadera imagen del monarca, y hasta como una encarnación suprema del Estado español."

Sin embargo, dicho funcionario tenía en el juicio de residencia la contingencia que lo limitaba. Al respecto, y como bien afirma Valle Riestra, la historia ha dejado, detallados, dos contrastes en el gobierno del virrey: de un lado, el ingreso bajo palio y la salida con residencia; y del otro, el cuadro optimista y rosado de las memorias de los virreyes, y los cuadernos o expedientes de residencia.

El procedimiento consistía en que el presidente de la Audiencia invitaba a la presentación de quejas "por agravios, perjuicios, injusticias y serias razones", contra el virrey cesante.

Cada queja era consignada en un cuaderno que era objeto de sustanciación particular. Conocidos y actuados los cargos y descargos respectivos, se procedía a emitir sentencia, la misma que debía ser confirmada por el Consejo de Indias.

La sentencia condenatoria aludía a penas de multa, confiscación de bienes, prisión, destierro e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

Entre los virreyes sancionados cabe mencionar a Francisco de Toledo, Francisco de Borja y Aragón –más conocido como el príncipe de Esquilache–, Manuel Amat y Juniet, etc.

Este procedimiento se distingue de la vertiente angloamericana arriba comentada, en que el imputado de cargos carecía de poder en el momento de la formulación de los mismos. Ergo, se trataba de un exalto funcionario público. En el primer caso, el control era concurrente; en el segundo, era posterior.

Ahora bien, la institución del *impeachment* inglés (y a la manera de la impronta de la Constitución francesa de 1791) y el juicio de residencia español, coexistieron a lo largo de buena parte de la historia constitucional peruana. Ello hasta que finalmente el último de los citados desaparecerá con la Constitución de 1860.

Así, el procedimiento de juicio de residencia se mantuvo en el período republicano desde el reglamento de San Martín, de 1821, pasando por los textos fundamentales de 1823, 1834, 1839 y 1856.

Entre los principales casos de juicio de residencia republicano, aparece el establecido contra el expresidente José de la Riva Agüero, en 1825, por supuesta comisión del delito de traición a la patria. Ello a raíz de sus negociaciones con el virrey La Serna, tendientes, según se afirma, a desalojar a Bolívar y sus tropas. Tras una serie de incidentes procesales, el imputado fue absuelto de los cargos.

En 1856 se produjo un juicio contra el expresidente Rufino Echenique y sus ministros de Estado, acusados de haber fomentado la des-

organización de la República y la ruina de la hacienda pública. Dicho proceso no llegó a concluir.

7 *LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

De acuerdo a su concepto, expresado y contenido en la parte inicial del artículo 99 de la Constitución, la acusación constitucional se entiende como un mecanismo procesal de control político destinado a promover, de un lado, la defensa y eficacia de las normas e instituciones previstas en la Constitución, contra el abuso del poder en que pudiesen incurrir los altos funcionarios públicos; y del otro, la intervención del Órgano Judicial –a través de la Corte Suprema– en la investigación, juzgamiento y eventual penalización de determinadas altas autoridades o exautoridades estatales, cuando pesaren sobre ellas denuncias con razonabilidad jurídica de perpetración de un ilícito penal cometido en el desempeño de la función pública.

La acusación constitucional se formula contra aquellas altas autoridades o exautoridades estatales que, por la naturaleza de la función que ejercen o ejercían, tienen acceso a la prerrogativa de la inmunidad (exención de arresto y procesamiento judicial, en tanto no exista autorización congresal). Estas altas autoridades son:

- El presidente de la República.
- Los congresistas.
- Los ministros de Estado.
- Los miembros del Tribunal Constitucional.
- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Los vocales de la Corte Suprema.
- Los fiscales supremos.
- El defensor del pueblo.
- El contralor general.

En este aspecto se presentan graves problemas derivados de la torpe elaboración de la carta fundamental de la República.

A diferencia de la Constitución de 1979 –en donde se presentaba la relación de funcionarios y exfuncionarios con derecho a la acusación constitucional, sin que esto fuese óbice para que una ley determinase al resto de funcionarios beneficiarios de esta prerrogativa–, el texto vigente ha utilizado un *listado cerrado*. Esto significa que no se puede extender su beneficio a personas distintas de las textualmente enumeradas en el artículo 99.

Pues bien, las mismas organizaciones políticas –Cambio 90 y Nueva Mayoría– que impulsaron el cambio de la Constitución, al poco tiempo de producido éste extendieron dicho beneficio a las autoridades del Jurado Nacional de Elecciones mediante el artículo 14 de la ley orgánica del Sistema Electoral.

Señálese además que, para que quede expedita la vía de la acusación constitucional, es necesario que la autoridad o exautoridad denunciada cuente con la prerrogativa constitucional de la *inmunidad*. Del texto constitucional aparece que, de la relación arriba descrita, sólo el presidente de la República, los congresistas, los miembros del Tribunal Constitucional (art. 201) y el defensor del pueblo (art. 161) cuentan con ella.

La Constitución no ha concedido la prerrogativa de la inmunidad a los ministros, vocales y fiscales de la Corte Suprema, ni tampoco al contralor general.

Asociamos las figuras de la *inmunidad* y la *acusación constitucional* porque el Congreso debe pronunciarse en el sentido de haber lugar o no haber lugar a formación de causa contra el funcionario o exfuncionario denunciado. Dicha decisión determina que el Órgano Judicial efectúe, dentro de los límites fijados por el Congreso, la apertura de instrucción y eventualmente ordene la detención del procesado.

El artículo 99 de la Constitución señala que la acusación constitucional es procedente en dos circunstancias:

- Existencia de denuncia constitucional, encontrándose, el funcionario afectado, en el ejercicio de su función.
- Existencia de denuncia constitucional contra un exfuncionario, producida dentro de un plazo no mayor de cinco años de generado su cese.

Al respecto, Valentín Paniagua Corazao[43] señala que dicho plazo de caducidad para mantener la prerrogativa de la acusación constitucional,

> "es una novedad absoluta, pero igualmente absurda, incongruente con el antejuicio e incluso injusta."

En ese sentido, compartimos su punto de vista, ya que las incriminaciones maliciosas o indebidas, fundadas en actos de venganza o

43 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. En: AA. VV. *La Constitución de 1933. Análisis y comentarios.* Lima: Comisión Andina de Juristas, tomo II.

cálculo político, no se eliminan con el transcurso del tiempo, sino que están sujetas a los avatares de la realidad política que vive el país, y a la actuación y grado de presencia de los dirigentes políticos (muchos de ellos, exautoridades públicas).

La acusación constitucional procede, según lo dispone el artículo 99 de la Constitución, en las siguientes hipótesis:

a) Denuncia constitucional por supuesta comisión de ilícito penal perpetrado en el ejercicio o desempeño de la función. Al respecto, en el libro segundo, parte especial, delitos, Título XVII –denominado "Delitos contra la Administración pública (arts. 376 y ss.)–, del Código Penal (CP), se fija como ilícitos sujetos de perpetración en el ejercicio de la función, los siguientes:

- Abuso de autoridad.
- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.
- Requerimiento indebido de la fuerza pública.
- Abandono del cargo.
- Nombramiento o aceptación indebida de cargo público.
- Concusión.
- Colusión.
- Patrocinio ilícito.
- Malversación.
- Retardo injustificado en el pago.
- Corrupción pasiva propia.
- Corrupción pasiva impropia.
- Aprovechamiento ilícito del cargo.
- Corrupción de magistrados.
- Corrupción activa.
- Tráfico de influencia.
- Enriquecimiento ilícito.

b) Denuncia constitucional por supuesta infracción constitucional, adicionalmente tipificada como ilícito penal en la legislación de la materia.

Al respecto, podrían citarse los siguientes casos:

- Negativa de remisión de la cuenta general de la República dentro del plazo señalado en el artículo 81 de la Constitución (art. 377 del CP).
- Negativa u omisión de remisión al Congreso, del proyecto de ley de presupuesto, dentro del plazo señalado en el artículo 78 de la Constitución (art. 377 del CP).

- Negativa u omisión de poner a disposición del Congreso efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, tal como lo dispone el artículo 98 de la Consitución (art. 377 del CP).

c) Denuncia constitucional por supuesta infracción constitucional.

Al respecto, podrían citarse los siguientes casos:

- Expedición de un decreto de urgencia que contenga materia tributaria (art. 74 de la Constitución).
- Aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (art. 75 de la Constitución).
- Aprobación de la ley de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (art. 78 de la Constitución).
- Aprobación de tributos con fines predeterminados sin que exista solicitud del Órgano Ejecutivo (art. 79 de la Constitución).
- Aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 79 de la Constitución).
- Desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión extraordinaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (art. 92 de la Constitución).
- Ingreso de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (art. 98 de la Constitución).
- Gestión de intereses propios o de terceros, por parte de un ministro, así como ejercicio de actividad lucrativa, o intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (art. 126 de la Constitución).
- Desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado por la Constitución (art. 127 de la Constitución).
- Decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (art. 137 de la Constitución).

7.1 Las vías de acusación constitucional

La acusación constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución y su explicación en el campo de la doctrina, tendría una doble vía y un solo procedimiento, a saber:

- Acusación constitucional en vía de juicio político.
- Acusación constitucional en vía de antejuicio político.

Esta disquisición doctrinaria –a efectos de "entender" la voluntad del legislador constituyente y la de la propia Constitución– se fija en razón de la existencia de tres criterios:

a) Determinación del objetivo que se persigue alcanzar con la tramitación de una acusación constitucional.
b) Determinación de los actos funcionales materia de procesamiento político a través de la tramitación de una acusación constitucional.
c) Determinación de la naturaleza y efectos de la resolución que pone fin al procedimiento de acusación constitucional.

7.1.1 Acusación constitucional en vía de juicio político

Aquí se trata de valorar políticamente la conducta funcional. Se produce como consecuencia de un acto de rendición de cuenta del acusado, por la supuesta comisión de un "ilícito político", derivada de excesos en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

La acción congresal importa la defensa de la Constitución y de la dignidad de la investidura política.

El objetivo que se persigue alcanzar consistiría en asegurar la defensa plena de la Constitución, así como en velar por la recta acción política de los altos dignatarios. En relación a estos últimos, se persigue evitar que sean inconsecuentes con el juramento de fidelidad y respeto al texto fundamental.

Los actos funcionales objeto de investigación política radican en el incumplimiento –por acción u omisión– del deber funcional de respeto, cumplimiento y defensa de la Constitución.

La naturaleza y efectos de la resolución que pone fin al procedimiento de acusación constitucional, y, por ende, la actuación del Congreso en el asunto, radican en la emisión de una *decisión política* sobre la responsabilidad *político-jurídica* en el ejercicio de la función pública.

Dicha decisión se agota *per se* en la permanencia o destitución del afectado en el cargo y en su habilitación o inhabilitación para ejercer posteriormente una función pública. En este último caso, la sanción político-administrativa de inhabilitación puede extenderse hasta por el lapso de diez años.

Esta resolución afecta exclusivamente la *calidad política* del funcionario, estableciendo una *capitis diminutio* para el ejercicio de la función

pública. Ello implica una suerte de degradación cívica contra el responsable de una infracción constitucional carente de tipificación penal.

Compartimos la preocupación por el mal uso que podría darse a la aplicación de esta medida sancionadora de carácter político-administrativo.

El *animus* de animadversión, beneficio o conveniencia "política" podría generar deleznables excesos.

En atención a esto, la resolución del Congreso, si bien tiene una naturaleza política, podría ser objeto de un proceso contencioso-administrativo ante el Órgano Judicial, a efectos de que se pudieran corregir dichos excesos.

Al respecto, no debe olvidarse que la resolución legislativa que pone fin al procedimiento es un acto administrativo-político revestido de una solemnidad procesal.

Ahora bien, consideramos que es procedente la existencia de la acusación constitucional *en vía de juicio político*, en razón de lo siguiente:

En aplicación del principio de interpretación por "argumento a contrario", puede derivarse, del tercer parágrafo del artículo 100 de la Constitución, la existencia de resoluciones carentes de contenido penal. Agréguese a ello la irrazonabilidad de llevar a cabo una acusación constitucional que declarase haber lugar a procesamiento ante el Órgano Judicial respecto de hechos que carecen de tipicidad, es decir, que nuestra legislación penal no considera como delitos.

Sobre este aspecto, Enrique Chirinos Soto[44] afirma:

> "Hay infracciones de la Constitución que no están tipificadas en el Código Penal. Por eso, el Congreso puede suspender al alto funcionario o inhabilitarlo o destituirlo, sin deducir responsabilidad de tipo penal."

7.1.2 Acusación constitucional en vía de antejuicio político

Aquí se trata de efectuar una valorización político-jurisdiccional destinada a permitir que se establezca o se desestime el juzgamiento de un

44 CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1933. Lectura y comentario.* Ed. Nerman.

alto funcionario público por la supuesta comisión de un delito en el ejercicio de su función, tipificado como tal en la legislación de la materia.

El objetivo que se persigue alcanzar es definir el tipo de intencionalidad subyacente en la formulación de una denuncia constitucional (venganza política, inconducta funcional, etc.); establecer la razonabilidad de los hechos que originan la denuncia; constatar la existencia de tipicidad penal en la supuesta conducta del imputado, etc.

Los actos materia de procesamiento necesariamente tienen que ligarse con el ejercicio de la función y la defensa de los bienes jurídicos tutelados en la legislación penal.

En lo relativo a la naturaleza y efectos de la resolución que pone fin al procedimiento de acusación constitucional, esta resolución ocasiona que el acusado quede suspendido en el ejercicio de la función y que sea sometido a las resultas del proceso judicial llevado de acuerdo al procedimiento especial sobre la materia. De ser absolutoria la resolución, el expediente de acusación constitucional deberá ser archivado y deberá mantenerse la exención de procesamiento judicial.

7.2 El procedimiento

El trámite de acusación constitucional se encuentra regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución y en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República, de 13 de mayo de 1995.

Este procedimiento, doctrinariamente, puede ser dividido en tres partes:

a) Denuncia constitucional: presentación y calificación

La presentación de cargos puede ser hecha por:

- Los congresistas, ya de manera individual o colectiva. Señálese además la posibilidad de que éstos hagan suyos los cargos presentados por terceros.
- Las comisiones investigadoras del Congreso, las cuales establecen en su informe final la existencia de presunción de comisión de ilícito penal o de infracción constitucional sin tipicidad penal, atribuidas a un funcionario o exfuncionario al ejercitar su función.
- Las personas naturales o jurídicas, sean éstas públicas o privadas, a condición de que sean las directamente agraviadas.

La denuncia debe ser presentada por escrito, debiendo consignarse: una breve sumilla de su contenido; la descripción precisa de los hechos

que la motivan y los documentos que la sustentan o, en su defecto, la indicación del lugar donde se encuentran; así como una referencia a las normas constitucionales y legales en que se ampara.

En el caso específico de las denuncias presentadas por las personas agraviadas, ellas son puestas en conocimiento de los congresistas a través de los voceros parlamentarios –directivos portavoces de los respectivos grupos parlamentarios acreditados en el Congreso–, hasta por siete días útiles, luego de los cuales se da lectura de ellas en la siguiente sesión del Pleno o de la Comisión Permanente, según sea el caso.

Con ello se pretende que algún congresista pueda hacer suya la denuncia presentada por una persona ajena al Parlamento. En caso de que hubiese transcurrido el plazo arriba referido sin que ningún congresista hubiere hecho suyas las denuncias, éstas serán enviadas directamente a una comisión especial calificadora. Esta comisión está integrada por un número mínimo de cinco y máximo de siete congresistas, los cuales son elegidos por el Pleno al inicio de cada período anual de sesiones, a propuesta del presidente del Congreso.

La comisión especial calificadora, de conformidad con lo establecido en el Reglamento del Congreso de la República, tiene la responsabilidad de evaluar las denuncias puestas en su conocimiento –a efectos de determinar su procedencia–, de acuerdo con los siguientes criterios:

- Acreditación de haberse cumplido con los requisitos formales exigidos al denunciante al momento de la interposición de la denuncia (identificación, descripción de los hechos, documentos sustentatorios, etc.).
- Acreditación de haber sido formulada la denuncia por persona capaz (bien por sí o mediante representante debidamente autorizado).
- Acreditación de que el denunciante ha sido real y directamente agraviado por los hechos o conductas funcionales que se denuncian.
- Acreditación de que los hechos denunciados constituirían comisión de delito previsto en la legislación penal nacional.

Al respecto, debe advertirse que este último criterio incurre en errores de concepción sobre el alcance y contenido de la acusación constitucional. Planteamos esto en razón de lo siguiente:

a) El artículo 99 de la Constitución señala la procedencia de la acusación constitucional por infracciones de la carta magna sin tipicidad de carácter penal (vía del juicio político).

En cambio, el Reglamento del Congreso de la República restringe la determinación de procedencia de acusación por parte de la comisión especial calificadora, únicamente al caso de las denuncias *que se refieren a hechos que constituyan delitos previstos en la legislación penal.*

b) El artículo 99 de la Constitución señala que los supuestos hechos perpetrados por el funcionario o exfuncionario denunciado deben cometerse *durante el desempeño de sus funciones.*

No obstante lo expuesto, el Reglamento del Congreso de la República *exige únicamente la acreditación de la existencia de hechos que constituyan delitos previstos en la legislación penal.*

Cabe señalar que las denuncias constitucionales presentadas o hechas suyas por los congresistas, así como las declaradas procedentes por la comisión especial calificadora, son enviadas a la Comisión Permanente del Congreso.

b) La imputación: investigación e informe

El presidente de la Comisión Permanente del Congreso nombra inmediatamente una subcomisión –integrantes todos de la Comisión Permanente–, a efectos de que realice las investigaciones, escuche las declaraciones y testimonios, recabe las informaciones que sean necesarias y presente un informe sobre la materia.

El plazo de investigación es establecido discrecionalmente por la propia subcomisión.

El informe de ésta debe ser aprobado con el voto favorable de la mitad más uno del número legal de sus miembros.

Este informe concluye alternativamente con una:

- Propuesta de absolución de cargos y archivamiento de la denuncia.
- Propuesta de formulación de acusación constitucional ante el Pleno del Congreso.

Recibido el informe de la subcomisión, el presidente del Congreso ordenará su distribución entre los miembros de la Comisión Permanente y convocará a una sesión de ésta.

Esta sesión no puede efectuarse antes de los tres días útiles siguientes a la distribución del informe; así como tampoco podrá coincidir con la fecha de sesión del Pleno del Congreso.

En caso de que el informe recibido propusiese la absolución, se procederá a votar sin debate.

En caso de que el informe propusiese la formulación de acusación constitucional, se debatirá sobre la materia.

Efectuado el intercambio de pareceres, se llevará a cabo la votación de aprobación o desaprobación.

En la hipótesis de que se aprobare el informe acusatorio, la Comisión Permanente nombrará una subcomisión acusadora, la cual estará integrada por tres miembros.

La tarea de esta subcomisión consistirá en sustentar los alcances del informe, así como en formular la incriminación, en nombre de la Comisión Permanente, ante el Pleno del Congreso.

c) Juzgamiento: debate y resolución final

El Consejo Directivo del Congreso establecerá la fecha y hora de la sesión de acusación, y definirá las reglas aplicables para su debate.

Efectuada la sustentación del informe y la formulación de la incriminación por la subcomisión acusadora, se llevará a cabo el debate correspondiente.

Inmediatamente después, el Pleno del Congreso procederá a votar. Este pronunciamiento deberá orientarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

a) Ha lugar a formación de causa

En este caso el acusado quedará suspendido en el ejercicio de la función, si se encontrara en el desempeño de la misma, y quedará sujeto a juicio penal ante el órgano jurisdiccional, de acuerdo a ley.

El Reglamento del Congreso de la República señala que lo arriba expuesto se producirá sin mengua de la aplicación de la medida de inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o de la medida de destitución del cargo que ocupara el acusado (en puridad, se trata de medidas de carácter político-administrativo).

En ese sentido, las medidas sancionadoras de carácter político-administrativo estarían únicamente referidas a una determinación de responsabilidades de carácter político, las mismas que surgen del ejercicio de la función.

Por ende, se deja al órgano jurisdiccional la investigación y juzgamiento de la determinación de responsabilidades de naturaleza penal, las mismas que por mandato constitucional corresponden única y exclusivamente al ente judicial.

Es oportuno mencionar que el acuerdo de "Ha lugar a formación de causa" debe constar en una resolución legislativa.

A manera de resumen sobre esta parte, debe reiterarse que el Congreso no juzga conductas delictivas, sino que únicamente se pronuncia en lo relativo a:

- Determinar si la denuncia contiene o carece de intencionalidad política de perjudicar o dañar al funcionario o exfuncionario incriminado.
- Apreciar la verosimilitud de los hechos incriminados.
- Establecer la existencia o inexistencia de infracción constitucional en el ejercicio de la función de parte del incriminado; y, en caso de existir infracción, si ésta se colige como de ilicitud penal, a tenor de lo que disponga la legislación sobre la materia.

  Igualmente, en los casos en donde no existe infracción constitucional puede establecer la presunta existencia o inexistencia de una conducta funcional tipificada como delictiva.
- Aplicar medidas político-administrativas en los casos de conductas infractorias de la Constitución, sin que estas sanciones impliquen apreciación de responsabilidades de naturaleza penal.
- Habilitar la intervención del órgano jurisdiccional, a efectos de determinar las responsabilidades de carácter penal.

b) No ha lugar a formación de causa

En este caso la denuncia es archivada. Por ende, no se produce la habilitación al órgano jurisdiccional para el procesamiento judicial.

Los derechos del procesado

El artículo 100 de la Constitución señala que durante las diferentes etapas del procedimiento de acusación constitucional el funcionario o exfuncionario tiene el derecho de ser asistido o representado por un abogado defensor.

El efecto de las resoluciones del Congreso

El expediente con la acusación constitucional es enviado al fiscal de la nación, quien inexorablemente deberá formular la denuncia penal correspondiente ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días naturales.

El vocal supremo instructor –el magistrado de menor antigüedad de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema– está obligado a abrir la instrucción correspondiente.

La parte *in fine* del artículo 100 de la Constitución establece textualmente:

> "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso."

El constitucionalista Valentín Paniagua Corazao critica esto último señalando que:

> "La denuncia es así un rito burocrático que caricaturiza y convierte al fiscal de la nación en una virtual mesa de partes del Congreso para llegar al vocal supremo en lo penal."

En igual sentido, la "parametrización" del auto apertorio de instrucción convierte al magistrado de la Corte Suprema en una suerte de "conserje glorificado".

En suma, en ambos casos se menoscaba la majestad de las altísimas atribuciones que la Constitución consagra a instituciones de la jerarquía del Ministerio Público y del Órgano Judicial.

La depredación del criterio judicial para establecer la acreditación de los términos de la formulación de la denuncia penal y del auto apertorio de instrucción, no tiene otra explicación que la presencia viciosa del "síndrome García Pérez".

El proceso judicial se inicia en primera instancia ante la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, correspondiéndole a la Primera Sala conocer el proceso en vía de apelación.

El cuarto parágrafo del artículo 100 de la Constitución señala confusamente que la sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

En atención a lo arriba expuesto, una sentencia absolutoria llevaría a:

- Dejar sin efecto la suspensión en el ejercicio del cargo, quedando por tanto, el acusado, apto para reincorporarse a sus funciones, siempre que durante el procedimiento de acusación constitucional y el proceso judicial no hubiere vencido el período de gestión del funcionario juzgado.
- Dejar sin efecto la inhabilitación del ejercicio de la función pública, en caso de que el Congreso la hubiese impuesto.

7.3 La acusación constitucional contra el presidente de la República

El absolutismo presidencial se ha ido afirmando en nuestro país desde la Constitución de 1860, en la misma medida en que fueron redu-

ciéndose los mecanismos y procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad del primer mandatario de la República.

La Constitución actual fija las siguientes reglas sobre la materia:

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, en principio, el presidente de la República es "intocable" durante su gestión.

En ese sentido, es inimputable, durante el ejercicio de su mandato, de supuestas infracciones constitucionales en su doble vertiente, o de comisión de ilícitos penales de función.

Puede interpretarse, en aplicación del principio del argumento a contrario, que el referido artículo permitiría llevar a cabo un procedimiento de acusación constitucional con posterioridad a la conclusión del mandato presidencial, siempre que la denuncia fuese presentada en aquel plazo de cinco años que exige el artículo 99 de la Constitución.

b) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, la intocabilidad del presidente se extiende a los casos de comisión de delitos comunes o no funcionales (homicidios, abortos, lesiones, etc.).

No obstante lo expuesto, nosotros consideramos que el Congreso, enfrentado a la gravedad de una supuesta conducta delictiva de ilícito común del presidente de la República, podría optar por la aplicación del procedimiento especial de vacancia.

En ese aspecto, el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, concordantemente, permite la declaratoria de vacancia de la Presidencia por "incapacidad moral".

Lamentablemente, los miembros del oficialismo fujimorista no han establecido en el reglamento del Congreso las normas instrumentales del procedimiento especial de vacancia presidencial. Ello no obsta para que dicho mecanismo se implemente en el futuro.

c) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, el presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su *período*, por los siguientes delitos:

- Traición a la patria.
- Impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales.
- Disolver el Congreso, salvo en el caso previsto en el artículo 134 de la Constitución.
- Impedir la reunión o funcionamiento del Congreso, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

En esta hipótesis, efectuada la acusación constitucional y el proceso judicial ante la Corte Suprema, en caso de que sobre el presidente recayera una sentencia condenatoria sería pasible de destitución del cargo –en puridad, vacancia–, siempre que los resultados del proceso se produjesen dentro del período de su mandato. No está de más advertir que durante el proceso judicial el presidente de la República se encuentra suspendido en el ejercicio de sus funciones.

7.4 El procedimiento de remoción constitucional

La remoción constitucional es entendida como el acto de privación de un cargo de alta responsabilidad funcional en razón de haberse acreditado la comisión de falta grave en el desempeño de la función.

La *falta grave* es definida como una infracción de carácter político-laboral, o sea, como una infracción consecuencia del ejercicio de la función.

El procedimiento de remoción constitucional es aplicado única y exclusivamente por el Congreso, en contra de un específico y preciso número de altos funcionarios.

La Constitución reserva la tramitación de este procedimiento a los siguientes altos funcionarios públicos:

- El contralor general (art. 82).
- Los miembros del Banco Central de Reserva (art. 86).
- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 157).
- El defensor del pueblo (art. 161).

La Constitución presenta diferencias en lo relativo a esta materia. Así, tenemos que:

- No especifica –como sí lo hace con el resto de los funcionarios arriba citados– las razones en que se fundamentaría la remoción del defensor del pueblo; esto es, no expresa que debe ser consecuencia sólo de la comisión de falta grave.
  En aras de la coherencia, entendemos que la práctica constitucional restringirá el acto de remoción a la causal de falta grave.
- El artículo 99 de la Constitución establece el procedimiento de acusación constitucional contra algunos de los funcionarios arriba citados, vale decir, el contralor general, el defensor del pueblo, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; y simultáneamente, a través de los artículos 82, 157 y 161, los señala como incursos en el procedimiento de remoción.

Apoyándonos en la necesaria sindéresis legislativa, consideramos que para el caso de los citados funcionarios se puede hacer la siguiente disquisición:

a) Se debe aplicar el procedimiento de acusación constitucional cuando se trata de falta grave de naturaleza constitucional o constitucional-penal.

b) Se debe aplicar el procedimiento de remoción constitucional cuando se trata de falta grave de cualquier otra naturaleza.

– La Constitución omite pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la remoción del superintendente de Banca y Seguros. Añádase que este funcionario no está incurso en el procedimiento de acusación constitucional.

La mayoría oficialista no fijó las reglas atinentes a este procedimiento en el Reglamento del Congreso de la República; empero, a través del artículo 93 del mismo se señala que un futuro instrumento legal regulará el procedimiento de remoción constitucional.

Señala además que dicho procedimiento debe concluir con la expedición de una resolución legislativa.

Entendemos que el procedimiento que se establecerá deberá tener en cuenta los principios que sustentan el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Capítulo X

Seguridad y defensa nacional: el papel de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

1 ASPECTOS GENERALES

El tema de la seguridad y defensa nacional ha merecido en el pasado un tratamiento superficial.

Su importancia nos ha motivado a pergeñar algunas ideas que esperamos puedan encender luces y acrecentar el interés académico en su profundización.

2 LA CATEGORÍA "ORDEN" EN EL MUNDO DEL DERECHO

Todo Estado suscribe la vigencia de un *orden jurídico* encargado de regular la conducta de todos los miembros que lo componen.

En ese sentido, siguiendo en parte al profesor Fernando Vidal Ramírez[1], entendemos que todo orden encierra la idea de un concierto o articulación que emana de la sociedad organizada, esto es, del Estado.

Dicho concierto, articulación o idea de orden se expresa formalmente a través de normas y de instituciones públicas encargadas de elaborarlas, aplicarlas y hacerlas respetar.

Doménico Barbero[2] señala que todo orden jurídico presenta tres características:

a) Autonomía

Expresa una individualidad distinta e independiente del resto de los ordenamientos jurídicos establecidos por otros Estados.

---

1 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al derecho civil.* W.G. Editores.

2 BARBERO, Doménico. *Sistema de derecho privado.* Buenos Aires: EJEA.

b) Exclusividad

Expresa lo peculiar y privativo de una forma de percibir el fenómeno jurídico. Como acertadamente refiere Fernando Vidal Ramírez:

> "Un ordenamiento jurídico no puede ser sino uno, dentro de una unidad de tiempo y espacio."

c) Plenitud

Expresa la certeza de resolver todos los conflictos de carácter jurídico que se presenten entre los miembros de un Estado. Para tal efecto se utilizan la ley, la costumbre, así como los denominados *modos de integración* (principios generales del derecho, analogía, equidad).

Ahora bien, todo orden jurídico comprende una pluralidad de *categorías jurídicas*, las mismas que son definidas como géneros conceptuales que agrupan a una serie de nociones que permiten regular una situación jurídica de manera lógica, armónica y sistematizadora, con fines y valores que el derecho persigue alcanzar a través de la dación de normas.

En esa perspectiva, se entiende la noción de *orden público* como una importantísima categoría jurídica.

2.1 El orden público

Como afirma Baudry-Lacantinerie[3], esta categoría es imprescindible para "el buen funcionamiento general de la sociedad".

Por ende, como señala el profesor Juan Morales Godo[4]:

> "Se trata de una forma de vida, un *status* social establecido y condicionado por la voluntad formal del Estado, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades y vivencias más sentidas."

Tal como señala Glicerio Martínez[5], implica la consagración legislativa de las ideas sociales, políticas y morales consideradas como funda-

---

3 BAUDRY-LACANTINERIE. *Introducción al derecho.* Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile).

4 MORALES GODO, Juan. *Apuntes sobre el orden público.* Cuadernos de Derecho. Lima: Universidad de Lima.

5 MARTÍNEZ, Glicerio. "El orden público". En: *Presente.* (Segunda etapa.) 1979.

mentales dentro de un específico tiempo y espacio. Se le concibe como la suma de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado.

En ese sentido, su contenido relativo a creencias, intereses, etc., varía, espacial y temporalmente, en función de la idiosincracia cultural y los sistemas político-sociales imperantes en una determinada sociedad política. Como puede verse, no se trata de una categoría con nociones universales, sino, más bien, tiene un específico contenido de carácter nacional.

El origen de esta categoría puede encontrarse en dos principios recogidos en el Digesto:

- *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (D.2.14.38).
- *Privatorum convenio fine publico non derogat* (D.50.17.45.1).

En dichos principios se deja constancia de la subordinación imperativa del interés individual a aquel que tiene carácter colectivo, por ser éste de naturaleza y rango superior.

Posteriormente, el liberalismo francés desarrollará esta categoría en el Código de Napoleón como una forma de poner límites a la autonomía de la voluntad. Así, en el artículo 6 del referido texto –que data de 1804– se establece:

> "No se puede derogar por convenciones particulares las leyes que interesan el orden público..."

El orden público implica necesaria e irrenunciablemente un límite a la libertad humana. Fija una relación de derecho público entre la persona y el Estado, poniendo en juego el *imperium* jurisdiccional, es decir, la fuerza coactiva del poder estatal.

El orden público establece una línea de demarcación que limita los actos privados de los hombres.

Mediante la existencia de un orden público se rescatan los intereses de índole comunitaria, al extremo de que declara y preserva un conjunto de principios vinculados estrictamente con la existencia y conservación social.

Estos intereses comunitarios expresan los valores que la sociedad desea mantener vigentes en defensa de su integridad y totalidad.

José Pareja Paz Soldán[6] afirma:

---

6 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, op. cit.

"El Estado exige la existencia de un orden público, ya que sin él no viven las instituciones, no se cumple la ley, no sobrevive la sociedad. Exige la estabilidad de los poderes del Estado y el ejercicio de la autoridad política en equilibrio con los derechos ciudadanos."

En puridad, el orden público implica un conjunto de valores de carácter político, social, económico y moral, propios de una comunidad en un momento determinado, que fundamentan su derecho positivo y que ella tiende a tutelar.

Las acciones en pro de la vigencia del orden público se traducen en actos políticos y legislativos emanados del derecho público y del derecho privado.

Los valores a que nos referimos no son objetivos, por tener intersubjetividad trascendental, amén de ser variables en el espacio y tiempo históricos. De allí que, como bien afirma Nina Ponsso de Migueres[7]:

> "Por ser valoraciones positivas para todos los miembros integrantes de esa sociedad, no son estáticas, sino variables en cada espacio y tiempo históricos; por ende, el orden público no es rígido o unívoco, sino movible, dinámico y elusivo."

Ahora bien, como es obvio, la categoría orden público no puede anular el ejercicio racional de la libertad, por ser ésta inherente a la vida humana. En esa condición, se resalta el axioma jurídico: "Todo lo que no está prohibido, está permitido."

El orden público, obviamente, es un instrumento para asegurar con mayor firmeza los fines y valores del derecho, a saber: la seguridad, el bien común, la justicia, la solidaridad, la cooperación y la paz.

La vigencia plena del orden público permite crear y preservar las condiciones fundamentales para la vida en relación. De allí que se encuentre en la férula del Estado, a efectos de que esas condiciones no queden abandonadas a la mera voluntad de los ciudadanos.

Dicha vigencia radica, entonces, en el pleno respeto de la ley, tanto por parte de los gobernantes como de los gobernados. Por ende, su responsabilidad abarca a la totalidad de los miembros del Estado.

---

7 Tomado de MARTÍNEZ, Glicerio. Op. cit.

La categoría orden público es mencionada tangencialmente en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y en el inciso 8 del artículo 219 del mismo código, fijándose la responsabilidad de que no se puede pactar contra las buenas costumbres.

El orden público, por ser tal, no puede ser alterado por la voluntad de los individuos ni por la aplicación de normas jurídicas extrañas al ordenamiento nacional. Debe recordarse que dicho orden penetra en el campo de las relaciones privadas en función del resguardo del bienestar e interés de la comunidad en general.

La noción orden público involucra una pluralidad de aspectos, a saber:

a) Conjunto de principios rectores de vida en convivencia en una determinada sociedad.
b) Normal funcionamiento de las instituciones políticas; soberanía, independencia e integridad territorial; ejercicio normal de las libertades públicas, y operatividad de los fines sociales del Estado.
c) Situación de orden material en la calle (tranquilidad ciudadana); moral pública.
d) Limitación de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en actos jurídicos, y, en general, en sus relaciones privadas.

En resumen, la plenitud del orden público se afirma y rige sobre la base de cinco conceptos:

Defensa nacional

Alude al conjunto de medidas específicas que el Estado adopta para garantizar la seguridad nacional. Ello permite asegurar la supervivencia y permanencia del cuerpo político.

Orden policial u orden interno

Alude al aseguramiento y estabilidad del poder político, la paz ciudadana, la tranquilidad pública y la moral pública.

Interés público o general

Alude a aquel beneficio, ventaja, provecho o utilidad, de carácter material o moral, de la mayoría de los miembros de la comunidad, el cual se encuentra declarado y amparado por la ley.

Interés social

Alude a aquel beneficio, ventaja o provecho, de carácter material o moral, que la ley declara en favor de mayoritarios grupos sociales, a efectos de restablecer el equilibrio social, en aras de promover el desarrollo armónico de todas las capas sociales.

Necesidad y utilidad públicas

Alude a aquellas acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población (carreteras, locales, instalaciones de servicios esenciales, etc.), las mismas que son amparadas por la ley.

El orden público, desde un punto de vista doctrinario, puede ser clasificado de dos maneras:

a) Orden público internacional o externo

Es aquel que hace referencia a las situaciones que trascienden los marcos de un Estado nacional.

b) Orden público nacional o interno

Es aquel que hace referencia a las situaciones que se suscitan dentro del marco de un Estado nacional.

2.2 El orden interno

Alude a una noción concurrente, complementaria y subsidiaria del orden público. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se mantiene y vive en un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.

En puridad, el orden público alude al continente o género, en tanto que el *orden interno* deviene en una de sus esferas. Este último se refiere a la tranquilidad y armonía que debe otorgar el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público.

Esta noción de orden interno –comprendida dentro de la categoría orden publico–, como bien han referido Enrique Chirinos Soto[8] y Francisco del Solar Rojas[9], es además sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que implica éste se evita el desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue.

El *orden interno o policial* permite al órgano administrador del Estado (el Ejecutivo) asegurar la existencia, estabilidad y respeto de la paz y tranquilidad ciudadanas.

---

8 CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit.

9 SOLAR ROJAS, Francisco del. En: *Iust et Praxis* 8. Lima: Universidad de Lima.

Es notorio, como acertadamente refiere Alfredo Quispe Correa[10], que:

> "El Estado peruano no podría cumplir sus deberes constitucionales en caso de que la situación interna fuese de beligerancia, caos y de enfrentamientos radicales."

Por ello, en primera fila se encuentra la Policía Nacional, para preservar dicho orden interno.

Estas condiciones se regulan única y exclusivamente a través del derecho público.

Fundamentalmente, el orden interno comprende tres aspectos:

a) La seguridad ciudadana (protección de la integridad física y moral, amén del patrimonio).
b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz públicas; respeto a la autoridad pública).
c) El resguardo de las instalaciones públicas y servicios públicos esenciales (edificaciones e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua y la energía eléctrica).

La preservación de este orden interno o policial es competencia del presidente de la República a través de la Policía Nacional (Ministerio del Interior).

En ese sentido, tal como lo disponen los artículos 118 (inc. 4) y 166 de la Constitución –en sentido cabal–, corresponde a la Policía Nacional mantener el orden interno con exclusividad de competencia en situaciones de normalidad, así como coadyuvar con el resto de las reparticiones estatales y con la ciudadanía en su conjunto a la preservación del orden público.

Ahora bien, en caso de huelgas, actos de rebeldía social o violencia callejera de grave persecución, es admisible que el presidente de la República decrete una de las modalidades del régimen de excepción, conocida como estado de emergencia, y pueda encargar el restablecimiento del orden interno o policial a las Fuerzas Armadas. Con ello se cubre la situación de anormalidad descrita.

---

10 QUISPE CORREA, Alfredo. "El orden interno, el orden jurídico y el orden público". En: *Ius et Praxis* 7. Lima: Universidad de Lima.

En síntesis, la expresión *orden interno o policial* manifiesta las siguientes características:

a) Aspecto complementario de concurrencia subsidaria del orden público.
b) Situación de comportamiento pacífico, ordenado y leal a las normas de derecho público vinculadas con la paz y el sosiego, por parte de la ciudadanía.
c) Responsabilidad de su mantención, por el órgano administrativo, mediante la Policía Nacional (en situaciones de normalidad constitucional) y las Fuerzas Armadas (en el llamado *estado de emergencia*).

3 *SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL*

La *seguridad nacional* es entendida como la existencia de una situación en la cual se logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los fines de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana.

En ese sentido, la seguridad nacional tiene por finalidad *crear las más óptimas condiciones* para el cumplimiento de los objetivos nacionales señalados en el artículo 44 del texto fundamental de la República. Ello obliga a que el Estado adopte una diversidad de iniciativas de carácter político, económico, social y castrense para su aseguramiento.

Para conseguir la seguridad nacional, el Estado –a través de su programa de defensa nacional– debe contemplar lo siguiente:

- Identificación de las amenazas que se ciernen en su contra.
- Identificación de las causas que promueven el nacimiento de estas amenazas.
- Estrategias para la desaparición de esas amenazas.
- Preparación de los medios para hacer frente a dichas amenazas.
- Ejecución de acciones concretas.

En ese sentido, la seguridad nacional, mediante la *defensa nacional*, es un fin primario y elemental del Estado.

Dicha seguridad produce la tranquilidad y orden comunitario necesarios para acometer los fines de desarrollo propuestos por el Estado.

En esa perspectiva, la defensa nacional implica *un conjunto de medidas específicas* que el Estado establece para garantizar la seguridad nacional.

La *defensa nacional* constituye el conjunto detallado y previsto de acciones y previsiones que permiten la supervivencia y permanencia del Estado peruano; amén de defender el objetivo final de tipo político, que es alcanzar el bienestar general para sus miembros.

La supervivencia y permanencia de nuestra organización política incluyen e involucran, necesaria y previsiblemente, su integridad, unidad y facultad de actuar con *autonomía* en lo interno; y su *exención de subordinación* en el marco de las relaciones internacionales y la política exterior. Todo ello posibilita que nuestro desarrollo se alcance y realice en óptimas condiciones. Marginalmente, incluyen las acciones derivadas de los desastres comunes ocasionados por los fenómenos de la naturaleza, o derivadas de una conflagración bélica.

Las características básicas del concepto de defensa nacional son tres:

- *Acción permanente*
  La actividad estatal, en esta materia, se verifica de manera duradera, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.
- *Acción integral*
  La actividad estatal, en esta materia, es prevista, concebida, preparada y ejecutada con toda oportunidad, e implica la participación de toda la población. En ese sentido, la Constitución dispone que toda persona natural –sea civil o militar– y jurídica –sea estatal o privada– se encuentra obligada a participar en la defensa nacional, de conformidad con la ley.
- *Acción obligatoria*
  La actividad que se despliega es compelida, excitada y desplegada bajo la amenaza de la coerción del aparato estatal.

En este contexto, nuestro ordenamiento jurídico ha creado el *Sistema de Defensa Nacional.*

Este sistema tiene la responsabilidad de la dirección, preparación y ejercicio de la defensa nacional.

En puridad, dicho sistema consiste en una unidad organizada que consta de una pluralidad de elementos interdependientes (subsistemas) que permiten la cohesión y racionalización de los diferentes organismos públicos con responsabilidades concretas en la materia, amén de orientar la participación de las personas naturales y jurídicas insertas en la sociedad civil.

Este sistema –cuya regulación jurídica se encuentra establecida en el decreto ley 22653 y en el decreto legislativo 435– establece que la defensa nacional se manifiesta en cuatro campos:

- *Militar*

Comprende el empadronamiento, organización, instrucción y entrenamiento de las reservas.

– *Económico*
Comprende la implementación de la infraestructura del país, y el aseguramiento de la disponibilidad de recursos financieros destinados a la adquisición de bienes, servicios y mantención operativa de los servicios públicos esenciales.

– *Político*
Comprende el logro y mantenimiento del orden interno y la paz social; la preservación operativa de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; la organización y entrenamiento de la población, a efectos de afrontar las emergencias del caso; y el fortalecimiento de la situación política internacional y de las relaciones comerciales y de cooperación técnica.

– *Psico-social*
Comprende el desarrollo de la infraestructura de comunicaciones, que permite llegar eficazmente a todos los niveles de la población nacional e internacional; la afirmación de la identidad y de la conciencia nacional, y la formación de un alto sentido de responsabilidad de la población frente a la seguridad del país.

El Sistema de Defensa Nacional se encuentra integrado de la siguiente manera:

– El Consejo de Ministros, reunido en sesión especial bajo la conducción del presidente de la República.
– El Ministerio de Defensa.
– Los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional.
– Los organismos del Sistema de Defensa Civil.

En ese sentido, por mandato expreso del inciso 14 del artículo 118 de la Constitución, al presidente de la República le corresponde conducir el Sistema de Defensa Nacional.

La estructura político-administrativa del Sistema de Defensa Nacional descansa en dos organismos, como vemos a continuación.

El inciso 14 del artículo 118 de la Constitución señala como facultad inherente al cargo de presidente de la República, la conducción personal y directa del Sistema de Defensa Nacional. Como poseedor de tal facultad, al presidente le corresponde establecer las políticas –líneas de acción fijadas con miras al desarrollo y pleno cumplimiento de las tareas establecidas por la Constitución– relativas a las materias que orientan la acción gubernamental en pro de la seguridad nacional.

Estas líneas de acción política se desarrollan a través del Consejo de Defensa Nacional, el mismo que se encuentra integrado de la siguiente manera:

Miembros natos

- Presidente de la República.
- Presidente del Consejo de Ministros.
- Ministro de Relaciones Exteriores.
- Ministro del Interior.
- Ministro de Defensa.
- Ministro de Economía y Finanzas.
- Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.
- Jefe de la Secretaría de la Defensa Nacional.

Miembros eventuales

- Comandante general del Ejército.
- Comandante general de la Marina de Guerra.
- Comandante general de la Fuerza Aérea.
- Director general de la Policía Nacional.

Entre las principales responsabilidades del Consejo de Defensa Nacional figuran las siguientes:

a) Aprobar los objetivos y la política integral de defensa nacional.
b) Aprobar las políticas y estrategias para la formulación de los planes de defensa nacional.
c) Aprobar los planes de defensa nacional.
d) Aprobar la doctrina de defensa nacional.

El Ministerio de Defensa colabora en el asesoramiento, planteamiento y coordinación de las acciones de los distintos órganos que componen el Sistema de Defensa Nacional, amén de formular, ejecutar y supervisar la política de defensa nacional en lo relativo al campo militar.

La participación ciudadana en pro de la seguridad nacional, mediante la defensa nacional, se canaliza a través del proceso denominado *movilización.*

La movilización es un proceso inherente a la defensa nacional.

Se trata de un proceso permanente e integrado, planeado y dirigido por el Órgano Ejecutivo, y que consiste en adecuar el potencial humano de la nación a los requerimientos de la seguridad nacional, a fin de obtener y asegurar oportunamente los recursos humanos necesarios que permitan afrontar las situaciones de emergencia que atenten contra dicha seguridad.

En ese sentido, el decreto ley 23118 –ley de Movilización– señala que los peruanos, sin distinción de sexo e independientemente de su lugar de residencia, pueden ser objeto de movilización. Posteriormente regresaremos sobre el tema.

3.1 El papel de las Fuerzas Armadas

Las Fuerzas Armadas conforman una institución organizada especialmente para garantizar la soberanía del Estado.

Así, denotan a la "nación armada", surgida del seno mismo del pueblo, y cuya existencia asegura la perennidad del Estado.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 y 165 de la Constitución, las funciones específicas de las Fuerzas Armadas son dos:

- Garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República.
- Asumir el control del orden interno cuando el Órgano Ejecutivo decreta el estado de emergencia.

Las Fuerzas Armadas están constituidas por:

a) El Ejército

Es el componente terrestre de las Fuerzas Armadas.

Su actividad institucional se regula fundamentalmente por el decreto legislativo 437, de 22 de agosto de 1987. Participa en la defensa nacional del orden interno cuando lo dispone el presidente de la República luego de decretar el estado de emergencia; así como en las tareas de defensa civil y en el desarrollo económico-social.

b) La Marina de Guerra

Es el componente naval de las Fuerzas Armadas.

Su actividad se regula por el decreto legislativo 438, de 27 de agosto de 1987. Participa en la defensa del Mar de Grau.

c) La Fuerza Aérea

Es el componente aéreo de las Fuerzas Armadas.

Su actividad se regula por el decreto legislativo 439, de 27 de agosto de 1987. Participa en la defensa de los intereses aeroespaciales.

3.2 El papel de la Policía Nacional

Desde el inicio de la vida en sociedad, los hombres observaron la existencia de una serie de acontecimientos, hechos o sucesos que ponían en peligro la estabilidad del grupo social.

Frente a tal amenaza, los hombres han buscado, siempre, defender la estabilidad de la sociedad. En ese contexto aparece el rol de la policía.

Para conseguir la seguridad nacional, el Estado –a través de su programa de defensa nacional– debe contemplar lo siguiente:

- Identificación de las amenazas que se ciernen en su contra.
- Identificación de las causas que promueven el nacimiento de estas amenazas.
- Estrategias para la desaparición de esas amenazas.
- Preparación de los medios para hacer frente a dichas amenazas.
- Ejecución de acciones concretas.

El vocablo *policía* proviene de la voz griega *polis*, que significa "Ciudad–Estado". De allí deriva la palabra *política*, referida a la constitución de la ciudad y a la conducta reglada entre Gobierno y ciudadanos.

Víctor Delgado Mellarino[11] señala que en el medioevo la noción *policía* se definía como:

> "el buen orden de la sociedad civil presidida por la autoridad estatal, quedando los relativos a las órdenes moral y religiosa a cargo de la autoridad eclesiástica."

Sostiene Delgado Mellarino que en el Renacimiento dicha noción se entendió como "el buen orden en la cosa común". Se establecía, así, que el Estado podía utilizar la coerción para garantizar y buscar el bien de la sociedad en su conjunto. Se consideraba como la atribución del soberano de asegurar el bien de su comunidad a su total arbitrio y discreción.

Será a partir del siglo XIII –ante el avance de las ideas de la Revolución francesa–, que se entienda que la noción *policía* debía considerar que los derechos de la persona eran anteriores y superiores al Estado, y que, por ende, el orden policial se constituía específicamente para la protección material del orden jurídico y el mantenimiento de la seguridad y tranquilidad ciudadanas.

---

11 DELGADO MELLARINO, Víctor. "Policía. Derechos humanos y libertades individuales". En: *Revista I. I. D. H.* 17.

La función policial –en el mundo actual– consiste en una actividad permanente y concreta que ejercen ciertos funcionarios y servidores llamados *policías*, cuyo objetivo es la preservación de la paz y seguridad ciudadanas, así como garantizar el normal desarrollo de las actividades individuales o sociales dentro del orden, evitando que éstas sean objeto de perturbación.

El *orden interno policial* resulta de la prevención y de la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, la tranquilidad y la moral públicas. Ello permitirá el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas, el cabal ejercicio de la autoridad estatal, y, por ende, la convivencia pacífica.

Desde un punto de vista institucional, la policía se expresa como un cuerpo armado en actividad permanente bajo la égida del Órgano Ejecutivo, que cubre todo el territorio nacional y que actúa dentro del marco que le señalan la Constitución, las leyes y sus reglamentos internos.

Por mandato expreso del artículo 166 de la Constitución, las actividades de la Policía Nacional son cinco:

a) Garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

Aquí la *garantía* consiste en el compromiso de asegurar y proteger el orden interno o policial en abstracto.

Aquí la *mantención* consiste en la responsabilidad de sostener y conservar el orden interno en concreto.

Aquí el *restablecimiento* consiste en restaurar, restituir o reponer el orden interno quebrantado.

b) Prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad en su conjunto, en lo relativo al ejercicio de sus derechos y a sus bienes jurídicos.

c) Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado.

d) Prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

Aquí *prevenir* significa adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzcan actos delincuenciales.

Aquí *investigar* significa efectuar diligencias para descubrir a los responsables de un acto delincuencial.

Aquí *combatir* alude a la persecución y apresamiento de los autores de los actos delincuenciales, y a su puesta a disposición de los responsables de la administración de justicia.

e) Vigilar y controlar las fronteras.

Conforme lo disponen los artículos 163 y 171 de la Constitución, la Policía Nacional, en conjunción con las Fuerzas Armadas, e incluso la propia ciudadanía, cumple tareas en tres órdenes:

- Participación en la defensa nacional.
- Participación en el desarrollo económico y social del país.
- Participación en la defensa civil.

Es indudable que la Policía Nacional tiene un papel importante en la participación en pro de la seguridad nacional; en el incremento de las mejoras de las condiciones económicas y sociales del país, que habrán de permitir el auge del bienestar de la población; así como en la protección y apoyo en los casos de desastres, calamidades, etc.

3.3 La jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

Esta jefatura le fue conferida por primera vez al presidente de la República en el artículo 273 de la Constitución de 1979.

Los antecedentes de esta atribución se encuentran en el artículo 2 de la Constitución americana y en el artículo 80 de la Constitución austriaca de 1920.

Esta atribución presidencial es un complemento de otras facultades constitucionales, a saber:

- Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
- Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales.
- Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad territorial y la soberanía del Estado.
- Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
- Presidir el Sistema de Defensa Nacional.
- Organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero.

La atribución de la que aquí se trata intenta alcanzar la determinación de la autoridad del presidente de la República sobre las autoridades castrenses. Su cuestionamiento implica delito de insubordinación militar.

Cabe señalar que esta jefatura significa que las potestades presidenciales son de naturaleza política, e implica que las Fuerzas Armadas están subordinadas al poder constitucional.

El presidente de la República no puede mandar en persona a las Fuerzas Armadas, así como tampoco puede por sí solo destituir oficiales, ya que para ello necesita de refrendo ministerial.

La jefatura del presidente de la República no constituye grado militar efectivo; en consecuencia, no le otorga derecho a usar distintivos oficiales.

El presidente, como jefe supremo de las Fuerzas Armadas, es quien a través del Ministerio de Defensa organiza, distribuye y dispone acerca del empleo de ellas en determinadas circunstancias.

El presidente de la República otorga los ascensos castrenses en la forma siguiente, previa acreditación de la existencia de vacantes:

- A los oficiales generales y almirantes, mediante decreto supremo.
- A los oficiales superiores o subalternos, por riguroso orden en el cuadro de méritos formulado por la respectiva junta selectiva.

Debe advertirse que, de manera errada, se ha retirado la atribución constitucional –establecida desde la carta de 1920– relativa a la participación del Congreso en los ascensos de los altos oficiales.

El proceso de ratificación era, en puridad, un necesario mecanismo de control político-administrativo que aseguraba el otorgamiento del ascenso con pleno respeto del mérito, amén de asegurar la obediencia futura al poder civil.

La Constitución de 1979 estableció, por primera vez, la equiparidad de los grados, honores, remuneraciones y pensiones inherentes a la jerarquía de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. El artículo 174 de la actual Constitución ratifica dicha consideración.

Debe señalarse que por ley de la materia se establecen las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera, que no tiene grado o jerarquía de oficial.

En ambos supuestos, los derechos indicados no pueden ser retirados por actos administrativos o actos de administración, sino únicamente por sentencia judicial.

3.4 El carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas

Deliberar significa "discutir", "tratar", "debatir", "considerar", "resolver" o "discurrir" sobre algún tema de manera corporativa. Ergo, implica que las personas que deliberan tienen voz y voto.

En ese sentido, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están impedidas, por mandato expreso del artículo 169 de la Constitución, de

deliberar acerca de las decisiones que adopta el jefe supremo de ambas instituciones, que para el caso es el presidente de la República. A mayor abundamiento, no pueden juzgar las decisiones del poder constitucional *in genere*, el mismo que emana del pueblo a través del sufragio y que otorga facultades, en ese sentido, al primer mandatario de la República y a los congresistas.

Las decisiones de gobierno corresponden al poder civil; las instituciones castrenses y sus análogos se limitan a obedecer.

El impedimento referido se justifica por dos razones:

a) La facultad política de deliberar se ampara finalmente en la conciencia y no en la potestad de mando del superior jerárquico. De allí que Enrique Chirinos Soto[12] señale que:

> "Si no hay obediencia, no hay disciplina ni subordinación; es decir, desaparece el presupuesto básico de toda institución militar o militarizada: el respeto a la jerarquía. La obediencia castrense no admite dudas ni murmuraciones."

b) Las decisiones gubernamentales corresponden única y exclusivamente al poder civil.

El impedimento del que aquí se trata se previó por primera vez en el artículo 145 de la Constitución de 1828, que textualmente señalaba:

> "La Fuerza Pública es esencialmente obediente, no puede deliberar."

Las posteriores Constituciones nacionales han reiterado este criterio.

En suma, al carecer de la facultad política de deliberar sobre los asuntos de carácter gubernamental, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran bajo la sujeción, dependencia y subordinación del poder constitucional.

3.5 El proceso de movilización

La *movilización* es un proceso inherente a la defensa nacional.

En puridad, se trata de un proceso permanente e integral cuya planificación y dirección se encuentra a cargo del Órgano Ejecutivo, y que

---

12 CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit.

consiste en adecuar el potencial humano de la nación a los requerimientos de la seguridad nacional, a fin de obtener y asegurar oportunamente los recursos necesarios que permitan afrontar las situaciones de emergencia que atenten contra dicha seguridad.

En ese sentido, el decreto ley 23118, de 9 de julio de 1980, conocido como ley de Movilización, señala que se encuentran sujetas a sus alcances las personas naturales y jurídicas sin excepción, así como los bienes y servicios que se requieren para el cumplimiento del fin descrito.

La movilización se efectúa en tres fases: planeamiento, preparación y ejecución.

Las personas naturales sujetas a la movilización son las siguientes:

- Los nacionales domiciliados dentro y fuera del territorio nacional.
- Los extranjeros residentes en el país, en cuanto no se opongan los convenios internacionales vigentes.

Constituyen bienes objeto de movilización los siguientes:

- Los recursos naturales *in genere*.
- Los bienes económicos y los recursos financieros.

Por razones de movilización, y en concordancia con la Constitución, el Estado puede realizar las siguientes tareas:

a) Restringir y reorientar la producción, la comercialización, la distribución y el consumo de bienes.
b) Expropiar, intervenir y requisar, según sea el caso, las unidades de producción, los bienes económicos y los recursos económicos y financieros de las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras.

   El Estado, según las necesidades de la movilización, puede decretar que las unidades productivas pongan a su disposición una parte o la totalidad de su producción.

3.6 Las reservas

El artículo 168 de la Constitución señala:

> "Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley."

Las *reservas militares* están constituidas por los efectivos que ya no se encuentran en servicio activo, pero que de ser necesario para la defensa nacional pueden ser llamados a movilización parcial o total para completar los cuadros de efectivos activos.

Los reservistas son aquellos ciudadanos que han recibido instrucción militar y que, por ende, se encuentran en condición de ser asignados a una unidad de combate.

El respectivo llamamiento a actividad se efectúa por sorteo entre la lista de reservistas, llamamiento que puede producirse en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

El servicio militar obligatorio configura la base del reclutamiento militar.

3.7 El servicio militar obligatorio

Esta carga pública se encuentra asignada para los varones entre los 18 y 50 años de edad, y para las mujeres entre los 18 y 45 años de edad.

Este servicio se presta previo proceso de sorteo y selección. Aquellos peruanos que no son objeto de incorporación al servicio militar obligatorio, forman parte de la llamada *reserva.*

Cabe consignar que, en el pasado, el reclutamiento y las levas ocasionaron abusos y excesos lamentables. Por ello, en la actualidad el reclutamiento no autorizado por la ley es considerado como un ilícito penal, denunciable por la vía procesal de la acción popular.

3.8 El uso de armas

Por mandato imperativo del artículo 175 de la Constitución, sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra.

Las *armas de guerra* son todos aquellos objetos fabricados, preparados o transformados por el hombre, cuya naturaleza, diseño, obtención, posesión y empleo están dispuestos para el uso exclusivo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, con el objeto de que sean utilizados en el cumplimiento de las misiones que la Constitución y las leyes les señalan a éstas.

Las armas de guerra pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) Armamento mayor

Conjunto de armas de fuego de calibre superior a 60 mm (morteros, obuses, proyectiles dirigidos, cañones, etc.), cuya organización y servi-

dumbre exigen la presencia de un equipo de individuos para su funcionamiento.

b) Armamento menor

Conjunto de armas de fuego de calibre inferior a 60 mm (pistolas, fusiles, etc.), cuya organización y servidumbre permiten su funcionamiento aun con la presencia de un solo individuo.

La Constitución señala que todas las armas existentes en el país, así como las que se fabriquen o se introduzcan en él, pasan a ser propiedad del Estado sin ningún tipo de proceso administrativo ni indemnización (se exceptúa la fabricación de armas de guerra por la industria privada en los casos que la ley específicamente señale).

En ese sentido, corresponde a la Dirección de Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil, ponerlas a disposición del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para que determine su destino.

Asimismo, la Constitución señala que por ley de la materia se reglamenta la fabricación, el comercio, la posesión y el uso de armas distintas de las de guerra por particulares (aquellas que se encuentran destinadas específicamente para la legítima defensa personal, los deportes, la caza y la colección).

3.9 La estructura institucional

El artículo 168 de la Constitución señala que corresponde a las leyes orgánicas de cada institución de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, amén de a los reglamentos respectivos, determinar los siguientes aspectos:

- Organización.
- Funciones.
- Especialidades.
- Preparación y empleo del personal castrense.
- Disciplina.

3.10 La participación institucional

La expresión *participar* significa "tener intervención en alguna cosa"; ergo, implica cooperar, laborar y contribuir en una tarea solidaria.

En ese sentido, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por mandato expreso del artículo 171 de la Constitución, prestan apoyo en los siguientes aspectos:

a) Cooperación en pro del desarrollo económico y social del país

El *desarrollo* expresado aquí, implica el incremento o crecimiento de la riqueza nacional, así como la adquisición de mayor bienestar para la población.

Ello lleva a la forja de la creación o incremento racional de las condiciones económicas y sociales que permitan el auge patrimonial y la satisfacción de las necesidades básicas y elementales del hombre, lo que contribuye a su perfeccionamiento.

b) Cooperación en pro de la defensa civil

La *defensa civil* implica la protección a la población mediante la previsión de daños, proporcionando ayuda material oportuna y adecuada, así como asegurando la rehabilitación de la infraestructura, etc., en caso de desastres o calamidades cualquiera sea su origen.

Esta participación institucional se encuentra sujeta a las leyes de la materia.

En ese sentido, la construcción de infraestructura, el mantenimiento de la red de comunicaciones, etc., son una contribución sustantiva para el desarrollo.

3.11 La asignación de personal y los recursos institucionales

El artículo 172 de la Constitución señala que el número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional es fijado anualmente por el Órgano Ejecutivo.

Esta disposición es coherente con el criterio de acuerdo al cual el presidente de la República es el jefe supremo de ambos institutos, amén de tener las responsabilidades específicas que políticamente el artículo 118 de la Constitución le encarga.

Los recursos económicos que se requieren para el incremento de efectivos son aprobados en la ley anual de Presupuesto.

En ese sentido, cabe señalar que el Congreso tiene indirectamente la última palabra sobre la materia, por corresponderle aprobar la ley de Presupuesto.

Asimismo, le corresponde al presidente de la República el otorgamiento de los ascensos militares y policiales.

Al respecto, los ascensos deben ser entendidos como una mejora o elevamiento jerárquico dentro de la escala de la carrera institucional.

3.12 Equivalencia de las carreras institucionales

Al influjo del constituyente Fernando León de Vivero (Apra), se consagró en la Constitución de 1979 la equivalencia de las carreras institucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. El artículo 174 de la actual Constitución ha mantenido inalterable dicho principio.

Esta equivalencia se establece en cuatro conceptos, en favor de los oficiales de carrera:

a) Grados.
   Hacen referencia al nivel de la carrera castrense.
b) Honores.
   Hacen referencia a las prerrogativas de carácter protocolar.
c) Remuneraciones.
   Hacen referencia a la retribución o pago por el servicio que se presta.
d) Pensiones.
   Hacen referencia a la compensación económica que se otorga al exintegrante de un instituto castrense después de haber concluido su actividad laboral-funcional.

Asimismo, se dispone que una ley especial establecerá las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial.

En ambos casos, los derechos indicados sólo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.

4 EL FUERO MILITAR Y EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

El artículo 173 de la Constitución señala que, en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero militar y al Código de Justicia Militar.

El *delito de función* debe ser entendido, según Óscar Schiappa Pietra, como:

> "Una acción antijurídica tipificada expresamente en la ley, realizada por un sujeto a quien legalmente se le imputa la condición de militar o policía en acto de servicio, y respecto de sus funciones profesionales."

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta la existencia de tres elementos:

a) La condición militar o policial del sujeto autor del ilícito penal.

b) El carácter militar o policial del hecho punible, el cual se verifica en pleno acto de servicio y está relacionado con la función que ejerce su autor. Por ende, implica una colisión contra los principios y deberes que emanan del servicio que se presta.
c) Tipificación legal expresa en el Código de Justicia Militar.

La inexistencia de alguno de estos tres elementos determina *ipso jure* la condición de ilícito común.

La calificación del hecho punible como ilícito de función se establece de la relación causal existente entre la acción antijurídica y la función militar o policial, así como del hecho de que el acto delictuoso debe guardar relación con la índole del servicio.

En ese sentido, son *delitos de función* aquellos expresamente establecidos en el Código de Justicia Militar o en norma penal aplicable a la función militar. Todo lo no previsto en dichos textos es de competencia del fuero común.

El *fuero militar*, según lo dispone el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, es, por excepción, uno de los tipos de jurisdicción independiente del Órgano Judicial.

Cabe consignar que la expresión *fuero* procede de la locución latina *forum*, derivada del nombre del rey griego *Phoroneo*, que era quien designaba el lugar en donde se realizaban los juicios y en donde el pueblo ejercitaba sus derechos y se pronunciaban las arengas públicas.

Guillermo Cabanellas de Torres[13] define el fuero militar como:

> "El derecho de todo militar a ser juzgado en la jurisdicción castrense por las infracciones características de su estado, y el deber de la justicia militar de someter a juicio a los elementos militares, y ocasionalmente, evitar que incurran en los delitos o faltas típicamente militares."

Su objeto es prever y reprimir los delitos y faltas que afectan a las instituciones militares, así como organizar los tribunales que deben conocer privativamente de tales delitos y faltas, amén de señalar el procedimiento especial que debe seguirse para juzgarlos.

En verdad, representa un conjunto de inmunidades, ventajas concedidas y obligaciones impuestas al grupo castrense por razón de las funciones que ejerce y la misión que desempeña.

---

13 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*, op. cit.

Su fundamento radica en la peculiaridad de las infracciones que cometen los militares, lo que amerita una apreciación judicial conocedora del espíritu, aptitud y comportamiento militar, así como de la simplicidad, rapidez y orientación jerárquica, que son conceptos privilegiados en el seno de los institutos armados.

El procesalista español José Caravantes[14] sostiene lo siguiente:

> "El fuero militar es de necesidad local, porque los militares no tienen más domicilio fijo que la bandera; es de necesidad orgánica, porque la disciplina castrense se robustece asignándosele a la oficialidad atribuciones judiciales; es de necesidad moral, porque los jefes deben saber los resultados de la vida privada de sus súbditos; y es de necesidad política en circunstancias singulares y en los estados de guerra o de sitio, porque la fuerza física aumenta cuando se le agregan los resortes morales que sirven para precaver y reprimir. Este fuero está, pues, muy distante de ser simplemente un privilegio y de perjudicar el interés público."

El tratadista Mateo Goldstein[15] califica a los militares como una sociedad en sí misma, perfecta y permanente, por lo que ella necesita tribunales que mantengan su subsistencia y promuevan la justicia en su seno. Sostiene que las fuerzas armadas, por el fin a que se consagran, necesitan una gran solidaridad que sólo se consigue con una disciplina fuerte, rígida e inflexible, para que sea el lazo que, uniendo en un apretado haz a los individuos, forme y unifique sus voluntades y les dé una dirección rectilínea.

Para Goldstein, la condición de militar presume una situación jurídica especial, y por eso existen deberes y obligaciones peculiares en el orden penal, administrativo, etc.

El fuero militar se encuentra, así, encargado de mantener la moralidad, el orden y la disciplina –principios fundamentales sobre los que reposa la organización de los cuerpos armados–, reprimiendo su quebrantamiento; así como de velar por todos los demás aspectos que interesan al servicio de los institutos armados.

En resumen, la justicia militar no es la penal ordinaria, sino la disciplinaria. Se administra en función de gente formada profesionalmente

---

14 CARAVANTES, José. *Tratados histórico-filosóficos en procedimientos judiciales en materia civil.* Tomo I.

15 GOLDSTEIN, Mateo. "Fuero militar". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba.*

para la defensa nacional o del orden interno. Informa con extremo rigor el cumplimiento de los reglamentos, órdenes y autoridad castrenses.

El origen histórico del fuero militar se entronca con la aparición de los primeros pueblos. Así, los jefes de tribu desempeñaban funciones judiciales concomitantes al ejercicio del mando militar.

Federico Carlos de Savigny señala, en su libro *Historia del derecho romano*, la existencia de un fuero para asuntos puramente militares y de disciplina. En las postrimerías del Imperio romano, correspondió a los emperadores Honorio (395-423 d. de C.) y Teodosio II (408-450 d. de C.) el permitir que los militares fuesen citados en asuntos civiles ante el *magister militar*, aunque esto tenía carácter facultativo.

Asimismo, Teodosio I, el Grande (379-395 d. de C.), dejó a los militares adscritos a zonas alejadas de Roma, bajo la jurisdicción de sus jefes. Finalmente, Justiniano extendió el fuero de manera genérica.

En la época feudal, entre los godos surgen los *tiufados*, que eran jefes de ejércitos compuestos por un millar de hombres. Ellos cumplían funciones militares en tiempos de paz y de guerra. Estas características se consolidarán en las ordenanzas de Felipe II, en 1587, y en las de Felipe IV, en 1632. Con Felipe V, en 1701, se establecieron los consejos de guerra de oficiales, para todos los delitos militares cometidos por tropas de infantería, caballería y dragones (especie intermedia entre jinetes e infantes).

En el Perú, durante el Imperio incaico existió un esbozo de justicia militar, por la severidad con que se castigaban la traición, la deserción y el incumplimiento del servicio militar obligatorio. Las normas y penas alcanzaban a todos los súbditos del Inca entre los 25 y 50 años de edad.

En la etapa colonial rigieron con amplitud las conocidas ordenanzas militares españolas (1728); la real cédula de Carlos II, de 1673, sobre el Consejo Supremo de Guerra; la ordenanza naval de 1802, así como las prescripciones contenidas en el Prontuario de Espinoza y en las Leyes de Colón.

En el período republicano puede apreciarse que el artículo 21 de la Constitución de 1823 señalaba que:

> "Todas la leyes que no se opongan al sistema de independencia y a los principios que en la Constitución se establecen, quedan en todo vigor y fuerza hasta la organización del Código Civil, Criminal y Militar y de Comercio."

Ergo, subsistían las anteriormente reseñadas.

En el mismo año (1823), se dictó la primera "ley sobre Competencia entre los Juzgados del Fuero Privilegiado y los Ordinarios de Primera Instancia". En caso de conflicto, la contienda se dirimía en las Cortes Superiores.

La Constitución de 1834 prescribió la existencia de un Consejo Supremo de Guerra, cuyo nombramiento emanaba del Órgano Ejecutivo.

Debe señalarse que la libérrima Constitución de 1856, por inspiración de los liberales lo proscribió en términos muy duros.

La Constitución de 1860 decretó específicamente que la obediencia militar sería asignada con arreglo a leyes y ordenanzas militares.

La Constitución de 1979 estableció la existencia de una Administración de justicia militar, independiente del Poder Judicial.

El poder de administrar justicia militar se ejerce indistintamente en tiempo de paz o de guerra.

Se entiende por *tiempo de paz* aquel período de tranquilidad y sosiego en la vida interna de los Estados y, singularmente, en las relaciones internacionales entre los mismos, con proscripción de la violencia armada.

En suma, el fuero militar establece el derecho de todo militar o policía nacional a ser juzgado en una jurisdicción especial por las infracciones características derivadas de su actividad profesional. Su objeto consiste en prever y reprimir los delitos y las faltas que afecten a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, así como en organizar los tribunales que deben conocer privativamente de tales delitos y faltas.

El Código de Justicia Militar de 1980 ha tipificado los ilícitos de su fuero en cinco grandes grupos, a saber:

- Delitos contra la seguridad y honor de la nación.
- Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado.
- Delitos contra la fe pública.
- Delitos contra el patrimonio.
- Delitos contra los deberes de función.

En ese contexto de paz aparecen los siguientes órganos jurisdiccionales:

- El Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia.
- Los Juzgados de Instrucción.

Hay *tiempo de guerra* cuando entre dos o más Estados impera un clima de hostilidad, hay suspensión de relaciones diplomáticas, se produce la interrupción del intercambio comercial, y, fundamentalmente, se realizan acciones de agresión o de defensa bélica.

En ese contexto de guerra aparecen los siguientes órganos jurisdiccionales:

- La Comandancia del Teatro de Operaciones.
- Las Jefaturas con Mando Independiente.
- Los Consejos de Revisión.
- Los Consejos de Guerra Especiales.
- Los prebostes.

Por mandado expreso del artículo 141 de la Constitución, la Corte Suprema conoce en casación las resoluciones del fuero militar que impliquen la imposición de la pena de muerte.

Ahora bien, el artículo 173 de la carta magna señala que las disposiciones del Código de Justicia Militar no son aplicables a los civiles, salvo en cuatro casos:

a) Traición a la patria

Este supuesto se verifica cuando una persona, valiéndose de su condición de docente o profesor, influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo (D.L. 25894).

También se verifica en caso de utilización de coches-bombas o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental, o causen daños a la propiedad; o cuando de cualquier otra manera se pueda generar gran peligro para la población.

Además se verifica en el caso de almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, materiales de amonio o elementos para elaboración de este producto, o al proporcionar insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos para su empleo en los actos previstos anteriormente; amén de los casos del que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista y del que suministra, proporciona o divulga informes, datos, planes, proyectos, etc., o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para facilitar o favorecer el resultado de daños (D.L. 25659).

b) Terrorismo

Este supuesto se verifica cuando una persona provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, o realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y la seguridad personal. Asimismo, cuando atenta contra la seguridad de los edificios públicos, vías de comunicación, transporte, etc.

c) *El incumplimiento del servicio militar obligatorio*
Este supuesto se verifica con las personas omisas al llamamiento, canje o inscripción en dicho servicio.
El reglamento de la ley de Servicio Militar Obligatorio (D.S. 004-74-CC. FF. AA., de 20 de agosto de 1975) señala que cometen infracción:
- Los peruanos que no se inscribiesen dentro de los plazos señalados; los guardadores o quienes ejerzan la patria potestad del omiso; así como las personas que, teniendo responsabilidades en la inscripción de oficio, no lo hicieren en los plazos establecidos.
- Los nacionalizados que no se inscribieran dentro de los noventa días después de habérseles expedido el correspondiente título.
- Los peruanos que no canjearan la boleta de constancia de inscripción por la libreta de servicio militar, etc.

d) *El personal civil de los institutos castrenses (médicos, enfermeras, oficinistas, etc.)*
Estos trabajadores forman parte de la reserva activa, según lo dispone el artículo 322 del Código deJusticia Militar.

Capítulo XI

La descentralización y los Gobiernos descentralizados

1 *ASPECTOS GENERALES*

Ésta es una de las materias peor tratadas por la Constitución, la misma que se encuentra claramente inclinada a reforzar el centralismo limeño, amén de haber desmantelado los avances descentralistas gestados a partir del texto constitucional de 1979.

Más aún, los Gobiernos descentralizados han visto recortadas sus atribuciones, rentas, etc., al extremo de que incluso, en el caso de los Gobiernos regionales, éstos ni siquiera tienen perfilada de manera precisa su condición de tales.

Ingresemos al tratamiento del tema.

2 *LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL*

La *demarcación* es definida como el acto de delimitación limítrofe.

Desde un punto de vista histórico, la *demarcación territorial* ha sufrido cambios cualitativos.

En la etapa del Imperio incaico el territorio se encontraba dividido en cuatro grandes circunscripciones denominadas *suyos* (Chinchaysuyo en el norte, Collasuyo en el sur, Contisuyo en el oeste y Antisuyo en el este).

En la etapa del Virreinato el territorio se encontraba dividido en audiencias (en 1680, al dictarse la Recopilación de Indias, existían las de Panamá, Lima, Santa Fe, Charcas, Quito, Chile y Buenos Aires). Éstas se subdividían en corregimientos y éstos en partidos.

A raíz de la sublevación de Túpac Amaru en 1782, se crearon las intendencias y las delegaciones (las primeras fueron creadas en Lima, Cusco, Trujillo, Huancavelica, Huamanga, Arequipa, Tarma y Puno).

En la actualidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 de la Constitución, el territorio nacional se divide en:

a) Regiones

Son circunscripciones que se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. Las provincias y los distritos contiguos pueden asimismo integrarse o cambiar de circunscripción (art. 190 de la Constitución).

b) Departamentos

Son circunscripciones aprobadas por el Congreso a partir de una propuesta hecha por el Ejecutivo (inc. 7 del art. 102 de la Constitución). Se conforman con la unión de provincias colindantes.

c) Provincias

Son circunscripciones aprobadas por el Congreso a partir de una propuesta hecha por el Ejecutivo (inc. 7 del art. 102 de la Constitución). Se conforman con la unión de distritos colindantes.

d) Distritos

Son circunscripciones aprobadas por el Congreso a partir de una propuesta hecha por el Ejecutivo (inc. 7 del art. 102 de la Constitución).

3 *LA DESCENTRALIZACIÓN*

Es el proceso mediante el cual el Gobierno central –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– transfiere funciones y recursos a otras instancias estatales de gobierno, a efectos de que con autonomía e independencia asuman decisiones de gobierno dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Tal como lo dispone el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano tiene una estructura de gobierno descentralizado. Esta estructura –a pesar de los gruesos errores conceptuales y los claros vacíos normativos de la carta de 1993– se manifiesta en tres niveles:

- Gobierno central.
- Gobiernos regionales.
- Gobiernos locales o municipales.

Ahora bien, la noción de descentralización está asociada a una pluralidad de conceptos, a saber:

a) Proceso permanente

La transferencia de funciones y recursos del Gobierno central hacia otras instancias menores de gobierno, se promueve, desarrolla y constituye de manera continua e ininterrumpida.

b) Desarrollo integral

La transferencia de funciones y recursos del Gobierno central hacia otras instancias menores de gobierno, tiene como objetivo la elevación de los niveles de calidad del país, así como el incrementar la riqueza nacional.

c) Política de equidad

La transferencia de funciones y recursos del Gobierno central hacia otras instancias menores de gobierno –con el objetivo de promover el desarrollo integral de la nación–, está sujeta a la búsqueda de armonía y equidad en la distribución de la riqueza y el aprovechamiento racional y pleno de los recursos del país.

No obstante todo lo expuesto, compartimos la crítica que formula el constitucionalista César Landa Arroyo[1], en el sentido de que el artículo 188 de la Constitución –que señala que la descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país– es incongruente con el Título III de la misma carta, el cual está referido a la Constitución económica, inspirada en la iniciativa privada y sin ningún mecanismo de planificación estatal.

La historia del Perú está marcada por una vocación centralista que ha agravado, con el tiempo, los graves problemas de concentración de las decisiones gubernamentales, generación y distribución de la riqueza, desarrollo inarmónico, etc. Así, a las culturas preincas, con sus regímenes de señoríos y behetrías, las sucedió el Imperio de los incas, que, fruto de la gestión de Pachacútec, derivó en un imperio centrípeto.

Como bien afirma el tratadista nacional José Pareja Paz Soldán[2],

> "la colonización española se propuso mantener la unidad y centralización del Imperio incaico."

Dicho propósito se consumó, en la práctica, bajo la égida política, social y económica de Lima.

La República continuó por dicho *iter* centralista, salvo la corta experiencia gestada por la Constitución de 1979 e impulsada por el gobierno aprista de 1985-1990. Lamentablemente, dicho proceso fue truncado con el autogolpe de 1992 y la posterior dación de la Constitución de 1993.

---

1 LANDA ARROYO, César. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Comisión Andina de Juristas.

2 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, op. cit.

Cabe advertir que el Estado unitario aparece entre nosotros con la Constitución de 1823, la misma que desdeñó la tesis federalista presentada por José Faustino Sánchez Carrión.

En dicha carta concisamente se señaló que:

> "Todas las provincias del Perú, unidas en un solo cuerpo, forman la nación peruana."

En puridad, los escasos ensayos descentralistas han fracasado por razones tan disímiles, como son:

- Aplicación del proceso de descentralización en períodos de anarquía política (es el caso de la descentralización semipolítica de 1828).
- Aplicación del proceso de descentralización en períodos de conflicto bélico (es el caso de la reforma administrativa de 1873).
- Aplicación del proceso de descentralización en períodos de penuria fiscal (es el caso del proceso de 1886).
- Aplicación del proceso de descentralización en períodos de quiebra del Estado de Derecho (es el caso de los Congresos Regionales de 1920).
- Aplicación del proceso de descentralización en períodos de falta de voluntad política (es el caso de los Consejos Departamentales de 1933).

Desde una perspectiva teórica, la temáticá de la descentralización fue abordada por José Carlos Mariátegui en sus *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*; por Víctor Raúl Haya de la Torre en su *Discurso-programa de 1931*, y por Emilio Romero en el Congreso Constituyente de 1931.

Uno de los problemas más álgidos del Perú republicano es la asfixiante concentración del poder económico, político y administrativo en la ciudad capital.

Para acreditar este aserto, baste señalar que Lima concentra el 25% de los migrantes, el 44% del ingreso nacional, el 64% de las industrias, el 75% de las operaciones bancarias, el 90% de la recaudación fiscal y el 35% de los profesionales universitarios.

Este mal endémico fue graficado, en su oportunidad, por una gran figura literaria de comienzos de siglo, Abraham Valdelomar, quien se reunía diariamente con otros personajes en el *Palais Concert* (café de moda ubicado en el jirón de La Unión, la histórica arteria limeña) y acuñó el siguiente sorites:

"El Perú es Lima,
Lima es el jirón de La Unión,
el jirón de La Unión es el Palais Concert,
el Palais Concert soy yo."

Conscientes de esta verdad histórica, los constituyentes de 1979 buscaron, sin abandonar la concepción de Estado unitario, nuevas fórmulas para promover una verdadera descentralización. Para ello tomaron en cuenta los contenidos sobre la materia, de la Constitución italiana de 1947 y la española de 1978.

En dicho marco, durante el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry se elaboró el Plan Nacional de Regionalización (1983) y, luego, la ley de Bases de la Regionalización (1987). Le correspondió a Alan García Pérez –más allá de los naturales errores que se producen en un proceso de reformas– el mérito de haber implantado el funcionamiento de los Gobiernos regionales.

La más importante experiencia descentralizadora del país ha sido cortada de raíz con la Constitución de 1993.

3.1 Los Gobiernos descentralizados

La expresión *Gobierno*, desde un punto de vista semántico, se entiende como la organización mediante la cual se fomenta la voluntad del Estado.

Ahora bien, como consecuencia de la transferencia de funciones y recursos surgen los Gobiernos descentralizados.

Nuestra Constitución prevé dos modalidades:

- Gobiernos locales o municipales.
- Gobiernos regionales.

Cabe consignar que por mandato expreso del artículo 199 de la Constitución, los Gobiernos regionales y los Gobiernos locales están obligados a rendir cuenta de la ejecución de su presupuesto a la Contraloría General de la República.

3.2 Los Gobiernos locales o municipales

Se trata de órganos de gobierno descentralizado con personería de derecho público interno, cuya autoridad se legitima por la voluntad popular. Por ende, gozan de autonomía en tres aspectos:

a) Autonomía política

Consiste en la facultad que tienen para adoptar y ejecutar libremente sus acuerdos en los asuntos de su competencia.

b) Autonomía económica

Consiste en la facultad que tienen para hacer uso de sus recursos y presupuestos en los asuntos de su competencia.

c) Autonomía administrativa

Consiste en la facultad que tienen para adoptar libremente su propio régimen interno de organización y administración.

Las competencias aludidas se encuentran fijadas en el artículo 192 de la Constitución y en la ley orgánica de Municipalidades.

El Gobierno local o municipal se sustenta en la sociabilidad básica y en el bienestar en unión de nuestros semejantes más cercanos, en razón del territorio que habitan.

El tratadista Adolfo Posada[3] señala que se

> "trata de una sociedad natural determinada por exigencias reales de la vida humana –que trasciende a las puras relaciones de parentesco o ascendencia común–, que se producen merced a una convivencia territorial o espacial. Se trata de una unidad distinta a la de sus miembros, mediante la cual se realizan, en una esfera espacial, todos los fines racionales de la vida."

Como bien afirma el tratadista alemán George Jellineck[4], descansa en una base social no creada por el Estado, sino forjada en la comunidad de intereses vecinales.

La historia recuerda que el *municipio* es anterior al Estado; forma parte de éste y constituye su célula originaria. El Estado no lo crea, sino simplemente lo organiza.

En razón de lo expuesto, es la más antigua y persistente de las organizaciones administrativas. Tiene, en suma, el carácter de sociedad natural.

En puridad, se trata de un órgano más social que político; más histórico que constitucional.

---

3 Citado por RUIZ ELDREGDE, Alberto. *La Constitución comentada*. Ed. Atlántida.

4 Citado por José Pareja Paz Soldán.

Como bien afirma el tratadista nacional Toribio Alayza y Paz Soldán, el municipio surge de tres elementos:

- Un conjunto de familias interrelacionadas.
- Un territorio urbano o rural donde se interrelacionan dichas familias.
- Un conjunto de necesidades colectivas que deberán ser satisfechas mediante la prestación de servicios públicos.

El Gobierno local tiene orígenes muy remotos. En la génesis institucional encontramos la magistratura edil.

La institución del *edilato* aparece en la Roma antigua a partir del año 250 a. de C. Estaba constituida por cuatro magistrados elegidos, separadamente, por plebeyos y patricios.

Sus atribuciones principales fueron tres:

a) Responsabilidad curie urbis

Estaban a cargo del cuidado de la ciudad; de la vigilancia del orden, la moralidad pública, las obras y los edificios públicos.

b) Responsabilidad curie arinonae

Estaban a cargo del ordenamiento de los centros de abasto, de los precios y del aprovisionamiento general.

c) Responsabilidad curie indorum

Estaban a cargo de la promoción y vigilancia de la recreación pública.

Durante la Edad Media, los vecinos de los burgos y villas lucharon por la extensión de sus cortes y fueros. Desde la aprobación de estos últimos, tuvieron una participación fundamental en el gobierno de las urbes.

Los municipios aparecieron en nuestro país con la conquista española, con la denominación de *cabildos.* Éstos se convirtieron, durante el siglo XVI, en la piedra angular de la administración colonial española.

Como señala el historiador nacional Fernando Silva Santisteban[5], la formación de pueblos elegidos siguiendo el modelo de las poblaciones ibéricas, y la conformación inmediata de los cabildos, contribuyeron enormemente al proceso de aculturación. Ello fue tan evidente que Raúl Porras Barrenechea señalaba que "no se concebía una unidad indo-española sin la existencia de un cabildo".

Correspondía a la autoridad del cabildo la regulación, vigilancia y prescripción de aspectos tales de la vida urbana como: reparto de sala-

5 SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Historia del Perú,* op. cit.

rios; otorgamiento de mercedes; control de precios; fijación de tasas y aranceles; construcciones y arreglos de obras públicas; organización de la recreación vecinal; establecimiento de industrias y comercios; mantenimiento del orden y el ornato; reglamentación del trabajo de esclavos e indios; tutela de menores de edad; armado de las milicias para combatir las rebeliones, etc.

Cabe advertir que el cabildo podía ejercitar *directamente* el derecho de petición ante el rey a través de los *procuradores* nombrados para el efecto, cuando creyeran conveniente solicitar alguna merced o privilegio para la ciudad.

Los miembros del cabildo eran los siguientes:

a) Los alcaldes

Cargo dual nacido de la voluntad popular, entre los vecinos notables de la ciudad. El proceso electoral se llevaba a cabo el mismo día de Año Nuevo.

b) Los regidores

Éstos también eran elegidos en la misma fecha; aunque el rey podía designar como tales, en las ciudades importantes, a algunos de sus súbditos, con la denominación de *regidores perpetuos.*

c) El alguacil mayor

Éste velaba por la seguridad de la ciudad y la tranquilidad de sus vecinos. Acompañado por sus *corchetes* o alguaciles, hacia la ronda nocturna.

d) El alcalde de la santa humanidad

Era una especie de jefe policial rural, encargado de la patrulla en los campos. Al mando de sus cuadrilleros, buscaba y capturaba a los bandoleros y prófugos de la justicia.

e) Escribano de cabildo

Era el encargado de redactar las actas de las sesiones, capitulaciones y demás documentos oficiales del cabildo.

El caso de los cabildos indígenas

Éstos consistían en la reunión de los jefes de familia en consejo, a efectos de tratar los asuntos concernientes a la marcha de su comunidad, de acuerdo a sus conveniencias e intereses. Tenían la responsabilidad del control de las fiestas y mercados, así como de la administración de justicia en materia penal y civil. Fueron establecidos entre 1557 y 1560.

En estos cabildos nunca eran admitidos ni españoles ni criollos.

Los alcaldes indígenas recibían la denominación de *varayocs.* Incluso, actualmente los jefes de las comunidades indígenas expresan su poder a través de una vara del mismo nombre.

El control de la marcha institucional de los cabildos indígenas estaba a cargo del corregidor.

Los Gobiernos locales alcanzan reconocimiento constitucional con la carta de 1812, en donde se señalaba:

> "Para el gobierno interior de los pueblos habrá ayuntamientos compuestos del alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico."

Su nombramiento se efectuaba por elección popular.

En la Constitución de 1823 al Gobierno local se le denomina *poder municipal.* Su elección se efectuaba por colegios electorales de parroquia. Vicente Ugarte del Pino ha señalado que únicamente las Constituciones de 1826 y 1839 ignoraron a los Gobiernos locales en su redacción.

En tiempos más recientes, correspondió a Fernando Belaunde Terry el devolverles su carácter democrático, el mismo que había sido pisoteado por la extensa lista de dictaduras imperantes a lo largo del siglo xx.

Es evidente que los Gobiernos locales han sido –y siguen siéndolo en gran medida– una formidable escuela de formación cívica, e incluso, un trampolín para el Palacio de Gobierno (casos de Manuel Pardo y Guillermo Billinghurst).

3.2.1 Tipos de municipalidades

Los Gobiernos locales se clasifican de la siguiente manera:

a) Municipios provinciales

Son aquellos que ejercen jurisdicción sobre el territorio de una provincia y la circunscripción del cercado.

b) Municipios distritales

Son aquellos que ejercen jurisdicción sobre el territorio de un distrito.

c) Municipalidades delegadas

Son aquellas que se establecen en un centro poblado adscrito a un distrito –previa solicitud de la mayoría de la población–, por razones que tienen que ver con una mejor atención a la demanda de servicios

públicos, o con el número de vecinos, o con la distancia o ubicación geográfica.

La representación edil la ejerce la autoridad comunal designada conforme a sus usos y costumbres. Esta representación debe ser convalidada por el alcalde distrital. Las funciones se ejercen por delegación y previa especificación de las mismas por el Concejo provincial, con conocimiento del municipio distrital respectivo.

A mayor abundamiento, las municipalidades delegadas se crean en razón y previo cumplimiento de tres requisitos:

- Comprobada necesidad de atención de servicios locales, los mismos que para alcanzar eficiencia y eficacia requieren de un nivel de presencia más vigoroso.
- Territorio no comprendido dentro de los límites de la capital de la República o en el núcleo poblacional central de un distrito.
- Población adulta en cantidad superior a quinientas personas, y con capacidad económica adecuada para solventar la organización y sostenimiento de los servicios públicos esenciales.

3.2.2 Régimen municipal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución, existen dos regímenes para los municipios, a saber:

a) Régimen ordinario

En este régimen se encuentra la mayoría de las municipalidades. Se caracteriza por tener un tratamiento jurídico y económico común y uniforme.

b) Régimen especial

En este régimen se encuentra un número limitado de municipalidades. Se caracteriza por tener un tratamiento jurídico y económico diferente en razón de consideraciones de carácter geográfico, económico-social y político.

En cuanto a este régimen se distinguen cuatro casos:

- Régimen especial de la capital de la República, por mandato del artículo 49 de la Constitución.
- Régimen especial de las capitales de las provincias con rango metropolitano.

  Como bien sabemos, las metrópolis son aquellas ciudades que adquieren importancia en función de su volumen poblacional, nivel de urbanización, grado de desarrollo económico-social, raigambre histórico-política, etc.

- Régimen especial de las capitales de departamentos de ubicación fronteriza (Tumbes, Chachapoyas, Iquitos, Puerto Maldonado, Puno y Tacna).
- Régimen especial para la provincia del Callao y las provincias de frontera.

3.2.3 Estructura orgánica

Los Gobiernos ediles presentan la siguiente estructura orgánica:

a) El Concejo

Por mandato del artículo 191 de la Constitución, ejerce funciones legislativas y de fiscalización.

Entre sus principales atribuciones están: acordar su régimen interior; crear, modificar y suprimir (o exonerar de) contribuciones, arbitrios y derechos; organizar los servicios públicos municipales, etc.

El Concejo está conformado por el alcalde –quien es su conductor– y el cuerpo de regidores.

b) La alcaldía

Por mandato del artículo 191 de la Constitución, ejerce funciones ejecutivas.

Entre sus principales atribuciones están: convocar y presidir las sesiones del Concejo; cumplir y hacer cumplir la legislación municipal; vigilar el cumplimiento de los contratos; convocar a licitación pública o concurso de precios para bienes y servicios en favor del municipio, etc.

3.2.4 Modelo de elección

El alcalde y el cuerpo de regidores –cuyo número se establece de conformidad con la ley electoral– son elegidos por sufragio directo para un período de cinco años, con posibilidades de reelección indeterminada.

3.2.5 Características de la representación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 de la Constitución, los cargos ediles son irrenunciables, pero revocables por mandato popular.

La *irrenunciabilidad* de la representación vecinal consiste en la imposibilidad jurídica de abandonar por propia decisión el cargo antes del período para el que se ha sido elegido.

La *revocatoria* es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir a los miembros de un concejo municipal, ya sea colectiva o individualmente.

Debe advertirse que la revocatoria no procede durante el primero ni en el último acto de gestión.

La solicitud de revocatoria edil debe ser individualizada y fundamentada; empero, no requiere ser probada en cuanto a su justificación.

El Jurado Nacional de Elecciones es el encargado de convocar a consulta electoral, la misma que se verifica dentro de los noventa días siguientes de haberse presentado la solicitud arriba señalada.

Esta consulta se lleva a cabo –en una circunscripción edil– siempre que el 25% de los electores (sobre un máximo de 400 mil) presente la respectiva solicitud ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

La revocación se produce cuando votan en favor de ella la mitad más uno de los electores. En caso contrario, la autoridad edil se mantiene en el cargo, sin que se admita la posibilidad de presentación de renovación de solicitud de revocatoria hasta dos años después de realizada la consulta popular.

3.2.6 Las prerrogativas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 de la Constitución, las prerrogativas funcionales se consignan en la ley orgánica de Municipalidades. Éstas consisten en remuneraciones; dietas; honores; licencia de trabajo en razón del ejercicio de un cargo edil; derecho a no ser trasladado ni reasignado laboralmente sin consentimiento del funcionario mientras dure su período de representación, etc.

3.2.7 Requisitos

Para postular a un cargo edilicio se requiere acreditar lo siguiente:

- Gozar del derecho de sufragio.
- Estar inscrito en el Registro Electoral.
- Ser vecino de la respectiva circunscripción vecinal, con no menos de dos años de residencia continua antes de la convocatoria a elecciones.

Debe advertirse que nuestra legislación permite que los extranjeros residentes por más de dos años consecutivos en una misma circunscripción vecinal, puedan postular a un cargo edilicio, salvo que se trate de municipios ubicados en zona de frontera.

Para ello se les exige hallarse inscritos en el registro electoral municipal para extranjeros.

3.2.8 Competencias municipales

Hacen referencia al conjunto de facultades, atribuciones y responsabilidades consignadas en el artículo 192 de la Constitución y en la ley orgánica de Municipalidades.

En ese sentido, las municipalidades tienen competencia para:

- Aprobar su organización interna y su presupuesto.
  Por mandato expreso de la ley orgánica de Municipalidades, los Gobiernos locales expiden los denominados *edictos municipales,* en cuya virtud se aprueba el respectivo reglamento de organización interior.
  Asimismo, es obvio que los municipios se rigen por presupuestos anuales, como instrumentos de administración y de gestión.
  Los presupuestos municipales contienen las provisiones de ingreso y supuestos gastos; estos últimos pueden ser corrientes y de inversión.
  Los gastos corrientes contienen las partidas de egresos para la atención de las actividades y servicios municipales.
  Los gastos de inversión especifican las obras y estudios que serán ejecutados de conformidad con el plan y programa anual de inversiones municipales.
- Administrar sus bienes y rentas.
  El artículo 193 de la Constitución establece que son bienes y rentas de las municipalidades:
  - Los bienes e ingresos propios.
    Los bienes propios hacen referencia a las cosas que le pertenecen de manera privativa y particular a cada municipalidad.
    Los ingresos propios son aquellos que se obtienen de los rendimientos económicos provenientes de los bienes corrientes y de servicios, tasas, rentas de propiedades, saldos de balances, ventas de bienes de capital, etc.
  - Los impuestos creados por la ley en su favor.
  - Las contribuciones, tasas, etc., creadas por su concejo.
  - Los recursos asignados por el Fondo de Compensación Municipal que se crea por ley.

A la fecha, el decreto legislativo 776 establece que dicho fondo se constituye con los recursos provenientes de los impuestos de promoción municipal, de rodaje y del que grava a las embarcaciones de recreo; fondo que se distribuye entre las municipalidades provinciales y distritales.

- Las transferencias presupuestales del Gobierno central.
  Implican el traslado de partidas secundarias sin que se alteren las cuentas totales aprobadas por el Órgano Legislativo. Esto con el fin de agilizar el sistema de administración financiera del municipio.
- Los recursos derivados por concepto de canon.
- Los demás recursos que se consignen en la ley orgánica de Municipalidades y en leyes especiales.

- Crear, modificar y suprimir tributos de naturaleza municipal.
  Los tributos municipales son cinco:

  a) Contribuciones

  Se trata de tributos que se caracterizan por tener como hecho generador la realización de obras públicas u otras actividades estatales (mejoras, pagos, pontazgo, barcaje, etc.).

  b) Tasas

  Se trata de tributos que se caracterizan por tener como hecho generador la prestación efectiva, por el municipio, de un servicio público individualizado en cada vecino-contribuyente. Debe advertirse que no se considera como tal el pago que se efectúa por un servicio de origen contractual.

  c) Arbitrios

  Se trata de tributos que expresan una modalidad de tasa, que se abonan por la prestación o mantenimiento de un servicio público no individualizado (alumbrado, limpieza, conservación de parques y jardines).

  d) Derechos

  Se trata de tributos que expresan una modalidad de tasa y que se abonan por la prestación de un servicio público o por el uso o aprovechamiento de un bien público.

  e) Licencias

  Se trata de tributos que expresan una modalidad de tasa y que gravan la obtención de autorizaciones específicas

para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización edil (uso de armas, venta de bebidas alcohólicas, rifas, etc).

– Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
El *servicio público* alude a la atención y despliege de actividades de interés nacional, en las cuales el ente edil ejerce administración o control sobre una actividad comunal dirigida a satisfacer una necesidad de carácter colectivo, indispensable para la vida en relación.
– Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, así como ejecutar los planes y programas correspondientes.
La *planificación* es el proceso por el cual se definen objetivos concretos y se despliega una acción previamente determinada en función de los recursos disponibles para alcanzar dichas metas. Implica, por lo tanto, un acto de voluntad edil que importa tomar decisiones previas y disponer a su ejecución.
Consiste en la concepción anticipada de la acción municipal que se requiere realizar y que es elegida racionalmente como consecuencia de una evaluación de medios y fines.
Esta planificación puede darse tanto en el ámbito urbano como en el rural.
– Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.

3.2.9 Las asociaciones interinstitucionales

El artículo 194 de la Constitución señala que los Gobiernos locales pueden asociarse o concertar entre ellos convenios de cooperación para la ejecución de obras o la prestación de servicios comunes.

3.2.10 La cooperación en materia de seguridad ciudadana

El artículo 195 de la Constitución señala:

> "La ley regula la cooperación de la Policía Nacional con las municipalidades en materia de seguridad ciudadana."

Al respecto, entendemos que la redacción utilizada por los constituyentes de 1993 es equívoca, ya que, en puridad, la seguridad ciu-

dadana corresponde a la competencia de la Policía Nacional.

En ese sentido, el artículo 166 de la Constitución señala que la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Ella presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad, y garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado.

De allí que compartamos las opiniones expuestas por el constitucionalista César Landa Arroyo sobre la materia, a saber:

a) En rigor, la cooperación es de los Gobiernos locales hacia la Policía Nacional.
b) En la práctica, dicha cooperación se brinda en las zonas urbanas a través del serenazgo; y en las zonas rurales, con las rondas campesinas y los comités cívicos de autodefensa.

3.2.11 Los Gobiernos locales y el endeudamiento

El artículo 75 de la Constitución señala que los Gobiernos locales se encuentran facultados para celebrar operaciones de crédito, con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal.

3.2.12 La iniciativa legislativa de naturaleza municipal

El artículo 107 de la Constitución señala que los Gobiernos locales tienen derecho de iniciativa en la formación de leyes relativas a las materias que les son propias.

3.2.13 Las acciones de garantía y los Gobiernos locales

Cabe advertir que, conforme a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, procede la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra aquellas ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

3.3 Los Gobiernos regionales

Se trata de los órganos de gobierno descentralizado, con personería de derecho público interno. Empero, como consecuencia de la normativa y de la voluntad constituyente, la noción de ente de gobierno deviene en una nebulosa jurídico-política en donde no se sabe de qué manera se ejercerá autoridad real.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución, las regiones gozan de autonomía en tres aspectos:

a) Autonomía política

Consiste en la facultad de adoptar y ejecutar libremente sus acuerdos en los asuntos de su competencia.

b) Autonomía económica

Consiste en la facultad de hacer uso de sus recursos y presupuesto en los asuntos de su competencia.

c) Autonomía administrativa

Consiste en la facultad de adoptar libremente su régimen interno de organización y administración.

3.3.1 Estructura orgánica

Los Gobiernos regionales presentan la siguiente estructura orgánica:

a) La Presidencia de Región

Su responsable es elegido por sufragio directo, para un período de cinco años. Puede ser reelegido. Su mandato es irrenunciable; empero, puede ser objeto de revocación.

Al respecto, se han modificado sustantivamente las reglas de elección previstas en la Constitución de 1979, en donde la presidencia del Gobierno regional era consecuencia de una elección indirecta, ya que eran los miembros de la Asamblea regional quienes elegían, entre uno de ellos, al presidente de Región (se exigía la mitad más uno del número legal de miembros de la Asamblea regional).

Las prerrogativas del cargo de presidente de Región se consignan en la ley.

b) El Consejo de Coordinación Regional

Ente de composición plural, está integrado por el número de miembros que señala la ley. Los alcaldes provinciales o sus representantes forman parte de él, de pleno derecho.

3.3.2 Competencias regionales

Hacen referencia al conjunto de facultades, atribuciones y responsabilidades asignadas a las regiones en el artículo 197 de la Constitución.

Las regiones son competentes para:

- Coordinar y ejecutar los planes y programas socioeconómicos de ámbito regional.

Debe dejarse constancia de que la planificación ha sido descartada del régimen económico, porque dicha competencia va a contrapelo del resto del texto fundamental.

- Gestionar las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley.
- Apoyar la actividad de los Gobiernos locales.

  El artículo 197 de la Constitución declara expresamente que las regiones no pueden sustituir a los Gobiernos locales ni duplicar la acción ni la competencia de éstos.

  Este apoyo a los Gobiernos locales no está fijado constitucionalmente mediante criterio alguno. Debe recordarse que los conflictos entre Gobiernos regionales y Gobiernos locales, en la experiencia descentralista anterior, fueron una enorme traba para el desarrollo del proceso descentralizador.

Debe advertirse que los artículos 197 y 198 de la Constitución señalan que los bienes, rentas, estructura funcional y funciones específicas de las regiones se detallan mediante ley orgánica. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con los Gobiernos locales, en el texto magno no aparece ninguna referencia a la facultad de endeudamiento de las regiones, ni a potestades tributarias que se les hayan delegado.

3.3.3 La iniciativa legislativa de naturaleza regional

El artículo 107 de la Constitución señala que los Gobiernos regionales tienen derecho de iniciativa en la formación de leyes relativas a las materias que les son propias.

3.3.4 Las acciones de garantía y los Gobiernos regionales

Conforme a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, procede la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra aquellas normas regionales de carácter general que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Capítulo XII

El Estado y las situaciones de anormalidad

1 ASPECTOS GENERALES

Como bien afirman Blancas, Landa y Rubio[1], la normatividad jurídica que regula la constitución, vida y acción del Estado supone, como premisa para su aplicación, una situación de normalidad y equilibrio político, social, económico e incluso internacional. Empero, cuando dicha situación de regularidad plenaria desaparece o se ve gravemente alterada como consecuencia de factores perturbadores de diversa índole, se le hace difícil –e incluso imposible– al Estado actuar con arreglo a sus normas ordinarias, las mismas que se revelan ineficaces para afrontar una situación imprevista que puede poner en serio peligro la existencia misma del cuerpo político o la plenitud del ejercicio del poder.

Dentro de ese singular e incómodo contexto, el Estado hace frente a la perturbación causada por dicho "clima de anormalidad" empleando, para tal efecto, recursos excepcionales que le permitan una acción rápida y eficaz para conjurar y eliminar los factores de alteración.

La aplicación –con la anuencia de la Constitución– de una serie de recursos excepcionales implica la necesidad de solucionar o conjurar una serie de circunstancias anormales mediante la adopción de medidas suspensivas o restrictivas de ciertos derechos ciudadanos, que no violentan, en lo esencial, los principios políticos y jurídicos en que se asienta el Estado.

En ese sentido, Óscar Alzaga[2] ha puesto en relieve el gran drama del Estado de Derecho, que tiene que suspender las libertades y los dere-

---

1 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial. *Derecho constitucional general.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1978.*

chos fundamentales cuando se llega a situaciones límite, precisamente para que, a la larga, permanezcan salvaguardados tales derechos y libertades.

Nuestra Constitución prevé y regula la acción estatal para conjurar la aparición súbita y grave de circunstancias calificadas como anormales y que ponen en peligro la existencia misma del Estado, la plenitud del ejercicio del poder, o los intereses ciudadanos, mediante las siguientes instituciones:

- Los estados de excepción.
- El derecho de insurgencia.
- El derecho de insumisión.

Antecedente histórico de los estados de excepción

En Roma, durante el período de la República (509 a. de C. a 30 a. de C.), se estableció la "dictadura" como una institución legal.

Esta institución aparece cuando los cónsules –dos funcionarios que se encontraban colegiadamente al frente del organismo estatal– reconocían que Roma se encontraba ante circunstancias de grave peligro por razones bélicas.

En ese contexto, cualquiera de ellos instituiría un soberano temporal con el nombre de *dictador*.

Este personaje estaba capacitado para, incluso, suspender los poderes de quien lo había nombrado. Se convertía, así, en magistrado único, supremo y extraordinario. Sus decisiones eran inapelables de manera absoluta.

Su ejercicio, que en principio duraba un período no mayor de seis meses –salvo la prórroga concedida–, significaba la suspensión de la *intercessio* de los magistrados contra los mandatos del dictador, y de la *provocatio ad populum*.

Al concluir sus labores, comparecía ante el Senado y rendía cuenta de sus actos.

Correspondió a Carlos de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu, fundamentar teóricamente la necesidad de la implantación de recursos extraordinarios para enfrentar las situaciones de anormalidad, al afirmar que la práctica de la vida política en los pueblos más libres del mundo le había enseñado que era preciso, en ocasiones, cubrir con un velo la libertad, del mismo modo que en la antigüedad se ocultaba la estatua de sus dioses.

2 *NATURALEZA DOCTRINARIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN*

Siguiendo en gran parte al profesor Jorge Power Manchego-Muñoz[3], consideramos como características de los estados de excepción las siguientes:

- Concentración de poderes en un solo detentador –normalmente en el jefe del Ejecutivo–, con un conjunto de facultades extraordinarias, para que su acción sea tan rápida como lo exigen las graves circunstancias que pesan sobre el Estado.
- Existencia o peligro de una grave circunstancia excepcional de hecho, cuyo origen puede ser de carácter político-social, una catástrofe natural, un conflicto armado e incluso situaciones económicas.
- Temporalidad de la duración del estado de excepción.
- Finalidad consistente en defender la perdurabilidad de la organización político-jurídica donde se aplica.
- Potestad estatal subsidiaria que sólo opera en defecto de la inaplicabilidad de las acciones ordinarias, para salvaguardar la conservación del Estado.
- Aplicación, con criterio de proporcionalidad, de aquellas medidas que se supone permitirán, posteriormente, el restablecimiento de la normalidad política, social y hasta económica del Estado. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción.
- Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales.
- Decretamiento de aplicación del estado de excepción, al amparo de cláusulas constitucionales que expresamente lo permiten.
- Acrecentamiento de las actividades de las fuerzas armadas y de la policía.
- Inalterable funcionamiento de los demás poderes u órganos del Estado.

En algunas legislaciones la jurisdicción militar se hace extensiva a la civilidad.

---

3 POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y estado de excepción.* Ed. Sesator.

Horacio J. Mainer[4] señala que la *ley marcial* consiste en un procedimiento de derecho militar mediante el cual se otorga al mando castrense atribuciones de dirección y orientación sobre la conducta de civiles ubicados en un preciso dominio territorial.

Elementos de los estados de excepción

Las expresiones claras para configurar la doctrina de la situación de anormalidad se pueden resumir en las dos siguientes:

a) Situación de anormalidad

Implica la existencia de una circunstancia fáctica, peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata del Estado.

Esta situación anómala impone o demanda una solución casi instantánea, so pena de producirse un grave daño que comprometería la estabilidad o supervivencia del Estado.

b) Acto estatal necesario

Implica la respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, a efectos de enfrentar la situación de anormalidad.

En esta circunstancia, el Estado no actúa en razón de criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible.

3 *DIMENSIONES DE LAS SITUACIONES DE ANORMALIDAD Y SU CORRELATO CON LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN*

Siguiendo al tratadista argentino Pedro Néstor Sagüés, esas dimensiones son tres:

a) *Fáctica*. Contempla las situaciones, hechos o casos de anormalidad.
b) *Normativa*. Describe las reglas que regulan las situaciones de anormalidad.
c) *Axiológica*. Plantea la solución y legitimación de los fines que se persiguen alcanzar con la aplicación de determinados actos estatales.

En ese sentido, la declaratoria de los estados de excepción, como remedio de conjuración de una situación de anormalidad, se justifica en la medida en que se acredita:

---

4 MAINER, Horacio J. *Ensayo de un derecho de guerra*. Buenos Aires.

- La necesidad de asegurar la existencia misma del Estado.
- La necesidad de asegurar la libertad y la seguridad ciudadana.

4 *TIPOS DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN*

Desde nuestra perspectiva, *doctrinariamente* los tipos de estados de excepción son cuatro:

- *Estado de desórdenes internos*
  Se establece cuando se presentan situaciones de insurrección, motín, rebelión, perturbación de la paz, etc.
- *Estado de sitio*
  Se establece cuando se presentan situaciones o peligro inminente de invasiones, guerra exterior y guerra civil.
- *Estado de crisis económica*
  Se establece cuando se presentan situaciones de deflación, inflación, o anormalidades gravísimas en la producción, circulación, distribución y consumo de bienes o servicios.
- *Estado de alarma*
  Se establece cuando se presentan situaciones de catástrofes, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias; paralización de servicios públicos esenciales, y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

5 *LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

De conformidad con lo expresado en el artículo 137 de la Constitución, ésta reconoce la existencia de dos tipos de regímenes de excepción:

- El estado de emergencia.
- El estado de sitio.

Asimismo, de manera tácita, el artículo 118 (inc. 19) y el artículo 72 reconocen la existencia del estado de crisis económica.

5.1 El estado de emergencia

De manera específica –aunque con otra denominación– aparece en la Constitución americana de 1776, cuando permite la suspensión de la acción de hábeas corpus, en atención a la necesidad de preservar la seguridad pública, debelar una rebelión, etc.

El estado de emergencia aparece tibiamente regulado, por primera vez en nuestro país, a través de lo establecido en el artículo 36 de la Constitución de 1920, cuando señala:

> "El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligra la seguridad interior (...) las leyes y resoluciones que demande en su defensa, empero sin posibilidad de suspender los derechos y garantías constitucionales."

Sólo a partir de lo previsto en el artículo 70 de la Constitución de 1933 se describe la declaratoria de emergencia, con inclusión de la suspensión de derechos y garantías constitucionales.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 137 de la Constitución actual, el estado de emergencia contiene aquello que en doctrina se conoce como *estado de desórdenes internos* y *estado de alarma*. En suma, describe situaciones de naturaleza distinta.

Como bien afirma el constitucionalista Jorge Power Manchego-Muñoz[5], dicha norma expresa, dualmente, situaciones de naturaleza disímil: una de orden eminentemente político-social (hipótesis de perturbación de la paz y del orden interno), y otra de circunstancias procedentes de hechos naturales (catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la nación).

La declaración de emergencia se produce en cualquiera de las siguientes graves y extraordinarias circunstancias:

- Perturbación de la paz o del orden interno.
- Catástrofes y graves circunstancias que afecten a la nación.

La perturbación de la paz o del orden interno se describe como aquellos actos de desorden o trastorno que atentan contra la tranquilidad y sosiego en la vida interna del Estado.

La *catástrofe* se describe como aquel suceso desgraciado y severo derivado, de manera directa o indirecta, de la naturaleza (terremotos, inundaciones, huaycos, etc.).

Las *graves circunstancias que afecten a la nación* describen, de manera genérica e imprecisa, aquellas situaciones en donde la acción

5 POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y estado de excepción*, op. cit.

humana tiene algún nivel de participación (epidemias, situaciones de contaminación ambiental, etc.).

Como puede apreciarse de la redacción del artículo 137 de la Constitución, se plantea una cláusula abierta y genérica, en razón de existir la imposibilidad de comprender taxativamente todos los supuestos posibles. Como expresa acertadamente Jorge Power Manchego-Muñoz: "Lo anormal es siempre difícil de prever."

5.1.1 Declaración

El presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, mediante la expedición de un decreto supremo decreta el estado de emergencia, por plazo determinado no mayor de sesenta días, en parte o en la totalidad del territorio.

Para tal efecto, cumple con dar cuenta de dicha declaración al Congreso o a la Comisión Permanente.

La prórroga del estado de emergencia requiere el cumplimiento del procedimiento arriba descrito.

5.1.2 Efectos

El estado de emergencia puede implicar la restricción o suspensión del ejercicio de los siguientes derechos constitucionales:

- Derechos relativos a la libertad y seguridad personal.
- Derechos relativos a la libertad de reunión.
- Derechos relativos a la libertad de tránsito en el territorio.

En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie (ello significa la prohibición del alejamiento compulsivo de una persona del territorio del país).

La Constitución prevé la posibilidad de que durante el estado de emergencia las Fuerzas Armadas puedan asumir el control interno del país. Ello respondería al ejercicio de una facultad discrecional otorgada al presidente de la República.

5.2 El estado de sitio

De manera específica, esta institución constitucional aparece como consecuencia de la dación de la ley de 8 de julio de 1971 en Francia.

Esta norma permitía a las autoridades militares asumir la custodia del orden público cuando se producía un cerco o asedio bélico de una ciu-

dad francesa. Como bien afirma el tratadista argentino Germán Bidart Campos[6]:

> "Toda la autoridad que investía al poder civil de acuerdo con la Constitución, pasaba al comando militar, a efectos de promover en la conservación del orden y de la policía interior; y era ejercida por él bajo su personal responsabilidad. No cesaba hasta que quedaba roto el cerco, o, en caso de haber comenzado los ataques, hasta que se destruían los trabajos de los sitiadores y se reparaban las brechas."

El estado de sitio aparece regulado en el inciso 2 del artículo 137 de la Constitución actual.

Como han puesto de relieve los profesores Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales Ballesteros[7], esta institución no tuvo antecedentes en nuestro derecho sino hasta la dación de la Constitución de 1979.

La naturaleza de esta institución radica en la existencia o peligro inminente de una invasión, guerra exterior o guerra civil.

La *invasión* se describe como la imposición o invasión armada de una fuerza militar extranjera sobre nuestro territorio.

La *guerra exterior* se describe como una situación de agresión o defensa bélica, a la que se suma la ruptura de relaciones diplomáticas y comerciales.

La *guerra civil* se describe como la situación de violencia continua y sistemática entre dos grupos de ciudadanos de un mismo Estado.

5.2.1 Declaración

El presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, mediante la expedición de un decreto supremo decreta el estado de sitio, con plazo determinado no mayor de cuarenta y cinco días, en parte o en la totalidad del territorio. Debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente.

La prórroga del estado de sitio requiere la renovación del procedimiento arriba descrito, además de la aprobación del Congreso.

---

6 BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino.* Ed. Ediar.

7 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y RUBIO CORREA, Marcial. *Perú: Constitución y sociedad política*, op. cit.

Su declaración promueve la reunión de pleno derecho del Congreso de la República.

5.2.2 Efectos

El estado de sitio puede implicar la suspensión del ejercicio de casi la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En ese sentido, el inciso 2 del artículo 137 de la Constitución exige que el decreto supremo de declaración del estado de sitio señale expresamente los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se encuentra sujeto a restricción o suspensión.

Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo rango es análogo a la jerarquía de una ley, impide o prohíbe la suspensión de los siguientes derechos:

- Derecho a la vida.
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Derecho a la integridad personal.
- Derecho al nombre.
- Derecho a la nacionalidad.
- Derecho a la libertad de conciencia.
- Derecho a la libertad religiosa.
- Principios relativos a la legalidad y retroactividad; prohibición de la esclavitud y servidumbre.

5.3 Los estados de excepción y la noción de orden interno

El orden interno alude a una noción subsidiaria, concurrente y complementaria del orden público, que da cuenta de aquella situación de normalidad ciudadana que se mantiene y expresa en un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.

Cuando se altera o existe peligro cierto e inminente de alteración, se decreta el estado de emergencia.

En esta circunstancia, las Fuerzas Armadas –por disposición expresa del presidente de la República– pueden asumir el control de dicho orden; empero, sólo en lo relativo a la *ejecución de medidas destinadas a su preservación o restablecimiento*, ya que la dirección política recae sobre el Órgano Ejecutivo.

De manera específica, debe señalarse que el control del orden interno se ejecuta de acuerdo con los planes de defensa elaborados por el Sistema de Defensa Nacional –cuya conducción está a cargo del presidente de la República–, con acuerdo formalizado ante el Consejo de Ministros.

5.4 El estado de excepción y las garantías constitucionales

El artículo 200 de la Constitución expresamente señala que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción.

Ahora bien, cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, compete al órgano jurisdiccional examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

La *razonabilidad* implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que ameritan la declaratoria del estado de excepción.

Es necesario acreditar la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para controlar y solucionar las situaciones de anormalidad dentro de las facultades ordinarias fijadas en la Constitución.

La *proporcionalidad* implica la necesaria disposición o correspondencia que debe existir entre la causa y el efecto; esto es, entre la situación de anormalidad y su conjuración. Por ende, se exige adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad, o sea, que dichas acciones guarden relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción.

En ese sentido, es posible que el órgano jurisdiccional asuma una acción tuitiva en defensa de un ciudadano al acreditarse irrazonabilidad o ausencia de proporcionalidad en la restricción o suspensión de un derecho constitucional.

Debe advertirse que no corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia, ya que ella nace de un acto de discrecionalidad política a cargo del presidente de la República.

Los constituyentes de 1993 omitieron señalar la admisibilidad o inadmisibilidad de una acción tuitiva de parte del Poder Judicial en los casos de estado de sitio; empero, nosotros consideramos que ello es posible.

5.5 El caso especial del estado de crisis económica

Aunque sólo de manera implícita, nuestro ordenamiento jurídico también contempla la figura del estado de crisis económica.

Así, en el artículo 132 de la Constitución de 1979 se estableció:

> "En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario."

En la actual Constitución se prevén las siguientes facultades:

- Expedición de decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (inc. 19 del art. 118).
- Expedición de leyes con carácter transitorio y de contenido restrictivo o prohibitivo para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes, por razones de seguridad nacional (art. 72).

Esta necesidad imperiosa de establecer normas excepcionales que reflejen acciones no usuales o impropias –y propias en situaciones ordinarias–, implica una transitoria concentración de poderes en el Órgano Ejecutivo, a efectos de controlar un cúmulo de circunstancias de directa o indirecta naturaleza económica y que pueden derivar en la restricción de algunos derechos vinculados con la materia.

En la segunda hipótesis descrita y prevista en el artículo 72 de la Constitución, si bien la causal es la *seguridad nacional*, su correlato inmediato e irresistible es la del tráfico patrimonial.

Por ende, al restringirse e incluso prohibirse la adquisición, posesión, explotación y transferencia de *determinados bienes*, se afecta la normalidad de la vida económica del país.

En este particular caso, la Constitución exige la dación de una ley específica, la misma que debe enumerar taxativamente los bienes materia de restricción o prohibición de tráfico patrimonial. En ese sentido, los derechos atinentes a la propiedad quedan cuestionados transitoriamente.

Nuestro texto fundamental, de manera atípica, "recrea", implícita o quizá inadvertidamente, una situación de excepción en la vida económica, fuera de los marcos tradicionales establecidos en la doctrina, partiendo de una noción de seguridad nacional.

6 *EL DERECHO A LA INSURGENCIA*

Esta facultad implica una acción del pueblo contra quienes usurpan o intentan usurpar el poder. Esta acción se acomete en aras de defender o reponer a la autoridad legalmente establecida, y alcanza, incluso, a la defensa del orden jurídico.

Como bien señala el exconstituyente Alfonso Ramos Alva[8]:

> "El derecho de insurgencia posibilita rebelarse al pueblo, cuando el régimen constitucional se halla en peligro."

El ejercicio de este derecho se manifiesta en la defensa del orden constitucional, y no para procurar su abolición.

En puridad, se convierte en un instrumento facultativo que recae en la voluntad del pueblo, para garantizar o asegurar un gobierno legalmente constituido.

A raíz de los sucesos del 11 de noviembre de 1992, encabezados por el general Salinas Sedó, la actual Constitución ha reglado el derecho a la insurgencia, sólo en favor de la población civil.

Debe advertirse que las expresiones "derecho a la revolución", "derecho a la insurgencia", "derecho de resistencia a la opresión" o "insurrección", manifiestan contenidos distintos.

La *revolución* supone la fractura, violación y, adicionalmente, el cambio no formal de las normas fundamentales de un Estado. Ello tiene significación en cuanto la revolución es portadora de las exigencias de justicia, ya que forzando la situación histórica de la vida social –no resuelta jurídicamente ni con la reforma constitucional–, rompe violentamente con el orden vigente –pero caduco–, para aspirar a instaurar principios de vida más justos.

La *resistencia a la opresión*, o *insurrección*, se plantea como el alzamiento contra el ejercicio abusivo, arbitrario y despótico del poder. Así, el propio papa Juan XXIII, en su encíclica *Libertas*, señalaba:

> "Falta el derecho de mandar cuando se ordena algo contra la razón, contra la ley o los mandamientos divinos; por ende, es justo desobedecer a los hombres para obedecer a Dios."

---

8 RAMOS ALVA, Alfonso. *Lecciones de sociología del derecho*. Ed. Génesis.

Algunos autores le asignan una naturaleza semejante al *estado de legítima defensa*; ello en razón de que expresa la respuesta a una agresión ilegítima que obliga a la necesidad de la defensa, y se ejecuta dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

En puridad, implica la sublevación o insurrección popular, como un medio de defensa contra la agresión desde el poder estatal.

El sociólogo Alfonso Ramos Alva afirma que es una acción violenta de un sector popular para derrocar a un gobierno constituido, sea éste *de jure* o *de facto*.

En cambio, *el derecho a la insurgencia* se asemeja al estado de necesidad en razón de que se ejercita para salvaguardar el carácter de Estado de Derecho de un Estado, haciéndose necesario hacer uso de la violencia.

Esta institución no tiene antecedentes concretos en la historia constitucional, y aparece por primera vez en el artículo 82 de la Constitución de 1979, por iniciativa de Alfonso Ramos Alva.

Actualmente se encuentra previsto en el artículo 46 de la Constitución de 1993.

7 *EL DERECHO DE INSUMISIÓN*

Alude a una institución emanada de la voluntad ciudadana de incumplir o desacatar un mandato gubernamental, amparada en el concepto de que ha sido expedido por una persona que ha usurpado el poder político o ejerce funciones públicas con violación de la Constitución y las leyes.

En puridad, esta institución es consecuencia del conflicto que surge entre el ejercicio anómalo de la autoridad pública y la conciencia política de la ciudadanía, la cual se encuentra decidida a defender el imperio de la constitucionalidad y la legalidad.

Se trata de la insumisión política contra quienes ejercen las funciones públicas de manera opuesta a lo previsto en el ordenamiento jurídico nacional *in genere*. Por ende, se refleja como una forma pacífica de advertencia. Se manifiesta cuando no se pagan los impuestos establecidos por el usurpador; cuando se incumplen las disposiciones legales emanadas de una legislación de facto, etc.

Con el derecho de insumisión se deja constancia de la fidelidad ciudadana al *Estado de Derecho*, frente a mandatos o acciones *proditoras* a su sentido.

Al respecto, cabe distinguirlo de las acciones derivadas de la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

La *desobediencia civil* se entiende como el cúmulo de actos de resistencia pacífica generados en una sociedad en donde no se ha transgredido el Estado de Derecho, pero en donde se legisla con injusticia.

Se busca, a través de estas acciones colectivas no violentas, responder cívicamente a una legislación que viola la dignidad humana o que proscribe y riñe a determinados grupos con el sentimiento generalizado de justicia.

Como bien afirma John Rowls[9], se trata de un acto político, público y no violento contrario a ley, que, amparado en el sentido de la justicia de la mayoría de la comunidad, aspira a lograr la modificación de la legislación.

Este deber de conciencia –que plantea la oposición entre ley y justicia–, expresado en actividades políticas abiertas y públicas, tiene importantes ejemplos que se personifican en algunos líderes de talla mundial, a saber:

- Martin Luther King, el extraordinario orador y pastor protestante, quien dirigió en la década de los años 60 un impresionante movimiento de manifestaciones pacíficas, amén de otras actividades políticas conducentes a obtener una nueva orientación en la legislación americana, en materia de derechos civiles, y una mayor preocupación en la lucha contra la discriminación racial.
- Mahatma Ghandhi, el excepcional líder espiritual de la India, quien con su teoría de la resistencia pasiva contra el opresor británico, conquistó para su pueblo la independencia política, luego de la segunda guerra mundial.

La *objeción de conciencia* se entiende como una acción de no consentimiento de lo dispuesto en una ley o disposición administrativa, en razón de que ataca o lesiona una convicción muy arraigada, no compartida en términos cuantitativos por la mayoría de la población.

Se trata de defender una creencia u opción moral no recogida por el derecho. Fue el caso de los primeros cristianos en su resistencia a cumplir ciertos actos suscritos por el Estado romano anterior, durante la gestión de Constantino I; o el de los Testigos de Jehová en su resistencia a saludar la bandera o someterse a transfusiones de sangre, etc.

---

9 ROWLS, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.

El derecho de insumisión no tiene antecedentes significativos en el derecho comparado. Su incorporación en el constitucionalismo peruano es obra de los constituyentes de 1979.

El artículo 38 de la Constitución de 1993 lo prevé bajo las siguientes consideraciones:

- Declaración constitucional de nulidad de los actos gubernamentales de quienes usurpan funciones públicas o las ejercen con infracción del ordenamiento jurídico.
- Facultad jurídico-política otorgada a la ciudadanía, de desobedecer o desacatar las disposiciones emanadas de usurpadores del poder, así como de aquellos que ejercen funciones públicas al margen de la Constitución y las leyes.

CUARTA PARTE

Capítulo XIII

Los nombramientos judiciales

1 ASPECTOS GENERALES

El hombre –ente social por naturaleza y origen histórico– cae en ineluctables interferencias y fricciones de conductas. Es esta relación de conflicto lo que determina que el derecho sea coetáneo con el ser humano y que se haga necesario establecer organismos encargados de administrar justicia.

En los Estados modernos son los jueces y los fiscales quienes tienen en sus manos la pesada y difícil misión de conciliar en la praxis las prerrogativas intrínsecas del hombre libre, así como las necesidades y limitaciones del albedrío, para hacer viable la vida en común.

El origen remoto de la judicatura y el importante contenido de su tarea explican expresiones como las grabadas en los muros de la biblioteca de Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu y la Brede:

> "Rinde humilde obediencia al magistrado; él tiene de Dios este honor y poderío."

En esa misma idea se puede mencionar a James Joyce, el gran escritor irlandés del siglo pasado, quien en una novela de hondas raíces autobiográficas: *Retrato del artista adolescente*, consignó, a través del personaje principal de su obra, el joven Stephan Dedaluz, la opinión que en su pueblo se tenía de los funcionarios judiciales.

Así, un joven provinciano, recién llegado a un colegio jesuita conformado por adolescentes hijos de nobles, de altos funcionarios, de financistas y políticos, etc., se mostraba algo retraído porque su progenitor era un modesto trabajador del servicio público.

Espetado por sus compañeros para que revelara quién era su padre, el joven Stephan sólo atinó a recordar las calidades morales de su pro-

genitor, por lo que afirmó, con cierto orgullo: "Él es un señor." Ante ello, su condiscípulo e interlocutor le preguntó con premura: "¿Ah, es entonces magistrado?"

Este relato configura de manera clara el respeto que se guarda en Europa por el hombre de toga y birrete.

Por el contrario, en el mismo período histórico, el maestro Manuel González Prada afirmaba:

> "La magistratura peruana posee las manos libres para develar la venda que cubre los ojos de la diosa Justicia y así divisar de qué lado alumbran los soles."

Para él, un magistrado no era más que un conserje glorificado, atento a las insinuaciones o mandatos del gobierno de turno.

Estas diferentes concepciones en torno al aprecio público del funcionario vinculado con la administración de justicia, están relacionadas con las cualidades individuales que cada cuerpo social exige y encuentra en quienes ocupan dichos cargos, así como con el modelo de designación elegido para tal efecto.

Respecto a las cualidades que deben exigirse, en general, a un funcionario de la administración de justicia, ellas pueden sintetizarse en las cuatro siguientes:

a) Independencia de carácter y responsabilidad, para hacer honor al tradicional principio de la independencia del Órgano Judicial. Esto implica autoconocimiento de su personalidad, además de honestidad intelectual y moral.
   Esta cualidad asegura que las decisiones judiciales se tomarán únicamente sobre la base de sus convicciones y bajo el imperio de la ley, sin temor y sin el deseo de favorecer a uno de los interesados.
b) Sólida formación técnico-profesional, para responder a la fórmula latina *iura novit curia*, que presume y atribuye el conocimiento del derecho por el magistrado, con el objeto de adaptar las abstracciones lógicas de las normas a la realidad de los hechos.
c) Amplia cultura general, dado que ésta es el camino que ensancha el espíritu de comprensión del juzgador, que debe resolver los conflictos de los hombres en un mundo de constante cambio y complejidad.
   Bueno es recordar lo que decía el tratadista Colmo:

> "Un jurista, un magistrado, debe dominar el derecho en su esencia misma, en sus fundamentos, correlaciones y posibles proyecciones. El jurista o el magistrado que no sepa sino derecho, no sabe derecho; es decir, no sabe nada (...) No se pretende una cultura de lección, una ilustración de diccionario enciclopédico (...) lo que se quiere es una cultura general, reforzada y completa por lo hondo de sus bases y por la relativa amplitud de sus coordinaciones y vuelos. Para decirlo en síntesis: necesitan una cultura filosófica, por lo mismo que como disciplina de lo general, es lo más centralizador o unificador."

Es pertinente que el magistrado tenga la proximidad y justa apreciación de la opinión pública, así como de los problemas esenciales en su época.

d) Profunda humanidad y dignidad de vida. Las calidades éticas del juzgador deben ser ejemplares, habida cuenta de que se trata del intérprete de lo justo y lo equitativo, preservador de lo solidario y bello. El modo como se nombran los funcionarios vinculados a la administración de justicia tiene innegable importancia para asegurar la calidad de la magistratura de un país.

Debe aclararse que ningún sistema está completamente al abrigo de críticas y objeciones, debido a que entran en juego intereses variados y hasta contradictorios.

Aquí es necesario llamar la atención sobre tres aspectos

a) Existen controversias de orden constitucional que se vinculan con la denominada *teoría de separación de órganos*. La gran cuestión se origina en torno al órgano competente para la designación.

Si se advierte que el Órgano Judicial forma parte de la función ejecutiva, es normal que aquél dependa del Órgano Ejecutivo, y que sea el presidente o monarca el que efectúe la designación.

En cambio, de aceptarse la existencia de un Órgano Judicial autónomo e independiente, es consecuente que la designación esté a cargo de un ente no vinculado a los órganos constitucionales constituidos, o que esté bajo la potestad del pueblo.

b) Existen discusiones de carácter predominantemente jurídico-administrativo que se refieren al trámite y formalidades del procedimiento selectivo.

c) Existen criterios encontrados en torno a concepciones técnico-funcionales que se aducen respecto a las condiciones que han de requerirse para el ejercicio de la función, así como respecto a la formación que eventualmente conviene exigir o suministrar a los designados.

1.1 Los sistemas de nombramientos

El sistema se define por aquellas estimaciones teóricas que se conjugan y que relacionan elementos entre sí para un fin determinado. Ello permite denotar hasta cuatro posibilidades principales para la elección y nombramiento de los funcionarios judiciales.

Estos sistemas son los siguientes:

a) Sistema de designación por los órganos de poder político.
b) Sistema de designación por cooptación.
c) Sistema de designación por elección popular.
d) Sistema de designación por concurso.

1.1.1 Sistema de designación por los órganos de poder político

Este sistema es el más antiguo y utilizado en los distintos ordenamientos legales. Aparece como antecedente en la Roma primitiva, cuando el rey era quien resolvía las contiendas y utilizaba la venganza pública como medio de buscar satisfacción a las ofensas que contra el Estado y los dioses suponían los actos que se castigaban. Posteriormente, el rey irá delegando dicha función a colaboradores suyos, que con el transcurso del tiempo recibirán distintas denominaciones: *judex*, *recuperatores*, *praefectus urbe*, *pretores*, etc.

Para sus detractores, este sistema representa un rezago desdeñable, ya que históricamente el derecho que facultaba al monarca para juzgar, éste lo transfirió al pueblo a cambio de reservarse la designación de los juzgadores, lo que resultaría una incongruencia dentro de un Estado de Derecho.

En cambio, sus propugnadores resaltan la necesidad de que los responsables de los distintos órganos de poder del Estado mantengan unidad de criterio en la elaboración y aplicación de la ley.

Así, se sostiene que la existencia de disonancia entre los órganos de poder trae consecuencias como el caso Roosevelt en los Estados Unidos, en el que una serie de textos legales propuestos por el presidente Franklin D. Roosevelt (lapso 1935-1936) para la aplicación de la políti-

ca del *New Deal*, fueron declarados nulos, instaurándose así la denominada "oligarquía de la toga o el gobierno de los jueces".

Mas, en verdad, sabemos que la vieja tesis de Carlos Luis de Secondat, barón de Montesquieu y la Brede: "Sólo el poder frena al poder", es absolutamente cierta.

Este sistema es criticado porque implica la interferencia de los otros órganos de poder, así como la presencia de intereses políticos que motivan decisiones, en muchos casos, técnica o moralmente inapropiadas. Los favorecidos resultan siendo, en gran proporción, funcionarios judiciales que llegan al cargo por medio de la prebenda o el favor político.

En Inglaterra es donde se encuentra la mejor versión de este sistema. Allí, los magistrados de la Corte Suprema son designados por el primer ministro, y el resto de la judicatura por el lord canciller, quien es miembro del Gabinete, designado por el rey o la reina, en su caso, a propuesta de aquél.

Este funcionario dispone de la facultad discrecional para recomendar a una persona u otra. Es una tradición no revelar las razones por las cuales se selecciona un candidato en particular.

De hecho, el juez inglés es siempre elegido entre los abogados de más brillante y larga carrera.

En los Estados Unidos de América, los jueces federales son nombrados por el presidente de la República con acuerdo del Senado.

En principio, debe considerarse su valor intrínseco y profesional; la política no debería intervenir en su selección. Mas, en realidad, la mayoría de los norteamericanos son republicanos o demócratas, de tal suerte que no es posible encontrar muchos jueces que no sean simpatizantes de alguna de dichas expresiones políticas. Sin embargo, los jueces federales, tanto en la magistratura de la primera instancia (*courts of district*) como en la de apelación (*courts of circuit*), son incuestionablemente juristas de valor.

En lo que concierne a la Suprema Corte se aplica el mismo principio, aunque se admite que el presidente de la República debe velar por mantener, en este alto tribunal, un cierto equilibrio geográfico, racial, religioso y político: *geográfico*, desde que se encuentra deseable que haya jueces provenientes de las diferentes regiones de los Estados Unidos; *racial*, en cuanto es tradicional que haya un juez israelita; *religioso*, desde que los gobiernos republicanos quisieron que hubiese por lo menos un juez católico entre los de creencia protestante; y *político*, en tanto se busca que haya proporcionalidad entre jueces con simpatías demócratas y jueces con simpatías republicanas.

Argentina, Bolivia, Ecuador, Guatemala, El Salvador, etc., se han adscrito a este sistema.

El Perú, a través de todas las Constituciones anteriores a la de 1979 –ya a la manera clásica, o con rasgos de un sistema de cooptación atenuada–, también lo adoptó, con los resultados por todos conocidos.

1.1.2 Sistema de designación por cooptación

Este sistema se caracteriza por la atribución que tiene el Órgano Judicial de designar él mismo la conformación de sus cuadros.

Entre sus virtudes se destaca la preservación de su autonomía frente a los demás órganos de poder.

En cambio, se le critica por su tendencia a fomentar un exagerado conservadurismo; y, en verdad, la propia función judicial, por su apego exagerado a las formas y a la legalidad existente, hace que se forje una conciencia en connubio con el *statu quo*.

La cooptación origina la creación de camarillas judiciales, así como la sumisión de los funcionarios de rango básico ante sus superiores (ello porque en estos últimos descansa el criterio de selección). En síntesis, favorece abiertamente el nepotismo.

También se sostiene que fomenta la creación de un ente judicial cerrado, extraño e indiferente a los cambios sociales. La genuflexión ante las autoridades políticas, se trastoca en favor del superior jerárquico.

Este sistema, por su propia naturaleza, impide el ingreso de destacados jurisconsultos, fomenta el imperio del mero legalismo y el dominio de la rutina.

Si bien privilegia la antigüedad del magistrado elegido, en cambio olvida que ella no siempre es sinónimo de competencia y rectitud.

Este sistema presenta tres modalidades: puede ser absoluto, relativo y tenue.

Es *absoluto* cuando implica que todos los cargos se sujetan al procedimiento de selección interna. Al respecto, puede mencionarse como ejemplo la organización judicial colombiana.

Es *relativo* cuando sólo las dos primeras instancias se encuentran vinculadas al sistema de cooptación, dejándose, en cambio, la designación de los miembros de la Corte Suprema a otros sistemas imperantes. Ejemplos notorios los encontramos en Bélgica, México y Uruguay.

Es *tenue* cuando, si bien los nombramientos en ninguna de sus instancias emanan del Órgano Judicial, sin embargo todas las propuestas de nombramiento provienen de aquél y se destinan de manera exclusiva en favor de sus miembros.

Casos claros los tenemos en las Constituciones peruanas de 1823, 1826, 1828 y 1834.

1.1.3 Sistema de designación por elección popular

Este sistema postula que, atendiendo a la naturaleza republicana de la mayoría de los regímenes en el mundo, corresponde al pueblo, en atributo de su soberanía, la competencia de designar a los jueces.

Se parte del criterio según el cual en las repúblicas democráticas la voluntad de decidir es potestad del pueblo.

Sus orígenes se ubican en la Francia revolucionaria (1789), como una reacción contra el *ancien régime* de los Luises, en donde los cargos judiciales eran venales. Así, estas responsabilidades se adquirían onerosamente, entraban en el patrimonio del adquirente y éste las transmitía entre sus derechos hereditarios a su familia o podía venderlas a terceros. Había, pues, una designación del "nuevo magistrado", proveniente del viejo juez.

Los juristas de la monarquía justificaban esta modalidad sosteniendo que los jueces debían ser gente honorable –obviamente, no se referían al pueblo– y con grandes recursos económicos (lo que aseguraría un ejercicio jurisdiccional ético).

Con la Asamblea Constituyente de setiembre de 1790 se impuso el sistema de designación por elección popular, estableciéndose, como requisitos, que el servidor judicial duraría seis años en sus funciones, tendría un mínimo de 30 años de edad, una experiencia judicial de cinco años, y se aceptaba su reelegibilidad.

Por las circunstancias mismas de la intensa agitación política, social, económica y jurídica, la aplicación del sistema por elección incurrió en práctica viciosa.

Esta modalidad duró hasta 1793, ya que el denominado "Comité de Salvación Pública" –con la conducción de Maximiliano Robespierre– prácticamente lo dejó de lado.

Napoleón Bonaparte lo abolió en 1808, cambiándolo por el de designación por el Ejecutivo. Sin embargo, no desapareció del todo, ya que actualmente los miembros del Tribunal de Comercio, del "Tribunal de los Hombres Prudentes" (que ejerce jurisdicción en asuntos de trabajo y está formado por un número igual de empleadores y empleados, elegidos por el respectivo grupo) y los "Tribunales Paritarios de Arrendamientos Rurales" (elegidos por la voluntad de granjeros y propietarios) son nombrados de conformidad con este sistema.

Entre 1830 y1850 se le introdujo en los Estados Unidos, al influjo de entender que la elección popular es la institución básica de toda organización republicana: 36 estados lo adoptaron como sistema para el nombramiento de los jueces estatales (estados del oeste, además de Nueva York, Pensilvania, etc.). Su práctica es conocida en Suiza y funciona con notable éxito en el Japón.

En América latina dicho sistema no ha sido adoptado, salvo la fugaz experiencia Argentina a finales del siglo pasado y en donde se eligió a jueces de paz según esa modalidad.

En la extinta URSS este sistema se presentó con caracteres singulares, ya que la instancia inferior de la magistratura –conocida como "Tribunal Popular"– era presidida por un juez elegido, mediante sufragio popular, por los ciudadanos de su circunscripción para un período de cinco años; y se componía con dos asesores legales elegidos –para un lapso de dos años– a través de las asambleas respectivas de obreros, empleados y campesinos. Los jueces podían ser revocados por sus electores.

Entre los atributos que se le asignan, además de su origen democrático, se agrega el de que los postulantes deben tener una vida pública y privada acordes con la investidura de juez.

El pueblo exige que quien ha de administrar justicia ofrezca, de manera inequívoca, una conducta intachable. Las experiencias anotadas han acreditado que son raros los casos de prevaricación. A este sistema se le critica, en cambio, un acentuado perfil político. Se plantea que en él existe una subordinación de la justicia a los intereses electorales.

Se evidencia también el peligro de la insurgencia de un *radicalismo judicial*, sin que se tenga como contrapartida la garantía de una designación competente e idónea.

El tratadista español Alcalá Zamora y Castillo afirmaba:

> "Yo aún no he podido explicarme cómo el mismo mecanismo del sufragio –que es y no puede ser otra cosa que una expresión de voluntad– se transforma hasta conseguir dotar al elegido de cada una de las cualidades indispensables para administrar justicia; es decir, moralidad, independencia, sentido de lo justo y conocimiento del derecho."

Más aún, el tratadista Hugo Alsina ha afirmado que dicho sistema proporcionaba el espectáculo vergonzoso de una campaña política dirigida por quienes luego debían juzgar a partidarios y adversarios.

Nosotros estimamos que los éxitos alcanzados en EE. UU., Japón, la URSS y Suiza no deben desdeñarse por objeciones doctrinarias no comprobadas ni acreditadas con plenitud.

Consideramos, además, que es el sistema perfecto para circunscripciones pequeñas, en donde la ciudadanía conoce las calidades profesionales y personales de los postulantes. La estrecha vecindad hace que los signos exteriores de riqueza –si son consecuencia de un ejercicio inmoral– puedan ser apreciados y condenados con celeridad democrática por el pueblo.

Finalmente, entendemos que ninguno de los sistemas imperantes escapa a los intereses políticos, por lo que, en todo caso, es preferible que sea el propio pueblo quien señale a sus magistrados.

1.1.4 Sistema de designación por concurso

Este sistema se sustenta en la creación y funcionamiento de organismos encargados específicamente de la selección de los magistrados o de las propuestas vinculantes de nombramientos de magistrados y jueces.

Se le plantea como una forma de evitar que las designaciones judiciales sean fruto de intereses extraños que comprometan el ejercicio de la función, o que los designados se constituyan en cuerpos rutinarios e impermeables a la continua renovación del derecho. Se busca así garantizar la selección de magistrados probos y eficientes, mediante la intervención de organismos permanentes constituidos por delegados de entes o de organismos ligados con el proceso de la administración de justicia.

Para los partidarios de esta modalidad, el concurso supone un cotejo de condiciones tales como grado de profesionalidad, administración de la reputación social, y vida privada. Esto último se debe a que quien ha de juzgar a los demás debe comenzar por juzgarse a sí mismo, amén de ofrecer el ejemplo de una conducta irreprochable. El sistema facilitaría así el acceso a los más aptos, sin distorsiones, distinciones o exclusiones.

Las Constituciones francesas de 1946 y de 1958 crearon el Consejo Superior de la Magistratura, cuya presidencia la ejerce el presidente de la República.

Este consejo formula las proposiciones en el caso de los magistrados de más baja categoría. También tiene atribuciones disciplinarias.

La Constitución italiana de 1947 estableció el Consejo Superior de la Magistratura, presidido por el presidente de la República e integrado por el procurador general de la Corte de Casación, catorce representantes de los diversos grados de la magistratura (elegidos por éste) y siete

representantes del Parlamento. De manera similar al caso anterior, este organismo posee función disciplinaria.

La Constitución venezolana de 1961 creó el Consejo de la Judicatura con el fin de asegurar la independencia, disciplina y decoro de los tribunales, y asegurar los beneficios de carrera a los jueces.

La Constitución portuguesa de 1796 ha previsto una institución de análogas características.

La Constitución peruana de 1979 se adhirió a este sistema. La actual ha respetado dicha orientación.

2 *LOS SISTEMAS DE NOMBRAMIENTOS JUDICIALES EN EL PERÚ*

En lo relativo a nuestro país, el proceso de nombramientos judiciales, a nivel constitucional, puede dividirse en dos grandes etapas: la primera surge con la Constitución de Cádiz y se extiende hasta la Constitución de 1933; la segunda se gesta con la carta de 1979 y se prolonga hasta la actualidad.

a) Primera etapa

La Constitución de Cádiz de 1812[1] estableció que los nombramientos judiciales los efectuaba el rey a propuesta del Consejo de Estado[2].

La Constitución de 1823 estableció la primera Corte Suprema republicana, con sede en la ciudad capital, así como Cortes Superiores en Trujillo, Arequipa, Cusco y hasta en la propia Lima.

Los nombramientos correspondían al Órgano Ejecutivo.

La Constitución de 1826 (Constitución Vitalicia) fijó que el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema recayese en la Cámara de Censores[3], sobre la base de una terna presentada por el Órgano Ejecutivo a propuesta de una primera selección (en número no definido) generada por la Cámara de Senadores.

---

1 Los representantes de las provincias del Perú en las Cortes de Cádiz, designados mediante sufragio, fueron Vicente Morales y Duárez, Blas Ostolaza, Dionisio Inca Yupanqui, Ramón Olager Feliú y Antonio Suazo.

2 El Consejo de Estado se constituía con cuarenta ciudadanos responsables de ilustrar al rey emitiendo opiniones y juicios cada vez que les fuere solicitado.

3 La Cámara de Censores formaba parte de la estructura parlamentaria y, al igual que su antecedente romano, tenía la atribución de velar por el respeto de la legalidad y por la salud moral de la República. Sus integrantes ejercían esta responsabilidad de manera vitalicia.

La Constitución de 1828 encomendó la formación de las ternas a las denominadas Juntas Departamentales[4], tanto para los miembros de la Corte Suprema como para los de las Cortes Superiores, de las que el Ejecutivo escogía a su libre criterio. Los jueces de primera instancia tenían un régimen más complicado: propuestas dos ternas por las Juntas Departamentales, éstas eran reducidas por el máximo organismo de justicia a sólo una, de la cual el Ejecutivo escogía.

La Constitución de 1834 –como consecuencia del mal uso de las disposiciones anteriores por el expresidente Agustín Gamarra– señaló que los colegios electorales debían presentar las ternas al Congreso, para la designación de los vocales de la Corte Suprema; al Senado, para el caso de los vocales de las Cortes Superiores; y a la Cámara de Diputados, para el caso de los jueces de primera instancia.

Curiosamente, a pesar de que el Ministerio Público formaba parte de la estructura del Poder Judicial, al Ejecutivo le competía el derecho de nombrar a sus miembros sobre la base de ternas conformadas por la Corte Suprema o las Cortes Superiores, según fuese el caso.

Este sistema se fusionaba con el de cooptación, ya que las propuestas sólo tomaban en cuenta a quienes ya habían iniciado la carrera judicial.

La Constitución de 1839 –conocida también como "Texto de Huancayo"– estableció que los miembros de la Corte Suprema y Cortes Superiores debían ser elegidos por el Ejecutivo sobre la base de una terna preparada por el Consejo de Estado[5]. Los jueces de primera instancia eran designados por el Ejecutivo a partir de una terna doble presentada por las respectivas Cortes Superiores.

La Constitución de 1856 consideró que los vocales de la Corte Suprema debían ser elegidos por el Congreso, a propuesta, en terna doble, del Ejecutivo; y los vocales de las Cortes Superiores y los jueces de primera instancia, por el Ejecutivo, a pedido –con propuesta en terna doble– de las Juntas Departamentales.

---

4 Las Juntas Departamentales eran entidades creadas con la finalidad de promover los intereses económicos, sociales y culturales de cada una de las circunscripciones en que había sido dividido el país. Funcionaban en la sede de cada departamento y sus componentes eran elegidos por voto popular.

5 El Consejo de Estado se constituía por quince personas elegidas por el Congreso, las cuales podían o no pertenecer a su seno. Se creó para que promoviera la defensa del orden legal y para que velara por la recta administración de justicia.

Por primera vez en la historia de nuestro Órgano Judicial republicano, en este texto se consignó la temporalidad del ejercicio de la función; ello se debió a una reacción moralizante frente a una magistratura en evidente crisis de comportamiento ético.

La Constitución de 1860 señaló que los miembros de la Corte Suprema debían ser designados por el Congreso, partiendo de una propuesta en terna doble presentada por el Ejecutivo.

Los miembros de las Cortes Superiores eran nombrados por el Ejecutivo, a partir de postulaciones en ternas dobles presentadas por la Corte Suprema. Los jueces de primera instancia eran elegidos por la Corte Suprema, previas propuestas de ternas dobles formuladas por las Cortes Superiores.

La Constitución de 1867 estableció que la Corte Suprema sería elegida por el Congreso a partir de una relación –que debía remitirle la misma corte– que contuviera los nombres de todos aquellos abogados con estudio abierto durante más de veinte años. Los miembros de las Cortes Superiores eran elegidos por el Congreso mediante una terna doble presentada por la Corte Suprema: la primera estaría conformada por magistrados con más de diez años de servicio, y la otra por igual número de abogados en ejercicio libre de la profesión. Los jueces de primera instancia debían ser designados por la Corte Suprema a propuesta de las respectivas Cortes Superiores.

La Constitución de 1920 –conocida también como la de "la Patria Nueva"– estimó que los miembros de la Corte Suprema debían ser elegidos por el Congreso, previa presentación de una terna de diez candidatos confeccionada por el Órgano Ejecutivo. Los miembros de las Cortes Superiores eran nombrados por éste a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema. Los de primera instancia lo eran de similar manera, con la salvedad de que la presentación de las ternas era atribución de las respectivas Cortes Superiores.

Debe señalarse que la institución de las *ratificaciones judiciales* fue implementada, por primera vez en la historia constitucional y judicial del país, con esta Constitución, al señalar que los nombramientos de primera y segunda instancia serían calificados por la Corte Suprema cada cinco años.

La Constitución de 1933 previó que los integrantes del más alto tribunal de la República deberían ser nombrados por el Congreso, de una terna de diez candidatos presentada por el Órgano Ejecutivo. Los miembros de las Cortes Superiores eran elegidos por éste de una terna doble propuesta por la Corte Suprema.

Los magistrados de primera instancia eran designados por la Corte Suprema, previa formulación de una terna doble por las Cortes Superiores.

Siguiendo el criterio de la Constitución anterior, se presentaron normas relativas a la ratificación judicial.

A manera de resumen de todo lo dicho, tenemos lo siguiente:

A nivel de Corte Suprema

1) Nombramientos a cargo del Órgano Ejecutivo: Constituciones de 1812, 1823, 1828 (con coexistencia de un sistema de cooptación tenue) y 1839.
2) Nombramientos a cargo del Órgano Legislativo: Constituciones de 1826 (con coexistencia de cooptación tenue), 1834, 1860, 1867, 1920 y 1933.

A nivel de Corte Superior

1) Nombramientos a cargo del Órgano Ejecutivo: Constituciones de 1812, 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1920 y 1933.
2) Nombramientos a cargo del Órgano Legislativo: Constituciones de 1832 y 1867.

A nivel de Primera Instancia

1) Nombramientos a cargo del Órgano Ejecutivo: Constituciones de 1812, 1823, 1826, 1828, 1834, 1856, 1920 y 1933.
2) Nombramientos a cargo del Órgano Legislativo: Constitución de 1834.
3) Nombramientos a cargo del Órgano Judicial: Constituciones de 1860 y 1867.

b) Segunda etapa

Esta etapa guarda relación con la adopción del sistema de designación por concurso.

La Comisión Villarán[6] –llamada así en homenaje a su ilustre presidente, Manuel Vicente Villarán–, encargada de la elaboración del anteproyecto de la Constitución de 1933, planteó la creación de un Consejo

6 En agosto de 1931, la Junta Nacional de Gobierno designó una comisión de eminentes juristas y distinguidas personalidades para que preparase un anteproyecto de Constitución del Estado. Esa comisión estuvo integrada por Manuel Vicente Villarán (quien la presidía), Toribio Alayza Paz Soldán, Diómedes Arias Schreiber, Ricardo Palma, César Antonio Ugarte, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Castañeda y Luis E. Valcárcel.

de Justicia, órgano que debía representar al foro nacional en la difícil tarea de proponer la designación de hombres probos y competentes para la gran responsabilidad de ocupar un lugar en la magistratura.

Este organismo debía estar compuesto por:

- El decano y los exdecanos del Colegio de Abogados de Lima.
- El decano y los exdecanos de la Facultad de Derecho de la UNMSM.
- Delegados de las demás facultades de Derecho y colegios de abogados de la República.

Puede apreciarse meridianamente –de su composición– que se trataba de un órgano conformado por integrantes de conducta independiente respecto al Estado.

La Comisión Villarán planteaba que el Órgano Ejecutivo no tuviera injerencia alguna en los nombramientos judiciales. Así, el Senado elegiría entre las propuestas de dos ternas: la primera, elaborada por la Corte Suprema; y la segunda, planteada en el interior del Consejo de Justicia.

Asimismo, durante el período parlamentario 1956-1962, el diputado Mario Alzamora Valdez presentó, con fecha 28 de agosto de 1956, un proyecto de ley sobre la materia basado en el modelo de la Constitución italiana de 1947. Curiosamente, al serle consultado a la Corte Suprema el proyecto preparado por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, la corte, mediante acuerdo de Sala Plena de 28 de noviembre de 1958, emitió informe desfavorable, sosteniendo la conveniencia de mantener incólume el sistema de designación política previsto en la Constitución de 1933 (arts. 222 y 223).

Aquí no puede dejar de mencionarse que como consecuencia de cargos judiciales entregados en claro signo de prebenda política, se había generado una magistratura "afónica y paralítica" ante los atropellos de los detentadores del poder, además de venal e incompetente.

El foro nacional, desde finales de la década de los años 50, se pronunció por unanimidad en los congresos gremiales de Lima (1955), Arequipa (1961), Trujillo (1957), Piura (1964), Cusco (1968) y Callao (1969), en contra de dicho sistema de nombramiento, y se manifestó en favor de la creación del Consejo Nacional de Justicia. Esta entidad se adhería al sistema de designaciones judiciales por concurso de méritos.

Durante el gobierno de la Junta Militar (1968-1980) se dictaron tres dispositivos legales: decreto ley 18060, de 23 de noviembre de 1969; decreto ley 18831, de 13 de abril de 1971; y decreto ley 18985, de 12 de

octubre de 1971, por los cuales se creó y organizó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ).

Este organismo estuvo representado por diez delegados: dos en nombre del Órgano Ejecutivo; dos en representación del Órgano Legislativo; dos en nombre del Órgano Judicial; uno en representación de la Federación Nacional del Colegio de Abogados del Perú; uno en nombre del Colegio de Abogados de Lima; uno en representación del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, y uno en nombre del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (estos últimos debido a pertenecer a las universidades más antiguas del país).

Al CNJ le correspondía privativamente la elección de todos los magistrados del Órgano Judicial, con la sola excepción de los jueces de paz no letrados. Igualmente, tenía la facultad de investigar, calificar y sancionar la inconducta funcional de los magistrados.

Esta institución fracasó estrepitosamente, ya que, en los hechos, el propio Gobierno militar contaba con cuatro delegados directos (representantes del Ejecutivo y del Legislativo). Asimismo, al haber destituido por decreto ley 18060 a los miembros de la Corte Suprema y designado *motu proprio* a sus reemplazantes, contaba también con la anuencia de sus dos delegados. Más aún, auspició el fraccionamiento de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, con similar objeto.

La supervigilancia sobre los magistrados, en muchos casos tuvo ribetes de carácter político y hasta personal, ya que los miembros consejeros tenían la atribución de litigar ante los tribunales de la República.

Las normas arriba citadas no contemplaban forma alguna de impedimento, para litigar, aplicable a los miembros del Consejo. Esta situación creó situaciones de inmoralidad, ya que quienes elegían y sancionaban a los jueces, a su vez ejercían la defensa legal ante éstos.

Un ejemplo claro del tutelaje que se operaba sobre el CNJ lo tenemos en el caso de la frustrada elección de Eduardo Mimbela de los Santos.

Así, por resolución suprema 009-72-CNJ, de 18 de abril de 1975, el Consejo Nacional de Justicia se limitaba a comunicar al Gobierno Revolucionario para que cumpliese con extender el respectivo nombramiento; sin embargo, éste se opuso, para finalmente, en los hechos, revocar tal designación.

La Constitución de 1979, ~~sobre la base de los antecedentes arriba descritos~~, estableció la creación de un órgano denominado Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), encargado de efectuar las propuestas para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las

Cortes Superiores. Señalaba además que, para las propuestas de magistrados de primera instancia y demás cargos de inferior jerarquía, actuaba un consejo distrital de la magistratura en cada sede de corte.

La propuesta era elevada al presidente de la República a efectos de que éste estimase o desestimase el nombramiento correspondiente. En el caso de los cargos ante la Corte Suprema, el Senado debía ratificar los nombramientos.

De esta manera el Perú se acogía, por primera vez a nivel constitucional, al sistema de designación por concurso.

La composición del Consejo Nacional de la Magistratura era la siguiente:

- El fiscal de la nación, quien ejercía la presidencia.
- Dos representantes de la Corte Suprema.
- Un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.
- Un representante del Colegio de Abogados de Lima.
- Dos representantes de las facultades de Derecho de la República.

Su inserción y praxis, sin ser óptima, reflejó un avance en comparación con la aplicación de los sistemas anteriores.

3 *EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

El vigente texto constitucional ha adoptado una *fórmula dual*, en razón de plantear la coexistencia simultánea y paralela de dos sistemas de nombramientos:

a) El sistema de designación por concurso, a través de la postulación ante el Consejo Nacional de la Magistratura.
b) El sistema de designación por elección popular, a través de la postulación electoral ante el pueblo.

Al respecto, veamos los aspectos centrales de ambos sistemas.

3.1 El Consejo Nacional de la Magistratura

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución, este órgano se encuentra encargado de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, con las excepciones previstas en el artículo 152.

En puridad, se ha previsto una "recreación" de la institución establecida constitucionalmente en el texto de 1979.

3.1.1 Los principios institucionales

Entre las pautas rectoras que inspiran el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura, figuran las siguientes:

a) Principio de autonomía

Principio entendido como libertad o amplitud para proceder o actuar funcionalmente. En ese 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 sólo se sujetan al mandato imperativo de la Constitución y a su ley orgánica (ley 26397).

b) Principio de invariabilidad

Principio referido al hecho de considerar que las decisiones del CNM son firmes e inimpugnables; esto es, no pueden ser objeto de revisión judicial.

Debe advertirse que estas decisiones son aquellas vinculadas con la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles.

c) Principio de composición renovable

Principio que significa que la condición de miembro consejero se extiende únicamente por un período determinado (cinco años).

Por mandato expreso del artículo 4 de la ley 26397, no es admisible la reelección inmediata.

d) Principio de concentración

Principio que hace referencia a que las funciones de selección, nombramiento, ratificación, etc., se centran casi exclusivamente en favor del CNM, cuya sede de actividades radica en la ciudad capital.

Debe advertirse que en el modelo previsto en la Constitución de 1979 existían los consejos distritales de la magistratura, los que tenían potestad para promover los concursos y elevar las ternas de los postulantes a funciones judiciales de rango inferior.

Este criterio era importante porque permitía una evaluación muy seria, ya que los consejeros tenían acceso detallado para determinar la honorabilidad social de los postulantes, para fijarse una idea más precisa sobre su comportamiento y praxis profesional, para tener en cuenta la realidad jurídico-cultural de la zona en donde el futuro nombrado tendría actuación funcional, etc.

El principio de concentración, escogido por la Constitución actual, es un rasgo adicional de su marcado centralismo.

2.2

3.1.2 Las funciones Funciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución, concordante con el resto de su articulado, el Consejo Nacional de la Magistratura tiene seis funciones:

a) *Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles.*

Para tal efecto, en atención a lo previsto en la ley 26397, el presidente del CNM convocará a concurso para cubrir las nuevas plazas judiciales o las que se encuentren vacantes.

Los candidatos que cumplan con las formalidades exigidas por ley, se someterán a lo siguiente:

- Calificación de los méritos acreditados en el curriculum vitae (desempeño de cargos judiciales, experiencia profesional, experiencia académica, etc.).
- Examen escrito (versación académica y profesional).
- Evaluación personal (entrevista).

El nombramiento que se extiende deberá contar con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del consejo.

b) *Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles.*

Este concepto implica un acto de confirmación o de reiteración de confianza en el ejercicio de la magistratura.

Este proceso tiene por objeto que la sociedad tenga la plena seguridad de que la magistratura expresa permanentemente una conducta fiel a la moralidad social, a la ética, a la eficiencia y eficacia en el desempeño de la función. En resumen, se evalúa la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo.

El proceso de ratificación se produce cada siete años y es independiente de las medidas disciplinarias que adopten el Órgano Judicial o el Ministerio Público.
Son criterios de referencia para este proceso:
- La producción jurisdiccional.
- Los informes de los colegios y asociaciones de abogados.
- Los antecedentes acumulados sobre la conducta del magistrado.
- La entrevista personal al magistrado.

Para la obtención de la ratificación se requiere el voto conforme de la mayoría simple de los consejeros asistentes al momento de la deliberación y toma de decisión.

c) *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 las demás instancias.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 26397, procede aplicar la sanción de destitución por las siguientes causales:
- Por ser objeto de condena a pena privativa de la libertad por delito doloso.
- Por ser causante de un hecho grave que sin constituir delito comprometa la dignidad del cargo o la desmerezca en el concepto público.
- Por ser reincidente en hechos que configuren causal de suspensión, conforme a lo establecido en la normatividad de la materia.
- Por ser participante, en condición de interventor, en procesos o actuaciones, a sabiendas de encontrarse incurso en prohibición o impedimento legal.

Es obligatorio que el Consejo Nacional de la Magistratura otorgue audiencia al interesado, a efectos de que pueda formular los descargos correspondientes.
La resolución sancionadora debe ser motivada y expresar los fundamentos en que se sustenta. Es inimpugnable en vía judicial.

d) *Extender a los jueces y fiscales el título oficial de acreditación.*
Cabe señalar que como consecuencia de los resultados que provengan de los concursos de méritos y de la evaluación personal, así como de los relativos a los procesos de ratificación, el CNM tiene la responsabilidad de extender la certificación oficial de acreditación de nombramientos y ratificaciones.

e) *Nombrar al jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe) y al jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).*
De conformidad con lo dispuesto en los artículos 182 y 183 de la Constitución, al CNM le corresponde el nombramiento de estos funcionarios electorales.
Estos nombramientos se extienden, en principio, por el lapso de cuatro años, pudiéndose renovar la designación por un período similar.

f) *Ejercer el derecho de iniciativa legislativa conforme a la Constitución.*
En atención a lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución, al Consejo Nacional de la Magistratura le corresponde iniciativa legislativa en las materias que le son propias.

—D Hasta aquí

3.1.3 Conformación y requisitos

(2.\) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, el Consejo Nacional de la Magistratura está integrado, en principio, por los siguientes miembros:

- Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
- Uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos, en votación secreta.
- Uno elegido por los miembros de los colegios de abogados del país, en votación secreta.
- Dos elegidos por los miembros de los demás colegios profesionales del país, en votación secreta.
- Uno elegido por los rectores de las universidades nacionales, en votación secreta.
- Uno elegido por los rectores de las universidades particulares, en votación secreta.

El número de miembros del CNM puede ser ampliado por éste a nueve. De ser así

~~En esta hipótesis~~, el CNM procederá a otorgar las dos plazas vacantes, mediante elección por votación secreta, a ciudadanos propuestos en sendas listas elevadas por las instituciones representativas del sector laboral y el empresarial.

Los miembros del CNM ejercen sus cargos por un período de cinco años. Conjuntamente con los miembros titulares se elige a los suplentes.

No es admisible la reelección inmediata de los titulares, ni de los suplentes que hubieren cubierto el cargo –en caso de vacancia– por más de dos años continuos.

Los requisitos exigidos para ser miembro del CNM son análogos a los exigidos para ocupar el cargo de vocal de la Corte Suprema, salvo lo previsto en el inciso 4 del artículo 147 de la Constitución.

Dichos requisitos son tres:

- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años.

→ hasta aquí

3.1.4 La presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura

El presidente del CNM es el representante legal del mismo y ejerce la titularidad del pliego presupuestal.

Es elegido por el pleno del consejo, de entre los que lo integran, por votación secreta y por la mitad más uno del número de miembros.

El cargo tiene un período de vigencia de un año, siendo admisible la reelección inmediata una sola vez.

3.1.5 Inelegibilidad

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 26397, no pueden ser designados como consejeros las siguientes personas:

- El presidente de la República, los vicepresidentes, los representantes al Congreso, el contralor general de la República, el subcontralor general de la República, los ministros de Estado, los viceministros y los directores generales de los ministerios, los miembros activos del Órgano Judicial, del Ministerio Público, los funcionarios que ejercen autoridad política, los alcaldes y demás impedidos por ley, *mientras estén en el ejercicio de sus funciones y hasta seis meses después de haber cesado en sus cargos*.

- Los magistrados del Órgano Judicial o del Ministerio Público, que hubieren sido objeto de destitución o separación.
- Los que hubieren sido inhabilitados por sentencia judicial.
- Los que hubieren sido condenados o se encontraren siendo procesados por delito doloso.
- Los que hubieren sido declarados en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
- Los que adoleciesen de incapacidad física o psíquica que los inhabilitase para ejercer el cargo.

Ahora bien, en caso de que se designase a una persona incursa en causal de inelegibilidad, el Consejo Nacional de la Magistratura procederá a su separación inmediata, amén de declarar la vacancia, oficiándose al consejero suplente para que ocupe el cargo.

3.1.6 Características de la función de consejero

Entre las principales descritas en la ley 26397, aparecen las seis siguientes:

a) Su mandato es indelegable, lo que implica que una vez designado no puede ceder, transferir o permutar las responsabilidades encomendadas por la Constitución y la ley 26397.
b) Su mandato es irrevocable. Esto significa que aun cuando se suscitasen cambios de autoridades o en la orientación institucional del órgano que lo designó, el consejero permanece hasta completar el período legal para el que fue nominado.
c) Su actividad funcional no se encuentra sometida a mandato imperativo; esto es, no depende de quienes lo designaron, así como tampoco puede recibir recomendaciones, sugerencias, advertencias, etc., de aquéllos.
d) Su actividad funcional le impide desempeñar cualquier otro cargo público o privado, o ejercer cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria.
   En el caso específico de los consejeros abogados, les está impedido litigar, salvo en causa propia o de su cónyuge, y de sus ascendientes y descendientes.
   La inobservancia de lo arriba expuesto constituye el delito de patrocinio ilícito (art. 385 del Código Penal).
e) No se puede ser miembro del CNM simultáneamente con el cónyuge y los parientes en línea recta, ni con los colaterales

dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

f) No es admisible la postulación a un cargo cuyo nombramiento depende del consejo.

3.1.7 Cese de la función

Se entiende como la conclusión de la actividad para la que los consejeros fueron designados. Ello origina la vacancia del cargo.

Se produce por cualquiera de estas nueve circunstancias:

a) Muerte.

b) Renuncia.
Implica el acto mediante el cual el consejero impele al organismo a dar término a su actividad funcional antes del vencimiento del plazo por el que fue designado. Su significado atiende a la deserción o abandono voluntario de la representación.

c) Vencimiento del plazo de designación.

d) Incapacidad moral psíquica, o de carácter físico y permanente.
Implica un defecto o falta de aptitud física o legal para ejercer el cargo.
Esta incapacidad debe entenderse como sobreviniente; es decir, presentarse con posterioridad a la designación al cargo.
Para tal efecto, son de aplicación los incisos 3 al 8 del artículo 44 del Código Civil (sufrir deterioro mental que impidiese expresar la libre voluntad; toxicomanía; sufrir pena que lleve anexa la interdicción civil, etc.).

e) Incompatibilidad sobreviniente.
Implica la exclusión legal del cargo por el desempeño de dos actividades simultáneas. Se trata de un coejercicio prohibido por la ley. Surge cuando el consejero es elegido presidente de la República, congresista, ministro de Estado, etc.

f) Incursión en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo.
Implica una falta de responsabilidad funcional; por ejemplo: los casos de inejecución de obligaciones, falta de diligencia, etc.

g) Violación de la reserva propia de la función.
Implica la revelación de las decisiones o asuntos funcionales, los mismos que por su propia naturaleza tienen carácter privativo.

h) Condena por la comisión de delito doloso, mediante sentencia consentida o ejecutoriada.

i) Ausencia injustificada, por no reincorporación en las funciones dentro de los cuatro días posteriores al vencimiento de una licencia.

La vacancia en el cargo de consejero en los casos previstos en las causales *a*, *b*, *c* y *b* se declara por el presidente del CNM. En los demás casos decide el consejo en pleno.

3.1.8 El caso de la remoción por causa grave

El artículo 157 de la Constitución señala que los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser removidos –separados de la función– por causa grave, mediante acuerdo adoptado con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso (80 representantes).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 26397, dicha causa grave se presenta en tres casos:

a) Desempeño de cualquier cargo público o privado de manera paralela al ejercicio de la función de consejero.
b) Desempeño de cualquier profesión u oficio de manera paralela al ejercicio de la función de consejero. Se exceptúa el caso de la docencia universitaria o el ejercicio de la abogacía en causa propia o del cónyuge, y de sus ascendientes y descendientes.
c) Actos de gestión institucional ante las autoridades judiciales, fiscales o administrativas, en favor o representación de sí mismo o de terceras personas.

Debe advertirse que los consejeros se encuentran sometidos al procedimiento de acusación constitucional, de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 99 y 100 de la Constitución y en la ley 26231, en los siguientes casos:

a) Actos de infracción a la Constitución.
b) Actos de ilicitud penal en el ejercicio de la función.

En el caso de existir una resolución acusatoria de contenido penal expedida por el Congreso de la República, surge la obligación del fiscal de la nación de formular denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días de recibida aquélla.

3.2 El sistema de designación por elección popular

Este sistema fue postulado –sin éxito– en nuestro país en la década de los años 70. Así, una "Comisión de Estudios para una Reforma del Poder Judicial" –integrada, entre otros, por Luis Pásara– fue la primera en esbozar su desarrollo doctrinal en el Perú.

Posteriormente, durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1979, fue propuesto por Róger Cáceres Velásquez. Su postulación iba dirigida a los cargos de jueces de paz.

En el proyecto de la ley orgánica del Poder Judicial de 1986, la comisión presidida por Mario Alzamora Valdez planteó una propuesta en el mismo sentido.

Como bien ha establecido Javier de Belaunde López de Romaña[7] –uno de los más importantes partidarios de su adopción en el Perú–, el artículo 152 de la Constitución tiene como fuente de inspiración el proyecto de reforma constitucional presentado por la Corte Suprema ante el Congreso Constituyente Democrático, así como las intervenciones del representante Henry Pease García durante la discusión del texto constitucional.

Entre los argumentos más significativos para la inserción de este sistema en la Constitución, tenemos los tres siguientes:

a) Promueve el fortalecimiento de los vínculos entre los jueces de paz y la comunidad.
b) Refuerza el control social sobre aquellos que desempeñan responsabilidades judiciales.
c) Refuerza la acogida de los valores culturales locales, en el seno de la administración de justicia; ello por tratarse de funcionarios judiciales que resuelven –básicamente– en función del conocimiento que tienen de la personalidad de las partes en conflicto.

Su aplicación se produce de la siguiente manera:

a) Los nombramientos de los jueces de paz provienen, necesariamente, de un proceso de elección popular.
b) Los jueces de primera instancia podrían también ser objeto de nombramiento mediante un proceso de elección popular.

---

7 BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Comisión Andina de Juristas.

Tal como observa Javier de Belaunde López de Romaña[8], en el primer caso la adopción del sistema es impuesta imperativamente por la carta magna, y en el segundo el texto fundamental autoriza su utilización previa dación de una ley.

En ese sentido, el segundo y tercer párrafos del artículo 152 de la Constitución señalan que una ley especial establecerá los requisitos, forma de desempeño jurisdiccional, capacitación funcional, duración de los cargos, etc.

Debe advertirse que los funcionarios judiciales nombrados por la vía del proceso electoral están sujetos a lo previsto en el inciso 17 del artículo 139 de la Constitución, en lo relativo a la revocación de los nombramientos. Al respecto, son aplicables las reglas consignadas en la ley 26300, ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano.

8 BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de. Op. cit.

Capítulo XIV

La Academia de la Magistratura[1]

1 *ASPECTOS GENERALES*

Una de la reformas introducidas por la actual Constitución –en principio, con acierto– es la relativa a la existencia de un ente encargado de la formación y capacitación de los jueces y fiscales.

Es evidente que la mejor manera de formar técnicamente a aquellos sobre cuyas manos se deposita, en cierto momento, el resguardo de la libertad, el honor, la propiedad, etc., de los ciudadanos, está en la utilización de algunos de los sistemas de formación, capacitación o actualización de jueces y fiscales.

En nuestro criterio, existen tres de estos sistemas:

a) Sistema de formación a través del ejercicio de la abogacía.
b) Sistema de formación en pasantías previas.
c) Sistema de formación en instituciones especializadas.

1.1 Sistema de formación a través del ejercicio de la abogacía

Consiste en exigir, además del título de idoneidad en derecho, el ejercicio activo de la profesión de abogado durante un cierto tiempo, asegurándose, de este modo, el aporte insustituible de la experiencia febril y variada de un letrado en actividad.

El ejemplo más egregio es el de Inglaterra, donde ser designado juez constituye la cima de una carrera abogadil distinguida por su corrección y saber. Los jueces ingleses no sólo son casi siempre hombres maduros y con experiencia en la vida, sino, sobre todo, abogados que han participado durante años –desde los estrados de los defensores– en la diaria tarea de administrar justicia y que, por ende, han podido formarse un

1 GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y derecho judicial.* Ed. Concytec.

concepto objetivo de la importancia que tienen para las partes las cuestiones en litigio.

1.2 Sistema de formación en pasantías previas

Consiste en preparar al futuro juez realizando *stages* o pasantías, de duración variable, junto a magistrados y fiscales experimentados o en los bufetes de abogados.

En Austria, para quedar habilitado de ingresar en la magistratura es necesario, además de acreditar la licenciatura en derecho y ciencias políticas, aprobar tres exámenes teóricos que versan sobre historia del derecho, ciencias jurídicas y ciencias políticas.

Aprobados los exámenes, se cumple una pasantía de tres años en los Tribunales de Distrito, en el Ministerio Público, en las Cámaras de Apelaciones, en un estudio de abogados y en la Corte Suprema de Casación.

Durante el desarrollo de la preparación académica se participa en cursos, conferencias, etc., y se cumplen trabajos prácticos que tienen por objetivo introducir a los candidatos en el conocimiento de las realidades de la vida pública, cultural y económica.

Cumplido este período, los pasantes o candidatos deben aprobar un examen final que consiste en pruebas orales y en la presentación de tres tesis: un tema jurídico de carácter general, uno de derecho penal y otro de derecho civil.

Los jueces designados tienen la oportunidad de remozar sus conocimientos en sesiones anuales llamadas "Las semanas del magistrado", en las que se amplía el estudio de problemas jurídicos.

En lo que fue Alemania Federal, la base formativa exigida era de 42 meses de estudios de jurisprudencia en una universidad. De manera paralela se realizaban durante ocho semanas labores de pasantía en un tribunal de primera instancia y en una oficina de la Administración pública.

Cumplida esta fase de preparación, el candidato rendía un examen oral y uno escrito y, aprobados, tomaba el título y la calidad de *stagiaire.* Desde ese momento el elegido cumplía 24 meses rentados de pasantía tanto en el órgano jurisdiccional como en los bufetes de abogados y las notarías. Además, podía desempeñar funciones de secretario de justicia y asumir alguna defensa de oficio.

Después de siete años de preparación, el candidato debía someterse a un segundo examen, que comportaba pruebas en el ámbito judicial y administrativo. De ser considerado idóneo, ingresaba a la magistratura

como "adjunto". En esta condición debía permanecer tres años más, al término de los cuales tenía aseguradas las funciones de juez o de fiscal.

En el mismo país se llevaban a cabo sesiones de estudios para los magistrados en ejercicio.

1.3 Sistema de formación en instituciones especializadas

Consiste en la preparación de los candidatos en establecimientos creados especialmente para ese fin. Con ello se busca un objetivo no logrado aún a plenitud: la formación integral de la personalidad del juez, además del obvio perfeccionamiento de sus conocimientos técnico-jurídicos.

En Italia se conocía el sistema de las pasantías (ya estudiado); empero, desde 1958 se le combina con las enseñanzas impartidas desde una "Academia de la Magistratura". Luego de un concurso previo, el candidato ingresa a un *stage* o pasantía de dos años de duración.

El aspirante frecuenta la Academia de la Magistratura, donde se imparten cursos prácticos durante tres meses, así como cursos teóricos con ejercicios prácticos. El resto del tiempo indicado rota por los diferentes servicios judiciales. Finalmente, se somete a un examen práctico y, en caso de aprobarlo, es nombrado como "adjunto judicial".

En el Japón, la formación profesional de los magistrados se halla a cargo del Instituto Legal de Formación, creado en 1947 y colocado bajo la dependencia de la Corte Suprema.

Los profesores del instituto son magistrados en comisión, y sólo se ocupan de la enseñanza.

Esta escuela de la magistratura japonesa se propone una triple función:

- Formación de magistrados aspirantes.
- Formación de jueces asistentes y jueces para tribunales de primera instancia.
- Realización de programas de investigaciones judiciales dirigidos a los jueces.

Los dos primeros objetivos tienen como medio las enseñanzas indispensables en el instituto. A éste se ingresa, previo examen de derecho, con el título de "magistrado aspirante".

El ciclo de enseñanza se lleva a cabo en tres períodos que comprenden un total de dos años. El tiempo se reparte de la siguiente manera:

Primer período (cuatro meses). Se consagra a la discusión de casos; aplicación de la teoría a la práctica (estudios de expedientes, redacción de sentencias, etc.); lecturas dirigidas por especialistas; visitas (a prisiones, compañías de seguros, asilos, grandes usinas), y se cuida la formación de la cultura general.

Segundo período (16 meses). Se aplican enseñanzas prácticas, en directo contacto con los servicios judiciales, los bufetes de abogados y las asociaciones o colegios de los hombres de leyes.

En este período se dedican cuatro meses al estudio de asuntos civiles, otros cuatro al de asuntos penales, y ocho meses se cubren con la práctica en estudios jurídicos y en el Ministerio Público.

Tercer período (cuatro meses). Se dedica al perfeccionamiento destinado a llenar lagunas legales, el mismo que se realiza en forma colectiva en la sede del instituto.

Al final de los tres períodos los magistrados aspirantes pasan un examen, el cual una vez aprobado les permite ser designados jueces asistentes, representantes del Ministerio Público, etc.

Puede advertirse que una vez cumplidos los requisitos básicos de formación para acceder a la magistratura, el juez no se abandona totalmente a la rutina de sus actividades judiciales, sino que mantiene, vivaz y duradero, el gusto por el estudio especializado.

En Francia, el crisol de la magistratura está representado desde 1958 por el Centro Nacional de Estudios Judiciales. Se ingresa con la licenciatura en derecho, luego de haberse aprobado un curso inicial en el que se ponen a prueba la cultura general, la capacidad de razonamiento y los conocimientos jurídicos del candidato.

Los objetivos de dicho establecimiento pueden sintetizarse en:

a) Acceder al perfeccionamiento de los conocimientos jurídicos, teóricos y prácticos, para desarrollar el conocimiento en general, la curiosidad del espíritu y el deseo de enriquecimiento intelectual.
b) Permitir un frecuente contacto con magistrados experimentados, extraer un método de razonamiento y lograr un gran sentido de la síntesis.
c) Enseñar a organizar el trabajo judicial.

Es de aclarar que en Francia, con la base de la licenciatura en derecho –que comprende cuatro años–, el estudiante puede orientarse en tres direcciones, las que una vez adoptadas le harán sumamente difícil cambiar de rumbo. Ellas son las siguientes: ingresar al Centro Nacional

de Estudios Judiciales y dedicarse a la magistratura; ingresar a la Escuela Nacional de Administración, o prepararse para el desempeño de la profesión de abogado o procurador.

En nuestro país, desde la década de los 50 surgió la preocupación de constituir un centro de actividades vinculadas con la administración de justicia.

En esa intención, Mario Alzamora Valdez consiguió se formase en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos un programa de posgrado denominado "Capacitación de jueces". A él acudían aquellos letrados que tenían vocación por la judicatura y que, por ende, querían complementar estudios de especialización sobre la materia.

En 1968, por iniciativa de la Corte Suprema, a través de un financiamiento concedido por la Agencia Interamericana de Desarrollo (AID) y bajo la conducción de Delia Revoredo Marsano, se implementó un ente denominado "Academia de la Magistratura".

Ambas experiencias, lamentablemente, no alcanzaron los objetivos trazados por sus mentores.

2 *LA CONSTITUCIÓN Y LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA*

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 151 del texto fundamental se ha establecido, por primera vez a nivel constitucional, un ente encargado de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos los niveles, para efectoss de su selección.

En tal sentido, nuestra Constitución ha adoptado el *sistema de formación en instituciones especializadas.*

La Academia de la Magistratura –de acuerdo con lo preceptuado en el decreto ley 25726 y en su propio estatuto– es una persona jurídica de derecho público interno, componente del Órgano Judicial.

Entre los criterios rectores que sustentan su funcionamiento destacan los siguientes:

a) Defiende la autonomía institucional de carácter legal, académico, administrativo, económico y de gobierno, concedida por la ley.
b) Promueve la primacía de la persona humana y sus derechos, así como la paz y la justicia social como valores centrales de la sociedad.
c) Plantea que el servicio de la justicia es una función fundamental para la condición de la democracia.
d) Considera que la función jurisdiccional lleva consigo una gran responsabilidad y prioridad social.

e) Promueve la afirmación de la independencia de los magistrados en el ejercicio de sus actividades funcionales.
f) Busca la formación integral de los magistrados, su capacitación y su permanente superación profesional.
g) Afirma la plasmación de un haz de atributos como la honradez, la prudencia, la firmeza, etc., los mismos que son imprescindibles para el ejercicio de las actividades de carácter judicial.

Este organismo tiene su sede principal en la ciudad de Lima; empero, deberá realizar actividades en todo el territorio de la República. Por acuerdo de su consejo directivo, pueden establecerse sedes subsidiarias en otras ciudades del interior del país.

4.1 La Academia de la Magistratura tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de capacitación y perfeccionamiento de los magistrados, propiciando su conciencia creadora y la permanente reflexión y análisis del papel que les compete asumir al servicio de la justicia en el proceso de desarrollo del país. Por ende, aspira a alcanzar lo siguiente:

a) La formación académica de los aspirantes a los cargos de magistrados en el Órgano Judicial o en el Ministerio Público.
b) La capacitación académica para los ascensos de los magistrados del Órgano Judicial o del Ministerio Público.
c) La actualización y perfeccionamiento de los magistrados del Órgano Judicial y del Ministerio Público.
d) El desarrollo del programa de entrenamiento y capacitación para el personal auxiliar del Órgano Judicial y del Ministerio Público.

→ hasta aquí

En lo relativo a su estructura orgánica, ésta se compone así:

4.2 *a) Órgano rector*

El Consejo Directivo está integrado por siete miembros denominados consejeros, a saber:

- Tres designados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- Dos designados por la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público.
- Uno designado por el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Uno designado por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados de la República.

Las designaciones deben recaer en personas con altas calidades morales, con experiencia no menor de doce años en la magistratura, en el ejercicio profesional o en la docencia universitaria.

La designación es por un período de dos años, pudiendo haber reelección en el cargo. Los designados no se encuentran sujetos a mandato imperativo y, por ello, no tienen la condición de funcionarios públicos.

Cabe advertir que el director general de la Academia integra el Consejo Directivo, como miembro con derecho a voz y voto.

b) Órgano ejecutivo

- La Dirección General.
- La Dirección Académica.
- El secretario administrativo.

La Dirección General conduce los aspectos académicos y representa a la Academia legalmente.

La Dirección Académica conduce las actividades académicas en coordinación con la Dirección General, de la cual depende funcionalmente.

La Secretaría Administrativa brinda apoyo a la Dirección General en la gestión administrativa.

c) Órganos de apoyo y asesoramiento

- El Comité Consultivo.
- El Consejo Académico.

El Comité Consultivo es un ente integrado por profesores universitarios de distintas disciplinas, designados por el Consejo Directivo. Tiene la responsabilidad de emitir opinión sobre los planes de estudios, programas de los cursos, reglamentos académicos, sistemas de evaluación, etc.

El Consejo Académico es un ente integrado por la totalidad de los profesores de la Academia. Tiene la responsabilidad de analizar la marcha académica y de formular recomendaciones al Consejo Directivo.

La Academia de la Magistratura organiza y desarrolla programas académicos que otorgan derecho a diplomas, menciones y certificaciones a los discentes que aprueben los estudios correspondientes.

El cuadro de méritos de los discentes es remitido al Consejo Nacional de la Magistratura, a efectos de ser tomados en cuenta en el proceso de evaluación.

Los programas académicos son los siguientes:

a) Estudios superiores de posgrado académico, a través de la especialización judicial y la especialización fiscal.
b) Estudios superiores de ulterior especialización profesional, para los titulados, magistrados o fiscales, como requisito para ascender a la instancia superior.

hasta aquí

El artículo 3 del decreto ley 25726 señala que en el futuro los estudios de especialización constituirán requisito para cualquier abogado que tenga la intención de ingresar a la carrera judicial o fiscal.

La admisión al primero de los programas se efectúa mediante concurso público de méritos, con carácter abierto; esto es, puede participar cualquier interesado.

La admisión al segundo de los programas tiene carácter cerrado, ya que participan en el concurso público sólo aquellos que ya se encuentran incorporados a la carrera judicial o fiscal.

Dejamos constancia de nuestra preocupación porque la conducción de la Academia de la Magistratura ha sido encomendada al Órgano Judicial, ya que en la actualidad éste adolece de falta de idoneidad académica, y de falta de eficiencia y eficacia administrativa.

Hubiese sido preferible encargar dicha tarea, en conjunto, al Colegio de Abogados de Lima y a las facultades de Derecho.

Cabe advertir que a través de la ley que creó el Consejo de Coordinación Judicial (ley 26623, de 19 de junio de 1996), se encarga a la Academia de la Magistratura la evaluación de los conocimientos de los jueces y fiscales –con excepción de los vocales de la Corte Suprema y de los fiscales supremos–, con el objeto de examinar su idoneidad técnica para el desempeño de su función.

Esta responsabilidad no corresponde a las tareas propias de una Academia de la Magistratura. La acción obligó a que Domingo García Belaunde, Javier de Belaunde López de Romaña y Arsenio Oré Guardia presentaran sus respectivas cartas de renuncia a cargos adjuntos a la Academia. Ojalá gestos como éstos fueran más frecuentes.

Capítulo XV

El Órgano Judicial

1 ASPECTOS GENERALES

El juez es el protagonista central en el proceso de administrar justicia. Es él quien posee autoridad suficiente para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar un fallo judicial en un pleito o causa. Representa al escudero del derecho, por ser quien lo declara estable.

Se le define como aquel funcionario investido de imperio y de jurisdicción, que según su grado de competencia pronuncia decisiones en un juicio. En suma, es el que decide –interpretando la ley o ejerciendo su propio arbitrio– la contienda o el proceso promovido.

La palabra *juez* deriva de las voces latinas *juz* y *day*, que aluden al vindicador del derecho, al que señala el camino de lo equitativo.

Desde la Partida III, Título IV, ley 1, se afirmaba:

> "Los juzgadores son aquellos hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho."

Esta vieja definición caracteriza los tres principales requisitos que debe reunir un juez: honradez, autoridad y versación jurídica.

En términos prosaicos, se trata de un servidor estatal cuya función es otorgar justicia mediante la aplicación del derecho. Su denominación es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia; pero a los que desempeñan cargos con autoridad superior –especialmente los que ejercen en los órganos colegiados o tribunales de alzada– se les distingue con el nombre de *magistrados.*

Asimismo, la mitología recuerda la leyenda de Europa –la bella hija del rey fenicio Agenor–, quien fue llevada por Zeus a la isla de Creta, en donde alumbró cuatro hijos, algunos de los cuales asumieron funciones judiciales en el infierno: Minos, Eono y Radamante. El primero de

ellos fue rescatado por la pluma de Dante Alighieri en la célebre obra *Divina Comedia*, en donde aparece acompañando a Virgilio en el segundo círculo del averno, como encargado de examinar a los acusados y situarlos simbólicamente, con el movimiento de su larga cola, en los círculos que les correspondía.

El propio Aristóteles, el famoso filósofo estagirita, señalaba :

> "Todas las veces que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir a él es acudir a la justicia, pues él representa a la justicia animada."

Como puede colegirse de todo lo expuesto, el juez realiza la tarea más noble –a la vez que la más ardua– que es dable desempeñar al hombre. Su faena cotidiana consiste en impartir justicia, para que la sociedad pueda alcanzar la paz perturbada por la violación del derecho.

Dicha labor comprende tres operaciones concretas: la investigación de la verdad, la búsqueda de la norma e interpretación de su sentido, y la aplicación de la norma a los hechos objeto de litis.

La primera es de índole gnoseológica y lógica; la segunda pertenece al campo de la técnica jurídica, y la tercera implica un auténtico acto de realismo jurídico.

Para realizar su actuación debe reunir, en sí mismo, amplia cultura general, profundos conocimientos jurídicos y altísima calidad moral.

Debe admitirse que el juzgador no se reduce a ser una simple máquina de subsunciones lógicas, sino que es un profundo conocedor del derecho, esto es, del espíritu de la ley. Ello exige preparación filosófica, cultura sociológica, visión histórica y experiencia de vida, aparte de lucidez y agilidad de mente.

Al lado de estas condiciones, que atañen al conocimiento, debe reunir otras no menos importantes e imprescindibles, que pertenecen al orden moral y espiritual. Él es un jurisprudente, esto es, un ser pleno de ponderación y de equilibrio para apreciar los hechos y crear el derecho. Como tal, debe ponerse al margen de la influencia y de la pasión.

Los jueces, con el decurso de los tiempos, atendiendo a las propias necesidades de la sociedad han ido especializándose en áreas jurídicas diversas. Ello implica el dominio específico y especial de una materia judicial.

1.1 La evolución histórica del proceso de administración de justicia

Esta evolución puede ser entendida a través de dos etapas, las mismas que no son estrictamente sucesivas, sino que en algunas circunstancias son parcialmente coincidentes en el tiempo. El orden se establece por su grado de avance cualitativo.

Dichas etapas son las siguientes:

a) La administración de justicia personal

El hombre primitivo desarrolló una compleja concepción jurídica sobre lo que constituía su hábitat natural. Así, consideró que el territorio que él poblaba era un lugar inviolable y que la infracción cometida dentro de éste tenía que ser sancionada por él drásticamente: la venganza privada se convirtió en el derecho del ofendido; por ende, a éste le correspondía declarar el castigo de su ofensor. Esta forma primaria de hacer justicia fue concebida con el nombre de *faida.*

En puridad, se trataba de una satisfacción directa del agraviado. O sea, una reparación personal del mal que otro le había causado. En suma, se entendió como una reacción contra el daño recibido.

Esta modalidad primaria de administrar justicia fue la señal del inicio de la noción de la aplicación de la ley en el espacio.

Esta concepción comienza en los estadios iniciales (períodos de la caza y de la pesca), en donde el castigo era esencialmente de carácter vengativo, haciéndose extensivo con frecuencia a los parientes y miembros del grupo al que pertenecía el agresor.

Se consideró que la aplicación intensa de la pena de muerte era la mejor sanción, y una medida de protección para todos los miembros –en general– de la especie humana. Tal como lo afirmara Enrique Fermi, era en sí misma una "venganza defensiva".

El hombre apeló a la fuerza bruta para protegerse y defender sus derechos. En él se fusionaron los atributos de juez y parte.

Las prohibiciones y castigos estaban íntimamente vinculados con el fenómeno mágico-religioso. En este sentido, el *tabú* representó el más antiguo de los códigos no escritos.

La intervención de lo mágico-religioso apareció desempeñando una importante función en la mente primitiva. La idea de sanción estuvo constantemente envuelta con la idea de lo sobrenatural.

En general, la sanción era el resultado de la intervención de fuerzas que no eran humanas. Se atribuía a los dioses un poder formidable, que premiaba o castigaba, que era preciso atraer y no provocar.

El tabú –entendido como lo inquietante, prohibido o impuro–, ante la ausencia de un cuerpo organizador de enunciados legales cumplió precisamente las funciones de éste, constituyéndose así en un elemento esencial de control social. Ello involucró tres aspectos:

- Sustentó el temor a un menoscabo o transgresión del orden establecido sobrenaturalmente.
- Reforzó las actitudes de cuidado y responsabilidad, castigando el exceso y la injerencia en asuntos ajenos.
- Separó y jerarquizó a los miembros de la sociedad. Es por ello que los sacerdotes adquirieron supremacía mediante el manejo del tabú.

b) La administración de justicia impersonal

La difusión creciente del monoteísmo mostrará que la administración de justicia se ejecuta en nombre de Dios, y promoverá la aparición de juzgadores que harán que el procesado expíe su acción antijurídica.

Esta fórmula judicial surgió de la acción o facultad de terciar como *autoridad* para resolver una causa. Esta persona se encontraba investida de poder sobre las partes, y era ajena a los hechos que motivaban la litis.

Su génesis, de formación lenta, apareció de manera embrionaria durante el apogeo de las sociedades federativas, en donde se buscaba reconciliar el gobierno de la totalidad de la tribu, con la autoridad de los jefes de cada uno de los clanes componentes.

Se instituyó así a una autoridad mediadora entre ellos, con la función de arbitrar en las diferencias que surgieran entre las unidades componentes de una federación.

A través del derecho canónico se terminó de combatir la administración de justicia personal, y se promovió otra con carácter arbitral al proclamar que la interpretación y aplicación del derecho era responsabilidad del príncipe y/o del magistrado.

El tratadista Schiappoli llega a sostener que:

> "El cristianismo arrancó la espada de la justicia, a los ofendidos deseosos de venganzas, y la puso en manos de la autoridad-ministerio del Señor. El cristianismo impuso obediencia a la autoridad constituida, sin la cual la sociedad no sería duradera y estaría en continuo peligro (...) por lo cual los santos poderes reclaman de modo especial que reprimir el delito es obra del príncipe y del magistrado; que el poder punitivo no

> pertenece a los particulares, y que quien matare a un delincuente sin estar revestido de funciones públicas, era culpable de homicidio."

La Iglesia afirmó sus propias convicciones sobre la materia al crear instituciones como la "Paz de Dios" y el "Asilo religioso", mediante las cuales sustrajo a un gran número de personas de la venganza de los particulares, poniendo así el derecho de procesar en manos del poder público.

Con la aparición del Estado, esta forma de administrar justicia se consolidó definitivamente.

Esta modalidad de administración de justicia impersonal partió del reconocimiento de una sociedad organizada por normas jurídicas, capaz de imponer el derecho con un alto grado de coacción dentro de ella.

En torno a ella se generó un paso importante en la evolución del derecho. La administración de justicia impersonal se fortaleció cuando se aceptó la tesis de la separación de las funciones del Estado, distinguiéndola del ejercicio de la autoridad política.

2 *LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ*

En el período más lejano de la época incaica, las comunidades regulaban sus litigios mediante sus consejos de ancianos: la escala de magistrados se formó sobre la base de la agrupación de familias, teniendo como cúspide teocrática al Inca. El grado inferior de tal escala lo constituyó el *chunca camayoc*, gobernante y juez de una decena de familias. Así, a sus atribuciones económicas, políticas y estadísticas se sumaban las propias del juez, tales como conocer las faltas y aplicar las penas leves; resolver sumariamente los litigios sobre la propiedad, y declarar el derecho en discusión. Podía apelarse de sus sentencias ante al *pacha camayoc.*

La historia refiere que este último era jefe de una centena de familias, encargado de resolver según propio parecer, aunque elevaba luego el respectivo informe al *huaranga camayoc.*

Éste era un oficial o representante del monarca, que ejercía su jurisdicción sobre un millar de familias resolviendo las diferencias que se suscitaban por despojo o arbitrariedad en el reparto de las tierras cultivables, y castigando a los delincuentes con penas corporales.

En caso de que los asuntos fueran de gravedad, se elevaban al conocimiento del *huno camayoc* –gobernador de diez mil familias–, o

bien se esperaba el paso del inspector imperial, a fin de que éste fallare en el litigio o castigare al culpable.

Con posterioridad, estos jefes serían desplazados por la autoridad del *curaca*. Este personaje era el jefe de un *ayllu* (conjunto de familias unidas por vínculos de parentesco, gobierno y trabajo) y, por ende, responsable político ante el Inca.

Las diferencias que se suscitaran entre los ayllus, o contra el propio curaca, eran resueltas por funcionarios imperiales enviados especialmente por el Inca. Al respecto, algunos historiadores asignan este papel a los denominados *tucuricuy* (ojos y oídos del monarca). Éste conocía de las denuncias formuladas contra los funcionarios por incumplimiento de sus deberes.

Debe señalarse que el juzgamiento era público, con pruebas testimoniales y prácticas religiosas. Así, se utilizó el juramento, el tormento de los acusados y la interrogación a las huacas y oráculos.

La aplicación de las penas –supresión de la vida y castigos corporales– fue encargada a naturales rentados, que llevaban insignias especiales. En dicho período no existieron abogados, fiscales, procuradores ni auxiliares de justicia.

Durante el Virreinato, el poder de administrar justicia era atribución del rey de España. Lo ejercían una serie de funcionarios. Así, pueden citarse tres instancias:

a) El Real y Supremo Consejo de Indias

Era un organismo que aconsejaba al rey en todo lo referente a las colonias en América. Tuvo atribuciones jurídicas, políticas y legislativas.

En tal virtud, como judicatura, resolvía en vía de apelación las controversias conocidas en las audiencias, e intervenía en los conflictos de competencia entre las más altas autoridades virreinales. Su decisión era casi inapelable, ya que sólo podía ser cambiada por el rey.

Desde su fundación, en 1542, estuvo constituido por un presidente, un cuerpo de consejeros y un fiscal.

El Consejo de Indias enviaba con alguna frecuencia, a las colonias, a los llamados *jueces residenciarios*, quienes eran los encargados de recibir los reclamos contra los funcionarios judiciales que ejercían en el Perú.

En puridad, su labor judicial fue artificiosa, tal como se demostró con el histórico proceso del crédulo indio de Cajamarca, Pedro Quispe, quien había pedido que lo liberasen del tributo por encontrarse empobrecido. Ante dicha demanda, el consejo sentenció: "¿Con qué licencia

vino este indio y a qué negocios? (...) Es imposible relevarlo, porque a su vista vendrían otros a pedir lo mismo." A lo que el rey, avalando, proveyó: "Está bien."

Puede afirmarse, con toda seguridad, que las causas indígenas se resolvieron con un criterio político y no de justicia, pues, como dijo un virrey:

> "Algunas razones de Estado muchas veces hacen que se atropellen las que sólo se fundan en rigurosa justicia."

b) La Audiencia

Se constituyó en la más alta corte de justicia en el Perú, la que incluso reemplazaba al virrey en caso de grave enfermedad o de fallecimiento. Se le instituyó para radicar en Lima (1554). Estuvo integrada por el virrey (en su condición de presidente), ocho oidores (con competencia civil), cuatro alcaldes del crimen (con competencia penal) y dos fiscales.

Posteriormente se creó otra en la ciudad del Cusco.

c) El Corregimiento o Alcaldía Mayor

Conocido también como *Instancia de Contacto*, era el encargado de impartir justicia en primera instancia, a indios y españoles dentro de los límites de una determinada circunscripción geográfica.

El *corregidor* operaba en el ámbito agrario, en tanto que el *alcalde mayor* actuaba en las circunscripciones citadinas.

El corregidor era designado directamente por el rey para desempeñar el cargo por cuatro años, para lo cual era enviado desde España. Con posterioridad al levantamiento de José Gabriel Condorcanqui, se le reemplazó por el *intendente.*

El alcalde mayor era un funcionario nombrado por los vecinos de las ciudades, y era quien conocía, inicialmente, las causas civiles y criminales.

En la República, José de San Martín promulgó el Reglamento de los Tribunales en 1821, en donde se asignó facultades judiciales a los presidentes de departamento y a los gobernadores.

La Constitución de 1823 declaró la independencia del Órgano Judicial, amén de crear la Corte Suprema y algunas Cortes Superiores y Juzgados de Derecho.

Esta Constitución sancionó las garantías generales para la defensa, prohibió los juicios por comisión y estableció la publicidad y motivación de los fallos.

La Constitución de 1860 trató sagazmente de la organización de la judicatura.

El resto de las Constituciones mantuvieron los aportes arriba señalados.

A nivel de leyes orgánicas se han dictado la ley 1510 (1912) y el decreto ley 14605 (1963); el decreto legislativo 612 (1990) y el decreto legislativo 767 (1992).

2.1 La Constitución y los principios institucionales

Desde una perspectiva doctrinaria, los principios rectores de la labor jurisdiccional se pueden sintetizar en los cuatro siguientes:

a) Principio de aplicabilidad de la ley

De conformidad con lo dispuesto en el texto constitucional, el juez tiene la obligación ineludible de hacer mención expresa de la ley al momento de expedir la sentencia que pone fin a una controversia judicial.

Al respecto, no debe olvidarse que el artículo 418 del Código Penal configura como ilícito penal –delito de prevaricato– la expedición de resoluciones judiciales contrarias al texto expreso y claro de la ley.

b) Principio de interpretabilidad de la ley

Es responsabilidad del juzgador el encontrar la significación, alcance y contenido de las normas aplicables a un caso particular y concreto.

Más aún, tiene la obligación de efectuar una labor hermenéutica que permita la "evolución" del sentido de la norma, con las nuevas circunstancias sociales y políticas que la inevitable proyección de la historia va presentando.

c) Principio de suplencia legislativa

La existencia de lagunas legislativas da pie a la responsabilidad de asumir la tarea de integración normativa. En ese contexto, el juez debe dictar un fallo de principio que permita la solución de un caso particular y concreto y que además sirva de futuro precedente vinculatorio para casos similares.

d) Principio de recta acción

La labor jurisdiccional no sólo se apoya en el conocimiento pleno del derecho, sino, fundamentalmente, en la vocación de justicia, el ejer-

cicio cabal de la razonabilidad jurídica y un elemental sentido de prudencia.

2.2 La especialización judicial

Dentro de la esfera del Órgano Judicial se encuentran funcionarios públicos –magistrados y jueces– que tienen la responsabilidad de conocer, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar un fallo dentro de un pleito o causa que corresponde a una materia determinada.

La especialización judicial que implica versación y conocimiento específico de alguna disciplina del derecho, es descrita en nuestra ley orgánica del Poder Judicial de la siguiente manera:

- Especialización tradicional (derecho civil y penal).
- Especialización moderna (derecho laboral, agrario y de familia).

3 LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Acogiéndonos a un criterio estrictamente jurídico, puede señalarse que el artículo 139 de la Constitución alude a un conjunto de declaraciones, medios y procedimientos con que se aseguran y se protegen las prerrogativas funcionales y derechos públicos, tanto del Órgano Judicial como de las personas que ante él acuden.

Seguidos de una sucinta explicación, según los alcances del artículo 139 de la Constitución, son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3.1 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación

Debe entenderse por *función jurisdiccional*[1] aquel fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacernos justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o del derecho de retención), es atinente al Es-

1 LOZANO PONCIANO, Américo. "Consideración acerca de la jurisdicción". En: *Ius et Praxis*. Lima: Universidad de Lima.

tado resolver las controversias que surgen entre los hombres. Aquí, el particular tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado ejercitando una *acción*[2], a la que corresponde como correlato la *jurisdicción*, que es además un "poder-deber", como lo señala Francesco Carnelutti.

La palabra *jurisdicción* se forma de las expresiones *jus* y *dicere*, que vienen a significar "potestad de declarar o aplicar el derecho a los casos particulares".

Como bien afirma Mario Alzamora Valdez[3]:

> "El particular tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado ejecutando una acción, a la que corresponde como deber correlativo la jurisdicción, el que además es un poder."

Incorporada la jurisdicción a la soberanía del Estado a través del órgano jurisdiccional, deviene éste en el *competente* para resolver conflictos que se suscitan entre los particulares, mediante la aplicación de la ley.

El ejercicio de la jurisdicción exige cuatro requisitos:

a) Conflicto entre las partes.
b) Interés social en la composición del conflicto.
c) Intervención del Estado, mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

El concepto *jurisdicción*[4] se encuentra regulado por dos órdenes de facultades: el de *decisión* y *ejecución*, que se refieren al acto mismo; y el de *coerción* y *documentación*, que son las que tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio.

En uso de la potestad de *decisión*, el juez declara la voluntad de la ley, para resolver el conflicto.

La *ejecución* consiste en la facultad del juez de hacer cumplir sus propios mandatos dentro de los límites señalados.

---

2 LOZANO PONCIANO, Américo. Op. cit.

3 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría general de proceso.* Ed. Sesator.

4 La jurisdicción es la función de administrar justicia que corresponde al Órgano Judicial. La competencia es el modo o la manera.

El atributo de la *coerción* implica el constreñir la voluntad ajena o apremiar a través del poder.

El atributo relativo a la *documentación* tiene su sustento en la necesidad de acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales otorgándoles permanencia, así como en la de fijar indubitablemente, en el tiempo, el modo y estilo como se desarrollan.

La Constitución prohíbe los juicios por *comisión* o *delegación*. Con ello se alude al impedimento de encargar a otra persona el ejercicio de la facultad de decidir el derecho. No se pueden dar, ceder o transferir las atribuciones jurisdiccionales.

Ahora bien, en atención a la naturaleza de la función, así como de los técnicos que la ejercen, se requiere un abocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos.

La Constitución precisa la unidad del órgano jurisdiccional en razón de que éste es uno solo y, además, infaliblemente indivisible.

Conceptualmente, la *unidad* afirma la propiedad de todo ente, en virtud de la cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere.

No obstante lo expuesto en cuanto a la unidad, la propia Constitución plantea asistemáticamente tres excepciones a la regla general. Ellas son:

- La jurisdicción arbitral.
- La jurisdicción militar.
- La jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas.

3.1.1 La jurisdicción arbitral

Es aquella que emana de la facultad de resolución extrajudicial de un litigio, pleito, controversia, duda o diferencia, que las partes otorgan al árbitro y que finaliza con una disposición llamada *laudo*.

El *árbitro* es una persona nombrada por las partes para que, individualmente o en concurrencia con otros investidos de esa condición, decida un caso en forma extrajudicial, respetándose su fallo con el mismo efecto que podría tener una sentencia ejecutoriada.

El fundamento de la institución del arbitraje –cuya regulación legal se encuentra contenida en la ley general de Arbitraje– radica en la necesidad de poner término en forma expeditiva y rápida a un litigio, así como en respaldar la confianza que las partes depositan en los árbitros.

Pueden someterse a este procedimiento las controversias determinadas o determinables sobre las cuales los particulares tienen facultades

de libre disposición, así como aquellas controversias relativas a materia arbitral, extinguiendo respecto a ellas el proceso judicial existente o evitando el que pudiera promoverse.

Igualmente, pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebran con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente, y sin previa autorización, que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, que se refieran a sus bienes, sean también objeto de un arbitraje nacional.

No pueden ser objeto de conocimiento y decisión arbitral las controversias o pretensiones respecto de los cuatro asuntos siguientes:

a) Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, así como sobre la disposición de bienes o derechos de incapaces sin previa autorización judicial.
b) Las relativas a procesos con resolución judicial firme, salvo en lo relativo a las consecuencias patrimoniales que surgen de su ejecución, en cuanto conciernen exclusivamente a las partes del proceso.
c) Las que interesan al orden público o aquellas relativas a delitos o faltas. No obstante lo expuesto, es permitido el arbitraje sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por una resolución judicial firme.
d) Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de las personas o entidades de derecho público.

Las más notorias diferencias entre la función del Órgano Judicial y el arbitraje son las siguientes:

a) La jurisdicción judicial es más amplia, ya que abarca todos los casos, mientras que la otra está sujeta a las prohibiciones descritas.
b) La jurisdicción judicial se ejerce por los órganos y autoridades del Estado; la arbitral, por particulares designados por los interesados, no siendo necesario que éstos reúnan los requisitos legales para ejercer el cargo de jueces.
c) La jurisdicción judicial emana de la soberanía estatal; la arbitral es consecuencia de un convenio privado.

d) Los responsables del arbitraje carecen de las facultades principales que integran la función judicial, limitándose tan sólo a decidir una controversia. El procedimiento y los recursos pueden ser determinados por las partes.

Tal como afirmaron en la Asamblea Constituyente de 1979 Javier Valle Riestra y Enrique Chirinos Soto, la jurisdicción arbitral, en puridad, no existe, ya que el árbitro carece de los atributos de coerción y de ejecución.

Esta modalidad, doctrinariamente, debe asumirse como un simple tribunal de equidad instituido por la voluntad de los particulares para resolver controversias.

3.1.2 La jurisdicción militar

Denominada también *jurisdicción castrense*, parte de la facultad de la que se hallan investidos los jueces, consejos y tribunales castrenses, para conocer las causas que se suscitan contra los individuos pertenecientes a la esfera de la defensa nacional y el control del orden interno.

Esta jurisdicción comprende a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Con acierto, los constituyentes de 1993 –en una concepción anticipada por quienes elaboraron el texto de 1979– incluyeron la prohibición de someter a los civiles a la jurisdicción militar, así como a la aplicación del Código de Justicia Militar, salvo lo dispuesto en las excepciones previstas en el artículo 173 de la Constitución.

Esta modalidad resulta aplicable para aquellos civiles que perpetren los delitos de traición a la patria y de terrorismo. A ello debe agregarse el caso de quienes infringen el servicio militar obligatorio y el caso del personal civil con relación laboral en una dependencia castrense, ya que, *en cierto modo*, son ya miembros de la esfera militar y, por ende, están sometidos al citado código.

Cabe advertir que aun cuando el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución señala que la jurisdicción militar y la jurisdicción arbitral son aparentemente las únicas excepciones al criterio de *unidad y exclusividad de la función jurisdiccional* a cargo del Órgano Judicial, sin embargo, el artículo 149 reconoce y explicita la existencia de una *jurisdicción especial* a cargo de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas.

Como puede observarse, serían tres las jurisdicciones no dependientes del Órgano Judicial, pero, como es obvio, coordinantes con él a través de la ley.

La jurisdicción especial establecida por el referido artículo 149 se ejercita dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas. Su ejercicio se regula de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona.

Asimismo, tal jurisdicción coordina con el Órgano Judicial a través de una *ley especial*, coordinación que se efectúa específicamente con los Juzgados de Paz y, de manera más lata, con el resto de los órganos jurisdiccionales del Órgano Judicial.

3.2 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 pronunciamiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno

La *independencia* del Órgano Judicial debe ser entendida como aquella libertad para proceder dentro de los marcos que le fijan la Constitución y la respectiva ley orgánica: se trata de una condición de albedrío funcional.

En tal virtud, se trata de un órgano estatal no dependiente de ningún otro; es decir, autónomo desde un punto de vista político y, jurisdiccionalmente, sólo sujeto al mandato imperativo de la ley. Es así como se encuentra a salvo de cualquier intromisión.

La vulneración de la autonomía política y la independencia jurisdiccional del Órgano Judicial acarrea, según sea el caso, responsabilidad política, civil, penal o administrativa.

En razón de lo expuesto, esta *autonomía* le asegura al Órgano Judicial que ninguna autoridad perteneciente al Órgano Legislativo, Ejecutivo o de cualquier otra dependencia estatal pueda ejecutar alguna de estas atribuciones:

- Avocamiento a causas pendientes.
- Intromisión en la labor jurisdiccional.
- Dejar sin efecto resoluciones que tienen la condición de cosa juzgada.
- Cortar procedimientos en trámite.
- Modificar sentencias.
- Retardar la ejecución de sentencias.

En este punto, vale la pena aclarar dos conceptos:

La *cosa juzgada* es lo definitivamente resuelto por el órgano judicial competente. El argentino Juan Ramírez Gondra[5] señala que:

> "Es aquello sobre lo cual ha recaído en juicio una sentencia válida y firme; bien porque la ley no admite más ningún tipo de impugnación o porque ha sido consentida por las partes."

El prestigioso Eduardo Couture[6] expresa que:

> "Es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial, cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Su eficacia proviene de que es inimpugnable, inmutable e invariable."

La *ejecución de las sentencias* está constituida por el conjunto de actos necesarios para realizar y hacer respetar lo establecido por el juez o tribunal en su fallo.

Esta atribución –contenida en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución– no afecta el *derecho de gracia* que el propio Estado se asigna a sí mismo. Este derecho trata de aquella prerrogativa que tiene el cuerpo político –como consecuencia del ejercicio de su soberanía– para extinguir la potestad punitiva concedida a uno de sus órganos de poder. Debe ser entendido como un acto de benevolencia o beneficio, que el Estado otorga como expresión primaria de su potestad.

Este derecho tiene dos expresiones:

- La amnistía.
- El indulto.

---

5 RAMÍREZ GONDRA, Juan. *Diccionario jurídico*. Ed. Claridad.

6 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Ed. Depalma.

La palabra *amnistía* proviene de la voz griega *amnesia*, que significa "pérdida de la memoria" u "olvido".

Se trata de una medida legislativa (ley) por la cual se suprimen los efectos y la sanción de ciertos delitos, principalmente los cometidos en agravio del Estado.

El tratadista español Guillermo Cabanellas de Torres[7] afirma que:

> "Se trata de un acto del poder soberano, que cubre con el velo del olvido determinados actos delictivos."

Es un medio frecuente de conciliación política, que se concede usualmente en los momentos de transición de un gobierno a otro. Típicamente no es un perdón, sino un mero olvido. Ante tal situación el delito queda borrado y, en consecuencia, no aparece en los antecedentes penales del amnistiado. En suma, desaparece la condición de procesado.

La amnistía produce la extinción[8] de la acción penal, la culpabilidad, la responsabilidad y la pena. No obstante lo expuesto, no extingue la acción civil emergente de la comisión del delito, que puede invocarse en la vía civil.

Es característica de esta institución penal el que no se refiera a las personas; vale decir, es genérica, de manera que resultan impunes sus autores, sin importar a quiénes beneficia ni quiénes integran sus calidades.

Se trata de un acto de alta decisión política, por el que los Gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos por los que pasan sus pueblos, hacen nula la acción de las leyes penales, echando un velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado.

El fundamento de la amnistía reside en el interés común y en la naturaleza política de ciertos delitos; sin embargo, también tiene sus limitaciones. Así, nuestro país la tiene prohibida para los casos de narcotráfico.

El ejercicio de la amnistía le ha sido concedido al Congreso de la República a través de lo preceptuado en el inciso 6 del artículo 102 del texto fundamental.

---

7 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental.* Ed. Heliasta.

8 La extinción de la potestad punitiva del Estado no solamente es de índole externa, como sucede con la denominada prescripción, donde el elemento externo es el transcurso del tiempo; sino también de naturaleza interna, consecuencia de su soberanía.

Cabe advertir que, aun cuando la doctrina claramente señala que una ley de amnistía se dicta con anterioridad a la expedición de una sentencia, en nuestro país se ha establecido que dicha ley puede ser dictada después de la existencia de una sentencia condenatoria.

El *indulto* permite el perdón o la remisión, ya sea total o parcial, de una pena impuesta por sentencia condenatoria ejecutoriada. Puede ser otorgado sin que el Estado exponga motivo alguno.

En sentido estricto, se trata de la manifestación discrecional de la voluntad estatal, aun cuando en la mayoría de los casos surge de una concesión motivada por criterios de justicia, equidad o de conveniencia pública.

El indulto está circunscrito únicamente a la pena, quedando subsistente, en cambio, la calidad de condenado.

Al igual que la amnistía, las acciones de reparación civil también quedan subsistentes.

La principal diferencia doctrinaria entre ambas instituciones radica en que la amnistía suprime el hecho punible y olvida para siempre la calidad jurídica de los beneficiados, mientras que el indulto omite la represión del hecho castigable, aun cuando mantenga la condición de condenado, aparte de distinguirse por su carácter individual y determinado.

El inciso 21 del artículo 118 de la Constitución otorga al presidente de la República el ejercicio del indulto.

3.3 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

El *debido proceso* es una expresión referida de la existencia y reconocimiento de la democracia. A través de él se persigue alcanzar que quienes tienen un conflicto de carácter jurídico puedan darlo por concluido de manera justa y razonada.

El debido proceso es un término genérico que comprende un conjunto de principios que son desarrollados a lo largo de este apartado de la Constitución.

La institución del debido proceso tiene sus antecedentes en el derecho constitucional angloamericano. Aparece en el capítulo XXXIX de la

Carta Magna (1215), el Bill of Rights (1689) y el *Due Process of Law* de la Constitución americana (1791).

Su afluencia en el ordenamiento norteamericano se justifica como una respuesta a las atrocidades cometidas en la guerra de Secesión. Así, la famosa "práctica de Linch" (linchamientos populares) y el denominado "Winner's Right" (derecho del vencedor) fueron las más notorias y salvajes expresiones de dichas atrocidades.

En nuestro país el debido proceso aparece, como garantía nominada, en la Constitución de 1979.

El debido proceso lleva consigo el derecho de toda persona a acceder libre e irrestrictamente al ejercicio de garantías mínimas vinculadas con la transparencia, la equidad, el apego a la legalidad, la veracidad e imparcialidad judicial, la vocación de justicia en el accionar judicial, y la legítima expresión de certeza legal en la decisión judicial.

El debido proceso tiene dos planos, a saber:

- *Plano adjetivo (garantías relativas a las formas procesales)*
  Nuestra Constitución alude a este plano en el inciso 3 del artículo 139 de su texto.
- *Plano sustantivo (garantías relativas a los contenidos o materia del asunto de fondo en un proceso judicial)*
  Este plano alude a los contenidos resolutivos acordes con los principios técnico-axiológicos (razonabilidad, equidad, justicia conmutativa, justicia distributiva, etc.).

La *tutela jurisdiccional* implica la existencia de un proceso judicial rodeado de garantías efectivas para las partes involucradas en él. Ello lleva a la posibilidad concreta y real de someter un derecho en disputa a la decisión del Órgano Judicial, para que sea dirimido con celeridad, idoneidad y moralidad, esto es, para que se pueda hacer realidad el derecho material en un caso particular y específico.

En ese sentido, un proceso debe obtener validez y legitimidad. Con ello se acreditará el buen proceder en juicio; ergo, se plasmará en un juzgamiento y una decisión judicial razonada.

En nuestro criterio, el *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional* son expresiones concordantes en su sentido y objetivo a alcanzar.

Por ende, de todo ello se desprenden cuatro criterios:

a) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley.
b) Ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley.

c) Ninguna persona puede ser juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción.
d) Ninguna persona puede ser juzgada por comisiones especiales creadas para tal efecto, cualquiera sea su denominación.

Esta enumeración –como hemos adelantado párrafos arriba– tiene carácter limitativo.

3.4 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

En puridad, lo descrito se orienta específicamente al plano del proceso penal.

El proceso penal tiene como fin principal la represión del hecho punible mediante la imposición de una pena.

Más aún, para restablecer en su integridad el orden social, debe cumplirse un fin secundario: la reparación civil de la víctima del delito (por extensión, de sus familiares).

Para alcanzar estos objetivos y lograr el restablecimiento del orden social alterado con la comisión de un delito, tenemos que en el proceso penal se persigue plasmar tres conceptos:

- La declaración de certeza.
- La verdad legal.
- La individualización del delincuente.

Para garantizar que todo proceso penal cumpla con esas tareas, se ha establecido su necesaria publicidad.

Enrique Chirinos Soto[9] estima que, en esta forma, la opinión pública tiene oportunidad de vigilar el comportamiento de los jueces, sea a través de los particulares que asisten a las audiencias, sea por intermedio de los periodistas que obtienen información en éstas.

Herbert Villavicencio[10] sostiene que el juzgamiento no es un quehacer periódico que interese exclusivamente al juez y a las partes, sino

9 CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993. Lectura y comentario*, op. cit.
10 VILLAVICENCIO, Herbert. *Manual del juicio oral.*

que representa algo de mayor importancia: es la solución jurídica de carácter penal que surge del delito, en cuya virtud el Estado tiene el derecho de sancionar al culpable y éste la obligación de soportar las consecuencias de su errado obrar.

Es por ello que la sociedad pone especial empeño en el esclarecimiento del delito y en la represión del delincuente; pero su preocupación es mayor en cuanto al control de la forma como se ha acreditado la culpabilidad y aplicado la pena: tal acción censora es imprescindible para el pleno imperio de la justicia.

A la luz de la legislación ordinaria, esta garantía de publicidad de los procesos presenta límites razonables; por tanto, puede exceptuarse en tres casos:

a) Atendiendo a razones de moralidad, orden público y seguridad nacional.
b) Atendiendo a los intereses de los menores o a la vida privada de las partes.
c) Atendiendo a la posibilidad de menoscabo de la recta administración de justicia.

De otro lado, por mandato constitucional es obligatoria, en todos sus extremos, la publicidad de los procesos penales cuando se trata de:

a) Juicios por responsabilidad de funcionarios públicos.
b) Juicios por delitos de función.
c) Juicios referidos a la vulneración de los derechos fundamentales.

Esta garantía hace recordar aquellas célebres palabras de Honoré-Gabriel, conde de Mirabeau:

> "Ponedme al juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo si deseáis; poco importa, con tal que no pueda hacer nada, sino en público."

3.5 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

La *motivación escrita* se asume como el dar causa, argumento o razón del modo de solución de un litigio. Se trata de explicar y dar a com-

prender los motivos que ha tenido la autoridad judicial para fallar de una manera determinada.

Estos motivos son vitales para afirmar en la ciudadanía un sentimiento de seguridad jurídica subjetiva.

Al respecto, Enrique Chirinos Soto[11] manifiesta:

> "Los jueces son prisioneros, al mismo tiempo, de la ley y del proceso. En relación a lo primero, porque no pueden apartarse de ésta al resolver los asuntos sometidos a su decisión. Lo son del segundo, en cuanto tal decisión tiene que basarse exclusivamente en las pruebas actuadas en juicio."

Como bien afirman Marcial Rubio y Enrique Bernales[12], las sentencias no sólo tienen importancia para las partes interesadas, sino que adicionalmente ofrecen consecuencias trascendentales para la solución de otros conflictos.

Muchos fallos judiciales plantean una forma determinada de interpretar algunas normas, constituyendo un precedente judicial. El precedente vinculatorio consiste en que ante casos similares al resuelto en determinado sentido, las resoluciones que se dictarán sobre aquellos casos tienen que ajustarse a los términos de ese sentido. Es por ello vital el conocer la *ratio decidenti* (fundamento o justificación de la expedición del fallo).

El artículo 22 de la ley orgánica del Poder Judicial establece que las Salas Especializadas de la Corte Suprema ordenarán la publicación trimestral, en el diario oficial *El Peruano*, de aquellas ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que sean de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

En aquellos casos en que sea necesario apartarse de dichos principios, las autoridades judiciales –de cualquier nivel jerárquico– tienen la responsabilidad de motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del *precedente* que desestiman y de los nuevos fundamentos que invocan.

A mayor abundamiento, la doctrina señala que las resoluciones deben contener:

---

11 CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993. Lectura y comentario,* op. cit.

12 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y RUBIO CORREA, Marcial. *Perú: Constitución y sociedad política,* op. cit.

- Exposición de los hechos debatidos.
- Análisis de las pruebas actuadas.
- Determinación de la ley aplicable.
- Determinación clara y expresa de lo decidido.

Las *resoluciones* tienen un fundamental valor creativo y pedagógico. Por representar la aplicación de la legislación general al caso concreto, permiten observar su adecuación o desfase con la realidad social, así como la distancia que marca el juez en su camino de búsqueda de justicia y equidad.

La propia Constitución plantea la excepción de la motivación en el caso de los decretos de mero trámite.

Como bien se sabe, las resoluciones se clasifican en:

a) Decretos

Se trata de pronunciamientos judiciales que encaminan el aspecto procesal de una causa. Se trata de meras decisiones que no tienen necesidad de sustentación, ya que no inciden sobre ninguna cuestión de fondo, sino que responden a las formalidades propias de la litis.

Así, tenemos los casos donde se señala día y hora para la ejecución de una diligencia; donde se manda agregar al expediente un instrumento presentado por alguna de las partes, etc.

En razón de lo expuesto, los decretos se encuentran exentos de la obligación de ser motivados.

b) Autos

Son pronunciamientos que ponen fin a una cuestión incidental o de fondo que se promueve antes de la sentencia. En puridad, se trata de una modalidad resolutiva, de valor intermedio entre el decreto y la sentencia.

c) Sentencias

Expresan la decisión final en un proceso judicial, por medio de la cual queda resuelto el asunto materia de controversia.

3.6 La pluralidad de la instancia

La *instancia* se entiende como una de las etapas o grados del proceso.

En puridad, aquí se trata del ejercicio del derecho al recurso impugnatorio. Así, lo que resulta cautelado es que las decisiones de los jue-

ces y tribunales, una vez terminada una etapa del proceso, sean objeto de una ulterior revisión que tome en cuenta su actuación y el fallo.

La pluralidad de la instancia permite que una resolución sea vista en una segunda y hasta en una tercera instancia. Es decir, existe la posibilidad de que un error, deficiencia o arbitrariedad, contenido en una resolución expedida por un órgano jurisdiccional de instancia menor, pueda ser subsanado.

Las instancias superiores suponen un mayor nivel de conocimiento jurídico y de experiencia funcional de sus funcionarios conformantes.

La *instancia plural* es, además, una seguridad para el propio juez, ya que los fallos, al ser revisados y resultar correctos, habrán de ser corroborados por el superior jerárquico. En cambio, si las decisiones son equivocadas como consecuencia de la existencia de cualquier tipo de deficiencia o insuficiente interpretación de la ley, dicho superior habrá de enmendarlas.

En el Perú, los grados de la administración de justicia penal ordinaria –tomando en cuenta su rango, de inferior a mayor jerarquía– son los siguientes:

- Jueces de paz.
- Jueces de paz letrados.
- Jueces de especialización (civiles, penales, de trabajo, agrarios y de familia).
- Las Cortes Superiores.
- La Corte Suprema de la República.

3.7 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

El *error judicial* es la equivocación, yerro o desacierto que comete una autoridad judicial y que se expresa en la expedición de una resolución.

El gazapo puede ser de derecho, debido a la ignorancia de la ley, o puede ser de hecho, por provenir de un conocimiento imperfecto de las personas o cosas.

La posibilidad del error judicial está latente, por el hecho de que es un ser humano quien administra justicia. Por ello, es lógico que se conceda a la víctima de tal gazapo la correspondiente acción para reclamar un resarcimiento por el daño moral o material sufrido como consecuencia del yerro.

La ley 24973 señala que tienen derecho a *indemnización* las siguientes personas:

- Los condenados en un proceso judicial, que posteriormente hubieren conseguido, en un juicio de revisión, la obtención de una resolución que declara la sentencia de condena como errónea o arbitraria.
- Los que habiendo sido sometidos a un proceso judicial y habiendo resultado privados de su libertad como consecuencia de éste, obtienen posteriormente un auto de archivamiento definitivo o una sentencia absolutoria.

La indemnización será fijada a criterio del juez, en atención al daño material o moral causado a la víctima.

No procede la indemnización cuando aquel que fue detenido o procesado hubiere inducido con sus actos a cometer el error, del que aparece como víctima.

Tampoco es viable cuando la víctima del error hubiese hecho valer su derecho mediante la acción resarcitoria de daños y perjuicios.

La indemnización tiene por objeto el resarcimiento o reparación pecuniaria o material por un daño o perjuicio causado.

Pedro Flores Polo[13] sostiene que, en materia penal, representa el resultado de la responsabilidad civil emergente del delito, por el daño moral causado a la víctima, a sus familiares, a un tercero e incluso a la propia sociedad.

De manera específica, deben distinguirse los alcances de este inciso en lo que respecta a los casos de *detención arbitraria* y de *error judicial*. Este último se produce dentro de un proceso, en tanto que la primera es ejecutada por la autoridad encargada del orden público y se verifica cuando se prolonga más allá de los límites fijados por la Constitución sin que la persona sea puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

La detención arbitraria se genera por una pérdida de libertad sin que exista de por medio un mandato escrito y motivado del juez, o cuando esa pérdida se genera sin el supuesto de la flagrancia en la perpetración de un delito.

---

13 FLORES POLO, Pedro. *Diccionario jurídico*. Ed. A. F. A.

En todo caso, el detenido debe ser puesto dentro de las veinticuatro horas, o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda.

Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, donde las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al juez. Este último puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

La ley 24973, de 28 de diciembre de 1988, señala que tiene derecho a *indemnización por detención arbitraria* todo aquel que es privado de su libertad por la autoridad policial o administrativa sin causa justificada, o cuando existiendo ésta se exceden los límites fijados por la Constitución o una sentencia. También tiene derecho quien no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

La indemnización será fijada en proporción directa al tiempo de detención y a la renta de la víctima, acreditada fehacientemente, indemnización que no podrá ser inferior al salario vital vigente para los trabajadores de la industria y comercio de la provincia de Lima, ni superior a diez veces ese salario por cada mes que dure la detención arbitraria.

La *acción por detención arbitraria* se ejercerá ante el juez de primera instancia de turno en lo civil, del lugar donde se ha producido la detención, o donde tuviere su domicilio el afectado, a elección de éste.

3.8 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

Esta regla alude a uno de los procesos de integración jurídica, que se produce cuando no existe norma aplicable para una litis concreta.

Mediante ella, el juez no hace uso de un precepto legal, sino que, ante su ausencia, crea una en un caso inédito para la judicatura. El chileno Jorge Hubner Gallo[14] señala que:

---

14 HUBNER GALLO, Jorge. *Introducción al derecho*. Colección de Manuales Jurídicos (Chile).

> "Es un procedimiento destinado a suplir, por vía jurisdiccional, las omisiones en que puede haber incurrido la ley."

Estas omisiones o deficiencias de la ley son consideradas lagunas legales, y son definidas por Karl English[15] como:

> "Las hipótesis no previstas por el legislador, es decir, aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos."

El gran tratadista Ludwig Enneccerus[16] afirma que existen lagunas de la ley en cuatro casos:

a) Cuando la ley otorga al juez una orientación genérica señalando sólo expresa o tácitamente conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares, debiendo aquél investigarlos en cada caso concreto.
b) Cuando hay falta de ley.
c) Cuando dos normas, sin referencia alguna entre sí, se contradicen recíprocamente, haciéndose mutuamente ineficaces.
d) Cuando la norma deviene en inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas.

Al respecto, el tratadista mexicano Eduardo García Máynez[17] sostiene que el derecho carece de lagunas, pero que la ley las tiene necesariamente. Así, derecho y ley no son términos sinónimos, pues el primero es más amplio que la segunda.

Siendo el derecho, hermético, plenario y completo, esto es, sin lagunas, cabe encontrar en él *un modo que permita integrar la ley.* En este sentido, la doctrina reconoce los cuatro siguientes:

- La analogía.
- La equidad.
- Los principios generales del derecho.
- La costumbre jurídica.

---

15 ENGLISH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico.*
16 ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil.*
17 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Ed. Porrúa.

En atención a lo específicamente consignado en la Constitución, nos ocuparemos únicamente de aquellos modos de integración señalados allí.

3.8.1 Los principios generales del derecho

Expresan axiomas, pautas básicas o postulados que, en redacción o inspiración concisa, fundamentan determinado ordenamiento legal.

Tienen fuerza de ley para aquellos hechos, sucesos o situaciones que no estuvieran reguladas por una norma.

Dicha expresión alude a todos aquellos criterios rectores que se encuentran comprendidos en un determinado ordenamiento, así como a todos aquellos en los cuales éste se origina, amén de los que forman parte, de manera constante y permanente, del sistema jurídico de cualquier Estado.

El sentido de los *principios generales del derecho* involucra tanto los juicios estimativos supremos (principio de conocimiento), como los juicios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico (juicio de valor).

Como verdaderos pilares o puntos basilares del derecho en general, y de un ordenamiento jurídico en particular, estos principios cumplen una doble utilidad:

- Se constituyen en normas superiores o categorías jurídicas, cuando son recogidas puntualmente por la normatividad. Como tales, expresan una noción o idea fundamental que, por ende, comprende otras de menor rango o valor.
- Se constituyen en normas supletorias, cuando el derecho vigente en una comunidad determinada no ofrece solución precisa y concreta a un conflicto interpersonal.

En ese sentido, al presentarse como *categorías jurídicas* de un específico ordenamiento, permiten la regulación de una situación jurídica de manera lógica, armónica y sistematizadora, con los fines y valores que el derecho persigue a través de la dación de normas.

La aplicación de los principios generales consiste en buscar la solución integradora del derecho –ya sea ante defecto o vacío legislativo– en dos planos superpuestos:

En *el primer plano* se accede directamente a axiomas o ideas que virtualmente informan el derecho de manera plenaria.

En *el segundo plano* se asciende –mediante abstracción– de las disposiciones particulares o de menor jerarquía, hacia determinaciones ca-

da vez más amplias y de mayor valor, a efectos de encontrar en ese ascenso el punto basilar que informa y unifica a todas las normas utilizadas. A este último plano se accede ante defecto de los alcances del primero.

Debe admitirse que ambos planos se ligan en una necesaria clasificación de los principios generales del derecho, a saber:

a) Principios generales del derecho plenario

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones universales y que, por ende, pueden estar exentos de referencias específicas en un ordenamiento jurídico.

Pueden estar inspirados en:

– *Fundamentos jus-axiológicos*

  Se trata de axiomas que responden a las exigencias de una justa regulación de las relaciones jurídico-sociales.

  Al respecto, cabe recordar que el derecho vive primariamente en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia. Así, tenemos las nociones de buena fe, orden público, seguridad jurídica, la persona humana como fin supremo de cualquier entorno gregario, etc.

  Estos fundamentos toman muy en cuenta la naturaleza humana, su realidad ontológica universal: no pierden de vista que el hombre se encuentra sometido a leyes biológicas y normas éticas ineludibles, ya que, si no es así, pierde su condición de tal.

  Debe advertirse que en todo el sistema jurídico se van a manifestar los mismos principios, aunque su especificación varíe según las coordenadas culturales de cada comunidad.

– *Fundamentos disciplinarios (lógico-técnicos)*

  Se trata de axiomas que informan la constitución y desarrollo de una disciplina específica del derecho. En puridad, subsumen, condensan o resumen la quintaesencia de una disciplina. Así, tenemos que en derecho civil aparecen criterios tales como *pacta sunt servanda*, o *nemo por parte testatus, pero parte intestatus decidre potest*, la caducidad, etc.

  En derecho penal aparecen los atinentes al *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, o *indubio pro reo*, etc. En derecho procesal, el principio dispositivo, el inquisitivo, el integrativo de sentencias, etc.

b) Principios generales del ordenamiento jurídico

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones concretas y específicas en un ordenamiento jurídico.

Pueden estar inspirados en:

- *Fundamentos ideológicos*
  Se trata de axiomas o ideas fundamentadas que usualmente aparecen en la fórmula política vigente en un orden social determinado. Se constituyen en el vector de lo que dicha sociedad expresa acerca de su sistema jurídico. Por esa razón inspiran a los legisladores y jueces.
- *Fundamentos de tradición comunitaria*
  Se trata de axiomas que dan tipicidad y fisonomía al orden jurídico de un pueblo. Expresan los criterios y convicciones que marcan la idiosincrasia y peculiaridad de una comunidad inserta en un entorno geográfico y una vivencia cultural determinada.
  Manifiestan, en cierta medida, el espíritu nacional revelado en el orden jurídico.

En el caso peruano, el sentido colectivista y participatorio del pueblo en la administración de justicia va ganando paulatinamente un pequeño lugar en nuestro ordenamiento. En esa misma medida se ha incorporado la noción de reciprocidad, esto es, la correspondencia de una acción con otra semejante.

El conocimiento de los principios generales del derecho surge armoniosamente de la experiencia y la razón, es decir, tanto de la aprehensión inmediata de un hecho, como de la actividad discursiva *a priori*, que permiten explicar un hecho o establecer una verdad.

En ese sentido, pueden ser conocidos por vía deductiva (razón) o por vía inductiva (experiencia).

La vía deductiva efectúa el estudio lógico de los textos jurídicos, a efectos de "descubrir" en éstos los principios generales sobre los cuales se fundan, para luego descender de ellos y elaborar una norma general.

Así, por medio de la razón se deducen los puros principios que establecen la pluralidad de las reglas de derecho.

Su utilización permite asegurar que un determinado hecho se inscribe en las reglas de un principio general conocido, notorio y evidente.

La vía inductiva se realiza como procedimiento analítico. Los principios se deducen por descomposición de sus componentes o de otras

proposiciones que ascienden de la particularidad de un todo a la universalidad del ordenamiento jurídico de un país.

Es de advertirse que no es preciso buscar tales principios en una voluntad distinta de la que inspiró al legislador, para suplir las omisiones de éste, sino que el intérprete ha de investigarlos en la misma razón en que el legislador hurgó. Así es como se comprobará la armonía entre los principios generales del derecho y las restantes normas jurídicas.

Para el tratadista Francesco Carnelutti[18], este modo de integración no es algo que exista fuera del derecho escrito, sino dentro del mismo, porque de los principios del derecho derivan las normas: "Se encuentran dentro de la legislación como el alcohol dentro del vino." En suma, son el espíritu y esencia de la ley.

Es evidente que los principios generales del derecho son de naturaleza normativa, por cuanto son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas individuales, las que, pese a llegar a cierto grado de generalidad, no cambian de naturaleza (principios generales del ordenamiento jurídico).

Los que no son obtenidos por generalización, sino más bien de modo inmediato, ofrecen al igual que aquéllos una función de percepción o modelo conductual integrador (principios generales del derecho plenario).

Debe agregarse que los principios generales tienen carácter normativo dentro del proceso de integración, ya que, de no ser así, resultarían totalmente ineficaces para esta tarea.

Como se ha dicho en cierta instancia, nos valemos de "las normas no expresadas literalmente" (principios generales del ordenamiento jurídico), a las que se llega por generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del ordenamiento jurídico de rigor.

Cabe la posibilidad de acceder vectorialmente hasta los principios generales del derecho plenario, a condición de que su utilización no choque con ninguna norma específica del ordenamiento jurídico.

Al respecto, será oportuno el recoger aquellos fundamentos jus-axiológicos, lógico-técnico-jurídicos o disciplinarios, por ser racional o técnicamente indispensables a los fines del derecho como instrumento de regulación de las relaciones sociales.

Ahora bien, no son aplicables aquellos principios que si bien provienen del derecho plenario, resultan contradictorios o no conformes con

---

18 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del derecho procesal civil.*

una norma vigente del ordenamiento. Ello en razón de que el orden legal debe constituir un todo único y homogéneo.

En suma, son de aplicación los principios generales implícitos en el orden jurídico, así como los de carácter universal o plenario no contradichos por él.

José M. Díaz Cousuelo[19] ha afirmado que tienen un doble objetivo, ya que son el fundamento del derecho vigente y, además, fuente en sentido técnico, pues el juez se apoya subsidiariamente en ellos para resolver un caso.

En suma, los principios generales del derecho pueden ser deducidos *a priori*, así como también mediante una labor de abstracción. No son consecuencia de las pautas legales vigentes, sino que éstas los informan o contienen, convirtiéndose, aquéllas, de conjuntos inorgánicos, en una unidad normativa vital.

3.8.2 El derecho consuetudinario

La *costumbre jurídica* es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos de conducta uniformes, que han adquirido fuerza obligatoria por la convicción social de la necesidad de su respeto y acatamiento.

La costumbre se manifiesta como fuente formal en dos circunstancias:

- Cuando la ley hace referencia a ella.
- Cuando suple los vacíos de la legislación (fuente subsidaria).

En este último caso, rige siempre que no sea contraria a la moral, al orden público y que resulte probada como costumbre.

Las características de la costumbre jurídica son seis:

a) Racionalidad

Ostenta la capacidad de alcanzar comportamientos jurídicos coherentes con la razón. La costumbre no debe ser contraria a la moral ni contradecir los principios básicos sobre los que descansa el derecho.

Para Francois Geny, debe considerarse como irracional aquella costumbre que pugne con el buen sentido o choque con

19 DÍAZ COUSUELO, José M. *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires.

ciertos principios superiores que son la base de toda organización social.

b) *Reconocimiento estatal*

Representa una regla emanada de la comunidad, que estando reconocida como obligatoria por ésta, se encuentra respaldada y respetada por la organización estatal.

Debe advertirse que tal reconocimiento confirma pero no otorga existencia. No se trata de un acto constitutivo, sino declarativo de su aplicación.

c) *Espontaneidad*

Nace de la repetición de conductas posibles; la costumbre es consecuencia de la aceptación paulatina de una manera de comportarse y de su transmisión posterior a los demás sujetos de un mismo grupo.

Se gesta libremente y al margen de la decisión del Estado.

d) *Formación lenta*

No se instituye en un momento único y preciso. Al contrario, hay más bien un proceso de inducción normativa a partir de conductas ejercitadas a lo largo del tiempo, debido a la presencia de una generalidad de casos: ello no implica necesariamente un origen ancestral ni un tiempo determinado para su aceptación.

e) *Autor no conocido*

Carece de un legislador específico a quien atribuirle la creación de la norma. En los hechos, es el grupo social en su conjunto quien la convierte en pauta de cumplimiento obligatorio.

f) *Imprecisión*

Carece de los contornos normativos exactos, claros y precisos que sí tiene la ley.

La costumbre jurídica tiene, entre otros elementos, dos constitutivos:

– *Elemento material*

Consiste en una práctica reiterada y constante efectuada dentro de una dimensión espacio-temporal determinada.

En lo relativo al tiempo, la doctrina no exige de un lapso específico que permita inducir racionalmente que la práctica ha echado raíces en la vida social para adquirir autoridad indiscutible. Al respecto, Alf Ross esgrime, como criterio, el que "haya llegado a predominar una actitud ético-jurídica con cierto grado de estabilidad".

En lo relativo al espacio, la práctica debe ser acatada mayoritariamente por los miembros del grupo, que viven en el mismo territorio.
En ese sentido, la repetición del acto es constante cuando al concurrir las mismas circunstancias las personas involucradas realizan una serie de actos uniformes.
Cuando se percibe una conducta repetida no se aprecia la norma en sí misma, que, como tal, es un ente ideal, abstracto, racionalmente perceptible, que recoge la esencia de la práctica consuetudinaria. La conducta repetida expresa un sentido; éste, a su vez, manifiesta un ideal y transmite un valor.

– *Elemento espiritual*
Existe una conciencia de la obligatoriedad de su cumplimiento; así, la *opinio juris necessitatis* equivale a establecer que los sujetos que la practican tienen la convicción de que al cumplir con la conducta prescrita, expresan una necesidad jurídica inexorable dentro de la sociedad en que se encuentran ubicados.
La costumbre nace por propia iniciativa de la comunidad y obliga por su misma fuerza jurídica.
Al respecto, Mario Alzamora Valdez[20] afirma que ella alude a la

> "convicción colectiva de que la costumbre tenga que cumplirse por necesidad de conveniencia social."

Esta convicción colectiva se sustenta en una idea compartida de forjar o resguardar el bien común y el orden público.

3.9 El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos

La ley es la única fuente del derecho penal. En esta disciplina domina como principio fundamental la máxima "nullum crimen nulla poena sine praevia lege". Ésta, pese a su investidura latina, no proviene del derecho romano, sino que fue inspirada por Feuerbach.

En virtud de tal principio, nadie puede ser castigado sino por los hechos que la ley ha definido como delictuosos, ni con otras penas que

---

20 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Ed. Liborio Estrada.

las establecidas legal y previamente. Esta máxima contiene una doble garantía individual:

a) La de no ser penado más que por los hechos definidos *a priori* por la ley como delitos.
b) La de no ser castigado con pena diversa de la establecida previamente por la ley.

El citado principio surgió como reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial.

Como consecuencia de lo expuesto, no cabe la posibilidad de la aplicación analógica ni extensiva, ni tampoco puede acudirse a la doctrina o a la legislación comparada, para reprimir tal o cual comportamiento.

La *analogía* consiste en extender las consecuencias jurídicas de una norma jurídica que regula un determinado hecho, a otro semejante, no previsto legislativamente.

La analogía requiere de tres requisitos:

a) Existencia de una laguna de la ley.
b) Igualdad esencial entre los supuestos normativos del caso previsto y del omitido legislativamente.
c) Inexistencia de voluntad expresa del legislador de excluir su aplicación para determinados casos (derecho penal y restricción de derechos).

La analogía es inaplicable en materia penal, ya que, en los casos imprevistos, unos lo están no sólo por omisión, sino, además, porque se supone que el legislador no desea sancionarlos.

Se diferencia de la *interpretación extensiva*, ya que en ésta el caso se halla presente en la norma, aun cuando ésta no lo mencione literalmente o exista expresión defectuosa o poco amplia del texto legal.

En la interpretación extensiva existe una norma imperfecta; en la analogía no se trata de descubrir el verdadero sentido de la ley, sino de trasladar ésta a casos que el legislador omitió por completo.

En resumen, el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución debe ser concordado con el apartado *d* del inciso 24 del artículo 2 de la misma, ratificándose así la supremacía del principio de legalidad en materia penal, bajo cuyo imperio solamente es reprimible como delito aquella conducta descrita por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.

Añádase que las normas penales deben ser siempre aplicadas con carácter restrictivo.

3.10 El principio de no ser penado sin proceso judicial

Esta garantía emana del principio "nullum poena sine juditio"; es decir, no existe pena sin juicio.

Enrique Chirinos Soto[21] señala que la privación o la restricción a título de pena sólo puede ser impuesta en virtud de una condenación; así, ella supone la *previa defensa*. Se trata de una condición de aseguramiento en favor de los individuos. Así, el Estado sólo puede aplicar una pena, previa la realización de un proceso judicial. Este último exige las formas sustanciales de la acusación, como son: la prueba, la defensa y la sentencia.

3.11 La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales

Uno de los aspectos más complejos de nuestro ordenamiento legal es el relativo a dicho conflicto. La legislación peruana parte del criterio de la irretroactividad de la norma, es decir, de que ésta es de aplicación inmediata.

La *aplicación inmediata* es aquella que se efectúa sobre los hechos, relaciones o situaciones que ocurren mientras la norma tiene vigor; es decir, entre el momento en que entra en vigencia y el momento en que es derogada o modificada.

Esta modalidad hace prevalecer el principio jurídico general de la *irretroactividad*, por el que las normas nuevas sólo rigen para hechos, relaciones o situaciones presentes y futuras, mas no operan sobre las realizadas o consumadas en el pasado.

En ese sentido, el español Eugenio Cuello Calón[22] sostiene que la ley penal es aplicable a todos los delitos desde el momento de su vigencia: mira al porvenir. Afirma que no es posible violar el derecho adquirido del procesado, de no ser castigado con una ley que no estaba vigente en el momento de la comisión del delito.

Como bien se ha señalado, la ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia: *tempus regit actum*. Mediante su utilización, se determina si un comportamiento es delictuoso, así como qué

---

21 CHIRINOS SOTO, Enrique. Op. cit.

22 CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. España.

sanción le corresponde al agente de acuerdo a la ley vigente en el momento de su ejecución.

El origen de esta regla es de carácter político. Fue enunciada expresamente, por primera vez, en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y posteriormente en el artículo 14 de la Constitución francesa de 1793. Su fundamento material se encuentra en la consolidación de la seguridad jurídica y la libertad personal.

La *aplicación ultractiva* de una norma se efectúa sobre los hechos, relaciones, situaciones, etc., que ocurren luego de que ésta ha sido derogada o modificada –de manera expresa o tácita–, es decir, luego de que ha concluido su aplicación inmediata. La aplicación ultractiva plantea la aplicación de un dispositivo derogado.

Según el italiano Vicenzo Manzini, una ley es ultractiva cuando continúa manteniendo su actividad sobre hechos, sucesos, etc., pese a que ya rige, sobre la misma materia, un precepto posterior y de contenido diverso. Así, se impone como obligatoria aún después de haber sido formalmente derogada.

En la esfera penal se la aplica con frecuencia a través de la situación que genera la denominada *ley intermedia* –situación que implica la utilización de una norma *en vigor después* de la comisión del delito, y que *ya está derogada* en el momento de la celebración del juicio–, siempre que sea más favorable al reo.

También cabe, excepcionalmente, hacer uso de la *aplicación retroactiva* de una norma, sobre los hechos, relaciones o situaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entró en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

Esta modalidad auspicia el uso de un principio jurídico en cuya virtud la norma se proyecta hacia el pasado cuando señala condiciones más favorables o benignas para el sujeto. Este principio representa una excepción al criterio general de irretroactividad de las normas.

Nuestra Constitución acepta esta retroactividad cuando afirma en su artículo 103:

> "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo."

La justificación para aplicar la ley posterior más favorable es de naturaleza político-criminal. Ergo, si en un caso se pretendiera seguir apli-

cando la ley que estuvo vigente en el momento de la comisión del acto delictuoso, se reprimiría al agente en virtud de una "concepción jurídica ya desechada por el mismo legislador". Esto es evidente cuando el legislador discriminaliza un comportamiento determinado.

José Hurtado Pozo[23] refiere que:

> "Habría sido una grave injusticia el castigar, en virtud del artículo 100 del [Código Penal] de 1863, a quien celebró, antes de la vigencia del [Código Penal] de 1924, actos públicos de un culto que no fuera el de la religión católica. Ello en razón [de] que nuestro legislador consideró innecesario seguir reprimiendo esta clase de delitos contra la religión."

Ahora bien, el juez responsable deberá considerar las normas hipotéticamente coexistentes en un caso particular y concreto, y tendrá que compararlas no en teoría, sino que, a tenor de la situación del inculpado y su vínculo con las leyes en conflicto, escogerá aquella que lo favorezca más en su situación específica. Ello se debe a que la comparación normativa no se efectúa sólo a partir del mero cotejo normativo.

Al respecto, el penalista José Hurtado Pozo señala que una ley que disminuye la pena prescrita por otra ley anterior, podría considerarse en abstracto como la más favorable, pero en un caso puntual podría revelarse como menos benigna (cuando, por ejemplo, no contempla la concesión de la condena condicional o la libertad provisional).

Así, cuando el Código Penal de 1924 reemplazó al de 1863, se dieron casos como los de sus artículos 315 y 320, que establecían penas menores al del Código Penal de 1863, pero no preveían la condena condicional, como sí lo hacía el Código Penal derogado.

El español Eugenio Cuello Calón[24] señala:

> "La ley más benigna debe tener siempre un efecto retroactivo, aun cuando sobre el hecho hubiere recaído sentencia firme, pues cuando el poder social estima que determinado hecho no debe ser penado o debe ser castigado con pena menor, seguir penando o castigándolo con pena más grave constituye un acto de indudable injusticia."

---

23 HURTADO POZO, José. *El ministerio público.*

24 CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit.

Deben entenderse por leyes más benignas las siguientes:

- Las que desaparecen la criminalidad del hecho.
- Las que imponen una pena menos grave o severa.
- Las que, en general, mejoren la situación del culpable; como por ejemplo, aquellas que acortan el plazo de prescripción del delito o la pena, etc.

Es de verse que cuando la ley posterior anula la criminalidad del hecho delictuoso considerada por la norma anterior, deberá cesar inmediatamente la ejecución de la pena. Si ésta hubiera comenzado a cumplirse o todavía no, no se ejecutará.

De otro lado, es digno de comentario el criterio de aplicación de *lo más favorable al reo.*

La duda nos acerca al campo de la incertidumbre y de lo incierto; por ello, la doctrina aconseja en materia penal la utilización del *principio pro reo.*

El imperio de este principio, en materia penal, es absoluto desde la época de los romanos. Así, el jurisconsulto Ulpiano decía:

> "Es mejor dejar sin castigo el delito del culpable, que condenar a un inocente."

El tratadista Luis Jiménez de Asúa[25] afirma que dicho principio se refiere a la prueba:

> "Es decir, que en caso los hechos no aparezcan suficientemente probados y haya duda sobre ellos, los tribunales deben decidirse por favorecer al reo."

Por su parte, Ricardo Núñez[26] señala que:

> "Significa que el juez encuentra su ánimo suspendido cuando no concurren todos los presupuestos de hecho que justifican la aplicación de la pena; por ende, debe abstenerse de castigar."

---

25 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Ed. Busodir.

26 NÚÑEZ C., Ricardo. *Teoría de derecho penal y procesal penal.* Buenos Aires: Ed. Europa-América.

3.12 El principio de no ser condenado en ausencia

En términos generales, la *ausencia* es vista como una condición legal que se adjudica a una persona natural.

El tratadista español Guillermo Cabanellas de Torres[27] define la ausencia como la no presencia de una persona natural en un lugar determinado; ergo, implica su alejamiento del mismo.

Etimológicamente, proviene de la voz latina *abstenia*, que para el derecho romano significa "no presencia".

En puridad, es la condición legal asignada judicialmente a una persona natural cuyo paradero se desconoce.

Domingo García Rada[28] afirma:

> "El ausente es la persona que no se encuentra en el lugar donde reside, que no está presente donde debe estarlo."

Así, en el proceso penal el reo siempre está a disposición de la autoridad judicial, ya sea en su domicilio o en el centro de reclusión.

A mayor abundamiento, el ausente es aquella persona que no está presente en el lugar señalado como su domicilio, en el momento en que es requerido judicialmente.

Se diferencia de la simple inasistencia, en razón de que se trata de una *condición legal declarada judicialmente.*

Desde una perspectiva estrictamente doctrinaria, la ausencia puede ser estudiada y aplicada en referencia a dos conceptos:

- La ausencia propiamente dicha.
- La contumacia.

a) La *declaración de ausencia propiamente dicha* es aplicable a aquella persona natural que ignora su procesamiento, que desconoce encontrarse comprendida en un proceso penal y que por tal motivo no concurre a las diligencias señaladas por la autoridad judicial. Se trata de un procesado no apersonado involuntariamente en el juicio.

La declaración de ausencia propiamente dicha procede cuando el procesado no es habido, y siempre que a juicio del juez se considere necesaria su presencia para establecer la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

---

27 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Op. cit.

28 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de derecho procesal.* Ed. Sesator.

La autoridad judicial, para adoptar dicha medida, deberá tomar en cuenta tres requisitos:

- Persona identificada en un proceso y cuya responsabilidad se presume.
- Reiteradas requisitorias dictadas por el juez, para la búsqueda del procesado con paradero desconocido.
- Auto de declaración de ausencia, que contiene el mandato emitido con orden de captura, y publicación del edicto correspondiente.

b) *La declaración de contumacia* es aplicable a aquella persona que conoce, de modo cierto, que está enjuiciada; que sabe de las diligencias a las cuales ha sido citado y, sin embargo, no concurre a ellas.

Esta expresión proviene del latín *contumax* y se refiere a aquel inculpado que no ha comparecido ante el juez, debiendo haberlo hecho por haber sido notificado debidamente; es decir, que se halla judicialmente requerido para concurrir y presentarse ante la autoridad judicial.

Se trata del incumplimiento o desobediencia de un mandato judicial, que deviene de la negativa de comparecer en juicio.

En cuanto a las diferencias entre ausencia y contumacia, debe señalarse que el ausente ignora su condición de procesado, aparte que en el proceso no existe prueba de que conozca su estado de procesamiento. No concurre al juzgado en razón de que ignora que ha sido citado por la justicia penal.

En cambio, el contumaz sabe que se encuentra encausado (en autos aparece la notificación cuya cédula recibió y firmó; concurrió inicialmente al juzgado para declarar; o corre algún escrito suyo); es decir, es inobjetable que conoce hallarse enjuiciado.

El ausente no contesta los cargos de la denuncia, en razón de que los desconoce; el contumaz no lo hace, por expresa decisión. En el primero hay *ignorancia*; en el segundo, *rebeldía*.

La declaración resolutiva de ausencia o contumacia propone la conducción compulsiva del afectado, así como la designación de un defensor de oficio o el reconocimiento del letrado propuesto por un familiar. Hasta antes de la dación de la ley 26641, de 26 de junio de 1996, el ausente y el contumaz podían ser absueltos, pero jamás condenados sin haberse presentado o sin haber sido conducidos ante la autoridad judicial.

Diversas disposiciones dadas por el gobierno de facto de 1968-1980 –como instaurar el juicio y condena en ausencia, lo que obviamente impedía una defensa adecuada– generaron un precedente nefasto para

nuestro ordenamiento legal. A partir de la vigencia de la Constitución, dicho procedimiento devino en inconstitucional y, por tanto, en inaplicable.

Al respecto, deben citarse los casos de Guillermo Hoyos Osores y Manuel Ulloa Elías –exministro, este último, del presidente Belaunde (1963-1968)–, a quienes se les aplicó tan nefasta como arbitraria modalidad procesal.

Con criticable acción, el Congreso de la República, mediante ley 26641, ha "interpretado en vía auténtica" que, tratándose de los contumaces y del principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, éste se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye el proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. Más aún, se declara que el criterio arriba señalado se aplica a los procesos en curso.

Es lamentable que, por móviles básicamente políticos, se haya dictado esta ley, que tiene nombre propio: el expresidente Alan García Pérez, y que incluso se le disponga su aplicación de manera retroactiva.

Cabe recordar que es obligación de los gobernantes no convertir la administración de justicia en un tablado de pasiones inferiores, sino en elevarla para la persecución y sanción del delito, con justicia y legalidad.

3.13 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

Enrique Chirinos Soto[29] sostiene que la santidad de la *cosa juzgada* constituye un principio de seguridad jurídica en todos los campos de la administración de justicia.

Raúl Peña Cabrera[30] sostiene que la evolución de la acción penal concluye con la sentencia firme o ejecutoriada. Esta sentencia deviene en definitiva e inmodificable.

La sentencia puede optar entre dos posibilidades: la absolución o la condena. Estas formas llevan a criterios distintos en lo relativo a la extinción de la responsabilidad. Así, mientras en la *absolución* la extinción

29 CHIRINOS SOTO, Enrique. Op. cit.

30 PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano.*

es instantánea, en la *condena* la extinción está subordinada a la acreditación del cumplimiento administrativo de la pena impuesta.

El cumplimiento de cualquiera de estas dos formas produce la consecuencia de extinguir la responsabilidad penal del delincuente juzgado, así como también la imposibilidad de procesarle por segunda vez por el mismo hecho punible, ya resuelto por una sentencia definitiva.

El principio "non bis in idem" –que señala que nadie puede ser perseguido nuevamente por la misma causa– desliga definitivamente al reo de la responsabilidad penal, extinguiendo la acción penal pública derivada.

Tal como lo dispone la propia Constitución, la amnistía, el indulto y el sobreseimiento producen los efectos de la cosa juzgada; esto es, sus consecuencias jurídicas devienen en inmodificables, invariables e inalterables.

La vulneración de la autonomía política e independencia jurisdiccional del Órgano Judicial acarrea, según sea el caso, responsabilidad política, civil, penal o administrativa.

3.14 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

El ejercicio del derecho de defensa cubre todas las etapas de un proceso judicial; por tanto, se inicia desde el momento mismo en que empieza la investigación policial-fiscal.

En ese sentido, la Constitución pone particular énfasis en el ciudadano objeto de investigación, en condición de detenido.

La *detención* alude al estado de un individuo retenido en un local policial o judicial. En esencia, representa la privación de la libertad personal con carácter preventivo; o sea, previa a la presentación formal (instructiva), del detenido, ante el juez que conoce de la incriminación que pesa sobre él.

La detención lleva anexa el ejercicio de un conjunto de facultades vinculadas con el ejercicio del derecho de defensa del detenido, a saber:

- Derecho a ser informado de manera inmediata y por escrito acerca de la causa o las razones de su detención.
- Derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su

elección y a ser asesorado por éste desde que es detenido por cualquier autoridad. Obviamente, esto comprende también el caso de la mera citación.

3.15 El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención

Este inciso, que repite textualmente lo arriba expuesto, deja expresa constancia de la "forma" en que se redactó el texto constitucional. Se trata de un gazapo revelador e imperdonable.

3.16 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

Este principio puede ser desagregado en dos partes.

En cuanto a la primera, la gratuidad de la administración de justicia, "formalmente" sólo se verifica en los procesos penales. Empero, en la práctica se aplica el viejo apotegma popular: "La justicia es gratuita, lo que cuesta es pedírsela a quienes la administran."

En cuanto a la segunda, la defensa gratuita, alude a una función o servicio relativo a la misión ética del abogado, así como al mejor cumplimiento de los fines de la administración de justicia.

Al respecto, el argentino Adolfo Parry[31] sostiene que:

> "La defensa gratuita al pobre constituye la supervivencia de la antigua función de la defensa del oprimido injustamente, y ello explica, aún hoy, el carácter de una carga pública que pesa sobre el patrocinio."

La sociedad no puede vivir sin justicia. Ésta exige la defensa del principio arriba descrito.

El tratadista argentino Rafael Bielsa[32] afirma que el deber de defender está confiado a los abogados, quienes por ello cobran una retribución por sus servicios. Pero teniendo la defensa carácter de necesidad, el Estado la ha planteado supletoriamente como una institución que cumple una función social. Las características de este instituto son tres:

---

31 PARRY, Adolfo. *Ética de la abogacía*. Buenos Aires.

32 BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires.

a) El nombramiento de un defensor de oficio emana de un órgano del Estado, sea el Órgano Ejecutivo o el Órgano Judicial, según el caso.
b) Implica el ejercicio de una actividad profesional, sin costo alguno para el litigante pobre o indigente.
c) La defensa gratuita se verifica en diversas instancias del aparato judicial.

El origen de la *defensa gratuita* data de las Partidas de Alfonso X el Sabio (España). Allí se señalaba:

> "Los jueces deben dar abogados a las viudas y los enfermos, así como a las demás personas desvalidas y pobres; los cuales se conciertan con él por un estipendio moderado cuando tuviesen cómo pagarlo; empero no teniendo se debe mandar que los defiendan obligatoriamente por amor a Dios."

Asimismo, en la ley del cantón de Ginebra (Suiza), en 1863, se impuso la obligación de los abogados de que por requerimiento del presidente de un tribunal defendiesen gratuitamente a una parte indigente, y de litigar por ella, bien en materia penal o civil.

En el Perú, de una manera indirecta, la defensa gratuita aparece con el *protector general de indígenas*, el cual si bien no formaba parte del cuerpo judicial, de hecho operó en la Real Audiencia de Lima como un oficioso y gratuito mediador de los reclamos de los naturales.

En la República, se registra en el Código de Procedimientos Penales de 1920.

A nivel constitucional, aparece por primera vez en la Constitución vigente.

El principio de la defensa gratuita se plasma a través del auxilio judicial y la defensoría de oficio.

El *auxilio judicial* se concede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del Código Procesal Civil, al litigante en condición de extrema pobreza.

En dicha situación, el juez especializado en lo civil le nombrará un abogado, eligiéndolo de una lista que el colegio de abogados de la sede de la corte envíe a la presidencia de la misma.

Dicha lista se elabora teniendo en consideración a los letrados más distinguidos. Ninguno está obligado a patrocinar en más de tres procesos al año.

Los honorarios son cubiertos íntegramente por la parte perdedora de la litis –en el caso de que fuese la parte contraria a la beneficiada con el auxilio– o por el colegio respectivo.

En el ámbito del derecho penal existe la institución del *defensor de oficio*, a cargo de funcionarios pertenecientes al sector Justicia.

La ley exige que para alcanzar la condición de defensor de oficio se requiere acreditar cinco atributos:

a) Ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
b) Tener conducta intachable.
c) Encontrarse inscrito en el colegio de abogados correspondiente.
d) Demostrar no haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso.
e) Haber ejercido la abogacía por lo menos dos años, en el caso de los defensores ante órganos judiciales colegiados; y un año, en el caso de los patrocinadores ante la instancia de los Juzgados.

Los defensores de oficio ejercen el cargo con dedicación exclusiva.

Entre sus obligaciones fundamentales aparecen las siguientes:

a) Defender con sujeción a la ley y con respeto de las normas de la ética profesional.
b) Intervenir en los procesos en que se les hubiere encargado la defensa.
c) Tienen impedimento de ejercer la defensa, excepto en causa propia o de su cónyuge, ascendientes y descendientes.
d) Visitar los centros penitenciarios donde se encuentren sus patrocinados.

En lo que se refiere a sus derechos laborales, éstos se encuentran señalados en el decreto legislativo 276 (ley de la Carrera Pública).

La supervigilancia de sus labores se encuentra a cargo del titular responsable del órgano judicial ante el que ejerce sus funciones.

Las sanciones respectivas son aplicadas por las Cortes Superiores y el juez decano de primera instancia, los que remitirán al Ministerio de Justicia copias certificadas de las resoluciones administrativas que expidan al respecto.

Los casos de separación o destitución de los defensores de oficio serán resueltos por el Ministerio de Justicia.

Nuestro ordenamiento prescribe que existe un miembro de este instituto en cada sala penal. Su nombramiento emana del Órgano Ejecutivo (Ministerio de Justicia). Por su labor perciben una renta sufragada del presupuesto del sector público.

En cambio, los que operan en el nivel de los Juzgados de Instrucción y Juzgados de Paz son designados por el Órgano Judicial a través de las Cortes Superiores y no tienen derecho a percepción de haber alguno; empero, los servicios que prestan les servirán como abono para los efectos de los alcances de la ley 8435.

En caso de que los defensores de oficio en el nivel de sala penal incurriesen en causal de impedimento, serán reemplazados por los denominados defensores de oficio suplentes. Esta causal se entiende como el hecho, obstáculo, dificultad, etc., que se opone a su actividad funcional. La condición de defensor impedido se produce cuando existe parentesco entre éste y el inculpado o agraviado. Debe advertirse que su obligación de defender subsiste si fuere el único letrado, dentro del distrito judicial, expedito para defender.

De otro lado, debe advertirse que en aquellas instrucciones seguidas contra inculpados ausentes se nombrará también a un miembro de este instituto, quien tendrá la responsabilidad de intervenir en todas las diligencias, amén de poder hacer uso de todos los recursos legales que le señale la ley.

Ahora bien, en teoría, esta labor de defensa gratuita se extiende hasta la instancia previa a la judicial, ya que conforme lo dispone el artículo 10 de la ley orgánica del Ministerio Público, tan luego como el fiscal provincial en lo penal se informe de la detención policial de una persona imputada de la comisión de delito, se pondrá en comunicación con ésta –sea de manera personal o por interpósita persona– para resguardar su derecho de defensa, e incluso podrá solicitar la presencia del abogado designado por el colegio de abogados para tal efecto. En verdad, esta norma es actualmente *letra muerta.*

3.17 La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley

La *participación popular* es un mecanismo de acción directa por el cual cada ciudadano contribuye a la toma de decisión en el nombramiento o la revocación de magistrados.

En unos casos se ejerce individualmente, y en otros de consuno con otros ciudadanos.

Participación en los nombramientos

El artículo 152 de la Constitución señala que los jueces de paz provienen de elección popular. Por ley especial puede extenderse este mecanismo de designación a los jueces de primera instancia.

Participación en las revocaciones

El artículo 31 de la Constitución señala que los ciudadanos pueden revocar a las autoridades judiciales.

En ese sentido, la ley 23600 –sobre participación y control ciudadano– establece que la revocación procede contra magistrados que provienen de elección popular.

La revocación se produce cuando alcanza la votación favorable de la mitad más uno de los electores pertenecientes a la jurisdicción donde ejerce funcionalmente el magistrado cuestionado.

3.18 La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida

Esta disposición guarda relación con los atributos de coerción y ejecución del órgano jurisdiccional.

De nada valdría la fuerza del derecho, impelida por la decisión judicial, sin el respaldo de la fuerza real del Estado para hacerla efectiva.

En ese sentido, la autoridad judicial no cuenta con más fuerza que el reconocimiento social en el desempeño de su tarea; sin esta condición sucumbiría irremisiblemente ante la resistencia efectiva de las partes.

Por lo expuesto, la autoridad administrativa se encuentra en la obligación constitucional de prestar el auxilio de la fuerza pública. Así, tal obligación deviene en la consecuencia necesaria de la eficacia de las decisiones judiciales.

Es indiscutible que la conquista más lograda del siglo XVIII es aquella según la cual ya no se puede mandar o prohibir, sino en virtud de la ley. Por ello, en el Estado de Derecho imperan las leyes, no la voluntad de los hombres. En ese sentido, siendo la sentencia de los tribunales la ley del caso particular, el Órgano Ejecutivo está obligado a cumplirla y hacerla cumplir. Este órgano se respalda en la fuerza para hacer efectivos los mandatos y los fallos judiciales.

De manera expresa, el inciso 9 del artículo 118 de la Constitución establece que es atribución y obligación del presidente de la República cumplir y hacer cumplir las sentencias y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

3.19 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

El artículo 150 de la Constitución señala que el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular.

En los casos de vacancia, licencia o impedimento de los vocales de la Corte Suprema por más de sesenta días, éstos son reemplazados por los vocales superiores más antiguos de la República, en atención a riguroso orden de antigüedad.

La *vacancia* es la condición libre de un cargo, como consecuencia de una renuncia, cese, destitución o reciente creación. Implica la carencia de un titular.

La *licencia* es el permiso otorgado para dejar de cumplir responsabilidades judiciales en forma transitoria, por razones de salud, de asuntos particulares, etc.

El *impedimento* es el hecho o acontecimiento que se opone al ejercicio de la función judicial, ya en forma permanente o transitoria.

En aquellos casos en que la ausencia –por cualquiera de las circunstancias antes aludidas– durase un tiempo menor de sesenta días, las Salas de la Corte Suprema se completarán con los vocales consejeros integrantes del Consejo de Gobierno del Poder Judicial; en defecto de éstos, con los vocales superiores más antiguos de Lima, en riguroso orden de antigüedad y siempre que reúnan los requisitos para acceder al cargo.

En el caso de los vocales superiores, las ausencias por más de sesenta días serán cubiertas por los jueces especiales o mixtos más antiguos del distrito judicial correspondiente, en riguroso orden de antigüedad y con pleno respeto a la especialidad. En la hipótesis de ausencias de menor tiempo, las salas superiores se completan con los vocales consejeros.

En el caso de las ausencias por más de sesenta días de los jueces especializados o mixtos, éstos serán reemplazados por los jueces de paz letrados –tomando en cuenta el orden de antigüedad– o por los secretarios relatores de sala. En la hipótesis de ausencias de menor tiempo, asumirán funciones los jueces supernumerarios, donde los hubiere. Estos últimos son aquellos nombrados adicionalmente a los requeridos ordinariamente para las labores estrictamente judiciales o administrativas. Expresan la *reserva judicial* para casos como el anotado.

Existen también los llamados vocales y jueces suplentes, que son elegidos en la misma sesión de la Sala Plena donde se elige al presidente de la Corte Superior.

El número de éstos no debe exceder al treinta por ciento de los titulares del distrito judicial correspondiente. Asumen funciones efectivas cuando no hayan reemplazantes hábiles en los casos anteriormente señalados.

En suma, cabe aquí recordar el viejo principio procesal "nemo judex sine lege", que estatuye que nadie puede ser sometido a un juez que no derive su jurisdicción de la ley.

3.20 El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley

En puridad, se trata de una de las dimensiones del ejercicio de la libertad de expresión.

Esta libertad es una de las piedras angulares de la vida democrática. El derecho aquí tratado representa la prerrogativa de inferir, confrontar y evaluar los alcances y criterios de una decisión judicial.

Tiene dos características:

a) Refleja una expresión de amplitud en el conocimiento de los asuntos de naturaleza jurídica; por ende, de importancia social.
b) Su ejercicio está restringido al ámbito del contenido de las resoluciones y sentencias. Así, los interesados deben concretarse a analizar los resultados parciales o finales de un proceso, mas no les alcanza atribución para referirse a la calidad o conducta personal de quienes los suscribieron.

En el ejercicio abusivo de esta prerrogativa se puede incurrir en ilícitos tales como el desacato, la vulneración del honor y la reputación de las autoridades judiciales, etc.

3.21 El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados

Los *centros carcelarios* son considerados como locales públicos destinados a la custodia y seguridad de los presos.

Carrara los identifica con una de las formas de detención: la pena privativa de la libertad.

La reclusión comprende la idea del encierro de una persona en una cárcel o establecimiento tutelar, impuesto por razones inherentes a la defensa de la sociedad.

Como medida punitiva, tiende a separar al individuo por su condición de criminal responsable, o como medida preventiva.

La diferencia entre los reclusos y los sentenciados radica en que estos últimos han sido objeto de pronunciamiento judicial en su contra, es decir, se les ha declarado responsables de la perpetración de un ilícito penal, y los primeros sólo son internos en custodia durante el proceso de juzgamiento.

3.21.1 Las penas

Las penas aplicables, de conformidad con el Código Penal, son las siguientes:

a) Pena privativa de la libertad

Es aquella que implica el impedimento del ejercicio voluntario de desplazamiento físico, el cual sólo se realiza dentro del ambiente de un centro penitenciario.

La duración de esta pena oscila entre dos días (duración mínima) y la perpetuidad (en caso de delito de terrorismo, etc.).

b) Pena restrictiva de la libertad

Es aquella que se aplica como *complementaria* de la pena privativa de la libertad. Hay dos clases:

- La expatriación, para el caso de los nacionales.
- La expulsión, para el caso de los extranjeros.

Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de la libertad.

c) Pena limitativa de la libertad

Es aquella que se aplica, sea con el carácter de *autónoma* –cuando está específicamente señalada para cada delito–, o como *sustitutiva de la pena privativa de la libertad* –cuando la sanción reemplazada a criterio del juez, no sea superior a tres años. Hay tres clases:

- *Prestación de servicios a la comunidad.* Obliga al trabajo gratuito en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, obras públicas, etc.
- *Limitación de los días libres.* Obliga a permanecer deter-

minadas horas de los fines de semana y feriados, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario.

– *Inhabilitación*. Conlleva la privación de la función, cargo o condición (aunque provenga de elección popular); la incapacidad para obtener mandatos, cargos y empleos de carácter público; la suspensión de los derechos políticos, etc.

  Igualmente, implica incapacidad para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de un tercero, una profesión, comercio, arte o industria; así como incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, etc.

Es de verse que en el caso de las ejecuciones de la pena privativa de la libertad, éstas tienen por objeto adicional la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

En la búsqueda de la efectivización de esta garantía, el Código Penal promueve el trabajo, la educación, la salud, el servicio social, el servicio legal y el servicio religioso.

En puridad, no hay que ser un profundo conocedor de la realidad carcelaria para darse cuenta de que tal garantía es letra muerta.

3.21.2 Establecimientos penitenciarios

El Código de Ejecución Penal tiene establecidos los siguientes tipos de establecimientos penitenciarios:

a) Establecimientos de procesados

Son aquellos destinados a la detención y custodia del interno en proceso de investigación y juzgamiento.

b) Establecimientos de condenados

Son aquellos que están destinados al interno encontrado culpable de la comisión de un delito, habiéndosele aplicado una pena privativa de la libertad.

Éstos a su vez se subclasifican en:

– *De régimen cerrado*

  Se caracterizan por el estricto control y la limitación severa de las actividades penitenciarias.

– *De régimen semiabierto*
Se caracterizan por permitir al interno un mayor ejercicio de su libertad de desplazamiento en las actividades comunes, así como en sus relaciones familiares y recreativas.
– *De régimen abierto*
Se caracterizan por dejar exento de vigilancia al interno. Éste se desenvuelve en condiciones similares a las de la vida en libertad, sin perjuicio de la evaluación de su conducta.

c) *Establecimientos de mujeres*
Son aquellos que están destinados exclusivamente a las internas. Asimismo, su administración se encuentra, básicamente, a cargo de personal femenino.

d) *Establecimientos especiales*
Son aquellos en que prevalece el carácter asistencial. Así, tenemos los siguientes:
a) Centros hospitalarios.
b) Centros psiquiátricos.
c) Centros geriátricos.
d) Centros para madres con hijos, que cuentan con un local para guardería infantil.
e) Centros para la ejecución de las medidas de seguridad determinadas por el Código Penal.

Asimismo, se puede promover la creación de colonias o pueblos agrícolas, agropecuarios e industriales, en donde el interno y su familia desarrollen actividades laborales y de convivencia social.

3.22 El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad

El *régimen penitenciario* está constituido por el conjunto de principios y normas que regulan la ejecución de las sentencias penales establecidas por el Órgano Judicial.

Su conducción está a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), el cual es un organismo público descentralizado perteneciente al sector Justicia.

El INPE dirige, coordina y controla administrativamente el régimen penitenciario en los establecimientos penales del país.

Los objetivos que se persiguen alcanzar a través del régimen penitenciario, concomitantes con la purgación de una pena por la comisión de un ilícito, son tres:

a) La reeducación del penado; esto es, se busca la transmisión de conocimientos y principios orientadores de vida que permitan la promoción de su desarrollo integral y la guía para un nuevo proyecto de vida en sociedad.

b) La rehabilitación social del penado; esto es, se busca devolverle y restablecerle la estimación de sí y la de sus congéneres.

c) La reincorporación del penado; esto es, se busca su nueva integración a la sociedad (familia, trabajo, ciudadanía, etc.).

Está de más decir que, en función de la realidad, este principio es, a la fecha, una de las nociones más líricas que presenta el texto constitucional.

4 EL ORIGEN DE LA POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA

El artículo 138 de la Constitución señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Órgano Judicial a través de sus instancias jerárquicas, con arreglo al texto fundamental y a las leyes.

En ese sentido, se afirma que el origen de la facultad de dirimir conflictos interindividuales de carácter jurídico deviene de una titularidad real que única y exclusivamente corresponde al pueblo.

El pueblo es quien da contenido a la voluntad política que se expresa en reglas que obligan y operan sobre las conductas de todos los miembros de la sociedad estatal.

En esta perspectiva, le corresponde única y exclusivamente al pueblo designar –a través de sus compromisarios– a quienes ejercerán la importantísima tarea de administrar justicia. Para nuestro caso, dichos representantes serán quienes, por encargo popular, realicen la tarea de designar a los funcionarios judiciales[33].

Esta noción apareció principalmente en la Constitución de 1979.

El Órgano Judicial y la excepción de inconstitucionalidad

---

33 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, op. cit.

La parte *in fine* del artículo 138 de la Constitución señala:

> "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."

Esta noción plantea la existencia de la denominada *excepción de inconstitucionalidad.*

Esta excepción tiene su origen en la histórica sentencia recaída en el caso Marbury vs. Madison (EE. UU., 1803). Así, a través de ella se otorga a todos los jueces la potestad de cautelar la constitucionalidad de las leyes declarando la inaplicabilidad de las normas ordinarias que contravienen el texto fundamental en la forma o en el fondo.

Dicha excepción se caracteriza por cinco aspectos:

a) Afirma la existencia de la jerarquía de las normas prevista en el artículo 51 de la Constitución.
b) Afirma la existencia del sistema jurisdiccional de *control constitucional de carácter dual,* en cuanto a que paralelamente a las atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional se establece adicionalmente un control difuso encargado a la totalidad de los magistrados de la República.
c) Afronta la existencia de procedimientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, que nacen de la dirimencia de un conflicto de carácter judicial, ergo, de una litis o cuestión judicial.
d) Establece que, en la hipótesis arriba descrita, la inaplicación no tiene efectos generales, sino que la determinación de inconstitucionalidad de la norma inaplicable sólo alcanza a quienes han sido parte en la cuestión judicial.

Esta excepción apareció entre nosotros, por primera vez, en la Constitución de 1979.

5 *LA CASACIÓN*.

Se trata de una atribución o facultad para plantear la revisión de una cuestión de derecho luego de haberse emitido fallo en última instancia.

Tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional, fines que asume la Corte Suprema de Justicia.

La casación se genera para revisar las cuestiones de derecho de una sentencia, pero en modo alguno para referirse a los hechos que suscitan la litis.

El artículo 141 de la Constitución señala que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación.

Los fallos de casación pueden ser de tres tipos:

a) *Casación formal*
   Se limita a señalar los errores cometidos en la *sentencia casada* y ordenar su rectificación.
b) *Casación facultante*
   Se dirige a ordenar la expedición de una nueva sentencia, pero no señala puntos precisos en ella, a fin de dejar al órgano que la expidió, en plena libertad para la dación de un nuevo fallo.
c) *Casación mandatoria*
   Se dirige a fijar el error y ordenar la expedición de un nuevo fallo, mas hace conocer la orientación que deberá tenerse en cuenta en la dación de ese fallo.

En síntesis, la casación tiene por objeto observar tres aspectos:

- Que las resoluciones no hayan violado la ley.
- Que las resoluciones no hayan aplicado falsa o erróneamente la ley.
- Que se hayan cumplido los procedimientos prescritos por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo.

Debe advertirse que el órgano jurisdiccional facultado para llevar a cabo la labor de casación debe dejar constancia de dos aspectos:

- Declaración de violación o errónea aplicación de la ley en que se funda la resolución casada.
- Declaración de la ley aplicable al caso.

Asimismo, cuando se estimase que el procedimiento cuya violación es objeto de casación no hubiere observado las formas prescritas por la ley para su tramitación o para la expedición del fallo, la resolución casatoria señalará la formalidad que ha sido enervada.

El artículo 385 del Código Procesal Civil señala que la casación procede contra:

a) Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores.
b) Los autos expedidos por las Cortes Superiores, que, en revisión, ponen fin a un proceso judicial.
c) Las resoluciones que señala la ley.

Las causales para interponer un recurso de casación son tres:

a) La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial.
b) La inaplicación de una norma de derecho material, o de la doctrina jurisprudencial.
c) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

El vigente Código Procesal Civil plantea la fórmula de la *casación por salto*, en los casos de las sentencias de primera instancia, cuando las partes expresan su acuerdo de prescindir del recurso de apelación, mediante la presentación de un escrito con firmas legalizadas ante el secretario de Juzgado.

Este acuerdo sólo es procedente en los juicios civiles en los que no se contienda sobre derechos irrenunciables.

6 LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Denomínase resoluciones administrativas a aquellas normas que, expedidas por las distintas reparticiones públicas, tienen por objeto resolver casos particulares y concretos, derivados de una solicitud, queja, reclamo, trámite burocrático, etc.

El artículo 148 de la Constitución señala que las resoluciones administrativas que causan estado definitivo –o sea, que expresan la voluntad político-administrativa del Estado en referencia a una materia– son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

La *acción contencioso-administrativa* es aquella que cuestiona los fundamentos de hecho o de derecho que sustentan una decisión estatal expresada a través de una resolución administrativa. La condición *sine qua non* que nace para la sustentación judicial de dicha acción, es la acreditación de haberse agotado la vía administrativa; es decir, que la resolución administrativa haya causado estado.

Este tipo de acción es fundamental para la protección de los derechos públicos subjetivos que hubieren sido vulnerados en el fuero de la Administración pública. A través de su ejercicio se intenta lograr la modificación, revocación o nulidad del acto administrativo, sin perjuicio del resarcimiento por el daño causado.

En la tramitación de las acciones contencioso-administrativas interviene el Ministerio Público, como defensor de la legalidad, a efectos de coadyuvar en la protección de los derechos de los intervinientes.

6.1 La excepción de irrevisabilidad

El artículo 142 de la Constitución –con deficiente redacción– señala que no son revisables en sede judicial las siguientes resoluciones administrativas:

- Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral.
- Las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales.

Esta excepción tiene antecedentes en la Constitución de 1979.

Se fundamenta en la necesidad de otorgar fuerza a los actos administrativos de la naturaleza antes descrita, pues, en caso de aceptarse su impugnación judicial, se acarrearían *impasses* gravísimos para la normal marcha del Estado.

En aplicación del argumento a contrario, aparentemente la Constitución dejaría abierta la posibilidad de cuestionar judicialmente las resoluciones de nombramientos judiciales expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en razón de no encontrarse mencionadas en las excepciones previstas en el citado artículo 142.

Desde una perspectiva estrictamente doctrinaria, se afirma que no existe revisabilidad jurisdiccional sobre los nombramientos judiciales en razón de que son actos de gobierno –otorgados, en vía de delegación, por los poderes públicos–, los mismos que sólo son objetables a través del control político.

Los actos de gobierno tienen un doble sentido:

a) Expresan la voluntad estatal en el señalamiento de las directrices de conducción y organización política.
b) Expresan la voluntad estatal de designación de los representantes del aparato estatal.

7 EL PRESUPUESTO DEL ÓRGANO JUDICIAL

Se debe advertir que el artículo 145 de la Constitución señala que el Órgano Judicial tiene la prerrogativa de presentar su proyecto de presupuesto al Ejecutivo, y de sustentarlo directamente ante el Congreso.

8 LAS INCOMPATIBILIDADES

Aluden a la imposibilidad legal de un ejercicio simultáneo de la actividad judicial con cualquier otra, sea de carácter público o privado, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.

Esta incompatibilidad se encuentra expresamente enunciada en el artículo 146 de la Constitución.

9 LAS GARANTÍAS DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Representan los medios legales que permiten afirmar y otorgar seguridad a las labores que cumplen los jueces y magistrados del país.

Estas garantías son cuatro:

a) Independencia

Implica la garantía de "liberación" respecto de cualquier influencia del poder político, o de otra naturaleza, en el desarrollo de la actividad judicial.

El artículo 146 de la Constitución señala que la magistratura sólo se encuentra sometida a la Constitución y la ley.

b) Inamovilidad

Implica la garantía que poseen los miembros del Órgano Judicial de no ser trasladados de su cargo sin su consentimiento.

c) Permanencia

Implica la garantía que poseen los miembros del Órgano Judicial de no ser destituidos ni separados de su cargo en tanto observen la conducta e idoneidad propias de su función.

En nuestro país, este apartamiento se puede producir por:

– *Destitución*

Se genera cuando se comprueba *a posteriori* que el afectado no reúne los requisitos formales exigidos por la Constitución o la ley orgánica del Poder Judicial para ejercer un determinado cargo.

– *Desratificación*

Se genera cuando se acredita falta de idoneidad funcional para ejercer el cargo.

De otro lado, la permanencia en el cargo tiene la limitación de la jubilación: la legislación prevé que al cumplirse los 75 años de edad se cesa en la actividad funcional.

d) Remuneración adecuada

Implica la garantía que poseen los miembros del Órgano Judicial de recibir una retribución económica que les asegure un nivel digno de su misión y jerarquía.

Esta remuneración representa la compensación económica que se otorga al funcionario judicial por el cumplimiento de las altas funciones que le han sido asignadas.
Dicha remuneración se descompone en dos partes:

- El haber básico.
  Es aquel que se fija de acuerdo al cargo judicial que se ostenta.
- Las bonificaciones.
  Son aquellas que tienen carácter permanente y están reguladas en su monto. Se establecen por dos situaciones: de *la persona* (por ejemplo, antigüedad y estado civil) y del *servicio que se presta* (funciones diferenciadas del común de las desempeñadas por el resto de los demás servidores).
  Como bien afirma Mario Alzamora Valdez:

> "En los estrados judiciales se ventilan cuestiones de gran importancia o significativo monto económico; los jueces deben resolverlas con justicia, sin aceptar dádivas ni ofrecimientos, sobreponiéndose a toda humana tentación, lo que se logra con una sólida conciencia moral y con la ayuda de un haber decoroso."

Desde nuestra perspectiva, la retribución de los magistrados debe tener en cuenta las posibilidades presupuestales del país. No se justifica, en modo absoluto, la comisión del delito de prevaricato por el supuesto de una magra remuneración judicial. Queda advertido que la magistratura es, a fin de cuentas, un apostalado y no una mera actividad lucrativa.
Cabe considerar que el artículo 146 de la Constitución señala que los magistrados sólo pueden percibir las remuneraciones que les asigna el presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley.

10 PROHIBICIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, los magistrados se encuentran vedados de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga.

11 ORGANIZACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL

Comprende el arreglo de las funciones que se estiman necesarias para alcanzar una recta y sana administración de justicia, así como el señalamiento de las responsabilidades judiciales de los funcionarios públicos que tienen a su cargo la dirimencia de los conflictos interindividuales.

En ese sentido, el Órgano Judicial desarrolla las funciones jurisdiccionales que la Constitución y las leyes le otorgan.

Esta organización se establece a través de seis tipos de órganos:

a) Órganos jurisdiccionales.
b) Órganos de gestión.
c) Órganos de control.
d) Órganos académicos de apoyo.
e) Órganos administrativos.
f) Órganos auxiliares.

El artículo 143 de la Constitución alude imprecisamente a los órganos señalados en los ítems *a*, *b* y *e*, y los restantes se encuentran mencionados en la ley orgánica del Poder Judicial.

Los *órganos* aluden a unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones. Los órganos judiciales se encargan de hacer operativo y visible el poder de administrar justicia.

Para ello, manifiestan la voluntad y actividad del Estado para dirimir los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica.

Las autoridades judiciales –jueces y magistrados– son aquellas que, premunidas de un título jurídico, son portadores y operadores concretos de un órgano jurisdiccional.

11.1 Órganos jurisdiccionales

El artículo 144 de la Constitución menciona específicamente a la Corte Suprema, dejando a la ley orgánica del Poder Judicial el desarrollo de su contenido.

Los órganos jurisdiccionales son aquellos que directa y específicamente se encargan de administrar justicia. Ellos, de conformidad con lo expuesto en la ley orgánica del Poder Judicial, son los siguientes:

a) La Corte Suprema de Justicia.
b) Las Cortes Superiores.
c) Los Juzgados Especializados y Mixtos.
d) Los Juzgados de Paz Letrados.
e) Los Juzgados de Paz.

11.1.1 La Corte Suprema de Justicia

Es el máximo órgano jurisdiccional. Su competencia se extiende a todo el territorio de la República. Su sede se encuentra ubicada en la ciudad capital.

Se encuentra conformada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la ley orgánica del Poder Judicial, de la siguiente manera:

- El presidente de la corte.
- El vocal jefe de la Oficina de Control de la Magistratura.
- El vocal administrativo.
- El vocal integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- Los vocales (5) integrantes de las Salas Jurisdiccionales.

La labor estrictamente jurisdiccional se distribuye en seis Salas Especializadas, integrada cada una por cinco vocales, que están presididas por el vocal de mayor antigüedad.

Estas Salas Especializadas son las siguientes:

- Dos Salas Civiles.
- Dos Salas Penales.
- Una Sala de Derecho Constitucional y Social.
- Una Sala Contencioso-Administrativa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Constitución, como última instancia de fallo, estas salas conocen una serie de procesos, los mismos que se inician en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema.

11.1.1.1 Salas Civiles

- Resuelven los recursos de apelación y de casación de su competencia.

  Este recurso de apelación consiste en el medio procesal que permite a un litigante, que se considera perjudicado por una resolución judicial expedida por una Sala Civil de la Corte Superior, solicitar que se revise dicha resolución.

  Es el caso de los procesos de responsabilidad civil derivados del ejercicio funcional de los jueces.

  El recurso de casación consiste en el medio procesal que permite reexaminar una resolución que, según el litigante, contiene una infracción en la interpretación o aplicación de la ley, o transgrede normas procesales.

– Resuelven en los procesos de responsabilidad civil contra los vocales –*in genere*–, contra los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que la ley expresamente señale.
Este tipo de procesos surge como consecuencia de la existencia de daños y perjuicios que se ocasionan en el ejercicio de la función jurisdiccional.
La responsabilidad aludida es consecuencia de actuaciones funcionales dolosas, culposas, negligentes o ígnaras, así como de la contravención de las garantías constitucionales y legales de la administración de justicia.
El ámbito de dicha responsabilidad se encuentra fijado en la ley 24979.
En este tipo de procesos, las Salas Civiles de la Corte Suprema actúan como instancias de origen (conocen primariamente de sus alcances).
– Resuelven las acciones contencioso-administrativas.
Este tipo de acción alude a la interposición de un medio procesal de defensa contra un acto o resolución dictado en el seno de la Administración pública, que causa estado; es decir, que ha sido expedido en última instancia administrativa.
– Resuelven las contiendas de competencia.
Esta contienda se plantea cuando los órganos jurisdiccionales de jerarquía inmediata inferior (Salas Civiles de las Cortes Superiores) se declaran simultáneamente competentes o incompetentes para tramitar y resolver un proceso.
– Resuelven los conflictos de autoridad.
Este tipo de conflicto se plantea entre los funcionarios de los órganos políticos y/o jurisdiccionales, para radicar el conocimiento de una causa. Es el caso de los entuertos funcionales entre el Gobierno central y los Gobiernos regionales, o entre estos últimos y los Gobiernos locales.

11.1.1.2 Salas Penales

– Resuelven los recursos de apelación en los procesos sentenciados por las Cortes Superiores.
Es el caso de las acciones conocidas en primera instancia por la Corte Superior, por la supuesta comisión de los delitos cometidos, en el ejercicio de sus funciones, por los jueces especializados o mixtos, jueces de paz letrados, jueces de paz y

otros funcionarios señalados por la ley, aunque hubiesen cesado en el cargo.

- Resuelven los recursos de casación.
- Resuelven las contiendas de competencia y las transferencias de competencia.

  La transferencia de competencia es aquella prerrogativa procesal que permite disponer el traslado de la competencia jurisdiccional cuando aparecen circunstancias insalvables que impiden o perturban gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento. Asimismo, procede cuando, por incontrolable o inminente peligro, se atenta contra la seguridad del procesado o su salud, o cuando se ve afectado gravemente el orden público.

  Esta transferencia deberá ser solicitada por el fiscal superior, el juez penal o el procesado.

  En ese sentido, las Salas Penales de la Corte Suprema intervendrán cuando se trate de solicitudes formuladas por un fiscal superior o un juez penal de distinto distrito judicial.
- Intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan a los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución.

  De conformidad con lo dispuesto en los artículos 99 y 100 de la Constitución, esta investigación se inicia, después de la acusación constitucional o desafuero, respecto de los siguientes funcionarios públicos:
  - Presidente de la República.
  - Representantes al Congreso.
  - Ministros de Estado.
  - Vocales y fiscales de la Corte Suprema.
  - Miembros del Tribunal Constitucional.
  - Defensor del pueblo.
  - Contralor general de la República.

  Debe advertirse que por acusación constitucional se conoce aquel procedimiento –previo a la intervención jurisdiccional– que se efectúa en el Parlamento a efectos de establecer la procedencia o improcedencia del conocimiento judicial de una conducta supuestamente ilícita manifestada en el ejercicio de un importante cargo público. La ilicitud se centra en la infracción de la Constitución o en la supuesta comisión de delito de carácter funcional.

El desafuero es el acto por el cual se dispone la suspensión en el ejercicio de la función y la sujeción del afectado al respectivo juicio conforme a ley. Esta decisión puede no requerir acusación constitucional cuando se trata de un ilícito de carácter común.

– Intervienen en las extradiciones pasivas y activas.

La extradición es un procedimiento mediante el cual un Estado requiere y obtiene de otro Estado –de conformidad con las normas legales correspondientes– la entrega de un individuo que se encuentra en el territorio de este último, a fin de someterlo a proceso o para que se cumpla una condena criminal.
Entre las condiciones exigidas para la extradición, encontramos estas tres:

– Que el delito se haya producido fuera de la jurisdicción del Estado requerido (salvo en los casos en que el sujeto cometiese una acción punible en otro Estado y se amparase en el suyo propio). Igualmente, cuando se tratase de delitos contra la seguridad del Estado, o de falsificación de monedas, billetes o documentos nacionales.
– Que el delito se configure como tal en ambos Estados.
– Que el hecho que motiva la extradición no hubiere dado motivo para ser juzgado en el Estado requerido.

En nuestra legislación penal se establece el derecho del Estado peruano a juzgar al delincuente nacional que se internase en el territorio después de haber perpetrado un acto ilícito en el extranjero.
El artículo 137 de la Constitución señala que la extradición sólo se concede a través del Órgano Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de dicha institución los delitos políticos o los hechos conexos con ellos. No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio.
La extradición es rechazada cuando existen elementos de juicio suficientes para considerar que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de prejuicio racial, idioma, nacionalidad u oposición política.
La extradición puede ser clasificada de dos formas:
Extradición activa
Se produce cuando la decisión se encuentra a cargo de la organización política homóloga. En este caso, la Corte Suprema de-

be pedir a través de nuestro Órgano Ejecutivo se acceda a la entrega del sujeto.

Extradición pasiva

Se produce cuando la decisión corresponde a nuestro Estado. En este caso, la Corte Suprema se encarga de emitir el informe sobre la procedencia o improcedencia de la entrega del sujeto.

- Resuelven los recursos de queja por denegatoria de impugnación.

  Este medio impugnatorio se presenta contra aquella resolución que declara inadmisible el recurso de apelación o de casación. La inadmisibilidad consiste en la condición de rechazar de plano lo planteado por una de las partes litigantes, por supuesta carencia de los requisitos o presupuestos expresamente señalados por la ley.
- Resuelven los recursos de revisión.

  Este medio procesal permite promover la observación y reexamen de una sentencia final condenatoria, cualquiera que sea la jurisdicción que la haya emitido y la tenga impuesta.

  Procede su presentación en tres casos:
  - Cuando una sentencia se basa principalmente en la declaración de un testigo condenado después como falso en un juicio criminal.
  - Cuando después de una sentencia se dictare otra en proceso homólogo contra persona distinta del acusado. Así, al no poderse conciliar ambos fallos, su contradicción acreditaría la presunción de inocencia de alguno de los condenados.
  - Cuando con posterioridad a la expedición de la sentencia condenatoria se acreditasen hechos por medio de pruebas no conocidas en el juicio, que fuesen capaces de establecer la inocencia del condenado.
- Resuelven los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y los fueros de excepción.

  Son conflictos que surgen fundamentalmente por las cuestiones de competencia entre el Órgano Judicial y el fuero militar, en torno a los llamados delitos de función y los delitos comunes militarizados.

11.1.1.3 La Sala Constitucional y Social

- Interviene como instancia judicial final en las acciones de hábeas corpus y amparo.
- Resuelve las contiendas de competencia y conflictos de autoridad de su competencia.
- Resuelve la casación en materia laboral y agraria.
- Interviene como instancia final en los procesos por responsabilidad civil contra los vocales de la Corte Superior, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y demás funcionarios que señale la ley.

  Al respecto, cabe acotar que la primera instancia se origina en las Salas Civiles de la Corte Suprema.

11.1.1.4 La Sala Contencioso-Administrativa

- Resuelve en los recursos de apelación de las resoluciones dictadas por las Salas de las Cortes Superiores, y como primera instancia en los casos que corresponde conforme a la ley en las acciones contencioso-administrativas.

  Estas acciones permiten impugnar los actos administrativos que han causado estado (no existe otro medio de impugnación en la vía administrativa).
- Resuelve en última instancia en los casos de acciones populares.

  La acción popular es un medio procesal que permite cuestionar la legalidad de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Órgano Ejecutivo, los Gobiernos regionales y locales, así como las demás personas de derecho público, por infracción de la Constitución o la ley.
- Resuelve en casación en las acciones de expropiación.

  La expropiación se define como el acto de despojo o privación de un bien inmueble, efectuado por el Estado en atención a razones de utilidad pública, a cambio de una indemnización justipreciada (valor del bien y reparación civil por daños y perjuicios). Cabe admitir que las razones aludidas deben *ser declaradas de manera legislativa.*

11.2 El presidente de la Corte Suprema

De conformidad con el artículo 144 de la Constitución, este magistrado deviene en el presidente del Órgano Judicial. Como tal, es su representante legal. Su elección emana de comicios internos entre los vocales supremos titulares.

La Presidencia se constituye en un órgano de gestión.

La elección se realiza el primer jueves del mes de noviembre del año correspondiente. En caso de que ninguno de los candidatos obtuviese la mitad más uno de los votos de los sufragantes, se procederá a nuevos comicios el primer jueves del mes de diciembre del mismo año.

La elección se definirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas mayorías relativas.

En caso de que surgiese impedimento de ejercicio en el cargo de parte del presidente de la Corte Suprema, asumirá dicha responsabilidad, con las mismas prerrogativas y potestades, el vocal supremo decano, quien continuará en el cargo mientras dure el impedimento.

Ahora bien, en caso de muerte o cese del presidente de la Corte Suprema, el vocal supremo decano asumirá el cargo conforme a lo antes indicado, debiendo convocar a elecciones en un plazo no mayor de sesenta días calendario. Este vocal es el más antiguo en el cargo. .

La precedencia de los magistrados depende de la antigüedad en el grado o instancia a la que pertenecen. En aquellos casos en que dos o más magistrados hubiesen asumido el cargo en la misma fecha, precede el que haya desempeñado durante mayor tiempo la responsabilidad judicial anterior, sea como titular o provisional.

En su defecto, se aplica dicho criterio en favor de aquel que tenga más antigüedad como abogado.

El cuadro de antigüedad es organizado por el Consejo de Gobierno del Poder Judicial.

Ahora bien, el presidente de la Corte Suprema cesa por alguna de las siguientes causales:

- Expiración del término de su mandato.
- Renuncia.
- Muerte.
- Cesantía o jubilación.
- Destitución dictada en el correspondiente procedimiento.
- Separación del cargo.
- Incompatibilidad.
- Inhabilitación física o mental comprobada.

La ley orgánica del Poder Judicial exige que en la ceremonia de inicio del año judicial el presidente electo lea un mensaje a la nación, en el que se deberá consignar lo siguiente:

- La labor jurisdiccional.
- Las políticas de desarrollo institucional.
- Los vacíos y deficiencias de las leyes.

Su memoria es publicada en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad de su director.

Entre sus principales atribuciones tenemos las dos siguientes:

En función gubernativa

- Preside las sesiones de Sala Plena de su corte y las sesiones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En ambos casos tiene voto dirimente.

  Asimismo, dispone la ejecución de los acuerdos adoptados.
- Designa al vocal supremo en lo administrativo, así como a los integrantes de las Salas Especializadas de la instancia, con respeto de su especialidad.
- Sustenta ante el Órgano Legislativo el proyecto de presupuesto institucional, amén de aquellas iniciativas legislativas que el Órgano Judicial plantee.

En función disciplinaria

- Supervisa la asistencia y puntualidad de los vocales de la Corte Suprema.
- Sanciona administrativamente, en cuanto le corresponda, las irregularidades flagrantes en que incurran los magistrados y el personal administrativo en el cumplimiento de sus funciones. Para tal efecto, da cuenta al Consejo de Gobierno del Poder Judicial.

11.3 La Sala Plena de la Corte Suprema

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución, esta sala es el órgano supremo de deliberación del Órgano Judicial, que decide sobre la marcha institucional.

La Sala Plena se constituye en un órgano.

Está integrada por los vocales supremos titulares y provisionales que ocupan cargo vacante.

Los vocales supremos titulares son aquellos que tienen título oficial expedido por el Órgano Ejecutivo.

Los vocales supremos provisionales son aquellos vocales superiores más antiguos de la República, que reemplazan a los vocales supremos titulares en los casos de vacancia.

La Sala Plena se reúne semestralmente (sesiones ordinarias), aun cuando cabe la posibilidad de sesiones extraordinarias cuando lo solicite un tercio de sus miembros, lo acuerde el Consejo Ejecutivo, lo convoque el presidente de la Corte Suprema o lo exija la ley.

El quórum es de más de la mitad del número total de vocales en ejercicio.

Sus acuerdos se adoptan por mayoría simple. La asistencia es obligatoria.

Entre las principales atribuciones de la Sala Plena tenemos las siguientes:

En función gubernativa

- Ejercer el derecho de iniciativa legislativa, conforme a lo dispuesto en la Constitución.

  El artículo 107 del texto constitucional consagra el derecho de iniciativa de la Corte Suprema en las materias que le son propias.
- Elegir al presidente de la corte, al vocal jefe de la Oficina de Control de la Magistratura y al vocal integrante del Consejo Ejecutivo.

  Tal como se ha referido, esta última designación corresponde al presidente de la Corte Suprema.
- Elegir entre sus miembros en actividad o en condición de jubilados, al representante de la Corte Suprema ante el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Elegir al representante de la Corte Suprema ante el Jurado Nacional de Elecciones.
- Aprobar, a propuesta del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, la política general y el plan de desarrollo del Órgano Judicial. Esta aprobación se lleva a cabo cada tres años y sólo puede ser modificada con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros.
- Aprobar el proyecto de presupuesto del Órgano Judicial, a propuesta del Consejo de Gobierno.

  En atención a lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución, la Corte Suprema formula su proyecto de presupuesto. Éste es remitido al Órgano Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de presupuesto general del sector público. El texto

fundamental le faculta la atribución de su sustentación en todas sus etapas.

– Crear y suprimir los distritos judiciales, así como las salas y juzgados, en pro de la celeridad y eficacia de la administración de justicia.
  La ley orgánica del Poder Judicial advierte que para la creación de los distritos judiciales deberá tomarse en cuenta lo siguiente:
  a) Área geográfica uniforme.
  b) Concentración de grupos humanos de idiosincrasia común.
  c) Volúmenes demográficos en el medio rural y urbano.
  d) Movimiento judicial.
  e) Existencia de vías de comunicación y medios de transporte.

En función disciplinaria

– Resolver, en vía de revisión, las medidas disciplinarias de separación y destitución impuestas a los magistrados y jueces.
  Actúa como instancia revisora, ya que, según lo dispone el inciso 10 del artículo 82 de la ley orgánica del Poder Judicial, corresponde, en principio, al Consejo de Gobierno del Poder Judicial disponer las medidas de separación o destitución propuestas por la Oficina de Control Interno del Órgano Judicial.
– Evaluar quincenalmente la conducta e idoneidad de los magistrados, jueces y auxiliares jurisdiccionales.
  Para tal efecto se crea una comisión evaluadora.
  Ésta tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa de los evaluados, así como la de procesar los informes de los colegios y asociaciones de abogados, amén de los antecedentes funcionales de los evaluados.
  Los magistrados de la Corte Suprema se encuentran incluidos en el proceso de evaluación al cabo de cada cinco años de ejercicio como titulares, siempre que ese momento no coincida con el período de elecciones políticas generales.
– Resolver bajo responsabilidad los casos de denuncia que, sobre la actuación de los magistrados de la Corte Suprema, le remita el Consejo Nacional de la Magistratura.
  La calificación de la denuncia deberá hacerse en el plazo improrrogable de treinta días calendario. La separación o destitución se acuerda con el voto conforme de la mitad más uno de

los miembros de la Sala Plena.

– Acordar, en circunstancias extraordinarias, la amonestación o remoción de los miembros del Poder Judicial, con las excepciones y requisitos previstos en el inciso 16 del artículo 80 de la ley orgánica del Poder Judicial.

Capítulo XVI

El Ministerio Público

1 ASPECTOS GENERALES

La actividad institucional del Ministerio Público prevista en la Constitución ha suscitado juicios controvertidos. A fin de explorar en algo su naturaleza, inicialmente la describiremos históricamente de manera sucinta.

A través de la cronología señalada por Veit Valentín[1] y la perspectiva doctrinaria planteada por José Hurtado Pozo[2], encontramos atisbos significativos que permiten conocer sus antecedentes.

Es en Egipto –por claras razones de orden político– donde se formó un vasto y desarrollado aparato burocrático. Por ello, con el fin de sufragar los gastos de construcción, de guerra y los propios de la corte, se nombraron funcionarios públicos encargados de la recaudación tributaria, la cual gravaba toda la actividad productiva existente. Estos funcionarios ostentaban una condición social expectante.

En Asiria, los reyes enviaban representantes a todos los pueblos vasallos con la finalidad de cobrar tributos.

En China (221 a. de C.), la naciente dinastía Ching logró consolidar la unidad del imperio bajo su sola autoridad. Esta dinastía, con fines de administración, dividió el Estado en treinta y seis provincias; así, cada una contaba con un gobernador civil y otro militar. El primero de ellos tenía, entre otras tareas, la de actuar como funcionario local del fisco, amén de determinadas atribuciones de carácter procesal. Durante el predominio de la dinastía Han, estos gobernadores se convertirán en un factor esencial para la integración y centralización del imperio.

---

1 VEIT VALENTÍN. *Historia universal*. Ed. Solís.

2 HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público*.

En Persia, durante el exitoso gobierno de Darío, se establecieron las *satrapías*. Los funcionarios encargados estaban autorizados para desempeñar labores de conscripción, así como para vigilar la idoneidad y moralidad de los servidores públicos de menor jerarquía.

En Grecia se crearon los denominados *themostetas*, que eran los encargados de denunciar a los imputados por atentados contra la democracia, y las prevaricaciones de los funcionarios, ante la asamblea del pueblo, la misma que designaba a un ciudadano para sostener la acusación.

En Roma encontramos a los *curiosi*, *stratienen* e *yrencercas*, que eran funcionarios encargados de la persecución de los delitos contra la sociedad, la paz del pueblo y la defensa del menor.

Sin embargo, es en la Edad Media donde la institución se perfila con propiedad, al extremo de que autores como el tratadista Juventino Castro consideran que su linaje emana estrictamente del medioevo y es de origen francés.

Al igual que en toda la Europa del siglo XIII, Francia experimentó una serie de cambios económicos y políticos que provocaron a la larga la disolución del sistema feudal después del Imperio carlovingio (1768 d. de C.)

Le correspondió al rey Luis XI (período 1461-1483) el emprender la lucha contra este sistema y robustecer las instituciones monárquicas. En ese espíritu, el borbón Luis XIII implementó la creación de un sistema de funcionarios públicos denominados *procuradores*, encargados de asegurar la recaudación tributaria en favor de la corona. Estos personajes contaban con la confianza del reino y eran beneficiarios de privilegios. Igualmente, surgieron los *abogados* del rey, quienes eran responsables de atender los asuntos litigiosos de la corona.

En un largo proceso de fusión que abarca los siglos XIV, XV y XVI, se consolidó, en definitiva, este operador del derecho. Así, por un lado, los *abogados* del rey quedaron encargados del litigio en todos los negocios que interesaban a éste, y por otro, los *procuradores* del rey se responsabilizaron de las atribuciones administrativas y de las ya expuestas de carácter fiscal.

Como puede apreciarse, el fiscal surge inicialmente con la clara y manifiesta intención de defender en juicio los intereses económicos del fisco, los que en tiempos medievales se confundían con aquellos otros intereses económicos que fueron adquiriendo progresivamente un matiz social.

Será durante la dictadura napoleónica (1799-1814) que el fiscal adquirirá su pleno perfil y estabilidad. La Constitución del año VIII, que creó el Consulado y que fue preparada por Emmanuel Sieyès, lo incorporará al aparato estatal.

No obstante lo expuesto, si bien el sistema francés logró perfilar las labores del fiscal, proyectándolas para su asimilación normativa en otros ordenamientos, en el caso peruano sus primeros esbozos los recibimos del sistema español (que sólo recibirá la impronta francesa a partir de 1834).

Los antecedentes hispánicos los encontramos en el Fuero Juzgo, en donde se hacía referencia a los *actores fisci*, *Comités patrimoniales* o *procuradores fiscales*; igualmente, en las Partidas de Alfonso X el Sabio se designaba a los *patrunus fisci* como encargados de razonar y defender en juicio los intereses del rey.

Como bien se sabe, el Fuero Juzgo fue un extenso código elaborado por los reyes godos, aprobado durante el Concilio de Toledo (681 d. de C.), que implicó la fusión de una serie de conceptos derivados de los Códigos de Aniano y Alarico.

En cuanto a las Partidas, se trata de un texto jurídico medieval, sin parangón en su época, forjado a la idea de Alfonso X el Sabio (rey de Castilla). Su elaboración se produjo entre 1256 y 1265 d. de C.

Los fiscales (*procuradores fiscales*) aparecieron también en las Ordenanzas de Castilla, que los obligaban a residir en la sede de la corte y les prohibían acusar de oficio.

En la legislación nacional no se conocen antecedentes en el período incaico. Su actividad data más bien de la época colonial.

La Real Audiencia de Lima –fundada en cumplimiento de lo ordenado por cédula real de 20 de noviembre de 1542– contaba con dos fiscales defensores de la Real Hacienda y de los indios. La Audiencia del Cusco –creada por cédula de 26 de febrero de 1787– también contaba con un fiscal.

Esta experiencia jurídica partía de la normatividad sustantiva y procesal señaladas por las Leyes de Indias.

En cuanto a la etapa republicana, ésta puede dividirse en dos períodos claramente delimitados.

– *En la primera etapa* (1821-1980) el fiscal representó, desde la estructura del Órgano Judicial, tanto el interés del Estado como el interés social; es decir, no fue una institución autónoma. Siguiendo el modelo tradicional y obsoleto del ordenamiento español, cumplió un rol pasivo coadyuvando, con su opinión previa a las sentencias, a formar la

decisión judicial en los procesos civiles y contencioso-administrativos, y cumplió el rol de acusador en los procesos penales.

El Reglamento provisional de San Martín (Huaura, 1821) instituyó los denominados *agentes fiscales*, con atribuciones hacendarias y administrativas. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema (1825), los encontramos integrando el Órgano Judicial.

La regulación legal de la institución del Ministerio Público fue deficiente; así, tenemos que los reglamentos de 1822 y 1846, sobre organización de los tribunales, no la mencionaron como institución. Sólo aparecerá como tal, al lado de los jueces, en el Reglamento de Tribunales de 1854.

La Constitución de 1823 promovió la creación de dos Fiscalías en las Cortes Superiores.

La Convención de 1855 aprobó la ley sobre Organización del Ministerio Fiscal (ley de 7 de julio de 1857). La Constitución liberal de 1856 creó la Fiscalía de la Nación, como máxima autoridad, y a los agentes fiscales de la República, encargados de velar por el cumplimiento de las leyes.

La Constitución de 1860 no consideró el cargo de fiscal de la nación; y sólo en 1931, la Comisión Redactadora del Anteproyecto de Constitución, presidida por Manuel Vicente Villarán, se interesó en mencionar al fiscal de la República.

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil, de 1845, trató la institución, así como también lo hizo el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, de 1863.

La ley orgánica del Poder Judicial –ley 1510, de 28 de julio de 1912–, en su Título XVIII se refirió a su organización y atribuciones. Allí se utilizó por primera vez la nomenclatura de "Ministerio Fiscal", atribuyéndosele la representación y la defensa del Estado en las causas en que éste fuese parte; el acusar por la comisión de los delitos, en los juicios criminales, y el velar por el imperio de la legalidad.

La Constitución de 1920 desarrolló de manera genérica la designación de los miembros del Ministerio Fiscal. Estas disposiciones fueron reproducidas en la Constitución de 1933. La ley orgánica del Poder Judicial, ley 14620, de 1963, denominó a los fiscales como representantes del *Ministerio Público*.

– *La segunda etapa* comienza con la regulación del Ministerio Público en la Constitución de 1979, y luego con la ley orgánica del Ministe-

rio Público (decreto legislativo 52, de 16 de marzo de 1981). En ese contexto también aparece la Constitución actual.

Se le crea como institución autónoma, independiente del Órgano Judicial y jerárquicamente organizada.

Sus modelos institucionales actuales presentan las siguientes variables:

a) Como institución dependiente
El Ministerio Público se presenta como un órgano adjunto al Ejecutivo o al propio Órgano Judicial. Es el caso de Francia, Italia, México, EE. UU., etc.

b) Como institución autónoma
El Ministerio Público se presenta como un órgano no perteneciente a ningún otro organismo estatal. Es el caso de Venezuela, Perú, etc.

2 *LA CONSTITUCIÓN Y EL MINISTERIO PÚBLICO*

El Ministerio Público, tal como lo establece el artículo 158 de la Constitución, es un órgano autónomo dentro de la estructura del Estado y, por tanto, libre de la injerencia de los distintos poderes públicos.

Se le define como una institución organizada jerárquicamente y vinculada con el proceso de administración de justicia, y cuya acción se dirige a la defensa de la sociedad.

2.1 Atribuciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 159 de la Constitución, el Ministerio Público tiene siete atribuciones:

a) 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

– La defensa de la legalidad implica la protección del imperio y vigencia de la Constitución y las leyes; promueve el respeto a lo ordenado por la norma, conforme a su letra y espíritu; por ende, aspira a la fidelidad a la ley.

En ese sentido, *la defensa de la legalidad* impone que todos los funcionarios estatales deben ejercer la responsabilidad encomendada, conforme a derecho.

La *legalidad* deviene en expresión sinónima de *ordenamiento jurídico vigente*. Ella denota una relación o vinculación de los funcionarios y servidores públicos con dicho ordenamiento.

Su ejercicio, en principio, se expresa de cuatro maneras:

- La primera se genera a través de la presentación de la acción de inconstitucionalidad y de la acción popular, para defender la supremacía del texto fundamental sobre el resto de las normas del ordenamiento legal.
- La segunda opera a través del cuidado de la observancia de los dispositivos procesales durante la ventilación de un juicio civil, penal o contencioso-administrativo.
- La tercera opera mediante la reclamación administrativa ante los órganos del Órgano Ejecutivo, organismos públicos descentralizados y Gobiernos regionales y locales, para obtener la nulidad de un acto administrativo en razón de haber sido dictado por órgano incompetente o con prescindencia de las formas, o en razón de ser contrario a la Constitución y las leyes. Para tal efecto, el Ministerio Público adecuará su actuación a lo dispuesto en el decreto supremo 02-94-JUS, Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.
- La cuarta opera mediante la interposición, ante el Tribunal Constitucional, del recurso extraordinario contra las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y de amparo, de hábeas data y de cumplimiento.

– La defensa de los intereses públicos tutelados por el derecho representa el amparo a los bienes o valores útiles a los miembros de la sociedad en su conjunto, los mismos que demandan una actividad determinada del Estado.

En puridad, es la relación tuitiva hacia aquello que la ley ha prescrito como necesario, conveniente o beneficioso para la colectividad, y que, por ende, amerita una acción particular y concreta del Estado.

Esta atribución se cristaliza por la acción directa e inmediata del Ministerio Público, o previa solicitud de las personas afectadas. Así, aparecen resguardados los intereses del consumidor, preservados los recursos naturales no renovables, defendida la salud pública, etc.

b) Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia

Esta atribución se plasma en su labor de órgano de control del poder, lo que le obliga a asumir una actitud de "gendarme" frente a la labor de los principales órganos del Estado. Por ello, brega por evitar la intervención, sobre el ente jurisdiccional, de los órganos con rango político (Ejecutivo y Legislativo), amén de colaborar en la moralidad de aquél en el ejercicio de sus funciones.

Lo primero lo obliga a ejecutar las acciones civiles o penales pertinentes, o a coadyuvar en el inicio de las de carácter administrativo.

Al respecto, el artículo 69 de la ley orgánica del Ministerio Público señala que el fiscal de la nación puede solicitar informes al presidente de la Corte Suprema sobre la interferencia política en la labor jurisdiccional. La comprobación de esta anomalía lleva a la interposición de las acciones correspondientes.

Respecto a lo segundo, la recta administración de justicia la cautela mediante dos acciones:

- Atención de las quejas y denuncias contra sus miembros.
- Formulación de denuncias sobre la conducta funcional de los magistrados y jueces, de conformidad con lo establecido en el inciso 9 del artículo 103 de la ley orgánica del Poder Judicial.

c) Representar en los procesos judiciales a la sociedad

Esta atribución tiene relación con la serie de actos jurídicos que realiza el Ministerio Público dentro de un proceso civil, penal o contencioso-administrativo, en nombre o por cuenta de la sociedad. Así, ese conglomerado de personas unidas en la consecución de propósitos comunes –bienestar general, seguridad pública y búsqueda de la justicia social–, encuentra en el fiscal al personero de la defensa de sus aspiraciones y valores coexistenciales.

Por ello, tal representación tiene una orientación definida: proteger en una litis los altos conceptos de la familia, el interés social, la moral pública, etc.

En ese sentido, queda perfectamente delimitado el papel del Ministerio Público como representante de la sociedad, a diferencia de los *procuradores públicos*, quienes son los encargados de la defensa litigiosa del Estado. Esta última es básicamente política y puede ser circunstancialmente opuesta a la de la sociedad.

Los lineamientos de su acción en esta materia, se expresan en cuatro conceptos:

- La defensa de la familia.
- La defensa de los menores e incapaces.
- La defensa del interés social.
- La defensa de la moral pública.

d) 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

La *investigación* entraña una auténtica averiguación: implica la búsqueda de las pruebas que acrediten la existencia de un delito y la responsabilidad de los participantes en la comisión del mismo.

En relación a ello, al Ministerio Público le competen dos responsabilidades:

- Conducir la investigación del delito.
  En este aspecto, con acierto la Constitución actual le ha asignado mayores atribuciones que la Constitución de 1979, en donde sólo vigilaba e intervenía orientando la investigación.
- Disponer la actuación de la Policía Nacional en el campo de la investigación del delito.
  Como es sabido, en muchas ocasiones la acción policial es criticada por sacrificar determinados derechos de las personas en pro de la "eficacia" de la investigación.
  Esta nueva orientación constitucional permitirá en el futuro:
  - Resguardar los derechos fundamentales de las personas.
  - Asegurar el valor probatorio de las actuaciones investigatorias.

e) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte

La acción penal es el medio jurídico que permite poner en funcionamiento el mecanismo judicial, para establecer la responsabilidad criminal en un evento delictivo o falta.

Dicha acción es pública cuando el hecho delictivo atenta contra el orden jurídico-social. Tal carácter no permite la celebración de convenios particulares sobre la interposición u omisión de la misma. Así entendida, la acción penal ostenta tres características:

- Es pertinente, porque el hecho delictuoso atenta contra el orden jurídico-social.
- Es indivisible, porque, una vez iniciada, involucra a todos los concurrentes en la ejecución del delito.
- Es irrevocable, porque, una vez iniciada, el órgano público

que la ejecuta no puede desistirse, salvo en los casos señalados por la ley en forma expresa.

En cuanto a la acción penal privada, la ley plantea que cuando la acción sólo afecte un interés particular o individual, la facultad en exclusiva corresponde a los agraviados o parientes cercanos. Es el caso de los delitos contra la libertad sexual y el honor, por ejemplo.

La acción penal pública es de oficio cuando el Ministerio Público conoce de manera directa la comisión del delito.

La acción penal es a petición de parte cuando el afectado –fuera del caso señalado– cumple con poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público, a efectos de que éste cumpla con ejercitar dicha acción.

f) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla

Este dictamen representa la opinión institucional sobre un asunto judicial determinado, que facilita la exposición de ciertos conocimientos o juicios que contribuyen a formar la voluntad resolutoria del Órgano Judicial.

Las características de estos dictámenes son cinco:

a) Implican una declaración a petición de un órgano resolutorio.
b) Hacen referencia a un proceso judicial abierto, particular y específico.
c) Tienen un contenido formal, esto es, se efectúan con la verificación de ciertos requisitos (señalamiento de causas, fecha, lugar, exposición fundada con mención de la normatividad que las sustenta, etc.)
d) Tienen carácter ilustrativo, es decir, no obligan a ser tomados en cuenta por la autoridad judicial.
e) Se expiden en todas aquellas causas expresamente señaladas por la ley.

g) 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

A diferencia del ordenamiento anterior –que le otorgaba iniciativa legislativa indirecta a través del Órgano Ejecutivo–, la Constitución actual le permite al Ministerio Público –sin intermediarios– presentar ante el Congreso proyectos de ley vinculados con su quehacer funcional.

Asimismo, tiene la responsabilidad de dar a cuenta al presidente de la República de lo siguiente:

a) Existencia de vacíos legislativos.
b) Existencia de defectos en la legislación.

2.2 Los principios institucionales

Debe entenderse por *principio* aquel punto de partida, idea básica o regla fundamental que orienta la existencia o constitución de algo.

Pues bien, desde una perspectiva doctrinaria, los principios rectores del Ministerio Público en el Perú son cuatro:

a) Principio de autonomía

La autonomía es concebida como la libertad o amplitud para proceder. El *Diccionario de la Real Academia Española* la define como aquella condición de que goza un individuo, por la que éste de nadie depende en ciertos aspectos.

En ese sentido, el Ministerio Público es una entidad independiente y sólo sujeta al mandato imperativo de la ley. Ésta le pone a salvo de cualquier intervención o intromisión, ya sea intra o extraestatal.

La autonomía –reiterada en la Constitución vigente– representó uno de los criterios innovadores del texto de 1979, no sólo en referencia a los antecedentes históricos del país, sino, además, en relación con gran parte del derecho comparado.

No debe olvidarse, por ejemplo, que en Francia el Ministerio Público forma parte de la estructura del Órgano Ejecutivo. Caso similar ocurre en los modelos italiano y suizo.

Debe señalarse que si bien el Ministerio Público, desde una perspectiva jurídica estructural, pertenece al cuerpo político, sin embargo no lo representa, defiende, ni mucho menos responde ante él.

Como hemos dicho, sus obligaciones funcionales nacen y se constituyen en torno a la Constitución y la ley, las cuales representan la única limitación oponible a su independencia.

La vigencia de este principio no convierte al Ministerio Público en un nuevo órgano de poder; mas su organización y atribuciones lo distinguen y al mismo tiempo lo vinculan, de manera peculiar, con dichos entes.

Luis Bramont Arias[3] ha señalado que los constituyentes han buscado evitar que se convierta en un instrumento político autoritario; más

---

3 BRAMONT ARIAS, Luis. *El Ministerio Público*. S.R. Editores.

aún cuando se le ha dado la responsabilidad de velar por la defensa del ciudadano contra los excesos del poder administrador. Sin embargo, mantiene con éste una estrecha coordinación a través del Ministerio de Justicia, en atención a que éste, conforme lo preceptúa el decreto legislativo 52, es un nexo promotor para coadyuvar a una pronta y eficaz administración de justicia.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de su ley orgánica, el Órgano Ejecutivo puede, a través del Ministerio de Justicia, hacer exhortaciones a los miembros del Ministerio Público en referencia al ejercicio de sus atribuciones.

Al respecto, el propio Bramont ha señalado que "exhortar es advertir, dar consejo". Toda exageración o abuso de tales exhortaciones puede ser controlado y evitado por los miembros del Ministerio Público, ya que en caso de que no las considerasen pertinentes las elevarán en consulta al fiscal de la nación, quien las absolverá de inmediato o las someterá a la decisión de la Junta de Fiscales Supremos.

Es inobjetable que tales exhortaciones deben revestir un carácter general y no aparecer bajo la condición de mandatos u órdenes, ya que la autonomía del Ministerio Público se vería amenazada.

Por otro lado, en el artículo 5 de la ley orgánica del Ministerio Público se dispone:

> "Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en forma que consideren más arreglada a los fines de su institución."

Se reconoce así la autonomía interna de los fiscales en el ejercicio de sus atribuciones; sin embargo, por formar parte de un cuerpo jerárquicamente organizado, "deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores".

Fluye de este dispositivo el que internamente los fiscales son independientes en su actuación funcional. La ley les garantiza independencia de criterio, es decir, libertad de discernimiento o albedrío para determinar cuáles son las acciones o recursos que deben ejercitar para el cumplimiento de sus funciones.

b) Principio de subordinación jerárquica

En concordancia con el principio anteriormente expuesto, el Ministerio Público está organizado bajo el mando, responsabilidad y jerarquía

del fiscal de la nación. Sus miembros reciben de éste o de sus inmediatos superiores las instrucciones generales sobre la manera y alcance de sus intervenciones, las que incluso pueden abarcar el difícil campo de la interpretación y aplicación de la ley.

Más aún, los superiores jerárquicos tienen la potestad de solicitar información sobre la manera de proceder en lo relativo a cierto tipo de asuntos.

En tal sentido, el artículo 5 de su ley orgánica reconoce que, constituyendo los fiscales un cuerpo jerárquico, deben ajustarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores; y el artículo 64 del mismo texto señala:

> "El Fiscal de la Nación representa al Ministerio Público; su autoridad se extiende a todos los funcionarios que lo integran, cualesquiera que sea su categoría y actividad funcional especializada."

Este deber de obediencia jerárquica implica dos criterios:

- Cumplimiento exacto y cabal de las instrucciones generales recibidas.
- Acciones de consulta cuando la gravedad del asunto u otra circunstancia lo hiciere necesario o conveniente.

Ahora bien, este principio debe ser aplicado de manera tal que no elimine ni perturbe la autonomía interna que posee el fiscal. En tal virtud, las instrucciones que se emiten no pueden estar referidas a casos o procesos concretos.

Haciendo referencia a lo acotado, José Hurtado Pozo ha expresado:

> "La autoridad a que se hace referencia no debe ser entendida de modo que los demás fiscales sólo actúen en representación, delegación o cumplimiento de las instrucciones obligatorias del Fiscal de la Nación. Este centralismo y distorsión del principio de unidad del Ministerio Público no es admisible en nuestro ordenamiento constitucional. El Fiscal de la Nación es el encargado de dar directivas de carácter técnico y científico para el mejor gobierno del organismo y para orientar la actividad de los demás."

En virtud de esta dependencia jerárquica, cuando un fiscal ordenase dictaminar en sentido impropio o ilegal a uno de menor rango, éste deberá acogerse a lo planteado por Pedro Flores Polo[4]:

> "Consideramos que el fiscal de menor jerarquía puede abstenerse de hacerlo, poniendo el hecho en conocimiento del Fiscal de la Nación; o en su defecto, dejando expresa constancia, en su dictamen, de que ha recibido instrucciones de un superior para resolver en determinado sentido, con lo cual resguarda su actuación funcional, queda su independencia incólume y deja a salvo su responsabilidad y su conciencia."

Queda claro, entonces, que el uso del rango jerárquico está destinado a orientar, cohesionar y armonizar las acciones funcionales y los criterios de interpretación normativa. El plasmar esto se encuentra sujeto a dos limitaciones:

- Las actuaciones funcionales llevadas a cabo por el fiscal remiso a los alcances de las instrucciones generales poseen validez y eficacia; es decir, causan estado.
- La dependencia jerárquica en el Ministerio Público, sólo es comprensible y extensiva a los actos escritos, ya que las intervenciones orales son siempre libres, sujetas a la voluntad del funcionario. Puede decirse que, en tal caso, la instrucción sólo opera en el fuero interno: su cumplimiento es una expresión de conciencia. Aquí se emplea el clásico apotegma de la doctrina francesa: "La pluma es sierva, pero la palabra es libre."

c) Principio de irretractabilidad

"Irretractabilidad" es un sustantivo que alude a lo no retractable; por consiguiente, la función fiscal, en términos generales, está libre de desistimientos o renuncias.

La institución tiene el poder-deber de actuar conforme a su naturaleza funcional, mas tiene el imperativo de continuar y supervigilar los alcances de su propia e inicial decisión de ponerse en acción.

Este principio tiene gran aplicación en la esfera de la instrucción penal, ya que una vez interpuesta la acción penal el Ministerio Público está impedido de desistirse de ella; esto es, dicha acción se hace inmutable y no puede desvanecerse por la voluntad de ninguna de las partes del proceso.

---

4 FLORES POLO, Pedro. *El Ministerio Público y el defensor del pueblo*, op. cit.

En la esfera civil su aplicación es menos específica, permitiendo que la institución preserve su accionar como ente requiriente en defensa de la legalidad, el interés público, la familia, los menores e incapaces, etc.

d) Principio de unidad

Principio que consiste en que los miembros del Ministerio Público, diseminados en todo el aparato judicial del Estado, constituyen un solo órgano, con una única dirección que conduce sus actividades: el fiscal de la nación.

La institución esta conformada por una pluralidad de funcionarios, pero su representación es coherente y armónica.

La unidad consiste en que haya identidad de mando y de dirección en todos los actos en que intervengan los miembros del Ministerio Público. Las personas individuales que forman parte de la institución tienen una representación única e indivisible; esto es, la personalidad de cada uno es absorbida por la función.

La concepción jurídica del instituto es, por tanto, esencialmente corporativa frente a la esfera judicial.

En resumen, la personalidad desaparece dentro de la función. Los miembros del Ministerio Público pueden ser reemplazados del proceso penal en sus distintas etapas, porque lo que cuenta no es la persona, sino la función que desempeñan.

2.3 La organización[5]

El concepto *órgano*, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, se define como aquella parte de un cuerpo que desempeña alguna función.

Según el artículo 158 de la Constitución, el órgano de mayor rango e importancia del Ministerio Público es el fiscal de la nación: la autoridad de éste se extiende a todos los funcionarios del Ministerio Público, cualesquiera que fuere su categoría y actividad funcional especializada. Sus atribuciones son fundamentalmente de mando, dirección y participación funcional ante los demás organismos públicos que señala la ley.

Corresponde ejercer tal cargo a un fiscal supremo elegido por la Junta de Fiscales Supremos. En caso de empate, se dirime por razón de orden de antigüedad en el cargo. Su período dura tres años y es prorroga-

5 GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y derecho judicial*, op. cit.

ble por otros dos, siempre que no haya sobrepasado los 70 años de edad. En ese sentido, fue aleccionador el caso del fiscal de la nación Miguel Cavero Egúsquiza, quien tuvo que dejar el cargo al primer año de gestión, por haber superado el límite de edad señalado.

Debe advertirse que el orden de antigüedad se establece, conforme lo dispone la ley 26288, de acuerdo al cómputo descendente siguiente:

- Tiempo de servicios como funcionario judicial.
  La antigüedad se computa a partir de la fecha en que se juramentó en el cargo.
- Tiempo de servicios en el ejercicio del cargo funcional anterior.
- Tiempo de servicios en el ejercicio profesional, tomando como referencia la matrícula de colegiación.

El fiscal de la nación elegido, presta juramento ante el presidente de la República.

El artículo 64 de la ley orgánica del Ministerio Público dispone que si bien los fiscales de justicia militar no se encuentran comprendidos dentro del Ministerio Público, empero deben informar al fiscal de la nación cuando sean requeridos sobre el estado en que se encuentra un proceso en particular, o sobre la situación de un procesado en el fuero privativo militar.

Debajo del fiscal de la nación aparecen los órganos procesales y los órganos administrativos corporativos.

2.3.1 Los órganos procesales

Son entes ligados al quehacer procesal. Así pues, en todos los juzgados y tribunales de justicia existe por lo menos un representante del Ministerio Público. Su estructuración jerárquica funcional se expresa de la manera siguiente:

a) Fiscales supremos
Se trata de representantes distribuidos en las especialidades de derecho civil, penal, contencioso-administrativo, amén de otro encargado del control interno. Desarrollan función procesal ante la Corte Suprema. Poseen análogas atribuciones de dirección y mando en relación con sus subordinados en los asuntos de su competencia.

b) Fiscales superiores
Se trata de funcionarios que poseen similares atribuciones de dirección y mando en el ámbito de su competencia. Desarro-

llan labor procesal ante las Cortes Superiores; es decir, ya ante las Salas Civiles o ante las Penales.

c) *Fiscales provinciales*

Se trata de funcionarios que despliegan idéntica labor ante los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción.

d) *Fiscales adjuntos*

Se trata de funcionarios que tienen ciertas semejanzas con las suprimidas Fiscalías Suplentes y con los actuales procuradores adjuntos. Como las primeros, reemplazan a los titulares y ejercen el cargo con autonomía y libertad de criterio; como los segundos, auxilian al titular cotidianamente, representándolo o participando en funciones informativas y consultivas.

Su rango equivalente es el siguiente:

- Fiscal supremo adjunto (fiscal superior).
- Fiscal superior adjunto (fiscal provincial).
- Fiscal provincial adjunto (relator de la corte).

Nota aparte merecen aquellas funciones procesales que son desempeñadas por miembros del Ministerio Público con carácter de transitorios o circunstanciales. Así, tenemos los siguientes:

Fiscales provisionales

Se trata de miembros interinos que desempeñan su labor hasta que el Consejo Nacional de la Magistratura convoque a concurso para cubrir la respectiva plaza. El artículo 28 de la ley orgánica del Ministerio Público señala que perciben el haber correspondiente al cargo que están asumiendo, mientras dure el encargo. Para este efecto servirá de título la resolución expedida por el fiscal de la nación.

Fiscales ad hoc

Se trata de miembros que tienen el carácter de transitorios, en atención a la confianza que se les dispensa para actuar en torno a un caso especial.

La palabra *ad hoc* proviene del latín y significa "para esto". Es, pues, una expresión que indica que algo se establece para un fin determinado. Los designados poseen un mayor conocimiento de la especialidad jurídica relacionada al caso *ad hoc* que se les confía. En otras circunstancias permiten descongestionar la carga de trabajo del fiscal de turno. Su nombramiento puede recaer sobre un titular o un provisional.

Fiscales mixtos

Usualmente, los miembros encargados de las funciones procesales descritas actúan dentro de una sola especialidad; mas, sin embargo, en razón de una carga mínima de trabajo pueden encargarse de conocer asuntos tanto civiles como penales. Es frecuente esta modalidad en provincias alejadas.

2.3.2 Los órganos administrativos corporativos

Son aquellos que congregan y reúnen a todos los miembros de una misma jerarquía y jurisdicción, con finalidades de carácter consultivo, gubernativo y hasta disciplinario.

En virtud de lo expuesto, son atribuciones de las Juntas de Fiscales las siguientes:

a) Junta de Fiscales Supremos:
   - En función consultiva.
     Absuelve las consultas de los integrantes de la institución relacionadas con las exhortaciones hechas por el Órgano Ejecutivo.
   - En función informativa.
     Considera las necesidades administrativas, para lo cual revisa el pliego del presupuesto del sector público.
   - En función gubernativa.
     Fija el número de los fiscales superiores y provinciales de cada distrito judicial.
   - En función disciplinaria.
     Acuerda la sanción disciplinaria aplicable a un miembro del Ministerio Público, en un caso concreto de inconducta en el ejercicio de su actividad funcional.

b) Junta de Fiscales Superiores:
   - En función consultiva.
     Acuerda las visitas de inspección y resuelve sobre su resultado.
   - En función gubernativa.
     Nombra al que debe reemplazar al fiscal impedido de intervenir en un caso determinado; concede licencias por causas justificadas a los fiscales superiores, titulares y adjuntos, y acuerda el nombramiento del personal administrativo.

c) Junta de Fiscales Provinciales:
   - En función gubernativa.
     Nombra al que debe reemplazar al fiscal impedido de intervenir en un caso determinado, y concede licencias por causas justificadas a los fiscales provinciales y sus adjuntos.

Las funciones de una Junta de Fiscales no sólo pueden desempeñarse cuando ésta efectivamente se constituye o se reúne (cuando existen dentro de la misma jurisdicción tres o más fiscales del mismo rango), pues el inciso 2 del artículo 87 de la ley orgánica del Ministerio Público concede al fiscal superior más antiguo la atribución de ejercer las competencias atinentes a la junta en los casos en que ésta no se hubiera constituido o no pudiera reunirse.

Con el mismo fundamento se soluciona similar problema en el caso de los fiscales provinciales, tal como lo prevé el artículo 93 de la misma ley orgánica.

Debe advertirse que como consecuencia de la ley 26623, los órganos administrativos corporativos han quedado relegados al papel mojado en tinte.

2.4 Requisitos de designación

Para ser fiscal supremo se requiere:
- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años.
- Haber sido fiscal o vocal de la Corte Superior por no menos de diez años, o abogado en ejercicio o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por no menos de veinte años.
- Gozar de conducta intachable, públicamente reconocida.

2.5 El papel de la Fiscalía de la Nación

El rol del fiscal de la nación se encuentra regulado por la Constitución, la ley orgánica del Ministerio Público (D. Leg. 052) y la ley 26288.

Comó se ha señalado, es el órgano de mayor jerarquía del Ministerio Público.

Su labor se despliega en cuatro áreas:

a) En actividad administrativa

A su responsabilidad se encuentran asignados los denominados *sistemas administrativos*, es decir, las actividades de admi-

nistración propiamente dichas (personal, abastecimientos, tesorería, contabilidad, planificación y presupuesto, etc.).
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la ley orgánica del Ministerio Público, el personal auxiliar y administrativo es nombrado por el fiscal de la nación.
Este órgano es el encargado de formular el proyecto de presupuesto, el cual es sometido a la revisión de la Junta de Fiscales Supremos, que lo aprueba y eleva al Órgano Ejecutivo para los fines consiguientes. La ley le encomienda la prerrogativa de la titularidad del pliego.

b) *En actividad gubernativa*
Le corresponde sustentar los proyectos de iniciativa legislativa. Asimismo, le compete sustentar el proyecto de presupuesto de su institución ante el Congreso.
Igualmente, le corresponde designar a los fiscales supremos encargados de la función civil, penal y contencioso-administrativa.
Asimismo, puede dirigirse a los representantes de cualquier repartición pública, a efectos de obtener las informaciones y documentos que fuesen necesarios para el mejor cumplimiento de las tareas encomendadas por la Constitución y la ley.
Señálese además que le corresponde presidir la Junta de Fiscales Supremos.
Finalmente, le compete integrar, por sí mismo o por medio de representantes, los consejos y demás organismos públicos que señale la ley. Al respecto, nuestro ordenamiento prevé su participación en entidades tales como la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos, la Comisión de Indultos, la Junta de Almonedas, amén de las comisiones revisoras de códigos, etc.

c) *En actividad procesal*
Le corresponde ejercitar, ante el Tribunal Constitucional, la acción de inconstitucionalidad –parcial o total– de las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución en la forma o en el fondo.
Asimismo, ejercita con carácter obligatorio, ante la Corte Suprema, las acciones civiles y penales a que hubiere lugar con-

tra el presidente de la República, los ministros de Estado, los vocales de la Corte Suprema, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, el defensor del pueblo y el contralor general.

Ello como consecuencia de la existencia de una resolución acusatoria –previa acusación constitucional– expedida por el Congreso de la República.

También debe decidir sobre el ejercicio de la acción penal contra los funcionarios judiciales de segunda y primera instancia, por los delitos cometidos en actuación judicial, siempre que exista una denuncia o queja previa formulada por el Ministerio de Justicia, la Junta de Fiscales, el Consejo Nacional de la Magistratura o la parte agraviada.

En caso de que la denuncia fuera formulada por el presidente de la Corte Suprema, la acción será ejecutada inmediatamente. En ese sentido, el fiscal de la nación deberá instruir al funcionario correspondiente sobre las medidas procesales que adoptará.

Asimismo le compete presentar ante el Tribunal Constitucional el recurso extraordinario contra las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento.

Finalmente, debe ejercitar las acciones administrativas, civiles y penales pertinentes contra los funcionarios y empleados públicos por los actos u omisiones que les acarrean responsabilidad, conforme a la ley de la materia.

En tal sentido, cuando comprobase la interferencia funcional de una autoridad política o administrativa ajena al órgano jurisdiccional, procederá a ejercitar contra aquélla las acciones legales procedentes.

En ese sentido, el artículo 41 de la Constitución señala textualmente:

> "Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial."

d) En actividad disciplinaria

El fiscal de la nación debe visitar las sedes institucionales de toda la República para comprobar el debido cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los miembros de su institución. Para tal efecto, puede solicitar *in genere* las informaciones oficiales y la documentación que considerase conveniente. Asimismo, debe recibir en audiencia a los miembros de las órdenes de abogados, asociaciones representativas, litigantes, etc., con el objeto de recibir información respecto de la conducta de los miembros del Ministerio Público.

La intervención del fiscal de la nación, en su función de contralor disciplinario, se genera por acción de alguna de las siguientes personas o entidades:

- El ministro de Justicia.
- Las Juntas de Fiscales.
- Los agraviados.
- Las asociaciones y colegios de abogados.
- El fiscal supremo en lo civil (incs. 1 y 2 del artículo 82 de la ley orgánica del Ministerio Público).

Asimismo, puede sancionar administrativamente, en cuanto le corresponde, las irregularidades flagrantes en que incurren los fiscales y demás trabajadores de la institución, debiendo dar cuenta de las sanciones a la Junta de Fiscales.

2.6 Prohibiciones funcionales

Entre las principales prohibiciones vinculadas con el quehacer de la función fiscal tenemos aquellas según las cuales los fiscales no pueden:

a) Intervenir, bajo responsabilidad, en una investigación policial o en un proceso en donde directa o indirectamente tuviesen interés, por lo que deberán excusarse (aun cuando no pueden ser objeto de recusación).

Este impedimento se extiende cuando se trata de su cónyuge, parientes en línea directa o dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La excusa debe ser entendida como aquel motivo que se invoca para eludir una responsabilidad o disculpar una omisión. En este caso, la ausencia de intervención surge del mandato de la ley.

b) Desempeñar cargos distintos al de su función, que no sean los señalados expresamente en la ley orgánica del Ministerio Público o en cualquier otra norma expresa. Ello incluye toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria.
c) Ejercer actividad lucrativa o intervenir, directa o indirectamente, en la dirección o gestión de una empresa.
d) Defender como abogados o prestar asesoramiento de cualquier naturaleza, pública o privada. Cuando tuvieren que litigar en causa propia que no tuviese vinculación alguna con su función, deberán otorgar poder.
e) Aceptar donaciones, obsequios, o ser instituidos herederos o legatarios de persona que directa o indirectamente hubiese intervenido o pudiera intervenir en un proceso judicial en que tuviesen actuación.
f) Aceptar mandatos, salvo de su cónyuge, para actos que no tengan relación alguna con el ejercicio de su función, ni para hacerlos valer ante la Administración pública o el Órgano Judicial.
g) Comprar, arrendar o permutar bienes de personas involucradas en un proceso en el que hubiesen intervenido como miembros de la institución.
h) Admitir o suscribir recomendaciones en asuntos de carácter público.
i) Intervenir, ya sea pública o privadamente, en actos políticos que no sean en cumplimiento del deber electoral que les corresponde como todo ciudadano.
j) Sindicalizarse y declararse en huelga.

2.7 Incompatibilidades

No pueden ser propuestos como miembros del Ministerio Público: el presidente de la República, los ministros de Estado, los congresistas, los funcionarios del Gobierno central, regional y local, ni los miembros de empresas públicas, con excepción de los docentes universitarios.

Igualmente, se encuentran incursos en incompatibilidad, *en un mismo distrito judicial*, los cónyuges, los parientes en línea directa y los colaterales en tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En suma, la ley hace referencia a los abuelos, padres, hijos, nietos, hermanos, tíos, sobrinos, suegros, yernos y nueras.

2.8 Derechos

Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas y sistemas de pensiones que las leyes conceden a los integrantes del Poder Judicial.

Asimismo, les alcanzan todas las prerrogativas procesales que los códigos adjetivos conceden a aquéllos.

Igualmente, tienen la facultad de amonestar a quien los injuria de palabra o por escrito, así como al abogado que autorice éste, poniendo el hecho y la sanción disciplinaria impuesta, en conocimiento del colegio de abogados respectivo. Puede procederse similarmente contra quien promueva desorden en la actuación en que intervengan.

Debe señalarse que el fiscal de la nación y los fiscales supremos gozan de la prerrogativa constitucional de la acusación constitucional.

2.9 Conclusión de la función

El cargo de miembro del Ministerio Público termina por alguna de las seis consideraciones siguientes:

- Por cesantía o jubilación.
  La cesantía consiste en el término del servicio fiscal al haberse acreditado que el afectado no reúne los requisitos para ejercer el cargo (edad, nacionalidad).
  La jubilación consiste en el término del servicio fiscal por razones legales (haber cumplido los 70 años de edad).
- Por renuncia, desde que es aceptada.
  La renuncia implica la decisión voluntaria y expresa de dejar el servicio fiscal.
- Por causa de existencia de impedimento.
- Por enfermedad inhabilitante o incapacidad sobreviniente de carácter permanente.
- Por destitución.
  Consiste en la sanción, previo proceso disciplinario, que genera su apartamiento compulsivo del cargo.
- Por no ratificación.
  Consiste en la decisión jurídico-administrativa, adoptada por el Consejo Nacional de la Magistratura, de no permitir la continuación en el cargo. Ello al amparo de lo previsto en el inciso *b* del artículo 21 de la ley 26397.
  Esta no ratificación se produce por ineficiencia en el ejercicio del cargo.

QUINTA PARTE

Capítulo XVII

La reforma de la Constitución

1 ASPECTOS GENERALES

El texto fundamental de un Estado es, en puridad, un instrumento que corresponde a su propia organización, mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder de una sociedad en un tiempo determinado, valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene.

La Constitución deviene en el formato legal en donde aparecen los aspectos centrales de la vida ciudadana, tales como los derechos y garantías personales, la participación en los asuntos políticos y en el goce de la riqueza nacional, la ordenación del funcionamiento del aparato estatal, el concierto de las relaciones socioeconómicas, etc. En esta perspectiva, la carta básica tiene como sello particular el ser mandato jurídico, formal e imperativo y, por consiguiente, inherente a las funciones tuitivas y coactivas del Estado. Mas, sin embargo, de manera paralela y revestida por lo jurídico, ella expresa una naturaleza política entre los distintos sectores sociales.

Ello obliga al legislador constituyente a correlacionar el texto fundamental con una realidad concreta; a determinar de manera clara las aspiraciones sociales y las responsabilidades específicas de los ciudadanos en la forja del bien común.

Una Constitución necesita recoger los recados emanados de la historia, lo privativo y natural del quehacer social, a efectos de establecer un connubio sólido, estable e integrado. Cabe agregar la necesidad de que sea dictada por consenso, a fin de preservar, normativamente, todos los intereses generales de las distintas capas del pueblo.

En nuestro caso particular, los peruanos, a lo largo de ciento setenta y cuatro años de vida republicana hemos vivido haciendo y deshaciendo Constituciones. El germinar de un texto cada diez años nos

muestra, a las claras, que ellos no provinieron ni del mandato de la historia ni de las exigencias de una realidad puntual y precisa, ni mucho menos fueron corolario del consenso social.

Este acreditado exceso constitucionalista es fruto, a la postre, de un evidente defecto de apreciación de la realidad, que llevó a gobernantes y políticos a cambiar tantas veces lo que, por su *carácter de fundamental* exige, de por sí, estabilidad.

Las dogmáticas preocupaciones de facción, las situaciones políticas transitorias consideradas como definitivas y, sobre todo, la ingenua deformación mental que encarga a la ley la "creación de la realidad", llevaron al país a tantos –y en gran parte inútiles– esfuerzos constitucionales.

Así, la práctica constitucional muestra el conflicto entre la "Constitución formal" y la "Constitución real". Ello obligó a nuestros doctrinarios a descubrir sus ambigüedades y silencios. Aplicadas parcialmente, o simplemente no aplicadas, nuestras Constituciones terminaron negadas por la praxis diaria de los gobernantes de turno.

En simbólica conflagración frontal unas veces, o en guerra fría en otras, los hechos y los textos son, en la historia republicana del Perú, como la tesis y la antítesis de una lógica exorcizante. La realidad ha ido perfilando períodos ensombrecidos, convulsiones anárquicas, tumultos, motines y hasta despreciables autocracias pretorianas. A cambio de ello, nuestros documentos constitucionales nos dejaron utopías vehementes y fervores obcecados, amén de los antiguos anhelos de libertad y bienestar ciudadano, del respeto franco a la ley y del decoro en la conducta pública[1].

Lo expuesto revela que el divorcio prematuro entre el país legal y el país real y profundo, gestado a los pocos días de dictada nuestra primera carta republicana, nos ha perseguido como una sombra cada vez que nos hemos encaminado a la dación de otro texto fundamental.

Como bien afirmó el tratadista nacional Víctor Andrés Belaunde:

> "En la historia del Perú, el alma nacional dormita sin querer nada o despierta para orientarse en el sentido de lo irrealizable o lo equivocado, siendo nuestra vida una triste sucesión de antagonismos."[2]

---

1 CHIRINOS SOTO Soto, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*, op. cit.

2 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, op. cit.

Por ello aparecen la hipocresía legislativa o el alegre deporte del trasplante y la copia de instituciones jurídicas extrañas a nuestra identidad y modo de ser. Como bien expresara un estudioso de nuestra literatura:

> "En el Perú nuestra producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos."

En resumen, nuestras cartas políticas sólo fueron catecismos llenos de dogmas republicanos y listines de promesas, pero sin creyentes ni adeptos convencidos. Toribio Pacheco, en sus certeras *Cuestiones constitucionales*, al respecto decía:

> "Forjamos una Constitución y no nos volvemos a acordar de ella; proclamamos los derechos y garantías que todo hombre debe gozar en una sociedad medianamente autorizada, y no los respetamos en los otros, ni exigimos que ellos los respeten en nuestra propia persona; establecemos autoridades y tampoco las respetamos; nos burlamos de ellas, las desacreditamos y las derogamos el día que se nos antoja." [3]

Por ello, la reforma constitucional sigue siendo una opción válida para acercar más el texto básico a la realidad, evitando que sólo sea papel mojado en tinta o un libro amarillento olvidado por los que alguna vez se llamaron sus lectores.

2 *NOCIÓN GENERAL DEL PODER CONSTITUYENTE*

Como afirma el costarricense Rubén Hernández Valle[4], existen dos grandes modelos históricos concernientes a la *forma* de ejercer la titularidad del *poder constituyente*: el modelo norteamericano y el modelo francés.

2.1 *El modelo norteamericano*

Éste surge con la praxis política de las colonias norteamericanas. El citado Rubén Hernández Valle señala:

---

3 PAREJA PAZ SOLDÁN, José. Op. cit.

4 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de la reforma constitucional". En: *El Jurista* 12.

> "Siguiendo las ideas de la Iglesia puritana, según las cuales la fundación de una determinada congregación era el resultado de un contrato en que se estatuían las reglas del culto, los primeros colonos norteamericanos trasladaron ese esquema al ámbito político. De allí surgieron los *convenants*, que fueron auténticos contratos sociales suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus allegados, y en los que se establecían las reglas que regirían el funcionamiento de las colonias."

De allí se deriva el criterio de que el poder constituyente debe ser ejercido directamente por el pueblo, por tratarse de una potestad inalienable.

En función de lo arriba expuesto, cualquier proyecto de Constitución elaborado por una convención fue siempre sometido a la notificación ulterior de los *Town-meetings*, o sea, del pueblo reunido en asamblea general.

El propio Rubén Hernández Valle afirma que una vez dictada la Constitución el poder constituyente desaparece, dando lugar al seguimiento de los poderes constituidos, que concentran su legitimación y fuente de validez en la propia Constitución.

En ese contexto, el poder constituyente y el poder constituido preservan su competencia propia y específica, que ejercitan de manera exclusiva y excluyente.

2.2 El modelo francés

Éste surge durante la Revolución francesa, al influjo del abate Emmanuel Sieyès.

En este modelo se sustituye el concepto de soberanía popular, arriba expuesto, por el de soberanía de la nación. Como bien afirma Rubén Hernández Valle:

> "De esa forma se establecerán las bases doctrinales y prácticas para la introducción posterior de la democracia representativa."

En atención a que la nación es un ente abstracto, la potestad constituyente se realiza a través del mecanismo de la representación. De esa forma, se evoluciona de un mecanismo de representación directa del pueblo a uno ejercido por un congreso, asamblea o dieta, ente en el cual la nación delega su competencia.

Por consiguiente, a través de este modelo es posible que el poder constituyente *se traslade* al poder constituido (Congreso, Parlamento, Cortes, Dieta, etc.).

El poder constituyente es una facultad de acción que deriva del atributo originario de una colectividad, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica a través del dictado de una Constitución. Representa la asociación de la voluntad con la fuerza, para adoptar una decisión, en conjunto, sobre el modo y forma de existencia política.

Esta noción se justifica por sí misma; su potestad es prejurídica y suprema fente al derecho.

En lo genérico, la presencia de un poder constituido supone siempre una *competencia*, es decir, la facultad legal para otorgar o confirmar actos jurídicos. La naturaleza de ese poder, así como su extensión, la modalidad de su ejercicio, etc., se encuentran determinadas por una regla anterior, de modo tal que dicho poder se liga armoniosamente con el derecho.

En cambio, en el caso del poder constituyente, a éste se le aprecia con una inevitable significación política. La autoridad que posee o encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación del accionar político de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad nacional premunida de idoneidad creadora para forjar un nuevo orden jurídico.

Este poder se caracteriza por ostentar una prerrogativa superior, creativa, originaria y preexistente, respecto a los otros poderes conocidos doctrinariamente como constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Esto es así porque el poder constituido sólo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por la labor del legislador constituyente. El marco constitucional es intocable e inmutable. Esta potestad originaria es unitaria, indivisible, no susceptible de enajenación, absorción o consunción.

Este poder se manifiesta en dos instancias de distinto grado:

- El poder constituyente originario.
- El poder constituyente derivado.

3 EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Pertenece a lo que el argentino Jorge Reynaldo Vanossi denomina "etapa de la primigeneidad"[5]. Su estudio pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología.

Se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda o cualquier competencia; por eso mismo no es creada por el derecho, aunque sí es objeto de consideración circunstancial.

La expresión *poder* no está referida a la competencia o jurisdicción del derecho, sino a la potestad en cuanto fuerza, energía política y vigor social.

Las expresiones en que el poder constituyente puede dejar constancia de su presencia son:

- Como expresión fundacional, al crearse un Estado y dictarse su primer código fundamental.
- Como expresión renovadora, al promover cambios en la fórmula política de un Estado, sea por la vía de una Asamblea o Congreso constituyente, o mediante un acto revolucionario (Constitución otorgada).

Como puede observarse, la creación o recreación de un orden no proviene de reformas constitucionales ni del marco político anterior, sino que se crea *ex novo* el orden político.

Su ejercicio se expresa a través de criterios no reglados y permite justificar la creación *sui generis* de normas constitucionales, es decir, por vías diferentes de las que la Constitución autoriza y al margen de las limitaciones que ella fija.

Las características del poder constituyente son tres:

- Es *inicial*, ya que no existe sobre él ningún otro poder. Allí se expresa la voluntad del constituyente, que es la instancia más alta. Igualmente, no acepta ninguna norma anterior, en razón de que no existe nada vigente.
- Es *autónomo*, porque ningún individuo o grupo puede invocar mérito o título alguno para "presionar" al constituyente y mucho menos substituirlo.

5 VANOSSI, Jorge Reynaldo. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

– Es *incondicionado*, en razón de que es libre de pronunciarse según las formas o modalidades que sólo el constituyente está calificado para fijar.

El pueblo es, habitualmente, titular del poder constituyente, el cual manifiesta su voluntad en dos momentos: en la creación de un Estado y en la re-creación de su fórmula política.

La elaboración de este concepto tuvo su origen en la Revolución francesa. Su formulación específica correspondió al abate Emmanuel Sieyès[6], quien atribuyó el poder constituyente a la nación, y más exactamente al pueblo, al que identificaba con el Tercer Estado

4 EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Pertenece a lo que el argentino Jorge Reynaldo Vanossi[7] denomina "etapa de la continuidad". Su estudio corresponde exclusivamente a la ciencia jurídica, por ser típicamente un concepto de naturaleza jurídica.

El costarricense Rubén Hernández Valle señala:

> "Cuando el poder constituyente se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado."

Dicho poder está facultado para llevar a cabo la *reforma constitucional.*

El poder de la reforma constitucional consiste en aquella actividad de carácter normativo dirigida a modificar parcialmente una Constitución rígida, utilizándose para tal efecto un procedimiento especial jurídicamente preestablecido.

Se trata de una competencia *extraordinaria* o *excepcional*, por cuanto se encuentra indicada por el propio ordenamiento constitucional (creado por el poder constituyente originario), a efectos de conseguir una modificación o redistribución de las demás competencias ordinarias del Estado. En su caso no existe una solución de continuidad, tanto en su actuar como en su proceder.

---

6 SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Ed. Aguilar, 1973.

7 VANOSSI, Jorge Reynaldo. *El poder constituyente*, op. cit.

Esta potestad derivada o instituida es la expresión de un orden ya existente que se manifiesta mediante ciertos procedimientos de reforma constitucional contemplados en la ley fundamental.

La facultad de reforma o revisión sólo puede considerarse como una forma propuesta, de obrar, al poder derivado; como una técnica oportuna, pero nunca como una regla inexorable.

La revisión no tiene un valor en sí; se afirma sólo en la medida en que es expresión parcial e imperfecta de la incondicionada potestad constituyente del pueblo. En síntesis, no la reemplaza, sino que trata simplemente de conciliarla con las exigencias de la estabilidad jurídica de un Estado.

Es una verdad de perogrullo que toda Constitución necesita recoger permanentemente los recados emanados de la vida social. Para ello se creó la institución de la *revisión orgánica.*

La reforma constitucional se encuentra ligada al proceso social que, por tal, es siempre dinámico y cambiante. Esa relación entre norma y realidad es, en muchos casos, esquiva e inexistente. Ya Vladimir Ilich Ulianov, Lenin, censuraba el lirismo jurídico sosteniendo que no debe olvidarse que "los hechos son testarudos".

El propio general Charles de Gaulle planteaba en sus memorias que: "Lo que está escrito, aunque sea sobre un pergamino, sólo vale por su aplicación."

La revisión contiene una situación de aplicación del derecho por vías del derecho mismo. Así, nace de la propia Constitución y, por tanto, está comprendida en la especie de las normas constitucionales, dado que se rige por una de ellas. Más aún, mediante dicho procedimiento la consagra y transforma en ley superior.

La revisión, como noción jurídica, es un aporte más del derecho constitucional norteamericano. Así, al influjo de hombres de la talla de Alexander Hamilton, James Madison y Jay, se insertó en el artículo V de la Constitución de 1787 la idea de que los cambios en su texto deberían producirse de manera especial y reflexiva, antes que por el súbito y violento paroxismo legislativo.

Ellos esperaban (y acertaron) que las llamadas "enmiendas" preservaran, al gobierno, de la excitación y turbulencia popular.

La aplicación de esta histórica concepción da crédito de la vitalidad y lozanía permanente del texto fundamental de nuestros vecinos del norte. Ellas provienen de las 26 enmiendas efectuadas a lo largo de dos siglos, enmiendas que han permitido encontrar adaptabilidad a las condiciones sociales imperantes a lo largo de ese lapso.

La robustez de la Constitución americana no proviene del texto de 1787; ella es la emanación de otra fuente que nosotros conocemos con el nombre de *reforma.*

Este poder se mueve al interior del orden jurídico preexistente; opera dentro de una legalidad constitucional; es oriundo de un derecho ya establecido. Su adecuación deviene de su validez y eficacia.

Las características del poder constituyente derivado son dos:

- Es *limitado*, ya que su accionar parte de presupuestos establecidos por el poder constituyente originario, o sea, subordinado al *orden establecido* en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización y funcionamiento.
- Es *condicionado*, ya que se encuentra sujeto a los parámetros de las denominadas *disposiciones constitucionales intangibles.* Dichas normas constitucionales son intangibles en razón de encontrarse exentas de cualquier posibilidad de reforma o modificación. Ello a efectos de preservar los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa y se asienta el sistema político.

En suma, el órgano encargado de la reforma se encuentra limitado y condicionado por las normas constitucionales y legales que consagran y regulan su ejercicio, así como por aquellas normas del texto fundamental que, por contener principios ideológicos y valorativos, sirven de base o sustento al *sistema político.*

5 *RELACIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO*

Entre ambos poderes existe una ligazón irrompible. Al respecto, debe señalarse que no se trata de poderes de distinta sustancia, sino de un entroncamiento de género a especie, que se presenta en dos momentos de la vida institucional; en *el primero*, como creación o recreación de un orden constitucional; en *el segundo*, como reforma del mismo.

A manera de síntesis, siguiendo al argentino Alberto Spota[8], se puede distinguir conceptualmente el ejercicio de ambos poderes:

---

8 SPOTA, Alberto. *Origen y naturaleza del poder constituyente.* Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.

a) El poder constituyente originario es el que organiza y da asiento jurídico –por primera vez o nuevamente– a una comunidad. Su base de poder es política.
El poder constituyente derivado es la consecuencia de una norma constitucional que faculta o permite la reforma del texto magno; por ende, dicho poder tiene un origen estrictamente jurídico. Deviene en la expresión total de la soberanía, exento de cualquier cuestionamiento.
Así, cuando una Constitución a través de una de sus normas anuncia la probabilidad y el procedimiento para su propia reforma, el poder que surge del cumplimiento de su precepto es uno de carácter constituido o instituido; o sea, es una potestad cuyo asiento tiene base legislativa.
b) El poder constituyente originario es una expresión que alude a potencia, fuerza o dominación política.
El poder constituyente derivado se asocia con los conceptos de competencia, facultad, atribución o capacidad jurídica. Se encuentra condicionado por la decisión inicial del legislador constituyente.

6 *PROCEDIMIENTOS NO FORMALES DE REFORMA CONSTITUCIONAL*

El tratadista Karl Loewenstein[9] señala que la Constitución ideal sería aquella en que el orden conformador del proceso político y el desarrollo futuro de la comunidad (político, social, económico, cultural), pudiese ser previsto de tal manera que no fuese necesario un cambio en las normas. Sin embargo, es inexorable que la Constitución no pueda prever totalmente el derrotero de lo venidero.

La Constitución es un organismo "vivo", siempre en movimiento, como la vida misma y sometido a la dinámica de la realidad. De esta última se develan procedimientos no formales que cambian el contenido de un texto fundamental. No se trata aquí de justificar estos procedimientos, sino tan sólo de explicarlos.

En puridad, ellos cumplen la función de adecuación entre la realidad normativa y la realidad histórico-política.

---

9 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, op. cit.

Ahora bien, la doctrina reconoce que la *reforma constitucional formal* es aquella que atiende a la modificación del texto básico *mediante un acto normativo y con estricta observancia del procedimiento que la propia Constitución señala.*

Por tal motivo, toda reforma que se genere al margen de estos supuestos debe ser considerada como *no formal.*

La realidad y verdad incontrastable de la vida de los pueblos demuestra que aquello que en principio se presenta como improcedente y reñido con la supremacía del texto fundamental, es un hecho excepcional que integra un conjunto de posibilidades de *reforma*, que no necesariamente carece de *legitimidad.* Más aún, existen casos notorios y evidentes que han desarrollado funciones propias del poder reformador, con mayor efectividad.

Las manifestaciones de *reforma constitucional no formal* son tres: la *mutación constitucional,* la *habilitación constitucional* y la *revolución.*

6.1 La mutación constitucional

Como bien afirma el tratadista alemán George Jellinek, se trata de prácticas políticas, usos constitucionales e interpretaciones judiciales contrarias al sentido de los términos o alcances de las cláusulas, con alteración de su contenido intrínseco y primicial o de su significación originaria, como imagen de la evolución.

El proceso de mutación no implica necesariamente falseamiento del orden constitucional, mas sí discontinuidad o insuficiencia del ordenamiento para responder a los imperativos de las fuerzas vitales que presionan sobre la decisión política.

La mutación constitucional es una expresión doctrinaria surgida de las canteras del constitucionalismo alemán (Jellinek, Hsü Dan Lin, Hesse, etc.). Ella puede surgir como consecuencia del cambio de sentido o significado de las palabras del texto constitucional, debido a la transformación natural que con frecuencia sufren las palabras por el mero discurrir del tiempo. Al respecto, cabe poner como ejemplo expresiones tales como *igualdad* –antes, punto de partida en la vida en sociedad; hogaño, aspiración o meta–, *democracia* –originalmente de contenido político; actualmente de carácter plural–, *derechos humanos*, etc.

Se trata de una transformación en la realidad del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicho proceso quede reflejado en el documento constitucional, cuyo texto permanece intacto.

Igualmente, se presenta como resultado del sentido que se otorga a la democracia política de los pueblos, lo que obviamente incluye prácticas y conductas que gozan de una amplia aceptación, a despecho de encontrarse en evidente colisión con el texto fundamental. Así, puede mencionarse el caso del voto disciplinado de los parlamentarios pertenecientes a organizaciones sólidas, en desmedro de la llamada liberalidad del encargo legislativo, no sujeto a mandato imperativo.

Alude a un fenómeno que se produce en aquellos Estados cuyas Constituciones escritas, sin someterse a la reforma formal, adquieren un sentido nuevo, una rediviva interpretación, un contenido distinto o incluso llegan a perder vigencia por un uso contrario.

Este mecanismo informal pierde vigor en los auténticos y cabales Estados de Derecho, en donde las reformas se realizan con relativa frecuencia.

A través de la mutación se plantea una operación que *no tiene por finalidad modificar el texto de la Constitución*; lo que va a cambiar es el significado o contenido que se atribuye al texto. En consecuencia, la función tanto de la reforma constitucional como de la mutación será la de adecuar la realidad normativa constitucional con la realidad histórico-política.

Es evidente que la mutación carece de todo sentido allí donde las reformas se realizan con relativa frecuencia; e inversamente, ella se produce cuando la extrema rigidez y complejidad son características del procedimiento de reforma; o ante la miopía o incuria del legislador, que motivan como alternativa su realización.

El sentido de la mutación constitucional se comprende desde la siguiente perspectiva:

En principio, se entiende como una aspiración del legislador constituyente –al momento de dictar el texto base–: la existencia de una relación armoniosa entre la *realidad* y la *normatividad.*

Cuando la realidad no encaja en la práctica jurídica o sufre notorias variaciones, ella señalará la necesidad de *cambios*, por un imperativo histórico.

Consideramos que esto no puede ser de otra manera, ya que ambos conceptos (realidad y normatividad) implican una mutua adaptabilidad y correlatividad.

Este *cambio* se legitima bajo la forma de "necesidad política"; es decir, en aras de que la Constitución responda a las necesidades vitales del Estado.

El tratadista Hsü Dan Lin distingue cuatro tipos de mutaciones:

a) Aquellas que no se oponen formalmente a la Constitución. En puridad, surgen como una necesidad de llenar algunos vacíos legales. Ellas operan por adición. Es el caso de la decisión del juez Marshall en la controversia Madison vs. Marbury, que establecía la jurisdicción constitucional difusa.
b) Aquellas que se encuentran en abierta oposición a algún precepto de la Constitución. Es el caso del mandato imperativo de las células parlamentarias.
c) Aquellas que se producen por imposibilidad de un ejercicio, o como consecuencia del desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución. Es el caso del incumplimiento de la asignación del 2% del presupuesto al Poder Judicial.
d) Aquellas que se generan a través de la interpretación de los términos de la Constitución.

Debe advertirse que no cabe hablar de mutaciones creadas por actos normativos. En este aspecto, la expedición de una norma contraria a la norma fundamental no genera una mutación, sino simplemente un supuesto de inconstitucionalidad.

Ello en razón de que las mutaciones actúan dentro del campo de la realidad y de la práctica política, mas no dentro de la labor legislativa.

En nuestro país, este proceso puede verificarse en el caso de los decretos leyes.

Es evidente que, a pesar de su inconstitucionalidad formal, ellos rigen por imperio de los hechos. La realidad social reconoce que estas normas generan en muchos casos efectos irreversibles y ponen en juego uno de los fines del derecho, como es el de la seguridad jurídica.

Los decretos leyes, durante su vigencia, pueden generar una serie de derechos, facultades, prerrogativas, beneficios, concesiones, etc., que no pueden quedar en la incertidumbre o anulación al instaurarse el sistema constitucional.

En razón de lo expuesto, tanto la Corte Suprema como una de las cámaras legislativas se han pronunciado en favor de la tesis de su continuidad.

Nuestro máximo organismo de justicia, en una ejecutoria relacionada con un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el decreto ley de Bases de la Reforma Agraria, decreto ley 1428, dictado durante el gobierno militar de 1962 para solucionar mediante la expropiación de

tierras el álgido problema creado por las guerrillas de La Convención encabezadas por Hugo Blanco, expuso que:

> "Los decretos leyes que expidan los Gobiernos que de hecho asumen la función legislativa, rigen hasta que sean derogados, mediante o sustituidos por otra disposición."

Con similar intención, la Cámara de Diputados, en la sesión del 30 de mayo de 1983, aprobó, entre otras conclusiones contenidas en el dictamen de la Comisión de Constitución, el que los decretos leyes, actos administrativos y contratos celebrados por los gobiernos de facto, aunque adolecen de inconstitucionalidad formal producen efectos válidos, sin necesidad de ratificación, hasta que sean derogados, revocados o rescindidos, respectivamente, por el gobierno legítimo posterior.

Finalmente, tenemos las conocidas detenciones policiales *por sospecha*, que se contraponen a aquel derecho previsto en el apartado *f* del inciso 24 del artículo 2 del texto fundamental, que señala que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

6.2 La norma de habilitación

Esta norma se encuentra vinculada con el estudio de los problemas que se derivan de la aplicación de los alcances de la pirámide jurídica; por ende, de los conflictos de significación opuesta o contradictoria, entre pautas legales de jerarquía distinta.

Como es sabido, la relación fundamental entre los contenidos normativos consiste en que la significación de un precepto de grado inferior no puede rebasar los "límites" que le impone uno de mayor rango, ya que de lo contrario carecería de valor.

En virtud de ello, como sanción a dicho rebasamiento surge la nulidad de la norma, por inconstitucional. Así se desprende tácitamente del artículo 51 del texto fundamental, que afirma:

> "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente."

Mas, sin embargo, puede acontecer que no se aplique la consecuencia sancionadora prevista –la nulidad–, sino que, por el contrario, se concrete en la realidad la equivalencia del resultado de validez entre

las normas en conflicto; de manera tal que el deber o derecho asignado en exceso no carecerá de validez jurídica, esto es, no perderá su significación. Ello se produciría por la merced de la norma de habilitación, que iguala a ambas normas dejando de lado la sanción anuladora. Dicho suceso se ampararía en la mera existencia de un hecho externo a la propia pirámide jurídica.

Al respecto, el alemán Fritz Schreier[10] esgrime el siguiente enunciado sustentatorio:

> "Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias establecidas para las normas nulas. Pero mediante un rodeo a través de la norma de habilitación, el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido."

En el nivel constitucional, ello podría producirse, entre otras razones, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que retire validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior, etc. Por esa vía –la inexistencia de un recurso que impida la habilitación–, que evita la consumación de la consecuencia jurídica presunta (nulidad), se produce precisamente la habilitación.

En suma, ella equivale a la no impugnación o a la imposibilidad de impugnación. Como bien afirma el argentino Jorge Reynaldo Vanossi, la habilitación proviene de la falta de control eficaz de constitucionalidad que anule el vicio o el exceso legislativo, quedando éste, por tanto, convalidado.

6.3 La revolución

Mario Cattaneo[11] sostiene que la revolución, en su significado jurídico, aparece como un cambio de las normas fundamentales –como una modificación de la Constitución–, puesto que son las que confieren validez a todas las demás normas del mismo ordenamiento. Es por tal mo-

---

10 SCHREIER, Fritz. *Conceptos y formas fundamentales del derecho.* Citado por NICO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho.* Barcelona: Ed. Ariel.

11 CATTANEO, Mario. *El concepto de revolución en la ciencia del derecho.* Buenos Aires: Ed. Depalma.

tivo que puede afirmarse que no existen normas superiores a éstas, por las cuales pueda calificarse "legalmente" el cambio revolucionario.

Jorge Reynaldo Vanossi sostiene que existen tres clases de datos o exigencias para detectar y calificar un acontecimiento como de carácter revolucionario, a saber:

a) Para las ciencias sociales en general (la sociología y la economía), impone cambios estructurales.
b) Para la ciencia política, impone transformaciones institucionales.
c) Para la ciencia jurídica, supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes legales; es decir, es aquel hecho que no puede ser comprendido utilizando un precedente normativo vinculatorio.

La revolución afecta al derecho no como la simple infracción de algunas normas –caso de los ilícitos penales–, sino que entraña la transformación o cambio de aquello que el orden caduco había consagrado como válido y vigente en la vida social y política.

Ella implica, como hemos dicho, un quebrantamiento radical del ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo, efectuada sin el cumplimiento y al margen de las normas preexistentes. Es decir, se trata de un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente, de modo que la legalidad futura se asienta sobre bases distintas a las que existían con anterioridad a la revolución.

Los hechos revolucionarios tienen relación con el derecho, en un doble sentido:

- Constituyen formalmente una transgresión de las normas.
- En razón de su vigor, fuerza y convalidación social por tolerancia o adhesión, afirman nuevos valores considerados en la colectividad como "indispensables".

Ello es así porque en la *opinio juris necessitatis* del grupo social reside el criterio de cualificación de un fenómeno como jurídico, y de allí deriva que la revolución sea una realidad normativa. No debe olvidarse que la fuerza del Estado no es suficiente para sostener cierto derecho si es que no se apoya en el consentimiento del pueblo, fin supremo de la sociedad y el Estado.

La revolución tiene significación en cuanto es portadora de las exigencias de justicia, ya que, forzando la situación histórica de la involución social –no resuelta jurídicamente ni siquiera con la reforma consti-

tucional–, rompe violentamente con el orden vigente, pero caduco, para aspirar a instaurar principios de vida más justos.

Representa un momento crítico en la vida de los pueblos, en que la justicia se redescubre con toda su grandeza, suprimiendo todo lo que obstaculiza su camino.

Cuando surgen los movimientos revolucionarios, los hombres que los acometen no se aferran a la valoración de una acción particular concreta y determinada, sino que tratan de investigar la hermenéutica deontológica de toda una situación histórica completa. Se trata de enjuiciar el sistema jurídico de un país, sistema que, ante la insuficiencia vital para seguir su ritmo de evolución, ha dejado de desarrollar sus principios normativos de acuerdo a las necesidades sociales, anquilosándose hasta el punto de haberse convertido en lastre, produciéndose un desajuste entre la realidad jurídica y la social.

Se torna entonces legítimo lo que John Locke denominó "apelación al cielo"; es decir, la lucha contra las leyes escritas, en nombre de las no escritas; la reivindicación del derecho natural, contra el orden vigente que reniega de él.

La revolución, como acto, es en esencia un claro deber moral porque implica el reconocimiento de un comportamiento determinado frente a la injusticia.

Este deber es una exigencia social, ya que no sólo significa un compromiso del individuo para consigo mismo, sino también para con los demás miembros de la colectividad que tienen una similar percepción del valor justicia.

Su génesis de responsabilidad moral se entronca con las declaraciones políticas del siglo XVIII, que por su acentuado valor moral le dan expresión jurídica en textos tales como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Esta inquietud del legislador, de incorporar tal concepto en el mundo del derecho, se basa en dos criterios:

- Asegurar la búsqueda y/o defensa del valor justicia.
- Consolidar la ínsita responsabilidad moral del hombre en esa tarea.

Este acontecer revolucionario consistente en la pretensión de imponer un cambio en el sistema normativo básico vigente, nada tiene que ver con su extensión o vastedad, ya que lo importante y significativo es

la profundidad de la acción para alterar las decisiones político-jurídicas fundamentales.

En razón de todo lo expuesto, se puede concluir que el cambio revolucionario –es decir, el ejercicio de *la potestad constituyente revolucionaria*– se expresa en tres aspectos:

a) Promueve la abolición de una Constitución y su reemplazo por una norma fundamental que es consecuencia de un acto político para reorganizar la sociedad.
b) En el caso de una reforma constitucional *sui generis*, amerita que sea convalidada por los órganos supremos del Estado y reivindicada por la comunidad con su acatamiento.
c) El comportamiento de los órganos encargados de la aplicación e interpretación del ordenamiento legal puede conseguir imponer normas e interpretaciones preceptivas que, por "habilitación", lleguen a significar la convalidación de una reforma por vía revolucionaria.

En tal virtud, existiría una posible clasificación jurídica de las revoluciones, según sea que la ruptura de la lógica de creación normativa se efectúe en la parte orgánica de la Constitución (la que determina el órgano del Estado que debe aplicarla) o en la parte dogmática (la que determina qué debe hacer el órgano como aplicación de la Constitución en materia política, social, económica, etc.), de donde resultan las siguientes clases de revoluciones:

a) Las puramente orgánicas, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa, por el ejercicio *no formal* de un órgano del Estado (gobierno de facto).
b) Las puramente materiales, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa, por un órgano del Estado con origen legal, pero cuya acción transgrede el ámbito material de la Constitución.
c) Las mixtas, que se refieren a la ruptura de la lógica de creación normativa, por el ejercicio no formal del órgano legislativo y cuya acción, adicionalmente, choca con la parte material de la Constitución.

En este aspecto, al derecho se le presenta el problema de la asignación de validez cuando se enfrenta a una norma sancionada "revolucionariamente". Al respecto, debe quedar claro que la validez no es un elemento de propiedad de las normas jurídicas, sino que se trata de una

relación entre esos preceptos y el criterio interno que adopta el jurista para confrontar un ordenamiento jurídico.

Es así que en el mundo del derecho nos encontramos con una gama amplia de "criterios" para ponderar las pautas legales existentes en un ordenamiento. Por lo tanto, una norma en análisis puede resultar "válida" o "no válida" según el punto de vista que asuma el jurista. No obstante lo expuesto, esta diversidad de criterios no coexisten en un mismo plano de igualdad, ya que en cada ordenamiento jurídico predominará uno en especial, en virtud de su consagración oficial; vale decir, con el respaldo del poder de coerción del Estado.

Grosso modo, aparecen como tales criterios los surgidos de las canteras del jusnaturalismo, el racionalismo normativista, el sociologismo, la teoría egológica, etc.

En nuestro país, la tradición constitucional se ha inclinado casi siempre por aceptar los criterios de validez jusnaturalista. Así, casi todas la Constituciones peruanas, con excepción de las de 1860 y 1920, han dejado constancia expresa –en sus introitos– de su afiliación al jusnaturalismo cristiano.

Al respecto, debe recordarse que el actual texto fundamental declara en su preámbulo:

> "El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios..."

7 *LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE*

Como se ha afirmado líneas arriba, el estudio de los límites del poder constituyente originario pertenece a los campos de la ciencia política, la filosofía y la sociología. Ello en razón de que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica que se encuentra más allá de toda competencia. Por ende, jurídicamente cabe aludir a su *ilimitación.*

La ilimitación del poder constituyente originario, desde una perspectiva legal, es permanente y positiva, ya que consiste en su no reconocimiento de parámetros provenientes del derecho vigente, puesto que se encuentra ubicado fuera del ámbito jurídico, por lo que sería contradictorio pretender que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que de él emanan.

En cambio, pertenecientes a los predios de las disciplinas arriba mencionadas, se encuentran "limitaciones" que no reposan en órganos

o procedimientos jurídicos, sino básicamente en la conciencia del hombre y en las convicciones de la comunidad.

En este sentido, el argentino Julio Cueto Rua[12] afirma:

> "La más firme y sólida garantía de que una regulación constitucional repugnante a nuestros valores no se impondrá, está en el hombre mismo y no fuera de él; ya que normalmente el constituyente se sentirá apresado por vallas invisibles de las que no podrá escapar porque él no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales: su existir es un coexistir con lo demás en el tiempo."

Esta ilimitación jurídica del poder constituyente originario no puede consentir el absurdo, la irracionalidad y la asociabilidad; por ende, queda ligada al norte de la ética y los valores.

Los límites que actúan "sobre" el constituyente con poder originario y que, lógicamente, afectan también al derecho, son de dos tipos:

- *Los ideológicos*
  Consistentes en las creencias o valores que operan en el ámbito de la superestructura.
- *Los estructurales*
  Que conforman el ámbito social subyacente (el sistema productivo, las clases sociales, etc.).

En suma: el legislador constituyente siempre tendrá en cuenta la ideología dominante (la propia), al mismo tiempo que jamás podrá escapar de la realidad social y estructural que lo circunda.

Por otra parte, el *poder constituyente derivado* es estudiado por la ciencia del derecho, ya que expresa con claridad un concepto jurídico. La atribución de la reforma es expresión de una competencia; ello siempre y cuando ésta sea extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede modificar o redistribuir las demás competencias ordinarias del Estado.

Al respecto, el tratadista alemán Carl Schmitt[13] señala que la competencia para reformar el texto fundamental no es una atribución normal, sino, más bien, una prerrogativa de carácter extraordinario y limitado.

---

12 CUETO RUA, Julio. "¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?". En: *Justicia*. Colegio de Abogados de Bolivia, 1986.

13 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

La facultad de reforma prescrita por una norma constitucional significa que una o varias reglas del texto fundamental pueden ser sustituidas, pero bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo.

La aptitud de reforma no se explica por sí misma; la competencia para ella no implica la utilización de una facultad usual (tal como dar leyes, conocer procesos judiciales, realizar actos administrativos), sino que se trata de una acción singular, con límites y objetivos muy precisos.

En razón de lo expuesto, la potestad de enmendar contiene, pues, tan sólo la atribución de practicar reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero con la restricción de mantener la fisonomía del texto. Para el citado Carl Schmitt, la Constitución es intangible en aquello que es sustancial; en suma, la reforma de la Constitución no acarrea su destrucción.

Mediante la reforma se puede modificar pero no destruir la Constitución; en caso contrario, se enerva su legitimidad como poder de revisión. Como tal poder, promueve a la "conservación" del texto magno mediante su permanente actualización con la realidad.

La carta magna intenta ser la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado. De allí se puede, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Una Constitución perdura en la medida que armoniza con los procesos reales, asumiéndolos, acomodándose a ellos, encauzándolos. Los cambios formales la afectan, pero al integrarlos en su seno se renueva y, por ende, continúa. De lo contrario, cuando es desbordada por los procesos, es incapaz de asumirlos. Se rompe o incumple; se abre paso –sin importar su vigencia– a la revolución o a otra nueva Constitución que emana de un modo de producción originario.

Conviene subrayar que la reforma tiene un carácter esencialmente integrador, en la medida en que intenta acomodar las normas con la realidad.

El *poder constituyente derivado* es la potestad transformadora con sentido de reafirmación y continuidad.

Sin embargo, para que esa dimensión integradora sea cabal existe un límite –o límites– que, en términos genéricos, podríamos denominar *fórmula basilar*, que no puede ser cambiada por la reforma constitucional. En caso contrario, se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se origina un proceso revolucionario.

La existencia de estos límites es indispensable para el mantenimiento mismo de la Constitución; para que conserve su identidad pese a las

modificaciones realizadas en su contenido. De manera que, aunque se hayan reformado partes íntegras, se mantendrá la continuidad de la misma Constitución en tanto se hayan respetado tales límites.

La fórmula basilar de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal, democrático, socialista, fascista, etc.), está ajustada a unos supuestos económico-sociales (capitalismo privado, capitalismo de Estado, etc.) y se adhiere al influjo de determinados principios de organización política (federalismo, república, monarquía, etc.).

La fórmula basilar está dirigida a determinar con claridad tres aspectos: *quién manda*, *cómo manda* y *para qué manda* en un determinado Estado.

Ella es obra exclusiva del *poder constituyente originario*; alterarla configuraría una *expresión revolucionaria*, razón por la que está fuera de la competencia del poder de reforma.

La tarea, pues, del intérprete del derecho constitucional consiste en establecer los factores ideológicos, sociales y materiales que caracterizan a una fórmula política expresada por el código fundamental en cuestión. Esta labor se simplifica extraordinariamente cuando se puede contrastar de modo inmediato. Así por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de 1979 aclaraba esos aspectos, ya que señaló ciertas finalidades y convicciones políticas (incluso recogió declaraciones y derechos).

A nuestro entender, la reforma total, que equivale al "cambio" de la Constitución, no sería doctrinariamente posible desde el momento mismo en que la propia ley fundamental prevé su enmienda y corrección, pero no su sustitución.

El poder constituyente originario es inalienable, no enajenable, intransferible, de lo que resulta que este poder soberano no consiente que se le reemplace en el futuro en su titularidad primigenia; esto es, en decidir los valores que tienen que preservarse y la fórmula basilar que tiene que establecerse. Al ser inalienable no puede admitir su propia destrucción o aniquilamiento. El texto fundamental sólo puede ser abolido como totalidad, o en su fórmula política, jurídicamente hablando, mediante otro acto del poder constituyente originario.

La facultad de reforma, prevista en una norma fundamental, no encuentra el privilegio de su cambio; por ello, la Constitución –fuente del poder reformador– no nace, a su vez, del texto fundamental. Como bien afirma el tratadista alemán Carl Schmitt:

> "Que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto."

Como bien afirma el colombiano Luis Carlos Sáchica[14], quien está legitimado para reformar la Constitución tan sólo puede hacerlo para:

> "conservar en lo esencial aquello que reforma, sin alterar ni sustituir su entidad propia, su sustancia. Podrá variar, modificar parcialmente la forma, suprimir lo adjetivo, adicionar lo necesario, rectificar lo contradictorio, pero siempre siguiendo los lineamientos, en trazos maestros que hacen de un ser lo que es..."

En ese aspecto, cabe atender la sentencia del tratadista español Pedro de Vega García[15]:

> "La distancia que media entre la actuación de poder de la reforma y el poder constituyente originario, es lo que separa la acción legal de la revolución."

Más aún, un análisis sesudo –desde el punto de vista histórico– acredita que la capacidad de cambios políticos de los pueblos por medio de sus representantes legales ordinarios es poco viable.

Por razones ajenas al derecho, los pueblos prefieren el misterioso encanto de la ruptura, y lo impredecible que permita operar ese cambio.

El encauzamiento de los nuevos conceptos sociales en el andamiaje constitucional, ofrece un ejercicio exitoso en los casos de enmiendas parciales, mas no en los casos de una negada renovación total.

Es falsa aquella tesis de que la imposibilidad conceptual y/o jurídica de la reforma total sea una invitación a la excitación temeraria de quienes sostienen la necesidad de la revolución. En períodos de eclosión histórica, la factibilidad de dicho cambio por medio del consenso es sólo atribución lírica.

La historia constitucional peruana ofrece la verificación de que la transformación constitucional ha emanado de la revolución y no de la norma fundamental, al extremo, incluso, de que la reforma parcial ha sido un instrumento jurídico exótico y despreciado.

Para corroborar lo expuesto, presentamos la siguiente cronología histórica constitucional del Perú:

---

14 Tomado de HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. cit.

15 Tomado de HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. cit.

La Constitución de 1823 surgió del proceso emancipador y del primer Congreso constituyente, convocado por el Libertador José de San Martín.

La Constitución Vitalicia de 1826 fue fruto de otra situación bélica y revolucionaria. El Libertador Simón Bolívar asumió todos los poderes del Estado que el propio Congreso constituyente de 1823 le entregó para librar las victoriosas batallas de Junín y de Ayacucho; y, dentro de esa situación, llamó a la ciudadanía para que refrendara dicho texto plebiscitariamente, al modo napoleónico.

La Constitución de 1828, a su vez, tuvo su origen en el hecho político que puso fin a la autoridad de Bolívar.

La Constitución de 1834 es la única que se elaboró de acuerdo con los cartabones que contenía la Constitución anterior.

Es de verse que en el artículo 176 de la Constitución de 1834 se aprobó que esta Constitución se conservara sin alteración ni reforma por un plazo de cinco años, computable desde la fecha de su publicación.

El Congreso de 1839, por medio de una simple ley, derogó la Constitución de 1834. Al respecto, tenemos que recordar que las revueltas provocadas por José Luis Orbegozo, Pablo Bermúdez y Felipe S. Salaverry, amén del conflicto internacional con Bolivia, hicieron que surgiera el segundo gobierno del mariscal Agustín Gamarra, quien logró aprobar en Huancayo, en 1839, el texto fundamental que lleva el nombre de dicha ciudad.

La Constitución de 1856 tampoco se modificó conforme a las reglas de la carta que la precedía. Su génesis se entronca con las acciones militares emprendidas por el mariscal Ramón Castilla contra Rufino Echenique.

La Constitución de 1860 se generó de la sublevación de Ignacio de Vivanco contra la Constitución de 1856, por su texto libérrimo. Castilla, con la habilidad que la historia le reconoce, debeló la insurrección y aprovechó la oportunidad para dictar una Constitución de corte conservador.

La Constitución de 1920 tuvo su origen en el autogolpe provocado por Augusto B. Leguía.

La Constitución de 1933 fue consecuencia de la insurrección de Luis Sánchez Cerro contra Leguía.

La Constitución de 1979 nació de la situación revolucionaria iniciada el 3 de octubre de 1968. Al respecto, no debe olvidarse que durante

la denominada segunda fase del gobierno militar se convocó y eligió a los representantes a la Asamblea constituyente.

La Constitución de 1993 es resultado del autogolpe de Estado promovido por Alberto Fujimori Fujimori y la cúpula militar.

8 *EL PROCESO DE REFORMA Y EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL*

Toda Constitución, como cualquier obra humana, es en sí misma incompleta, máxime cuando es la consecuencia de un compromiso político asumido por las fuerzas sociales y los grupos partidarios que participaron en su elaboración. En ese sentido, la expresión *sentimiento constitucional* permite describir aquella conciencia de la comunidad, que, trascendiendo a todas las tensiones y antagonismos existentes –políticos, económicos, sociales, culturales, religiosos, etc.–, integra y reúne a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio.

Este fenómeno, que se consolida ante la necesidad de afirmar la seguridad jurídica, el bienestar general y una vocación de justicia en sentido lato, pertenece a los imponderables de la existencia nacional. Por ende, no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser consolidado a través de la educación y la acción ejemplarizadora de los sectores políticos, sean éstos del gobierno o de la oposición.

Su formación depende de diferentes factores irracionales; de la mentalidad y vivencia histórica de un pueblo. Como bien sabemos, el irracionalismo se caracteriza por la exaltación de los elementos no racionales en la acción.

El sentimiento constitucional no se encuentra asociado en absoluto con la denominada *conciencia nacional.* Existen pueblos en los cuales este sentimiento es vigoroso, y otros en donde está débilmente desarrollado.

Los suizos, por ejemplo, se distinguen por una concepción clara y expresa del concepto nación, lo que, sin embargo, no corresponde a su relación sentimental con su Constitución. La ciudadanía suiza no duda en reformar su documento constitucional cuando surge la necesidad de ello. Así, a lo largo de noventa años se han ocupado de cambiarlo más de cien veces por medio del referéndum constitucional. En cambio, los belgas, que solamente han efectuado seis enmiendas constitucionales en más de ciento treinta años, poseen un fuerte sentimiento constitucio-

nal que hasta pudo hacer frente a la crisis generada en torno al rey Leopoldo III en 1951[16].

Finalmente, a los franceses –cuya conciencia nacional no le va a la zaga a la de ningún otro pueblo– les es indiferente la Constitución que se encuentra en vigor. Ellos jamás han mostrado un auténtico sentimiento constitucional[17].

Este concepto se liga con la problemática de la reforma constitucional, en atención a las siguientes consideraciones:

Las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio, o para corregir el error de apreciación del constituyente al promover la vigencia de una norma fundamental; pero cada una de ellas es una "intervención quirúrgica" en un organismo viviente, que debe ser efectuada con gran cuidado y responsabilidad.

Toda reforma constitucional emprendida por razones oportunistas, para facilitar una gestión política, puede contribuir a una depredación del sentimiento constitucional o significar una traba para el enraizamiento definitivo de éste en el corazón del pueblo. Ella debe promoverse con la anuencia o adhesión de la ciudadanía, y no sólo ser fruto de una mayoría parlamentaria interesada en viabilizar un mejor manejo del gobierno, ni servir para satisfacer los particulares intereses políticos del gobernante de turno.

Es aceptable que se exponga que no se ha dado todavía el caso de un cuerpo político que haya colapsado por causa de una Constitución incompleta o necesitada de reforma, pero muchos regímenes han fracasado por el excesivo poder del grupo político que detentaba el poder.

Es más fácil vivir con una Constitución con lagunas, que con una que se ha convertido en la pelota de juego del abuso de quienes detentan el poder. Finalmente, consideramos que toda participación popular

---

16 El rey Leopoldo III gobernó desde 1934. Al producirse la invasión alemana en 1940, solicitó un armisticio con las fuerzas invasoras. Al término de la segunda guerra mundial, sectores políticos de la izquierda belga se rebelaron ante la posibilidad de su retorno al poder. El Congreso belga había dictado la ley de 20 de julio de 1950, que daba por terminada la regencia impuesta después de la guerra, e invitaba al exmonarca a reasumir sus funciones para evitar la quiebra del orden. Leopoldo III abdicó en favor de su hijo Balduino.

17 Se señala que en cierta oportunidad un acucioso abogado extranjero, hallándose en París, ingresó a una librería y pidió una Constitución, ante lo cual el propietario respondió así: "Señor, nosotros no vendemos publicaciones periódicas." Es de verse que Francia tiene quince Constituciones a lo largo de su historia.

en el proceso de reforma –cualquiera fuere su modalidad técnica– es una contribución a la educación cívica y un elemento de integración política. *Una nación vivirá democráticamente tan sólo cuando le esté permitido comportarse democráticamente.*

9 *EL FRAUDE CONSTITUCIONAL*

Surge cuando a través del proceso de reforma se procede a modificar la fórmula política y los valores consagrados por el poder constituyente originario. En tal virtud, el fraude pondría de manifiesto el enfrentamiento entre la operación de reforma –en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad– y el orden de principios políticos, económicos y sociales; así como los vicios éticos en que descansa la legitimidad de la constitucionalidad de un Estado.

Al respecto, debe insistirse en que la conservación y continuidad jurídica de una Constitución se alcanza a través del poder constituyente derivado, en tanto que la destrucción del texto fundamental es prerrogativa única, exclusiva y excluyente del poder constituyente originario.

Con gran acierto, el español Pedro de Vega señala que es válida la utilización del procedimiento de reforma en tanto no se rompa con el sistema de legalidad establecido; mientras que el poder constituyente originario sirve para proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente.

10 *PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS PARA EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL*

La revisión de la Constitución requiere, antes de ser llevada a cabo, el que de manera previa se observen algunos juicios de valor sobre su necesidad y oportunidad.

10.1 La necesidad de la reforma constitucional

Implica el tomar en cuenta el carácter de aquellas circunstancias de las que el legislador no puede prescindir ni evitar al momento de discutir la probabilidad de una enmienda.

Tal necesidad se expresa desde las siguientes consideraciones:

a) La existencia de una crisis de legalidad.
b) La presencia excesiva de usos políticos o interpretaciones normativas constitucionales ocasionadas por mutaciones.

c) La subordinación de los preceptos constitucionales a las exigencias de quien depende la decisión política.
d) La existencia de contradicciones entre los mandatos de la Constitución y las exigencias sociales.
e) La inadaptación a una nueva época.

10.2 La oportunidad de la reforma constitucional

Hace alusión a las circunstancias políticas adecuadas para llevar adelante el proceso de revisión constitucional.

En este caso, el tiempo propicio es aquel en que existen las condiciones sociales y materiales, así como un clima de libertad política, que permitan a los ciudadanos y partidos el manifestarse con pleno albedrío sobre el rubro.

De otro lado, aparecen criterios vinculados muy estrictamente al proceso de la reforma constitucional. Ellos son los siguientes:

a) El plazo de espera para la modificación.
b) El plazo de estudios para la reforma.
c) La existencia de disposiciones intangibles.
d) Las restricciones heterónomas.
e) La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma.

10.2.1 El plazo de espera

El legislador constituyente puede ordenar que su obra no sea sometida a ningún cambio antes del vencimiento de un lapso preestablecido. Ello tiene el objeto de dar paso a que la Constitución se consolide, se enraíce con la realidad y que el pueblo se familiarice con sus postulados.

Expresiones concretas las encontramos en la Constitución argentina de 1853, que fijaba un plazo de diez años; la Constitución griega de 1927, que establece un período de cinco años, etc.

En el Perú se aplicó dicho plazo a través del artículo 375 de la Constitución de Cádiz (ocho años); el artículo 138 de la Constitución de 1826, conocida como "Vitalicia" (cuatro años), y el artículo 176 de la Constitución liberal de 1828 (cinco años).

10.2.2 El plazo de estudio para la reforma

Plantea la existencia de un tiempo de examen exigido por la Constitución, a fin de confrontar o cotejar la reforma con la realidad.

Al respecto, son citables los casos del artículo 125 de la Constitución polaca de 1921, que establecía que dicho proceso se efectuase cada veinticinco años; y los artículos 176 de las Constituciones de 1933 y 1951, de Portugal, que establecían tal periodicidad en diez años, reducibles a la mitad por disposición de la Asamblea nacional.

10.2.3 Las disposiciones intangibles

Son aquellas que tienen por finalidad librar radicalmente a determinadas normas constitucionales de cualquier tipo de modificaciones; es decir, son preceptos que no son materia reformable.

Este tipo de disposiciones apoya lógicamente la imposibilidad de realizar una reforma total. Ellas son el resguardo de la legitimidad constitucional, ya que preservan los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político.

Este tipo de normas puede ser de dos clases:

a) Las disposiciones de intangibilidad articulada

Son las que se sustraen expresamente a cualquier enmienda, por medio de su prohibición constitucional. En verdad, se trata de medidas concretas y explícitas para proteger instituciones inscritas en el magno texto.

La doctrina ha establecido que están referidas básicamente a la inderogabilidad de la declaración de derechos y de la división de los órganos del poder estatal; a la irreversibilidad de la *forma de gobierno*, y a la inalterabilidad del *telos* o *espíritu* de la Constitución. Así, en la parte *in fine* del artículo 84 de la Constitución francesa de 1958 se dispone: "La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión." Una disposición análoga se encuentra en el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947.

A mayor abundamiento, presentamos un sintético cuadro ilustrativo:

Inderogabilidad de la declaración de derechos:

Constitución de Alemania Federal, de 1949.

Irreversibilidad de la forma de gobierno:

Constitución de Alemania Federal, de 1949 (art. 49).

Constitución griega, de 1952 (art. 108).

Constitución brasileña, de 1969 (art. 171).

Constitución australiana, de 1900 (art. 128).

Inalterabilidad de los principios fundamentales o *del espíritu de la Constitución:*
Constitución de Alemania Federal, de 1949 (art. 79).
Constitución camboyana (art. 112).
Constitución griega, de 1927 (art. 108).

En el ordenamiento legal peruano las encontramos en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz, que estableció que la religión de la nación era perpetuamente la católica, apostólica y romana; y en el artículo 183 de la Constitución de 1839, que fijaba que era inalterable la forma de gobierno popular representativa fundada en la división e independencia de los poderes.

Más sugestivo aún era el artículo 142 de la Constitución de 1933, en donde textualmente se decía:

> "No hay reelección inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada."

b) *Las disposiciones de intangibilidad implícita*

Son las que permiten garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución, que no se encuentran expresados literalmente en ella. Se trata de criterios sustantivos inmanentes e inherentes al propio texto.

La prohibición de reforma constitucional se genera a partir del espíritu o *telos* de la carta, sin que aparezca una proclamación detallada en una pauta jurídica. En puridad, las disposiciones de intangibilidad implícita afirman la existencia de límites no articulados o tácitos. Se trata de impedir que el legislador constitucional transgreda los entornos que le son impuestos por los valores insertos en una Constitución.

Estas disposiciones aparecen tras una labor deductiva indirecta de la fórmula política. Expresan el encumbramiento normativo y protección de los fundamentos ideológicos y valorativos sobre los que se organiza el régimen político que proyecta la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha tomado para sí la corriente jusnaturalista al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas fundamentales. Con ello ha puesto un tope inmanente y no articulado a la reforma constitucional en Alemania.

A manera de síntesis sobre las disposiciones intangibles, planteamos lo siguiente:

Las posibilidades materiales de actuación del poder constituyente derivado terminan donde la modificación constitucional implique la distinción de su *legitimidad* como poder de revisión.

En este caso, existen Constituciones en donde el todo constituyente ha declarado *expresamente las zonas prohibidas de reforma*; en tanto que en otras se ha establecido tácita y doctrinariamente que corresponde resolver al legislador y al contralor constitucional –de conformidad con la legitimidad que subyace en el texto fundamental– la ubicación de dichas zonas; empero, esta demarcación se encuentra implícita en el seno mismo de la Constitución.

Ahora bien, la única forma posible de eliminar las cláusulas de intangibilidad es mediante la acción directa del poder constituyente originario.

10.2.4 Las restricciones heterónomas

Son aquellas que derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí mismas. Son externas al derecho nacional, aunque éste las admite, recibe e incorpora. Así, tenemos el caso de los tratados de paz, los procesos de integración regional y los acuerdos de guerra, en cuyas cláusulas existe el consentimiento del Estado de las condiciones fijadas en aquéllos.

Un ejemplo es el caso del Japón, en lo que se refiere a la no existencia de sus Fuerzas Armadas.

10.2.5 La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma

Ella se expresa cuando el nuevo texto hubiere incurrido en vicio formal o sustancial. El primero alude a la vulneración del procedimiento exigido por el legislador para llevar adelante la enmienda; el segundo pone énfasis en la contradicción del nuevo articulado con algún dispositivo, sea de intangibilidad articulada o implícita.

11 LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

En concordancia con lo expuesto en el rubro sobre los límites del poder constituyente derivado, consideramos que la revisión no puede

afectar la fisonomía del texto base de la República. Siguiendo a Schmitt, consideramos que la Constitución es intangible en aquello que le es sustantivo.

La potestad de reforma es pertinente en la medida en que respete las formalidades del artículo 206, y siempre que, además, preserve la fórmula política y el *telos* de la Constitución, a los cuales debe dicha competencia excepcional.

No debe olvidarse que el legislador reformador puede modificar, pero no quebrantar la Constitución.

En tal sentido, existen dos tipos de vicios en el proceso de reforma:

a) Los de carácter formal.
b) Los de carácter sustancial.

11.1 Inconstitucionalidad por vicio formal

Se presenta en los siguientes casos:

- Cuando la reforma es aprobada y/o ratificada fuera de los plazos legislativos exigidos. Por ejemplo: cuando para la instancia de confirmación se utilice el período comprendido entre el 1 de abril y el 31 de mayo; o si la legislatura de confirmación no ha sido cronológicamente sucesiva a la de aprobación.
- Cuando no hubiere sido aprobada y/o ratificada con los dos tercios del número legal de miembros del Congreso.
- Cuando la iniciativa del presidente de la República no hubiere sido respaldada por el Consejo de Ministros. Al respecto, el artículo 126 del texto fundamental exige que todos los acuerdos del citado organismo requieren el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros y que consten en actas.
- Cuando la iniciativa elevada por el presidente de la Corte Suprema no se sustenta en un acuerdo de Sala Plena del máximo órgano de justicia del país, o se refiere a materia ajena a la judicial.

  Al respecto, podría ocurrir que en dicha iniciativa no hubieran participado los dos tercios de sus miembros, tal como obliga el artículo 127 de la ley orgánica del Poder Judicial.
- Cuando la iniciativa popular –cuyo requisito es su presentación por parte del 0,3% de la población electoral– no hubiere sido comprobada por el Jurado Nacional de Elecciones; o si éste en el proceso de depuración estimare que las firmas de los adherentes no alcanzan el mínimo legal exigido.

11.2 Inconstitucionalidad por vicio sustancial

Con sujeción a la tesis que hemos recogido de la doctrina, entendemos que cabe la probabilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma por vulneración de los valores fundamentales de la Constitución.

Se trata de un caso de colisión entre una enmienda constitucional y la fórmula política y el espíritu o *telos* de la carta; y con ello, del rebasamiento de límites no articulados, implícitos o tácitos.

No existiría inconstitucionalidad por infracción a un precepto con intangibilidad articulada, ya que se requeriría que previamente el constituyente hubiere dejado constancia expresa de su prohibición de reforma, tal como lo hizo el Congreso Constituyente de 1933 en el artículo 142 al impedir la reelección presidencial inmediata. Una lectura atenta del actual texto nos indica que no aparece ninguna cláusula prohibitiva de esa naturaleza.

De otro lado, tal y conforme lo permite el artículo 206 de nuestra Constitución, correspondería al Tribunal Constitucional velar por el respeto de la fórmula política, del *telos* de la Constitución; y por ende, declarar a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de la ley mediante la cual se reforma el texto fundamental.

Finalmente, a tenor de lo que dispone el artículo 203 de la Constitución, se encontrarían facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

- El presidente de la República.
- El fiscal de la nación.
- El defensor del pueblo.
- El 25% del número legal de congresistas (30).
- Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
- 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.
- Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

12 *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE*

El problema de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el Estado como consecuencia de actos normativos emanados del órgano que en determinadas circunstancias asume el ejercicio del poder constituyente, ha recibido un tratamiento deficiente en el derecho constitucional.

La mayor información existente sobre la materia emana de las canteras del derecho administrativo.

Al respecto, la doctrina argentina ha planteado dos posiciones:

a) La tesis Marienhoff.
b) La tesis Reiriz.

El tratadista Miguel S. Marienhoff[18] ha señalado que:

> "La responsabilidad del Estado puede derivar de una reforma constitucional, si implicase un agravio preciso y concreto a un ciudadano, cuya facultad legal para hacer o no hacer le es retirada."

Para Marienhoff, no toda reforma constitucional determina una responsabilidad para el Estado, ya que ésta sólo tiene lugar en tanto el objeto o contenido de dicha reforma implique un "acto institucional", *es decir, un hecho que afecte concretamente, directa o indirectamente, la esfera jurídica del ciudadano.*

Según esta tesis, la reforma de la Constitución no puede despojar –esto es, privar sin indemnización– a parte de la ciudadanía, de los derechos que la Constitución originaria le atribuyó.

Se entiende que el Estado tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda reforma constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir por los daños que los ciudadanos sufran en semejantes condiciones.

---

18 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo.* Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1973, tomo IV.

La tesis Reiriz[19], por el contrario, plantea que los ciudadanos no tienen acción para responsabilizar al Estado por las consecuencias de una reforma constitucional que suprima derechos que la ley básica de la República les ha concedido.

Su argumentación parte del supuesto de que el órgano constituyente no es, en puridad, un órgano del Estado, por "cuanto se encuentra por encima de él; más aún, es su fuente de creación".

Para la citada tratadista, la responsabilidad por la decisión le cabe *exclusivamente* al pueblo a través del órgano constituyente. En suma, la imputación de la responsabilidad recae en el pueblo mismo.

Esta materia tiene singular importancia si partimos de la posibilidad de que mediante una reforma de nuestra Constitución:

- Se enerve la garantía de la libertad sindical prescrita en el inciso 1 del artículo 28.
- Se retire la facultad de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, prescrita en el artículo 29.
- Se suprima el pluralismo económico definido en el artículo 60.
- Se desconozca la libre competencia defendida en el artículo 61.

Por ello, es importante sacar a luz los conceptos del tratadista argentino Jorge Reynaldo Vanossi, quien en términos generales sostiene lo siguiente:

En el poder constituyente originario no cabe hablar de posibles manifestaciones de la responsabilidad del Estado, por cuando tal poder no reconoce la existencia de una *legalidad preexistente*, y, por el contrario, es el suceso mismo de creación de la legalidad estatal.

En la revolución tampoco cabe asignarle responsabilidad al Estado, ya que se trata de un hecho transformador que no reconoce o acepta la continuidad del régimen legal institucional.

En el poder constituyente derivado, cuando se ha llevado a cabo una reforma de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución, no cabe aceptar la responsabilidad del Estado, ni habría norma superior en qué fundarla, salvo que la propia reforma así lo estableciera para sus consecuencias prácticas en la ciudadanía.

En la hipótesis de una reforma constitucional violatoria de la Constitución, por apartamiento de los límites procesales o sustanciales fijados

---

19 REIRIZ, María Graciela. *Responsabilidad del Estado.* Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1962.

en ella, cabría aún que –ante la constatación de la carencia de una cláusula de previsión constitucional expresa–, mediante la jurisprudencia, se fundara el reconocimiento de la responsabilidad estatal por la comisión de un acto de inconstitucionalidad. En puridad, el aludido fallo de principio no sería otra cosa que una creación pretoriana de los jueces.

Miguel Marienhoff comenta que:

> "Si una ley inconstitucional no hubiere causado perjuicio efectivo por no haber sido puesta en práctica, no cabría poner en juego el instituto de la 'responsabilidad del Estado', ya que todo puede subsanarse mediante la declaración de inconstitucionalidad; pero si ésta hubiere sido puesta en ejecución y ello hubiere determinado un daño, el Estado debería ser responsabilizado por las consecuencias de ese acto legislativo."

En relación al mismo tema de la revisión de las normas constitucionales, aparece el concepto de que *nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una forma de orden público.*

Las normas del texto supremo tienen carácter de orden público –ya que rigen la organización del Estado y su actividad destinada a regular las bases fundamentales del funcionamiento y conservación del grupo social–, por lo que su nacimiento no puede dar lugar al surgimiento de responsabilidades especiales respecto a particulares, salvo que así lo dispusiera expresamente la propia norma constitucional.

13 *VISIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

Cronológicamente, esta materia ha recibido el siguiente tratamiento:

La Constitución de Cádiz, de 1812, afirmó que la reforma constitucional debía efectuarse mediante la anuencia de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento. No señalaba otro requisito adicional (arts. 379 y 380).

La Constitución de 1823 expresaba que, al momento de ser aprobada, su texto quedaba sujeto a la ratificación o reforma en un Congreso general compuesto por los diputados de todas las provincias libres o desocupadas al concluir el proceso emancipador. No establecía criterio alguno para modificaciones posteriores (arts. 191 y 192).

La Constitución de 1826 expresamente señalaba que la propuesta de reforma constitucional debía ser efectuada por ocho miembros o más

de la Cámara de los Tribunos, y apoyada por las dos terceras partes de ésta.

En caso de que las cámaras estuvieran convencidas de la necesidad de la reforma constitucional, se expedía una ley para que los cuerpos electorales confiriesen a los representantes legislativos poderes especiales, indicándoles las bases sobre las que debería recaer la reforma.

En la legislatura siguiente, la materia debía ser propuesta, discutida y resuelta, previa consulta al Poder Ejecutivo sobre la conveniencia de su aprobación.

La Constitución de 1828 fijaba que la propuesta de reforma constitucional debía surgir de la cuarta parte de los componentes de una cámara; su trámite era ordinario y su aprobación requería la convocatoria de una convención nacional. No se establecía mayoría calificada.

La Constitución de 1834 anunciaba que la propuesta de modificación constitucional podía ser presentada en cualquiera de las cámaras, con el respaldo de un tercio de sus miembros.

El Congreso era quien resolvía por una mayoría absoluta (arts. 178 al 187).

La Constitución de 1839 utilizaba análogos procedimientos (arts. 184 al 193).

La Constitución de 1856 preveía la necesidad de que el proyecto de reforma constitucional fuera aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como de cualquier iniciativa. No se exigía mayoría calificada (art. 134).

La Constitución de 1860 afirmaba que la reforma constitucional se sancionaba en un Congreso ordinario y debía ser ratificada en la siguiente legislatura ordinaria (art. 134).

La Constitución de 1920 mencionaba que la aprobación de la reforma constitucional debía efectuarse en Congreso ordinario y ser ratificada en otra legislatura ordinaria, requiriéndose en ambos momentos los dos tercios de los miembros de las cámaras (art. 160).

La Constitución de 1933 refería que la reforma constitucional debía ser aprobada por las cámaras en legislatura ordinaria y debía ser ratificada por éstas en otra legislatura ordinaria.

La aprobación y la ratificación requerían de la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las cámaras.

La iniciativa correspondía a los diputados, senadores, y al presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros.

La Constitución de 1979 señalaba que la reforma constitucional debía ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en otra

legislatura ordinaria consecutiva. El proyecto respectivo no podía ser observado por el Poder Ejecutivo. Su aprobación y ratificación requerían mayoría absoluta. Se fijaba la posibilidad de iniciativa popular.

14 *LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 206 de nuestro texto básico, la reforma constitucional se rige alternativamente por las siguientes posibilidades:

a) *Aprobación del proyecto de reforma constitucional*, mediante acuerdo de la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso (61 representantes) y posterior ratificación por la vía del referéndum.
b) *Aprobación y ratificación del proyecto de reforma constitucional*, mediante dos legislaturas ordinarias sucesivas, con acuerdo favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso (81 representantes).

La iniciativa de reforma constitucional corresponde a:

- El presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.
- Los congresistas.
- La ciudadanía, previa acreditación de firmas ante la autoridad electoral en número equivalente al 0,3% de la población electoral.

Esta última iniciativa se tramita con arreglo a las mismas previsiones dispuestas para las iniciativas de los congresistas.

El artículo 19 de la ley 26300 señala que es improcedente toda iniciativa de reforma constitucional que recorte los derechos ciudadanos consagrados en el artículo 2 de la Constitución.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República.

Ahora bien, en el terreno de los presupuestos doctrinarios considerados en el punto X del presente capítulo, cabe advertir lo siguiente:

- Nuestra Constitución no prevé plazo de espera para la modificación de su texto.
- Nuestra Constitución no prevé plazo de estudios para la reforma de su texto.
- Nuestra Constitución no contiene disposiciones intangibles.
- Nuestra Constitución no es objeto de restricciones heterónomas.

- Nuestra Constitución no hace referencia expresa a la declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma constitucional. Esta posibilidad estaría sujeta a la jurisprudencia que formule el Tribunal Constitucional.
- Nuestra Constitución admite de manera absurda la posibilidad de su reforma total. Ello se desprende de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 32 de la carta base.

Índice general

Tomo I

Palabras liminares 15

PRIMERA PARTE

Capítulo I

La tipología de la Constitución 19

1 Aspectos generales 19
2 Los antecedentes 22
3 La naturaleza de la Constitución 23
4 Constitución y sistema político moderno 24
5 El sentido de lo constitucional 25
6 Tipología de las Constituciones 27
6.1 Constituciones morfológicas 27
6.1.1 Primera clasificación: rígidas y flexibles 28
6.1.2 Segunda clasificación: escritas y consuetudinarias 28
6.1.3 Tercera clasificación: formales y materiales 29
6.1.4 Cuarta clasificación: principistas y reglamentaristas 30
6.1.5 Quinta clasificación: unitarias y federales 30
6.1.6 Sexta clasificación: otorgadas, pactadas y democráticas 30
6.2 Constituciones ontológicas 31
6.2.1 Primera clasificación: originarias y derivadas 31
6.2.2 Segunda clasificación: normativas, nominales y semánticas 32
6.2.3 Tercera clasificación: ideológicas y utilitarias 33
7 Las partes de una Constitución 33
8 El contenido constitucional 34
9 La tipología de la Constitución de 1993 35

Capítulo II

Aproximación a la Constitución de 1993 37

1 Aspectos generales 37
2 Los constituyentes 41

3 La participación 42
3.1 El *corpus* de la Constitución 43
3.1.1 El preámbulo 46
3.1.2 La parte orgánica. La organización y ditribución del poder 46
3.1.3 La parte dogmática 49
4 Los intérpretes 50
5 Las reformas constitucionales y la vigencia plena del Estado de Derecho 51

SEGUNDA PARTE

Capítulo III

Los derechos fundamentales 55

1 Aspectos generales 55
1.1 Características de los derechos fundamentales 57
1.2 Etapas de la consagración teórica y práctica de los derechos fundamentales 58
1.3 Clasificación de los derechos fundamentales 59
1.4 La verificación práctica de los derechos fundamentales 61
2 La persona humana, la sociedad y el Estado 62
3 Derechos fundamentales de la persona en la Constitución de 1993 66
3.1 A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar... 66
3.1.1 Derecho a la vida 66
3.1.2 Derecho a la identidad 71
3.1.3 Derecho a la integridad moral, psíquica y física 73
3.1.4 Derecho al libre desarrollo y el bienestar 74
3.2 A la igualdad ante la ley... 74
3.3 A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada... 77
3.3.1 La libertad de conciencia 77
3.3.2 La libertad religiosa 78
3.3.3 La opinión 79
3.3.4 El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad) 80
3.4 A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen... 80
3.4.1 La información 81
3.4.2 La opinión 81
3.4.3 La expresión 81
3.5 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... 83

3.6 A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar 84
3.7 Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias... 85
3.7.1 El honor 86
3.7.2 La buena reputación 86
3.7.3 La intimidad personal y familiar 86
3.7.4 La voz 89
3.7.5 El derecho a la propia imagen 89
3.8 A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto... 90
3.8.1 La libertad de creación 90
3.8.2 La protección del derecho de autor 91
3.9 A la inviolabilidad del domicilio... 93
3.10 Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados... 94
3.10.1 El secreto de las comunicaciones y documentos privados 94
3.11 A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él... 96
3.12 A reunirse pacíficamente sin armas... 98
3.13 A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley... 99
3.14 A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público 101
3.15 A trabajar libremente, con sujeción a ley 101
3.16 A la propiedad y a la herencia 103
3.16.1 La propiedad 103
3.16.2 La herencia 104
3.17 A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación... 105
3.18 A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional 107
3.18.1 La reserva sobre las convicciones personales 108
3.18.2 El secreto profesional 108
3.19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación... 108
3.20 A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente... 110
3.21 A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella... 111
3.22 A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida 112

3.22.1 El derecho a la paz y a la tranquilidad 113
3.22.2 El tiempo libre y el descanso 113
3.22.3 El ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida 113
3.23 A la legítima defensa 114
3.24 A la libertad y a la seguridad personales... 115
3.24.1 La libertad 115
3.24.2 La seguridad personal 115
3.24.3 Artículo 2, inciso 24, apartado a 115
3.24.4 Artículo 2, inciso 24, apartado b 116
3.24.5 Artículo 2, inciso 24, apartado c 118
3.24.6 Artículo 2, inciso 24, apartado d 119
3.24.7 Artículo 2, inciso 24, apartado e 120
3.24.8 Artículo 2, inciso 24, apartado f 121
3.24.9 Artículo 2, inciso 24, apartado g 123
3.24.10 Artículo 2, inciso 24, apartado h 124
4 Los derechos sociales y económicos 125
4.1 Naturaleza de los derechos económicos y sociales 128
4.2 Relaciones y diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales 128
4.3 Salud y seguridad social 131
4.3.1 Las drogas 133
4.3.2 Los tóxicos sociales 134
4.4 La protección especial de las personas en abandono 134
4.5 Población y paternidad responsable 135
4.6 Promoción de la familia y el matrimonio 138
4.6.1 La familia 139
4.6.2 El matrimonio 140
4.6.3 El Estado y las uniones de hecho 140
4.7 La seguridad social 141
4.7.1 Ámbito de las prestaciones de salud 143
4.7.2 Ámbito de las pensiones 143
4.7.3 Los fondos y reservas 145
4.8 La educación 146
4.8.1 Las responsabilidades estatales en materia educativa 147
4.8.2 Los niveles de enseñanza 148
4.8.3 Educación religiosa 151
4.8.4 Educación y medios de comunicación social 151
4.8.5 Educación y tributación 152
4.8.6 Educación y fiscalización 152
4.8.7 Gratuidad de la enseñanza 152
4.8.8 La carrera magisterial 153
4.8.9 Los promotores educativos 154
4.8.10 El papel de los padres de familia 154
4.8.11 Las universidades 155
4.8.12 La libertad de cátedra 157
4.9 El trabajo 158

4.9.1 Estado y trabajo 160
4.9.2 Los principios y la clasificación de los derechos constitucionales laborales 161
4.9.3 Los derechos laborales individuales 163
4.9.4 Los derechos colectivos 179
5 Los derechos y deberes políticos 191
5.1 Los derechos políticos 192
5.2 Los derechos políticos de participación en la Constitución de 1993 194
5.2.1 Las teorías de la representación 195
5.3 La democracia participativa 196
5.4 Mecanismos de participación política directa 198
5.4.1 La iniciativa popular 199
5.4.2 El referéndum 200
5.4.3 La revocación y la remoción de autoridades 205
5.4.4 Demanda de rendición de cuentas 208
5.5 Las organizaciones políticas 209
5.5.1 Partidos políticos 210
5.5.2 Alianzas políticas 216
5.5.3 Movimientos políticos 216

Capítulo IV

Sufragio y sistema electoral 219

1 Aspectos generales 219
2 Naturaleza del sufragio 221
2.1 El sufragio como expresión de un derecho 221
2.2 El sufragio como expresión de una función 222
2.3 El sufragio como expresión binaria 223
3 El cuerpo electoral 223
4 Las modalidades de sufragio 224
4.1 Clasificación 224
4.1.1 El sufragio público 224
4.1.2 El sufragio secreto 225
4.1.3 El sufragio directo 225
4.1.4 El sufragio indirecto 225
4.1.5 El sufragio obligatorio 225
4.1.6 El sufragio facultativo 225
4.1.7 El sufragio uninominal 225
4.1.8 El sufragio plurinominal o por lista 226
4.1.9 El sufragio único 226
4.1.10 El sufragio reforzado 226
4.2 El deslinde entre el sufragio universal y el sufragio restringido 226
4.3 Distinción entre sufragio y voto 231
5 Visión histórica del sufragio en el Perú 231
5.1 La evolución 232
5.1.1 Estadio de la génesis del sistema 232

5.1.2 Estadio de la consolidación del sistema 235
5.1.3 Estadio de la autonomía electoral 238
5.1.4 Estadio de las garantías al sufragio ciudadano 239
5.1.5 Estadio de la ampliación del proceso de participación en el sufragio 240
5.1.6 Estadio de la estructuración sistémica 241
6 El proceso sufragial 241
6.1 Tipos de proceso 241
6.2 Sujetos del proceso sufragial o electoral 242
6.3 El *iter* del proceso sufragial o electoral 242
6.3.1 Etapa preparatoria 243
6.3.2 Etapa constitutiva 243
6.3.3 Etapa de conocimiento y decisión sobre las materias contencioso-electorales 245
6.3.4 Etapa de proclamación y de extensión de credenciales 245
6.3.5 Etapa de investidura 246
7 El sistema electoral peruano 246
7.1 El Jurado Nacional de Elecciones 248
7.1.1 Funciones 248
7.1.2 La estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones 252
7.2 La Oficina Nacional de Procesos Electorales 256
7.3 El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil 258
8 Sufragio y representación pluripersonal o parlamentaria 260
8.1 La circunscripción electoral 262
9 El sufragio de los peruanos residentes en el extranjero 263

Capítulo V

El defensor del pueblo 265

1 Aspectos generales 265
2 Antecedentes históricos 265
3 El defensor del pueblo 270
3.1 Marco conceptual 270
3.2 Atribuciones del defensor del pueblo 271
3.3 Los modelos institucionales 274
3.3.1 El modelo avanzado 275
3.3.2 Los modelos institucionales ortodoxos 280
3.3.3 Los modelos institucionales heterodoxos 281
3.3.4 El ámbito latinoamericano 284
4 El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico peruano 287
4.1 La Constitución de 1993 290
4.2 La autonomía 291
4.3 Elección del defensor del pueblo 292
4.4 Incompatibilidades 293
4.5 La cesación en el cargo 294
4.6 Estructura funcional 294

4.7 La colaboración interinstitucional 295
4.8 Las funciones 295
4.9 Examen de las quejas 298
4.10 Resoluciones 301
4.11 Información al Congreso 302
4.12 La actividad funcional en los estados de emergencia 302
4.13 Legitimación procesal 302
4.14 La iniciativa legislativa 303
A modo de conclusión 303

Capítulo VI

El control de la constitucionalidad y las acciones de garantía 305

1 Aspectos generales 305
1.1 El contenido de la jurisdicción constitucional 307
2 Bases históricas y doctrinarias de la jurisdicción constitucional 309
3 Los sistemas o modelos de control (jurisdicción constitucional) 315
3.1 El control político 315
3.2 El control jurisdiccional 317
3.2.1 El sistema americano o jurisdicción difusa 317
3.2.2 El sistema europeo o jurisdicción concentrada 319
4 El Tribunal Constitucional 321
4.1 Atribuciones 321
4.2 Quórum y acuerdos 322
4.3 La presidencia del Tribunal Constitucional 322
4.4 Composición 323
4.5 Duración del cargo 323
4.6 Requisitos 323
4.7 Inelegibilidad 324
4.8 Régimen de dedicación 324
4.9 Incompatibilidades 324
4.10 Prohibiciones 325
4.11 Derechos y prerrogativas 325
4.12 Vacancia 325
4.13 Principios del Tribunal Constitucional 326
4.14 El Tribunal Constitucional y los conflictos constitucionales de competencia y atribución 327
4.14.1 Elementos del conflicto 328
4.14.2 Tipología de los conflictos constitucionales de competencia y atribución 329
4.14.3 Ejercicio de la acción 329
4.14.4 Los principios delimitadores de las competencias y atribuciones constitucionales 331
4.15 El Tribunal Constitucional y las acciones de garantía 331
5 Las acciones de garantía del orden constitucional 332
5.1 La acción de inconstitucionalidad 332
5.1.1 El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad 334

5.1.2 Prescripción de la acción 336
5.1.3 El patrocinio legal 336
5.1.4 Las sentencias de inconstitucionalidad 338
5.2 La acción popular 340
5.2.1 Características básicas 342
5.2.2 Alcances 343
5.2.3 Vicios de fondo o de inconstitucionalidad o ilegalidad material 343
5.2.4 Vicios de forma o de inconstitucionalidad o ilegalidad procedimental 343
5.2.5 Normas objeto de la acción popular 345
5.2.6 Características procesales de la acción popular 346
5.2.7 Esquema procesal 347
5.3 La acción de hábeas corpus 352
5.3.1 Los derechos protegidos por el hábeas corpus 357
5.4 La acción de amparo 358
5.4.1 Los derechos protegidos por la acción de amparo 360
5.5 Aspectos generales del hábeas corpus y el amparo 361
5.5.1 Objetivos de las acciones de garantía 361
5.5.2 Manifestación del carácter lesivo del acto 362
5.5.3 La arbitrariedad judicial 363
5.5.4 Procedimiento regular 363
5.5.5 Inaplicabilidad de las normas carentes de constitucionalidad 363
5.5.6 Improcedencia de las acciones de garantía 364
5.5.7 Suplencia de deficiencia procesal e integración judicial 366
5.5.8 La jurisprudencia vinculante 367
5.6 La acción de hábeas data 368
5.7 La acción de cumplimiento 373
5.8 El Tribunal Constitucional y las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento 375
6 La jurisdicción supranacional y las acciones de garantía 376
6.1 La Organización de las Naciones Unidas y la jurisdicción supranacional 378
6.2 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 379
6.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 380
6.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos 381

Tomo II

TERCERA PARTE

Capítulo VII

Estado y nación

23

1 Aspectos generales 23
2 Formas de Estado 24
2.1 Perfil jurídico de la forma de Estado 24
2.2 Perfil político de la forma de Estado 26
3 Formas de gobierno 27
3.1 Constitución y gobierno en el Perú. La República peruana: criterio clásico 28
3.1.1 República democrática 29
3.1.2 República social 30
3.1.3 República independiente 31
3.1.4 República soberana 31
3.1.5 El origen del poder estatal 34
3.2 Constitución y gobierno en el Perú. Criterio moderno 35
3.2.1 La representación política 35
3.2.2 Los modelos históricos de representación política 37
3.2.3 La separación de los órganos de poder estatal 39
4 Los deberes primordiales del Estado 40
5 Los idiomas oficiales 42
6 La capital de la República 42
7 Los símbolos patrios 43
8 El territorio del Estado 45
8.1 Las características del territorio 45
8.2 Los elementos del territorio 46
8.2.1 Suelo 46
8.2.2 Subsuelo 46
8.2.3 Dominio marítimo 46
8.2.4 Espacio aéreo 51

9	La función pública	52
	9.1 Consideraciones generales	52
	9.2 La carrera administrativa	54
	9.3 Las obligaciones constitucionales	55
	9.4 Los derechos sindicales	56
10	Los procuradores públicos	56
	10.1 Bases históricas y doctrinarias	57
	10.2 Los principios institucionales	62
	10.3 Base legal	62
	10.3.1 Requisitos de nombramiento	63
	10.3.2 Jerarquía funcional	63
	10.3.3 Aspectos funcionales	63
	10.3.4 La estructura organizativa	66
	10.3.5 El Consejo de Defensa Judicial del Estado	66
11	Estado e Iglesia católica	67
	11.1 Tipología de la relación	68
	11.2 Reconocimiento del papel de la Iglesia católica	71
	11.3 Los principios de la relación Estado e Iglesia católica	71
	11.4 Las manifestaciones jurídicas de la relación Estado e Iglesia católica	72
	11.5 El patronato eclesial	73
	11.6 El Estado y las demás Iglesias	74
12	Los colegios profesionales	74
13	La estructura jerárquica de las normas en el Estado peruano	76
	13.1 Fundamentos teóricos	77
	13.2 Principios para establecer la aplicabilidad de las normas	82
	13.3 Esquema jerárquico	85
	13.3.1 Primera categoría. Las normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional	85
	13.3.2 Segunda categoría. Las leyes y normas con fuerza o condición de ley	88
	13.3.3 Tercera categoría. Los decretos	101
	13.3.4 Cuarta categoría. Las resoluciones	104
	13.3.5 Quinta categoría. Normas con interés de parte	106
14	Los tratados	107
	14.1 Los tratados y el derecho interno	108
	14.2 La postura del Estado peruano	109
	14.3 La celebración de tratados	111
	14.4 La denuncia de los tratados	112
	14.5 El control constitucional de los tratados	114

Capítulo VIII
Estado y régimen económico 115

1 Aspectos generales 115
2 La Constitución económica 116
3 Constitución y mercado 119
3.1 Constitución, mercado e interés general 121
3.2 El Estado y la creación de riqueza 122
4 La Constitución y la libre competencia 123
5 El pluralismo económico y la actividad empresarial pública 124
6 El Estado y las pequeñas empresas 127
7 El Estado y la contratación 128
8 Estado e inversión 130
9 Estado, producción, servicios y comercio exterior 131
10 Estado y moneda extranjera 132
11 La propiedad 132
11.1 La inviolabilidad de la propiedad 133
11.2 La propiedad en el caso de los extranjeros 134
11.3 Los bienes del Estado 135
11.3.1 El dominio público y el uso público 136
11.3.2 La concesión 137
11.4 Restricciones y prohibiciones en materia de propiedad 137
11.5 Propiedad y economía 139
12 Constitución y consumidor 141
13 El ambiente 143
13.1 Ambiente y recursos naturales 143
13.2 Antecedentes históricos 145
13.3 La política nacional del ambiente 146
14 Constitución y tributación 149
14.1 El caso de los aranceles 150
14.2 La distribución de la potestad tributaria 151
14.2.1 La potestad tributaria derivada 151
14.3 Principios reguladores de la potestad tributaria 152
14.4 La transgresión de la potestad tributaria 155
14.5 Vigencia de las leyes tributarias de periodicidad anual 155
15 Constitución y presupuesto 155
15.1 Antecedentes históricos 156
15.2 La ley de Presupuesto 157
15.2.1 Características del presupuesto 159
15.2.2 Principios 159
15.2.3 Etapas del presupuesto 160

15.2.4 El proceso legislativo de la ley de Presupuesto 160
15.2.5 Los ingresos públicos 161
15.2.6 Los gastos públicos 162
15.2.7 Restricciones 162
15.2.8 Modificación de la ley de Presupuesto 163
15.2.9 La ejecución del presupuesto 163
15.3 Presupuesto y licitación pública 164
15.4 Constitución y deuda pública 165
16 El Sistema Nacional de Contabilidad, la Contaduría Pública y la cuenta general de la República 167
16.1 La cuenta general de la República 168
17 La Contraloría General de la República 170
17.1 Los modelos técnicos de control 171
17.2 Antecedentes históricos 172
17.3 Nuestro ordenamiento jurídico y los tipos de control 174
17.3.1 Control interno 174
17.3.2 Control externo 175
17.4 Objetivos 176
17.5 Mecanismos procedimentales 177
17.6 Principios 177
17.7 La Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Administrativo-Financiero 178
17.8 El contralor general de la República 180
17.8.1 Impedimentos 180
17.8.2 Vacancia del cargo 181
17.8.3 Addenda 181
18 La moneda y la banca 182
18.1 Antecedentes históricos 183
18.2 El Banco Central de Reserva en la Constitución de 1993 184
18.3 La estructura funcional del Banco Central de Reserva 186
19 La Superintendencia de Banca y Seguros 187
19.1 La Superintendencia de Banca y Seguros en la actual Constitución 188
19.2 El superintendente de Banca y Seguros 189
19.2.1 Funciones 190
19.2.2 Colaboradores 191
20 Régimen agrario y de comunidades campesinas y nativas 192
20.1 Antecedentes históricos 192
20.2 Nuestro régimen agrario 193

Capítulo IX
Estado y gobierno: el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo 197

1 El poder estatal 197
1.1 El origen conceptual de la mal denominada "división de poderes" 200
1.2 Teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones 203
1.2.1 Las funciones estatales 205
1.2.2 Los órganos 206
1.2.3 Las autoridades 206
1.3 Relación entre funciones, órganos y autoridades estatales 207
1.4 El desarrollo constitucional de las funciones estatales 207
1.4.1 Función normativa 208
1.4.2 Función administrativa 209
1.4.3 Función jurisdiccional 209
1.4.4 Función controladora 210
2 La relación entre los órganos políticos: las formas de gobierno 211
2.1 Gobierno presidencial 212
2.2 Gobierno parlamentario 214
2.3 La forma de gobierno en el Estado peruano 217
3 El Órgano Ejecutivo en la Constitución de 1993 218
3.1 La Presidencia de la República 218
3.1.1 Los orígenes de la institución 219
3.1.2 El proceso de elección 220
3.1.3 Período presidencial 223
3.1.4 La suspensión y la vacancia en el ejercicio de la Presidencia de la Repúbica 225
3.1.5 Los vicepresidentes 227
3.1.6 El caso del presidente del Congreso 229
3.1.7 El juramento presidencial 229
3.1.8 Las funciones del presidente 230
3.2 Los ministros de Estado 246
3.2.1 Antecedentes históricos 247
3.2.2 Los ministros de Estado y la Constitución de 1993 252
3.2.3 La refrendación y la responsabilidad ministerial 253
3.2.4 Requisitos para ser ministro de Estado 255
3.2.5 Nombramiento 256
3.2.6 Incompatibilidades 256
3.2.7 Encomienda del cargo 257
3.2.8 Atribuciones del ministro 257
3.2.9 La organización ministerial 259

	3.2.10 El Consejo de Ministros	260
	3.2.11 Las atribuciones del Consejo de Ministros	261
	3.2.12 El papel del presidente del Consejo de Ministros	262
4	El Órgano Parlamentario	265
	4.1 El carácter de la representación parlamentaria	266
	4.1.1 La representación de la nación	266
	4.1.2 La representación fraccional de la ciudadanía	267
	4.2 Antecedentes históricos	270
	4.2.1 El Magnum Concilium inglés	270
	4.2.2 Los Estados Generales de Francia	271
	4.2.3 El Congreso americano	272
	4.2.4 El Parlamento nacional	272
5	El Órgano parlamentario y el sistema cameral	273
	5.1 Unicameralidad	275
	5.2 Bicameralidad	276
	5.3 Requisitos de la postulación parlamentaria	277
	5.4 Inelegibilidad	278
	5.5 Las incompatibilidades	279
	5.6 Las prohibiciones	281
	5.7 Las prerrogativas parlamentarias	281
	5.7.1 El origen de las prerrogativas	282
	5.7.2 Las prerrogativas parlamentarias en la actual Constitución	284
	5.8 El reglamento del Congreso	292
	5.8.1 El período parlamentario	293
	5.8.2 Quórum y mayorías	294
	5.9 La Comisión Permanente	295
6	Atribuciones del Órgano Parlamentario	297
	6.1 Atribuciones normativas	297
	6.1.1 La función legislativa	299
	6.1.2 La *ratio legis* de las leyes especiales	299
	6.1.3 La retroactividad benigna de las leyes penales	299
	6.1.4 La derogación de la ley	300
	6.1.5 La proscripción del abuso del derecho	304
	6.1.6 La delegación de facultades al Órgano Ejecutivo	305
	6.1.7 La aprobación de las leyes orgánicas	306
	6.1.8 El proceso de formación de las leyes	307
	6.2 Atribuciones políticas	317
	6.3 Atribuciones administrativas	317
	6.4 Atribuciones contraloras	319
	6.5 Atribuciones jurisdiccionales	323
7	La acusación constitucional en la Constitución de 1993	331
	7.1 Las vías de acusación constitucional	334

7.1.1 Acusación constitucional en vía de juicio político 335
7.1.2 Acusación constitucional en vía de antejuicio político 336
7.2 El procedimiento 337
7.3 La acusación constitucional contra el presidente de la República 342
7.4 El procedimiento de remoción constitucional 344

Capítulo X
Seguridad y defensa nacional: el papel de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional 347

1 Aspectos generales 347
2 La categoría "orden" en el mundo del derecho 347
2.1 El orden público 348
2.2 El orden interno 352
3 Seguridad y defensa nacional 354
3.1 El papel de las Fuerzas Armadas 358
3.2 El papel de la Policía Nacional 358
3.3 La jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional 361
3.4 El carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas 362
3.5 El proceso de movilización 363
3.6 Las reservas 364
3.7 El servicio militar obligatorio 365
3.8 El uso de las armas 365
3.9 La estructura institucional 366
3.10 La participación institucional 366
3.11 La asignación de personal y los recursos institucionales 367
3.12 Equivalencia de las carreras institucionales 368
4 El fuero militar y el Código de Justicia Militar 368

Capítulo XI
La descentralización y los Gobiernos descentralizados 375

1 Aspectos generales 375
2 La demarcación territorial 375
3 La descentralización 376
3.1 Los Gobiernos descentralizados 379
3.2 Los Gobiernos locales o municipales 379
3.2.1 Tipos de municipalidades 383
3.2.2 Régimen municipal 384
3.2.3 Estructura orgánica 385
3.2.4 Modelo de elección 385
3.2.5 Características de la representación 385

3.2.6 Las prerrogativas 386
3.2.7 Requisitos 386
3.2.8 Competencias municipales 387
3.2.9 Las asociaciones interinstitucionales 389
3.2.10 La cooperación en materia de seguridad ciudadana 389
3.2.11 Los Gobiernos locales y el endeudamiento 390
3.2.12 La iniciativa legislativa de naturaleza municipal 390
3.2.13 Las acciones de garantía y los Gobiernos locales 390
3.3 Los Gobiernos regionales 390
3.3.1 Estructura orgánica 391
3.3.2 Competencias regionales 391
3.3.3 La iniciativa legislativa de naturaleza regional 392
3.3.4 Las acciones de garantía y los Gobiernos regionales 392

Capítulo XII
El Estado y las situaciones de anormalidad 393

1 Aspectos generales 393
2 Naturaleza doctrinaria de los estados de excepción 395
3 Dimensiones de las situaciones de anormalidad y su correlato con los estados de excepción 396
4 Tipos de estados de excepción 397
5. Los estados de excepción en la Constitución de 1993 397
5.1 El estado de emergencia 397
5.1.1 Declaración 399
5.1.2 Efectos 399
5.2 El estado de sitio 399
5.2.1 Declaración 400
5.2.2 Efectos 401
5.3 Los estados de excepción y la noción de orden interno 401
5.4 El estado de excepción y las garantías constitucionales 402
5.5 El caso especial del estado de crisis económica 403
6 El derecho a la insurgencia 404
7 El derecho de insumisión 405

CUARTA PARTE

Capítulo XIII
Los nombramientos judiciales 411

1 Aspectos generales 411
1.1 Los sistemas de nombramientos 414
1.1.1 Sistema de designación por los órganos de poder político 414

1.1.2 Sistema de designación por cooptación 416
1.1.3 Sistema de designación por elección popular 417
1.1.4 Sistema de designación por concurso 419
2 Los sistemas de nombramientos judiciales en el Perú 420
3 El Consejo Nacional de la Magistratura en la Constitución de 1993 426
3.1 El Consejo Nacional de la Magistratura 426
3.1.1 Los principios institucionales 427
3.1.2 Las funciones 428
3.1.3 Conformación y requisitos 430
3.1.4 La presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura 431
3.1.5 Inelegibilidad 431
3.1.6 Características de la función de consejero 432
3.1.7 Cese de la función 433
3.1.8 El caso de la remoción por causa grave 434
3.2 El sistema de designación por elección popular 435

Capítulo XIV
La Academia de la Magistratura 437

1 Aspectos generales 437
1.1 Sistema de formación a través del ejercicio de la abogacía 437
1.2 Sistema de formación en pasantías previas 438
1.3 Sistema de formación en instituciones especializadas 439
2 La Constitución y la Academia de la Magistratura 441

Capítulo XV
El Órgano Judicial 445

1 Aspectos generales 445
1.1 La evolución histórica del proceso de administración de justicia 447
2 La administración de justicia en el Perú 449
2.1 La Constitución y los principios institucionales 452
2.2 La especialización judicial 453
3 Los principios y derechos de la función jurisdiccional 453
3.1 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional... 453
3.1.1 La jurisdicción arbitral 455
3.1.2 La jurisdicción militar 457
3.2 La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional... 458
3.3 La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional... 461

3.4 La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley... 463
3.5 La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias... 464
3.6 La pluralidad de la instancia 466
3.7 La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias... 467
3.8 El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley... 469
3.8.1 Los principios generales del derecho 471
3.8.2 El derecho consuetudinario 475
3.9 El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos 477
3.10 El principio de no ser penado sin proceso judicial 479
3.11 La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales 479
3.12 El principio de no ser condenado en ausencia 483
3.13 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 485
3.14 El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso... 486
3.15 El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención 487
3.16 El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos... 487
3.17 La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley 490
3.18 La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida 491
3.19 La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la ley... 492
3.20 El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley 493
3.21 El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados 493
3.21.1 Las penas 494

3.21.2 Establecimientos penitenciarios 495
3.22 El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad 496
4 El origen de la potestad de administrar justicia 497
5 La casación 498
6 La impugnación de las resoluciones administrativas 500
6.1 La excepción de irrevisabilidad 501
7 El presupuesto del Órgano Judicial 501
8 Las incompatibilidades 502
9 Las garantías de la actividad judicial 502
10 Prohibiciones 503
11 Organización del Órgano Judicial 504
11.1 Órganos jurisdiccionales 504
11.1.1 La Corte Suprema de Justicia 505
11.2 El presidente de la Corte Suprema 511
11.3 La Sala Plena de la Corte Suprema 512

Capítulo XVI
El Ministerio Público 517

1 Aspectos generales 517
2 La Constitución y el Ministerio Público 521
2.1 Atribuciones 521
2.2 Los principios institucionales 526
2.3 La organización 530
2.3.1 Los órganos procesales 531
2.3.2 Los órganos administrativos corporativos 533
2.4 Requisitos de designación 534
2.5 El papel de la Fiscalía de la Nación 534
2.6 Prohibiciones funcionales 537
2.7 Incompatibilidades 538
2.8 Derechos 539
2.9 Conclusión de la función 539

QUINTA PARTE

Capítulo XVII
La reforma de la Constitución 543

1 Aspectos generales 543
2 Noción general del poder constituyente 545
2.1 El modelo norteamericano 545
2.2 El modelo francés 546

3	El poder constituyente originario	548
4	El poder constituyente derivado	549
5	Relación entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado	551
6	Procedimientos no formales de reforma constitucional	552
	6.1 La mutación constitucional	553
	6.2 La norma de habilitación	556
	6.3 La revolución	557
7	Los límites del poder constituyente	561
8	El proceso de reforma y el sentimiento constitucional	567
9	El fraude constitucional	569
10	Presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional	569
	10.1 La necesidad de la reforma constitucional	569
	10.2 La oportunidad de la reforma constitucional	570
	10.2.1 El plazo de espera	570
	10.2.2 El plazo de estudio para la reforma	570
	10.2.3 Las disposiciones intangibles	571
	10.2.4 Las restricciones heterónomas	573
	10.2.5 La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma	573
11	La inconstitucionalidad de la reforma constitucional en el Perú	573
	11.1 Inconstitucionalidad por vicio formal	574
	11.2 Inconstitucionalidad por vicio sustancial	575
12	La responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente	576
13	Visión histórico-normativa de la reforma constitucional en el Perú	578
14	La reforma constitucional en la Constitución peruana de 1993	580

UNIVERSIDAD DE LIMA
BIBLIOTECA
343.2C13 89617
G252
t.II
ok 1993