

Marcial Rubio Correa

**ESTUDIO
DE LA
CONSTITUCIÓN
POLÍTICA
DE 1993**

Tomo 4



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1999

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

**ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993**

TOMO IV



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1999**

Primera edición: marzo de 1999

Cubierta: AVA Diseños

Cuidado de la edición: Miguel Angel Rodríguez Rea

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV

Copyright © por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Tlfs. 460-0872, 460-2291; 460-2870 Anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-122-8 (Colección)

ISBN 9972-42-125-2 (Tomo IV)

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso de los editores.

INDICE

140. TITULO IV: ESTRUCTURA DEL ESTADO	11
140.1 Legislativo, Ejecutivo y Judicial	12
140.2 Los órganos constitucionales con poderes específicos	25
140.3. El gobierno regional y local	28
141. TITULO IV, CAPITULO I: PODER LEGISLATIVO	31
142. Artículo 90	36
143. Artículo 91	60
144. Artículo 92	65
145. Artículo 93	73
146. Artículo 94	89
147. Artículo 95	97
148. Artículo 96	103
149. Artículo 97	107
150. Artículo 98	117
151. Artículo 99	121
152. Artículo 100	136
153. Artículo 101	144
154. Artículo 102	152
155. Artículo 102 inciso 1	163
156. Artículo 102 inciso 2	167
157. Artículo 102 inciso 3	169
158. Artículo 102 inciso 4	169
159. Artículo 102 inciso 5	170

160. Artículo 102 inciso 6	171
161. Artículo 102 inciso 7	179
162. Artículo 102 inciso 8	181
163. Artículo 102 inciso 9	182
164. Artículo 102 inciso 10	183
165. TITULO IV, CAPITULO II: FUNCION LEGISLATIVA	185
166. Artículo 103	185
167. Artículo 104	197
168. Artículo 105	205
169. Artículo 106	211
170. TITULO IV, CAPITULO III: FORMACION Y PROMULGACION DE LAS LEYES	217
171. Artículo 107	218
172. Artículo 108	224
173. Artículo 109	232
174. TITULO IV, CAPITULO IV: PODER EJECUTIVO	237
175. Artículo 110	241
176. Artículo 111	250
177. Artículo 112	267
178. Artículo 113	276
179. Artículo 114	283
180. Artículo 115	286
181. Artículo 116	294
182. Artículo 117	295
183. Artículo 118	299
184. Artículo 118 inciso 1	312
185. Artículo 118 inciso 2	314
186. Artículo 118 inciso 3	316
187. Artículo 118 inciso 4	317
188. Artículo 118 inciso 5	323
189. Artículo 118 inciso 6	325
190. Artículo 118 inciso 7	328
191. Artículo 118 inciso 8	331
192. Artículo 118 inciso 9	333
193. Artículo 118 inciso 10	336
194. Artículo 118 inciso 11	338
195. Artículo 118 inciso 12	346
196. Artículo 118 inciso 13	348
197. Artículo 118 inciso 14	349

198. Artículo 118 inciso 15	351
199. Artículo 118 inciso 16	353
200. Artículo 118 inciso 17	356
201. Artículo 118 inciso 18	357
202. Artículo 118 inciso 19	358
203. Artículo 118 inciso 20	365
204. Artículo 118 inciso 21	367
205. Artículo 118 inciso 22	374
206. Artículo 118 inciso 23	375
207. Artículo 118 inciso 24	376
208. TITULO IV, CAPITULO V: CONSEJO DE MINISTROS	379
209. Artículo 119	380
210. Artículo 120	386
211. Artículo 121	389
212. Artículo 122	393
213. Artículo 123.	396
214. Artículo 124	399
215. Artículo 125	405
216. Artículo 126	409
217. Artículo 127	410
218. Artículo 128	412
219. Artículo 129	415
220. TITULO IV, CAPITULO VI: RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO	427
221. Artículo 130	429
222. Artículo 131	434
223. Artículo 132	439
224. Artículo 133	447
225. Artículo 134	448
226. Artículo 135	453
227. Artículo 136	457
228. TITULO IV, CAPITULO VII: REGIMEN DE EXCEPCION	461
229. Artículo 137	463
230. Artículo 137	467
231. Artículo 137 inciso 1	477
232. Artículo 137 inciso 2	490

TITULO IV

ESTRUCTURA DEL ESTADO

140. TITULO IV: ESTRUCTURA DEL ESTADO

Este libro trata de la organización del Estado en el plano más alto: el nivel constitucional. Desde luego, su institucionalidad es mucho más compleja aún a medida que descendemos hasta el nivel del rango de ley y trabajamos sobre los distintos entes creados por él. Hay que destacar, por ejemplo, que el INDECOPI no está mencionado en la Constitución a pesar de su trascendencia en la vida actual y que, de las varias superintendencias existentes, sólo figura la de Banca y Seguros.

Hay que concluir, por tanto, que la Constitución no da una imagen acabada de la organicidad del Estado contemporáneo. Sin embargo, vale de todas formas dedicarle una referencia introductoria a lo que existe en la Constitución y que, desde luego, es bastante en cantidad y significación.

Una rápida revisión muestra tres grupos de órganos, si excluimos a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que, no obstante su importancia, no son organismos de decisión política por declaración de la propia Constitución:

- Un primer grupo son los tres poderes tradicionales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- Un segundo grupo son órganos constitucionales con poderes específicos, definidos por la propia Carta: el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y los

órganos del sistema electoral.

- Un tercer grupo son las instancias descentralizadas del poder del Estado: las Regiones y las Municipalidades.

Cada uno de estos grupos tiene características y problemática propia, distinta de la que corresponde a los demás. Por ello, nos referiremos a ellos separadamente.

140.1 Legislativo, Ejecutivo y Judicial

Constituyen la tríada clásica de la teoría de separación de los poderes y, ya desde el propio Montesquieu, se estableció una diferencia entre ellos: los poderes políticos por función y composición, que son el Legislativo y el Ejecutivo, y el poder político por función pero técnico por composición, que es el Judicial.

El Poder Judicial ha sido muchas veces intervenido por los otros dos. Durante el período de gobierno de facto ocurrido entre abril y diciembre de 1992, el Presidente de la República destituyó a buena parte de los vocales de la Corte Suprema y nombró cientos de jueces provisionales, indicando que ésta era una reforma que cambiaría la administración de justicia. La experiencia demostró a todas luces que esta medida de hecho no condujo a una mejora significativa de la institución y, en muchos casos, generó mayores problemas, particularmente con los magistrados nombrados provisionalmente.

Ante el fracaso de esta decisión, el 21 de noviembre de 1995, se promulgó la ley 26546 cuyos artículos 1 y 2 dicen:

«Ley 26546, artículo 1.- Por un período de 360 días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Comisión Ejecutiva a que se refiere el Artículo 2 asumirá las funciones de gobierno y gestión del Poder Judicial. En consecuencia, por el plazo antes señalado, quedan en suspenso la competencia y atribuciones de los órganos de gobierno previstos en los artículos 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87. del decreto supremo 017-93-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las que serán ejercidas por dicha Comisión Ejecutiva o por quienes ésta designe en la respectiva jurisdicción.

El Presidente de la Corte Suprema y la Sala Penal de la Corte Suprema, mantienen la competencia y atribuciones que por ley les corresponde a excepción de todo aquello que se oponga a la presente ley».

«Ley 26546, artículo 2.- La Comisión Ejecutiva estará integrada por los Vocales Supremos presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, quienes actuarán como un organismo colegiado y continuarán como miembros de la Comisión independientemente del cargo que ostenten en el siguiente año judicial. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Vocales Supremos.

La Comisión Ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado y contará con las atribuciones que la Comisión establezca en su reglamento de funciones».

De estas normas puede verse que la ley introdujo una intervención en la forma de gobierno del Poder Judicial, encargando la Comisión Ejecutiva a tres vocales en forma personal, si bien la imagen que se buscaba dar era la de un encargo por razón de la presidencia de salas que tenían. Además, con esta comisión quedaron en suspenso las atribuciones de los demás órganos de gobierno del órgano, establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De todo ello, consideramos que sólo son inconstitucionalidades dos cosas (1): el haber relegado al Presidente de la Corte Suprema a un rol puramente formal cuando, de acuerdo al artículo 144 de la Constitución, él es Presidente del Poder Judicial; y, la relegación de la Sala Plena de la Corte Suprema a un rol de nombramiento de representantes y otras decisiones menores, encargando todo el poder a la Comisión Ejecutiva, cuando el mismo artículo 42 de la Constitución dice que “La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial”.

De estas apreciaciones se deduce que bajo la norma de reorganiza-

(1) Hay que aclarar, sin embargo, que una sentencia del Tribunal Constitucional no llegó a declarar inconstitucionales estos aspectos. Comentamos el tema al introducir a la administración de justicia.

ción el Poder Judicial no tiene el control de sus decisiones de gobierno y que está fuertemente influido por el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

En relación a estos dos últimos, tenemos la vieja problemática de la naturaleza del régimen político establecido, debido a la variedad de instituciones que se han incorporado en él. La doctrina ha reconocido tradicionalmente tres sistemas: presidencialista, parlamentarista y semipresidencialista, al que algunos también llaman mixto.

Las clasificaciones han sido siempre difíciles de hacer, sobre todo porque hay varios tipos de organización constitucional concreta de cada uno de los sistemas. Además, con la complejidad de la política moderna y la necesidad de transacciones cada vez más diversificadas, en realidad cada modo de organización del poder varía en relación a los otros. Existen al respecto obras clásicas, elaboradas décadas atrás, que tienen caracterizaciones reconocidas, pero que tienen la limitación de no haber recogido las experiencias más recientes en sus reflexiones, por la sencilla razón de que fueron escritas antes de que ellas ocurrieran. En este sentido, de las lecturas realizadas por nosotros, la clasificación contemporánea más elaborada que hemos encontrado pertenece a dos autores argentinos. Dicen sobre el presidencialismo:

En el sistema presidencialista, el presidente (Jefe de gobierno y Jefe de Estado al mismo tiempo) es electo popularmente (ya en forma directa, ya a través de un colegio electoral) y por un término fijo de mandato. A su vez, la legislatura también es elegida por el pueblo por un término fijo de mandato. El acceso y permanencia del presidente en su cargo no depende de la confianza que le dispense el congreso, el que tampoco puede ser disuelto por el Ejecutivo. Se produce así una dualidad de legitimidades políticas que compiten entre sí, a la que se suma la rigidez del sistema determinada por los términos fijos de mandato. La separación de las funciones de gobierno es característica del sistema presidencialista. Esto significa un reparto de las competencias entre los órganos del poder, en el que cada uno asume una función esencial, sin perjuicio de la existencia de mecanismos de pesos y contrapesos que se desarrollan, generalmente, a través de zonas de contacto entre los poderes. Así, por ejemplo, el Ejecutivo encargado del gobierno y la administración, participa de la tarea legislativa, a través de la ini-

ciativa, la promulgación y el veto; a su vez, el Congreso encargado de la sanción de las leyes, ejerce funciones de control sobre el Ejecutivo, a través del juicio político. Esta separación de funciones sufre algunas alteraciones en la práctica de gobierno con la aparición de los partidos políticos, ya que los mecanismos de lealtad partidaria hacen que, por ejemplo, el presidente se relacione con el congreso no sólo en términos institucionales, sino a través de la lógica del liderazgo partidario (2).

La descripción que hacen de los rasgos esenciales del sistema parlamentario es la siguiente:

El sistema parlamentario se caracteriza porque el Jefe de Gobierno (que no es Jefe de Estado) es elegido por el parlamento — elegido a su vez por voto popular— y dura en su cargo tanto como dure la confianza que el parlamento le dispense. El Jefe de Gobierno puede instar al Jefe de Estado para que ordene la disolución de la asamblea y la convocatoria a nuevas elecciones. En este sistema hay sólo un órgano de gobierno con legitimidad electiva popular y los mandatos tanto del gobierno como de los miembros de la legislatura no son rígidos.

El parlamentarismo se caracteriza por la fusión o integración de los poderes Ejecutivo (gobierno) y Legislativo. El predominio de uno u otro de estos órganos da lugar a dos tipos de parlamentarismo, uno en el que predomina el gabinete como en el caso de Gran Bretaña, y otro en el que el parlamento es preponderante, como en el caso de Francia, durante la Tercera y la Cuarta República.

El gabinete que tiene a su cargo el gobierno es elegido por el parlamento y se mantiene en el poder mientras conserve el apoyo de la mayoría parlamentaria que puede ser monocolor o estar formada por una coalición de partidos. La mayoría monocolor es más

(2) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Matco. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?* En *Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 70-72.

frecuente en países con sistemas bipartidistas y con sistemas electorales mayoritarios, como es el caso de Gran Bretaña. Cuando, por el contrario, el sistema parlamentario funciona en un contexto de multipartidismo y sistemas electorales de tipo proporcional, los gabinetes tienden a ser gobiernos de coalición apoyados por una mayoría parlamentaria conformada por diversos partidos, como sucede por ejemplo, en Bélgica o como sucedía en Italia antes de la reforma electoral de 1993 (3).

Hacen la siguiente caracterización sobre los sistemas presidenciales:

«En los sistemas semipresidenciales el poder Ejecutivo se distribuye entre el presidente (jefe de Estado) que es elegido por el pueblo por un término fijo y tiene funciones que exceden lo meramente protocolar y el primer ministro, y su gabinete, que surge de la mayoría parlamentaria y se mantiene en el poder mientras conserve la confianza de una mayoría en la asamblea. A su vez, el jefe de Estado, puede disolver el parlamento y convocar a nuevas elecciones. Es el sistema de gobierno que adoptó la V República francesa. El sistema semipresidencialista ha sido simbolizado por la figura del «águila de dos cabezas», ya que la responsabilidad de gobierno, la decisión política, está repartida entre el presidente y el primer ministro.

El esquema de gobierno previsto por la Constitución francesa de 1958 y reforzado con la reforma de 1962 que introdujo la elección directa del presidente, tuvo como objetivo crear un gobierno estable y fuerte, encabezado por un presidente (verdadero monarca republicano) con legitimación propia e independiente de la cambiante voluntad de los partidos en la asamblea. La idea de un sistema mixto surge como forma de evitar la inestabilidad que había caracterizado el funcionamiento del sistema parlamentario de la IV República.

En el sistema semipresidencial conviven y compiten dos legitimidades electivas y dos mayorías: la del presidente y la de la asamblea.

(3) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?* En *Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 72-74.

Los problemas que, en el presidencialismo, se atribuyen a la dualidad de legitimidades se pueden dar en el sistema mixto cuando ambas mayorías no coinciden. El conflicto se ve agravado por la división del Ejecutivo, compartido entre el presidente, por un lado, y por otro, el primer ministro y su gabinete que obtiene su apoyo en la mayoría de la asamblea. La salida institucional para una situación semejante dependerá de la claridad con que están delimitadas y repartidas las competencias y funciones de las cabezas del Ejecutivo y también de la personalidad de los líderes que enfrenten la situación, así como de las características del sistema de partidos” (4).

Finalmente, estos se refieren a una variante del semipresidencialismo denominada *president-parlamentarism*:

Shugart y Carey distinguen dentro de los sistemas mixtos, un arreglo institucional distinto del simpresidencialismo, al que denominan «president-parlamentarism». Estos sistemas, entre los que ubican los casos de Weimar y Portugal entre 1976 y 1982, se distinguen del semipresidencialismo porque el primer ministro y su gabinete están sujetos a una doble confianza: la de la asamblea y la del presidente. En efecto, en el semipresidencialismo al estilo de la V República, el presidente cumple una función formal al nombrar al primer ministro al gabinete, pero no tiene poder para destituirlo, facultad que sólo corresponde a la Asamblea. En el «president-parlamentarism», el presidente puede destituir al jefe de gabinete y a sus ministros. El gobierno puede ser destituido también por un voto de censura de la asamblea pero el presidente es absolutamente independiente para designar al nuevo gobierno, sin necesidad de voto de confianza de investidura. En un sistema como el descrito se exacerban los conflictos posibles entre las dos cabezas del Ejecutivo, con notable preeminencia del Presidente y, además, aumenta notablemente la posibilidad de conflictos entre el Presidente y la asamblea (5).

-
- (4) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?* En *Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 74-75.
- (5) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?* En *Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 75.

En nuestro criterio, con observación moderna de la historia política de diversos países, que puede encontrarse en profusión de detalles en el texto citado, esta caracterización resume bien la situación actual de la discusión.

Consideramos que el problema central para definir estos asuntos no tiene que ser perdido de vista: estamos hablando del poder y, por consiguiente, toda reflexión sobre la forma definitiva de régimen político que exista, tiene que estar referida a dónde reside el poder político. Las instituciones y su combinación particular tienen indudable importancia en la definición final que se adopte, pero hay que saber distinguir lo principal de lo accesorio y lo principal es el lugar de residencia del poder.

Indudablemente, en el Perú el poder reside en el Presidente de la República. Frente a él ni los ministros ni el Poder Legislativo tienen armas suficientes como para vencer en un enfrentamiento político. Analicemos brevemente la situación:

- El Presidente es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Lo primero se dice expresamente en el artículo 110 y lo segundo es evidente a partir del artículo 118 y, particularmente, de su inciso 3.
- Como Jefe de Estado el Presidente es irresponsable políticamente.
- El Presidente tiene poder absoluto de determinación de quién es y quien deja de ser ministro: nombra al Presidente de su Consejo y con él a los demás ministros. Es muy fácil darse cuenta que el Presidente del Consejo no podrá imponer un ministro contra la voluntad del Presidente.
- El Presidente tiene una amplia capacidad de iniciativa en materia de dación de normas: puede dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir las leyes, según el artículo 118 inciso 8 de la Constitución (lo que quiere decir que también puede dictarlos sin límite en ausencia de normas con rango de ley sobre la materia de que se trate), y puede dictar decretos de urgencia con fuerza de ley como atribución propia según el inciso 19 del mismo artículo 118. También tiene amplia capacidad de aprobación de tratados por sí mismo (ver los artículos 56 y 57 de la Constitución).

- Puede disolver el Congreso lo que, si bien sólo tiene operatividad práctica en casos extremos (pues tiene que haberse censurado o negado confianza a dos Consejos de Ministros según el artículo 134 de la Constitución), sí es un elemento poderoso de presión en casos de enfrentamiento: el Consejo de Ministros puede hacer reiteradamente cuestión de confianza de un paquete de medidas y con ello, forzar la disolución o la sumisión del Congreso, si no quiere ser disuelto. En todo caso, y esto es trascendental dentro del sistema, no pasa nada con el Presidente si disuelve el Congreso y vuelve a ganar una mayoría opositora. Esto no tiene sentido porque el enfrentamiento puede continuar indefinidamente o no tener solución alguna. En la medida que el Presidente es también jefe de gobierno, en situaciones como éstas debería haber la posibilidad de retirarlo del gobierno por decisión política de la mayoría y convocar a nuevas elecciones. Como no ocurre, el Presidente tiene mayor oportunidad de doblegar al Congreso, que a la inversa.
- Puede observar las leyes.
- Puede plantear iniciativas de urgencia y hacer que su gabinete plantee cuestión de confianza con ellas (artículo 133 de la Constitución), para impulsar su plan de gobierno o generar una crisis política de proporciones.
- Tiene la iniciativa en materia de presupuesto que, llevada a sus extremos, puede conducir a que sea su propio proyecto de presupuesto el que se apruebe mediante Decreto Legislativo sin necesidad de delegación (ver el artículo 80 de la Constitución). Es muy importante notar que, en esta eventualidad, inclusive el monto del Presupuesto del Congreso puede ser manejado indirectamente por el Presidente de la República: el Congreso tendrá la iniciativa en su diseño (artículo 79 de la Constitución), pero si no hay acuerdo entre ambos poderes, primará la cantidad que determine el proyecto del Ejecutivo en la medida que el Congreso no puede aprobar su propio presupuesto separado del de la República como conjunto. Inclusive, el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados salvo por solicitud del Poder Ejecutivo (artículo 79 de la Constitución) por lo que, en un caso extremo, ni siquiera puede obtener fuentes propias y totalmente autónomas de financiamiento:

siempre dependerá en la disposición concreta de fondos de la caja fiscal, esto es, del Ministerio de Economía y Finanzas.

Frente a todo ello, el Poder Legislativo tiene la posibilidad de dictar leyes, eventualmente de promulgarlas, y de ejercitar el control político sobre los ministros pidiendo información, nombrando comisiones investigadoras, interpellando y dado el caso censurando. Hay que notar que ninguna de estas armas es decisiva para la victoria política: todas ellas tienen el poder del veto, pero ninguna la de la imposición definitiva de políticas. Inclusive, es recordada una ley sobre fomento al agro aprobada por el Congreso en vísperas del Golpe de Estado del 5 de Abril de 1992, de la que el Ministro de Economía de entonces dijo que era obligatoria pero imposible de aplicar porque no existían recursos para ello. De tal forma, que ni aún con la potestad de aprobar leyes, el Congreso puede imponerse definitivamente al Ejecutivo. Finalmente, y como ya hemos dicho, por la vía de censurar o negar confianza al Gabinete puede ponerse en situación de ser disuelto.

Lo que sí es cierto es que el Gabinete Ministerial, que formalmente es parte del Poder Ejecutivo, se halla ubicado en una posición incómoda entre el Presidente de la República y el Congreso: el Presidente le puede imponer virtualmente cualquier decisión bajo la amenaza de la remoción, y el Congreso puede controlarlo y censurarlo a voluntad.

En estas condiciones de uso del poder: ¿es el Perú un régimen presidencialista, parlamentarista o semipresidencial?

Estrictamente hablando, ninguno de los tres sistemas prevé que la última palabra en materia de política la tenga el Presidente:

- El Presidencialismo porque, a pesar del nombre que ostenta, supone un Presidente tan poderoso como el Congreso. Es lo que Duverger llama: *un matrimonio sin divorcio* . Dice:

“[...] el Presidente y el Parlamento son independientes uno de otro, de una manera más rigurosa: de ahí el nombre de separación de poderes «tajante» o «rígida» régimen presidencial. Los elementos esenciales de esta independencia son: 1) que el Parlamento no puede derribar al Gobierno presidencial con un voto de desconfian-

za, como en el régimen parlamentario; 2) que el Presidente no puede disolver el Parlamento. Están condenados a vivir juntos sin poderse separar: es un matrimonio sin divorcio» (6).

Esto no ocurre en el régimen peruano en el que el Presidente siempre podrá forzar una salida a su favor, aun cuando ésta será obligar al Congreso a rendirse o a censurar o negar confianza a dos Consejos de Ministros. Hasta ahora, ningún gobernante (ni siquiera el Presidente Fujimori en los primeros dos años de su mandato), necesitó llegar a tal extremo.

- El Parlamentarismo tiene mayor parecido con este sistema, curiosamente, porque dentro de sus reglas contemporáneas, el Jefe de Gobierno cuenta con una enorme capacidad de maniobra, limitada solamente por el voto de censura. Sin embargo, como usualmente tiene la mayoría (si no, no podría haber sido elegido o nombrado para tal cargo), entonces el sistema funciona dándole una cuota de poder enormemente mayor que la que las formas parecerían anunciar.
- El sistema semipresidencial tiene, necesariamente, la intermediación de un gabinete poderoso, ubicado entre el Presidente y el Organismo Legislativo, en una posición que no es precisamente de precariedad frente a ninguno de los dos. Esto es lo que pudo hacer que en la experiencia de *cohabitación* de Mitterrand y Chirac entre 1986 y 1988, hubiera en realidad tres instituciones con sus propias funciones en el régimen francés: el Presidente, el Gabinete y la Asamblea. Es interesante la observación que se hace sobre la forma de presentación presidencial o parlamentaria del sistema semipresidencial:

“Durante la presidencia de Mitterrand en Francia, se produjo en 1986-88 la primera experiencia de «cohabitación» de mayorías distintas en la presidencia y la asamblea, situación que se ha repetido a partir de 1993. La experiencia de la cohabitación abona la tesis de Duverger en el sentido de que el semipresidencialismo, al me-

(6) DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 211.

nos en su versión francesa, funciona alternativamente como sistema presidencialista o parlamentario. Cuando la mayoría parlamentaria está en manos del partido del presidente, el sistema se desenvuelve de acuerdo a un esquema presidencial en el que el presidente ocupa el lugar predominante” (7).

Sí hay presente, en cambio, un rasgo que es típicamente presidencialista: los conflictos entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, cuando ambos poderes son liderados por personalidades enérgicas, no tienen solución posible y permanecen indefinidamente en la escena política. Generalmente, la fórmula que se encuentra para solucionarlos es extraconstitucional: un golpe de Estado. Así ocurrió en 1948, en 1968 y en 1992 (el golpe de 1962 no correspondió a una situación de tensión entre Ejecutivo y Legislativo). Puede notarse que las medidas de hecho las toma o bien la Fuerza Armada directamente (los dos primeros casos), o el Presidente Constitucional con el apoyo de la Fuerza Armada (caso del año 1992).

Desde el punto de vista de la manera como se ejercita el poder, por tanto, es claro para nosotros que el régimen peruano, como buena parte de los latinoamericanos que tienen el mismo patrón general, resulta siendo un sistema propio y distinto, que no encaja en ninguno de los sistemas del Primer Mundo porque tiene un caudillismo innato del Presidente de la República como factor de decisión último, aunque pueda llegar a una situación de fuerza, promovida por las Fuerzas Armadas directamente o, inclusive como en 1992, por el propio Presidente Constitucional.

Si miramos las formas, no el ejercicio del poder, habrá que reconocer que el Perú tiene un sistema que parece semipresidencial en la clasificación de los autores que hemos venido siguiendo:

- Dos poderes elegidos y presentes uno frente al otro: Presidente de la República y Congreso.

(7) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?* En *Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995. p. 75.

- Un gabinete que requiere nombramiento del Presidente y confianza del Congreso.
- La aprobación de leyes por el Congreso y la promulgación presidencial con posibilidad de observación.
- La disolución del Congreso.
- La censura ministerial.

Pero las formas, insistimos, no son las determinantes. Nunca un gabinete dejó de obtener el voto de confianza del Congreso, ni aún en el período julio 1990-abril 1992. Nunca en diecisiete años se ha disuelto el Congreso. Nunca, en la larga historia de censuras ministeriales, esta medida significó que el Congreso pudiera doblegar al Ejecutivo.

Pensamos que en este problema de definición del régimen político, hay que tomar cuidado de una cosa: es muy fácil caer en equivocaciones, no sólo de definición sino aún mucho más grave de presentación de soluciones, cuando el marco teórico en el que se mueven las interpretaciones y las propuestas alternativas, no es el propio sino uno prestado. Nosotros consideramos que esto es lo que ocurre, precisamente, cuando tratamos de definir los regímenes latinoamericanos, y más precisamente el peruano, a través de patrones desarrollados por los europeos o por los estadounidenses, con historias y tradiciones tan distintas a las nuestras. En definitiva, creemos que la tipología de los regímenes latinoamericanos responde a una historia y a una configuración social y política de la sociedad muy distinta que la que tuvieron los países líderes de Europa y los Estados Unidos de Norteamérica.

Por consiguiente, creemos que los grandes modelos teóricos de organización del poder de dichas realidades, son tan inaplicables a la estructura constitucional latinoamericana y peruana, como lo fueron en su momento los conceptos políticos que los conquistadores trajeron a América en el siglo XVI y pretendieron aplicar aquí para entender la realidad azteca o incaica (asunto en el cual, por supuesto, no está en discusión la buena fe de este error).

En resumen, consideramos que hay aculturación no debidamente filtrada cuando miramos los regímenes latinoamericanos con conceptos europeos y norteamericanos.

La consecuencia en el diseño de alternativas de solución es también dramática: buena parte de la discusión latinoamericana de los últimos años sobre reforma del régimen político, ha circulado en torno a si debemos o no adoptar formas parlamentarias. El parlamentarismo tiene una historia muy precisa en espacio y tiempo: ocurre en Europa en la lucha de los pueblos contra el poder absoluto de los monarcas. En países como los latinoamericanos no hay monarcas, ni hay tampoco una legitimidad de lucha parlamentaria como para pretender que pueda arrancar el poder a algún otro poder del Estado. Más bien al revés: sistemáticamente, la elaboración constitucional latinoamericana ha tratado de consolidar el poder del Presidente de la República. Y cuando decimos esto no queremos decir consolidación del poder en el Ejecutivo porque, en realidad, nuestras constituciones personalizan el poder en el Presidente de la República. La discusión sobre el parlamentarismo no tiene, en nuestro criterio, ningún futuro en una historia política, y en una configuración de fuerzas sociales y políticas que es tan distinta a las condiciones en las que el parlamentarismo se desarrolló en Europa.

Lo que debemos hacer los latinoamericanos es estudiar nuestros regímenes políticos tal como son: liberarlos de la carga ideológica y cultural de los esquemas del Norte y tratar de elaborar una tipología propia, en base a la forma cómo hemos desarrollado nuestro propio constitucionalismo. Luego, en función de ello, debemos estudiar cómo pueden operar en nuestro medio las diferentes fórmulas que el constitucionalismo universal ha desarrollado en los últimos doscientos años de historia. En otras palabras, consideramos que la discusión sobre régimen político en América Latina no debe discurrir entre el presidencialismo, el parlamentarismo o el semipresidencialismo: debe bajar un peldaño y abordar el tema de cómo utilizamos los mecanismos de poder para lograr qué propósitos. Así, luego, podremos tener esquemas de organización constitucional más razonados, más adecuados a nuestra realidad y más operativos en la práctica.

Nohlen, que ha trabajado intensamente el tema en relación a América Latina, parece decir esto mismo en el siguiente párrafo:

Como conclusión de este apartado debe insistirse en que el récord bastante aplaudido de las formas de gobierno democrático en Europa durante la posguerra, reside en su carácter de tipo parlamentario

«estabilizado». En América Latina, por el contrario, arrastra una tradición presidencialista. Por esa realidad, el presidencialismo debe ser el punto de partida para cualquier análisis o reforma del sistema de gobierno, incluyendo las propuestas hacia el semipresidencialismo (8).

En la parte propositiva de este trabajo, intentamos hacer este tipo de trabajo.

140.2 Los órganos constitucionales con poderes específicos

La Constitución ha establecido varios órganos de esta naturaleza:

- El Tribunal Constitucional.
- El Ministerio Público.
- La Defensoría del Pueblo.
- El Jurado Nacional de Elecciones.
- La Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- El Registro Nacional de identificación y Estado Civil.
- El Consejo Nacional de la Magistratura
- El Banco Central de Reserva del Perú.
- La Contraloría General de la República
- La Superintendencia de Banca y Seguros.

A primera vista podría parecer que cada uno de ellos es un órgano con funciones especializadas que no pertenece al poder del Estado sino a una situación intermedia entre el poder y la administración. Nosotros consideramos que ello es un error. De distintas maneras, cada uno de ellos comparte poder y, es más, probablemente ejercen funciones que en algún momento formaron parte indiscutible del núcleo de atribuciones soberanas de otros órganos:

- El Tribunal Constitucional tiene función jurisdiccional y es inter-

(8) NOHLEN, Dieter. *Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas*. En *Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 59.

prete indiscutido de la Constitución cuando emite sentencia. Además, resuelve conflictos sobre las competencias señaladas en la Constitución o en las leyes orgánicas. Esto es ejercitar una cuota específica de poder, pero muy importante.

- El Ministerio Público tiene las prerrogativas de la investigación y la acusación pero, por sobre todo, vigila la legalidad de la vida social y política y defiende a la sociedad. Parecen funciones subordinadas, dentro de un esquema de atención profesional técnico-jurídica, pero en realidad se trata de responsabilidades políticas exclusivas que, cuando no son desarrolladas adecuadamente, producen intranquilidad y desorden.
- La Defensoría del Pueblo no tiene facultades decisorias, es cierto, pero tiene la atribución de investigar y denunciar ante el Congreso y, también, de dirigirse directamente al pueblo. Ejerce un poder moderador, no coactivo, pero que incluye la posibilidad de interponer acciones y enviar recomendaciones a la administración pública.
- El Jurado Nacional de Elecciones tiene atribuciones jurisdiccionales en materia electoral y es una especie de censor de los cargos políticos del país pues determina quien tiene y quien no tiene la representación popular en todo proceso de elección de autoridades.
- La Oficina Nacional de Procesos Electorales regula y ejecuta los procesos electorales. Puede emitir normas que establecen reglas de conducta obligatorias para todas las personas e instituciones del país, incluida la fuerza pública (ver el artículo 186 de la Constitución).
- El Registro Nacional de identificación y Estado Civil también opera como un censor de los ciudadanos. Da documentos de identidad y certifica quien tiene y quien no tiene derechos políticos.
- El Consejo Nacional de la Magistratura nombra y sanciona a magistrados judiciales y del ministerio público, y dentro de esto último tiene funciones jurisdiccionales que pueden ser apreciadas del artículo 142 de la Constitución. Son funciones que antes tuvieron, precisamente, los poderes políticos y la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial.

- El Banco Central de Reserva del Perú tiene autonomía constitucionalmente establecida para acuñar moneda, regular la moneda y el crédito, y administrar las reservas internacionales. Son funciones que, desde siempre, pertenecieron a la soberanía del Estado.
- La Contraloría General de la República tiene facultades de investigación y determinación de responsabilidades administrativas en todos los ámbitos de manejo de recursos del Estado. Es una función de policía que pertenece también de manera típica al poder del Estado y la ejercita de acuerdo a sus propios criterios, sin intervención alguna de terceros.
- La Superintendencia de Banca y Seguros tiene también facultades de investigación y sanción que pueden tener consecuencias en diversos ámbitos de la sociedad, tanto en lo público como en lo privado. Y hay que notar que por accidente no es sino ella la que figura en la Constitución, pero que con posterioridad han aparecido varias otras con funciones similares, en adición al INDECOPI que no tiene nombre de superintendencia pero también realiza tareas de supervigilancia en materia de mercado y competencia. Estos órganos son crecientemente importantes en la nueva estructura del Estado y sustituyen funciones de control y sanción que antes hacían otras dependencias del Poder Ejecutivo.

Por estas razones, nosotros consideramos que aunque especializada, estos órganos comparten el llamado *poder soberano* del Estado con los tres órganos clásicos. Esto hace ver, también, que la idea tradicional de un Estado central organizado en base a tres órganos que tenían repartidas entre sí las competencias, cede hacia otras formas de organización del poder y que deben ser estudiadas dentro de marcos teóricos adecuados que no son los de la separación de poderes sino los de las magistraturas romanas.

Es bastante obvio que muchas de las limitaciones que aparecen a estos órganos para su adecuado funcionamiento consisten en limitaciones por el hecho de que no tienen legitimación electoral (lo que comparten con el Poder Judicial) frente a Ejecutivo y Legislativo que sí la tienen. En la parte propositiva de este trabajo desarrollamos más extensamente estas ideas y algunas alternativas de organización.

140.3. El gobierno regional y local

La Constitución no ha desarrollado casi el concepto de regiones y ha reducido considerablemente el tratamiento de los gobiernos locales en relación a la Constitución de 1979.

En materia de las regiones, a partir del texto de la Constitución no se puede afirmar si serán simples demarcaciones territoriales con fines de mayor eficiencia administrativa en el uso de los recursos, o si serán verdaderos gobiernos dentro de su territorio. Llama a lo primero el que el órgano colegiado sea de coordinación y a lo segundo el que el presidente de la región vaya a ser electo (ver el artículo 198 de la Constitución). En la parte pertinente, comentamos los proyectos de ley sobre descentralización que existen y en ellos se puede notar la misma indefinición: algunos dan a las regiones una estructura predominantemente administrativa y otros predominantemente política.

En materia de gobiernos locales, se ratifica la larga tradición de reconocerles autonomía y funciones específicas, con legitimidad popular. Los gobiernos locales mantendrán entonces su significación y prerrogativas formales para todo el territorio nacional.

Cabe destacar que los gobiernos regionales (si llegan a existir como tales) y los gobiernos locales, forman parte de la estructura de poder del Estado que, así, tiene tres niveles si incorporamos al Gobierno Central. Las competencias de cada uno de ellos son establecidas globalmente en la Constitución y con mayor detalle en las leyes, particularmente para el caso de las regiones y los gobiernos locales.

Es muy importante que la descentralización de tareas funcione con respeto de todos ellos y particularmente del gobierno central que, tradicionalmente tomó para sí buena parte de las atribuciones más útiles de regiones y municipalidades. La existencia de un Tribunal Constitucional que puede resolver en última instancia los conflictos de competencia puede colaborar a que las reglas se respeten mejor que en el pasado.

La descentralización es muy importante y no sólo como fenómeno político: también desde el punto de vista de lo económico, como hemos visto al tratar el tema de la remodelación institucional del Estado en las

nuevas relaciones económicas y sociales, es importantísima para lograr estabilidad y progreso. En los comentarios específicos hacemos referencia a varios otros aspectos de la descentralización entre los cuales destaca, desde luego, el fenómeno presupuestario y particularmente el de la inversión pública.

TITULO IV

CAPITULO I

PODER LEGISLATIVO

141. TITULO IV, CAPITULO I: PODER LEGISLATIVO

El cambio más impactante de la Constitución de 1979 a la de 1993 en lo que al Poder Legislativo se refiere es el paso al unicameralismo, que conlleva cambios profundos tanto en la parte orgánica como en la de funcionamiento y distribución de atribuciones entre sus diversos componentes.

En la Constitución de 1979 existían en realidad cuatro órganos dentro del Poder Legislativo:

- El Senado que cumplía funciones de colegisladora con la Cámara de Diputados pero, además, tenía tareas de *Cámara Alta* como, por ejemplo, nombrar o ratificar a determinados altos funcionarios del Estado y determinar si se acusaba o no en el procedimiento de antejuicio político.
- La Cámara de Diputados que era colegisladora con el Senado pero, además, tenía las funciones propias de la *Cámara Baja* del constitucionalismo tradicional y que se centran en el control político del Poder Ejecutivo, particularmente con la interpe-lación y la censura ministeriales; también tenía la función de acusar ante el Senado a quienes eran sometidos al antejuicio político.
- El Congreso como conjunto, que sesionaba para ciertas ocasiones importantes como el mensaje anual del Presidente de la República o para votar la Ley de Presupuesto, entre otras circunstancias.
- La Comisión Permanente, que adquiriría importancia en época de re-

ceso de las Cámaras porque cumplía funciones esenciales para mantener la continuidad y, eventualmente, podía recibir delegación de las Cámaras para tomar ciertas decisiones. La Constitución de 1979 no se ocupaba de estos asuntos con detalle, pero el Reglamento del Congreso sí.

En la Constitución de 1993, la estructura es algo distinta. El centro del Congreso es el Pleno que consiste en la reunión de todos los integrantes de la cámara única y que es, en rigor, el Congreso mismo en funciones.

Sin embargo, dos elementos complementarios son aquí más importantes que en el sistema bicameral por la fuerza de las cosas:

- En el trabajo legislativo, la labor de preparación de los proyectos por las comisiones del Congreso resulta de vital importancia porque su dictamen será elaborado con mayor precaución que el trabajo que se desarrolla en el Pleno (ya que existe más tiempo y hay menos personas participando), y también porque el trabajo de cada comisión será una primera instancia de vista del tema, para que luego el Pleno funcione como segunda y definitiva instancia de aprobación. Por ello, el artículo 105 de la Constitución dice textualmente: *“Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso”*.
- La Comisión Permanente no sólo asume funciones de suplencia del Pleno cuando se halla en receso. También tiene funciones propias, en varios casos, las de *cámara alta* heredadas del Senado hoy inexistente. Así, por ejemplo, designa o ratifica a determinados altos funcionarios como el Contralor General de la República, el Presidente del Banco Central de Reserva y el Superintendente de Banca y Seguros (artículo 101, incisos 1 y 2 de la Constitución de 1993). También cumple funciones que antes tenía la Cámara de Diputados frente al Senado, como por ejemplo acusar a quienes estén sometidos al antejuicio político (Constitución de 1993, artículo 99).

En definitiva, que el Congreso sea unicameral, no quiere decir que

sólo cuente con el Pleno para realizar sus actividades. La Comisión Permanente y las comisiones dictaminadoras son también órganos importantes, y en ciertas circunstancias indispensables, para el trabajo del Congreso actual.

Desde el punto de vista de las funciones del Congreso, desde luego existe una forma elemental de referirse a ellas enumerando las que contiene el artículo 102 de la Constitución de 1993. Sin embargo, una mirada más profunda, respaldada por lo demás en la teoría, nos hará descubrir que existen tanto la de representación, como la de legislación y la de ejercicio del control político.

El Congreso representa a la sociedad política porque está estructurado pluralmente, en base al principio de representación proporcional establecido en el artículo 187 de la propia Constitución de 1993. A su vez, el artículo 93 comienza señalando que *“Los Congresistas representan a la Nación”*. La suma de estas dos disposiciones hace que al Congreso lleguen todas aquellas fuerzas políticas que tengan respaldo popular razonable, y que los elegidos puedan desempeñar adecuadamente su rol de representantes, no de quienes votaron por ellos, sino de la nación en su conjunto y en igualdad de condiciones cada uno en relación a los demás.

Tal vez el Congreso llegue a representar mejor a la sociedad cuando, realizado el proceso de regionalización del país, los congresistas sean también elegidos en base a representación regional. Por ahora, y en virtud del mandato de la séptima disposición transitoria, elegimos Congreso en distrito único nacional que, obviamente, privilegia a la Capital. Esta disposición transitoria dice: *“El primer proceso de elecciones generales que se realice a partir de la vigencia de la presente Constitución, en tanto se desarrolla el proceso de descentralización, se efectúa por distrito único”*. La Constitución tenía previsto que las regiones hubieran quedado concluidas en 1995 (ver el inciso 1 de la Octava Disposición Transitoria). Como ello no ha ocurrido, las elecciones de 1995 también fueron por distrito único nacional.

La función de representación tiene importancia para expresar públicamente, y dentro del aparato del Estado, todas las opciones políticas más significativas. La publicidad de los debates del Congreso, la inmuni-

dad e inviolabilidad de los congresistas para poder ejercitar adecuadamente su función, y detalles como la obligatoriedad de presentación del gabinete al asumir funciones (artículo 130), o en otros momentos y con frecuencia (artículo 129, parte final), hacen ver que el Congreso es un recinto especialmente dotado para que se debata políticamente en beneficio de la pluralidad, la confrontación de posiciones y el cotejo de ideas que son propios al sistema democrático. Debidamente realizada, la función de representación que tratamos, no sólo es instrumental, sino que fortalece a la democracia.

La función legislativa está anunciada desde el propio artículo 90 que dice: “*El Poder Legislativo reside en el Congreso*” y el inciso 1 del artículo 102 que establece como atribución de este órgano: “*Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes*”.

Al margen de que en los hechos quien legisle más cualitativa y cuantitativamente sea el Poder Ejecutivo la Constitución ha diseñado al Congreso como un órgano legislativo: la mayoría de las atribuciones que le otorga en el artículo 102 (no todas) son, de hecho, formas de legislar.

Pero además, el Congreso está diseñado como un órgano de control político. Esta es, tal vez, la función que menos clara está en la Constitución porque no ha sido abordada con una sistemática adecuada. Sin embargo, una ligera revisión de las principales normas nos podrá dar una idea cabal del instrumental de control político que tiene a disposición el Congreso:

- Los congresistas pueden pedir información a los ministros, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca y Seguros, a los gobiernos locales y a las instituciones que señale la ley, los informes que estime necesarios. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley (Artículo 96 de la Constitución de 1993).
- Puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer ante estas comisiones y tienen poderes expresos de investigación y averiguación sumamente extensos. Ver los artículos 2 inciso 5, 97 y 139 inciso 2 de la Constitución de 1993.

- El Congreso, mediante el procedimiento del Antejucio político, puede acusar a altos magistrados de la República (artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993).
- Puede inhabilitar funcionarios para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlos de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad (artículo 100 de la Constitución de 1993).
- Vela por el respeto de la Constitución y las leyes y dispone para hacer efectivas las responsabilidades (artículo 102 inciso 2 de la Constitución de 1993).
- Da confianza al Gabinete Ministerial cuando se instala (Artículo 130 de la Constitución de 1993).
- Invita al Gabinete o a los ministros a informar (artículo 129 de la Constitución de 1993.).
- Interpela al Gabinete o a los ministros por separado (artículo 131 de la Constitución de 1993).
- Censura al gabinete o a los ministros por separado (artículo 132 de la Constitución de 1993).
- Se reúne de pleno derecho en estado de sitio y aprueba la prórroga de esta modalidad del régimen de excepción (artículo 137 inciso 2 de la Constitución de 1993).

Puede verse de esta enumeración que el Congreso es verdaderamente un órgano de control político y que, en verdad, la vida social y política sería mejor arreglada a Derecho si el Congreso utilizara intensamente todas y cada una de estas atribuciones.

Hay que destacar que si bien varias de las atribuciones de control político del Congreso están dirigidas al Poder Ejecutivo, muchas otras no están dirigidas sólo contra él y que, por consiguiente, la función del Congreso es de control de la vida política de la sociedad en general y no sólo del Poder Ejecutivo, como puede a veces creerse a partir de una lectura superficial de los elementos de la teoría de separación de los poderes.

De entre las muchas modificaciones que la Constitución de 1993 hace a la de 1979 en temas de detalle, aunque importantes en sí mismos, nos interesa destacar dos:

- El carácter de tiempo completo de la función de congresista y la

prohibición de desempeñar cargo, profesión u oficio algunos durante las horas de funcionamiento del Congreso.

- La mayor amplitud que se ha dado a la función de investigación de las comisiones especiales del Congreso, particularmente en el artículo 97.

142. Artículo 90

«Artículo 90.- El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Unica.

El número de congresistas es de ciento veinte. El Congreso se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley.

Los candidatos a la presidencia no pueden integrar las listas de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación a Congreso.

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

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El Congreso de la República fue por primera vez caracterizado por la Constitución de 1823 en los siguientes términos:

«Constitución de 1823, artículo 51.- El Congreso del Perú en quién reside exclusivamente el ejercicio del poder legislativo, se compone de todos los representantes de la nación, elegidos por las provincias».

Las reglas establecidas por la Constitución de 1823 organizaron todo lo fundamental del proceso electoral y ello fue razonable desde que se establecía la forma republicana por primera vez en el Perú. Resumimos las disposiciones más importantes:

- Se establecen colegios electorales de parroquia y provincia (artículo 31).

El colegio de parroquia está conformado por todos los vecinos residentes que tuvieran ejercicio de ciudadanía, presidido por el alcalde o un regidor (artículo 32). La representación ser de un elector por cada doscientos individuos, cualquiera que sea el censo parroquial (artículo 33).

El colegio de provincia está conformado por todos los electores de parroquia reunidos en su capital, presididos por un ciudadano nombrado por ellos mismos (artículo 36).

El artículo 41 estableció la proporción entre el número de población y el número de diputados:

«Constitución de 1823, artículo 41.- Mientras se aumenta considerablemente la población, se declara por base representativa para cada diputado, la de doce mil almas».

Y el artículo 42 añadía: «La provincia que no tuviere este número, pero que pase de la mitad, elegirá sin embargo un diputado. Y la que tuviere esta sobre los doce mil, elegirá dos diputados, y así progresivamente».

- Los requisitos para ejercitar derechos ciudadanos eran los siguientes:

«Constitución de 1823, artículo 34.- Para ser elector parroquial se exige:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Ser vecino y residente en la parroquia.
- 3.- Tener una propiedad que produzca trescientos pesos cuando menos, o ejercer cualquiera arte, u oficio, o estar ocupado en alguna industria útil que los rinda anualmente, o ser profesor público de alguna ciencia».

«Constitución de 1823, artículo 43.- Para el grave encargo de representante es necesario:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Ser mayor de 25 años.
- 3.- Tener una propiedad o renta de ochocientos pesos cuando menos, o ejercer cualquiera industria que los rinda anualmente, o ser profesor público de alguna ciencia.
- 4.- Haber nacido en la provincia, o estar vecino en ella diez años antes de su elección, pudiendo recaer esta en individuos del colegio electoral.

- Se estableció el voto secreto (artículo 46).
- Se estableció la irrenunciabilidad de las condiciones de elector y de diputado. La norma decía:

«Constitución de 1823, artículo 48.- El cargo de elector es inexcusable: lo es también el de diputado, excepto el caso de ser reelegido antes de los cuatro años de haber cesado».

- Regulaba así la elección de senadores:

«Constitución de 1823, artículo 50.- Al día siguiente de la elección de diputados procederán los mismos colegios electorales de provincia a la de senadores; y al siguiente de esta elección, a la de diputados departamentales, observando en todo las mismas formalidades que para el nombramiento de diputados a Congreso».

- Sobre la elección de senadores, las principales normas constitucionales fueron: existirían tres senadores por cada departamento elegidos por las provincias (artículo 87); cada provincia elegiría dos senadores propietarios y un suplente. El cargo de senador duraba doce años (artículo 89). El senado se renovaba por tercios (artículo 89).

- Los requisitos para ser senador eran los siguientes:

«Constitución de 1823, artículo 92.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Cuarenta años de edad.
- 2.- Ser ciudadano en ejercicio.

- 3.- Haber nacido en la provincia o departamento que elige, estar avecindado en él diez años antes de su elección.
- 4.- Tener una propiedad que exceda el valor de diez mil pesos en bienes raíces, o el goce o renta de dos mil pesos anuales, o el ser profesor público de alguna ciencia.
- 5.- Gozar del concepto de una propiedad incorruptible, y ser de conocida ilustración en algún ramo de pública utilidad».

La Constitución de 1826 estableció un Poder Legislativo conformado de la siguiente forma:

«Constitución de 1826, artículo 27.- El poder legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo: su ejercicio reside en tres Cámaras. Primera, de tribunos. Segunda, de senadores. Tercera, de censores».

Cada cámara se compondría en los primeros veinte años por veinticuatro miembros (artículo 28).

Todos los magistrados podían ser reelegidos. Los requisitos para cada caso eran los siguientes:

«Constitución de 1826, artículo 42.- Para ser tribuno es preciso:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Tener la edad de 25 años.
- 3.- No haber sido condenado jamás en causa criminal».

«Constitución de 1826, artículo 46.- Para ser senador se necesitan:

- 1.- Las cualidades requeridas para elector.
- 2.- La edad de treinta y cinco años cumplidos.
- 3.- No haber sido jamás condenado en causa criminal».

El Senado duraba ocho años y se renovaba por mitades cada cuatro (artículo 48).

Para la Constitución de 1828 las principales reglas fueron:

- Un Congreso con dos cámaras: una de senadores y otra de diputados (artículo 10).
- Las elecciones se realizaban por colegios electorales de parroquia y provincia que estaban compuestos por todos los ciudadanos de la circunscripción (artículos 11 y 12).
- Los requisitos para ser elector parroquial eran los siguientes:

«Constitución de 1828, artículo 13.- Por cada doscientos individuos de la parroquia se elegirá un elector parroquial que tenga las calidades:

- 1.- De ciudadano en ejercicio.
- 2.- Vecino y residente en el parroquia.
- 3.- Tener una propiedad raíz o un capital que produzca trescientos pesos al año, o ser maestro de algún arte u oficio, o profesor de alguna ciencia.
- 4.- Saber leer y escribir, excepto por ahora los indígenas con arreglo a lo que prevenga la ley de elecciones”.

- La elección sería de un diputado por cada veinte mil habitantes o por una fracción que pasara de diez mil (artículo 15). Se añadía que la provincia cuya población fuera menor de diez mil habitantes, nombraría sin embargo un diputado (artículo 16).
- Los requisitos para ser diputado estaban en el artículo 19:

«Constitución de 1828, artículo 19.- Para ser diputado se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Tener veinte y seis años de edad.
- 3.- Tener una propiedad raíz, que rinda quinientos pesos de producto líquido al año o un capital que los produzca anualmente, o una renta igual, o ser profesor público de alguna ciencia.
- 4.- Haber nacido en la provincia o al menos en el departamento a que ella corresponde, y tener en la provincia siete años de vecindad, siendo nacido en el territorio del Perú.
- 5.- Los hijos de padre o madre peruanos no nacidos en el Perú,

además de diez años de vecindad, deben ser casados o viudos, o eclesiásticos; y tener una propiedad raíz del valor de doce mil pesos, o un capital que produzca mil pesos al año”.

- Sobre la elección del Senado las reglas básicas que existieron en la Constitución fueron las siguientes:

«Constitución de 1828, artículo 24.- El Senado se compondrá de tres senadores por cada departamento, pudiendo a lo más ser, uno de los tres, eclesiástico secular.

«Constitución de 1828, artículo 29.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- La edad de cuarenta años cumplidos.
- 3.- Tener una propiedad territorial que rinda mil pesos de producto líquido al año, o un capital que produzca anualmente mil pesos, o una renta de igual cantidad, o ser profesor público de alguna ciencia.
- 4.- No haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo pena corporal o infamante”.

La Constitución de 1834 establece un Congreso bicameral. Los diputados son elegidos por representantes a su vez elegidos por colegios electorales de parroquia y provincia (artículos 10 y 11) que están conformados por todos los ciudadanos con sufragio (artículo 12).

- Cada doscientos ciudadanos de parroquia elegían un elector parroquial. (artículo 13).

Los colegios electorales elegían a los diputados en razón de uno por cada veinticuatro mil habitantes, o por una fracción que pase de doce mil (artículo 15). También se establecía que la provincia con menos de doce mil habitantes también nombraba un diputado (artículo 16).

- Los requisitos para ser diputado eran los siguientes:

«Constitución de 1834, artículo 119.- Para ser diputado se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Tener veinticinco años de edad.
- 3.- Tener una propiedad raíz que rinda quinientos pesos de producto líquido al año, o un capital que los produzca anualmente, o una renta igual, o ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio.
- 4.- Haber nacido en la provincia, o al menos en el departamento a que ella corresponde, o tener en la provincia siete años de domicilio siendo nacido en el territorio de la República».

«Constitución de 1834, artículo 20.- Los hijos de padre peruano madre peruana no nacidos en el Perú, además de diez años de domicilio en la provincia que los elige, deben tener una propiedad raíz del valor de doce mil pesos, excepto los que hubiesen nacido de padres ausentes en servicio de la República, con tal que tengan las tres primeras calidades del artículo anterior y siete años de domicilio en la provincia».

- El Senado estaba compuesto por cinco senadores por cada departamento (artículo 25). La elección se hacía en colegios electorales de provincia (artículo 26 inciso 1).
- Los requisitos para ser senador:

«Constitución de 1834, artículo 30.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
- 2.- La edad de cuarenta años cumplidos.
- 3.- Tener una propiedad raíz que rinda mil pesos de producto líquido al año, o un capital que produzca anualmente un mil pesos, o una renta de igual cantidad, o ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio.
- 4.- No haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo pena corporal o infamante.

- Se estableció la reelección y, sólo en ese caso, la renuncia.

La Constitución de 1837 estableció un sistema confederado en el que el Organo Legislativo tendría las siguientes características:

- La Cámara de Senadores se compondrá de quince miembros: cinco por cada una de las Repúblicas Confederadas (artículo 9). Los Senadores serán nombrados por el Jefe Supremo de la Confederación de entre los propuestos por los colegios electorales de cada departamento (artículo 10).
- Para ser senador se requería, según el artículo 13:
 - 1.- Ser ciudadano en ejercicio de la República que le eligiere:
 - 2.- Tener cuarenta años de edad cumplidos.
 - 3.- Una renta de mil pesos al menos, procedente de bienes raíces; o patente que acredite una entrada industrial de dos mil pesos al año.
 - 4.- No haber sido condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada a pena corporal o infamante, ni tener juicio criminal pendiente, en que se hubiese declarado por Juez competente haber lugar a formación de causa.

El artículo 14 decía que también podían ser senadores, sin tener el tercer requisito del artículo precedente:

- 1.- Los Arzobispos y Obispos.
- 2.- Los Generales de mar y tierra.
- 3.- Los Grandes Lejionarios o Dignatarios de las Lejiones de Honor.
- 4.- Los que hubiesen servido por más de cuatro años a alguno de los Ministerios de Estado de la Confederación, o de las Repúblicas Confederadas.
- 5.- Los que hubiesen desempeñado misiones diplomáticas con aprobación del Gobierno General.
- 6.- Los Magistrados de las Cortes Supremas de las Repúblicas Confederadas.
- 7.- Los que hubiesen servido alguna de las prefecturas de departamento durante un período legal.
- 8.- Los individuos que se hubiesen distinguido en la educación de la juventud, en alguno de los establecimientos públicos, al menos por cuatro años, a juicio del Gobierno de cada República».

- Por su parte, la Cámara de representantes se componía: de veintiún individuos, siete por cada una de las Repúblicas Confederadas, y elegidos todos por el Congreso General de la Confederación, de entre los electos por los colegios electorales de cada una de las Repúblicas Confederadas para su respectiva Cámara.

Los miembros de la Cámara de Representantes debían cumplir lo siguiente:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio de la República que le elija.
- 2.- Tener treinta años de edad cumplidos.
- 3.- Tener una renta anual al menos de quinientos pesos, procedente de bienes raíces, o patente que acredite una entrada industrial de mil pesos al año.
- 4.- No haber sido condenado a pena corporal o infamante, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni tener pendiente juicio criminal en que se hubiese declarado por juez competente haber lugar a formación de causa.

- Finalmente se establecían dos normas sobre la representación:

«Constitución de 1837, artículo 18.- Pueden además ser representantes sin tener el tercer requisito del artículo precedente, los comprendidos en el artículo catorce, y los Ministros de las Cortes Superiores de Justicia».

«Constitución de 1837, artículo 19.- Los representantes durarán seis años en el ejercicio de sus funciones, y se renovarían por tercios. Los electos por primera vez saldrán a la suerte en la primera y segunda reunión del Congreso General, quedando el último tercio para renovarse en la tercera reunión».

La Constitución de 1839 estableció las siguientes reglas:

- Un Congreso con dos cámaras: una de senadores y una de diputados (artículo 15).
- Se estableció que los parlamentarios podrían ser reelegidos y solo en ese caso podrían renunciar (artículo 24).

- La forma de representación fue la siguiente: en el caso de los diputados, por cada treinta mil almas, o por una fracción que pase de quince mil, se elegiría un diputado (artículo 28); en la provincia en que hubiere menos de quince mil, se elegiría siempre un diputado (artículo 29); también se elegiría un suplente por cada dos diputados; si fueren tres, serían dos los suplentes, y si uno, uno (artículo 30).

Para el caso de los senadores, se establecía que la cámara se componía de veintiún ciudadanos. Su elección se haría por los departamentos conforme al número que les designara la ley de elecciones, de entre los nacidos en ellos o avecindados al menos por cinco años (artículo 36). Se elegirían, del mismo modo, dos suplentes por cada tres senadores (artículo 37).

- Los requisitos para ser elegido fueron los siguientes:

«Constitución de 1839, artículo 32.- Para ser Diputado se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener treinta años cumplidos de edad.
- 4.- Tener setecientos pesos de renta comprobada con los documentos que señale la ley de elecciones.
- 5.- Haber nacido en la provincia, o en el departamento a que esta pertenece, o tener en ella tres años de residencia.
- 6.- No haber sido condenado a pena infamante, aún cuando se haya alcanzado la rehabilitación de los derechos políticos».

«Constitución de 1839, artículo 38.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener cuarenta años cumplidos de edad.
- 4.- Tener una renta de setecientos pesos procedente de bienes raíces, o una entrada de mil pesos al año, comprobada con los documentos que señale la ley de elecciones.

La Constitución de 1856 estableció las siguientes normas:

- El Poder Legislativo estaba compuesto por Cámara de Senadores y una de diputados (artículo 43).
- La elección se hacía por votación popular directa de los ciudadanos en ejercicio y según la forma que estableciera la ley (Artículo 44).
- La forma representativa se encontraba en el artículo 45:

«Constitución de 1856, artículo 45.- Por cada veinticinco mil habitantes, o por una fracción que pase de quince mil, y por toda provincia, aunque tenga menos de quince mil habitantes, se elegirá un representante y un suplente».

- Finalmente, los requisitos que estableció para los representantes fueron los siguientes:

«Constitución de 1856, artículo 46.- Para ser representante se requiere: ser Peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener veintiocho años de edad, y cinco de domicilio en la República, y una renta de quinientos pesos o ser profesor de alguna ciencia».

La Constitución de 1860 dictó las siguientes normas:

- El Congreso será bicameral: Cámara de Senadores y de Diputados (artículos 44 y 45).
- El artículo 46 estableció las reglas de elección:
«Constitución de 1860, artículo 46.- Se elegirá un Diputado propietario y un suplente por cada treinta mil habitantes, o por cada fracción que pase de quince mil, y por cada provincia, aunque su población no llegue a este número.

Se fijará por una ley el número de Diputados que, según este artículo, corresponda a cada provincia; y no podrá aumentarse sino por disposición previa del Congreso».

- Por su parte, el artículo 48 estableció la forma de elección de los senadores:

«Constitución de 1860, artículo 48.- Se elegirán cuatro Senadores propietarios y cuatro suplentes, por cada Departamento que tenga más de ocho provincias.

Tres propietarios y tres suplentes, por cada Departamento que tenga menos de ocho y más de cuatro provincias.

Dos propietarios y dos suplentes, por cada Departamento que tenga menos de cinco provincias y más de una; y

Un propietario y un suplente, por cada Departamento que tenga una sola provincia o por cada provincia litoral».

- El artículo 47 estableció los requisitos para ser diputado y el 49 los necesarios para ser senador,

«Constitución de 1860, artículo 47.- Para ser Diputado se requiere:

- 1.- Ser peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener veinticinco años de edad.
- 4.- Ser natural del Departamento a que la provincia pertenezca, tener en él tres años de residencia.
- 5.- Tener una renta de quinientos pesos, o ser profesor de alguna ciencia».

«Constitución de 1860, artículo 49.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener treinta y cinco años de edad.
- 4.- Una renta de mil pesos anuales, o ser profesor de alguna ciencia».

- Se estableció que los diputados y senadores podrían ser reelectos y sólo en ese caso se podría renunciar al cargo (artículo 58).

La Constitución de 1867 estableció las siguientes reglas:

- Un Congreso de una sola cámara (artículo 45).
- El procedimiento de elección fue establecido en el artículo 47, aunque los detalles fueron dejados a la ley de la materia:

«Constitución de 1867, artículo 47.- En todas las Provincias se elegirá un Representante propietario y un suplente, aunque la población no llegue a quince mil habitantes. Cuando el número de habitantes sea mayor, se elegirá un Representante por cada veinticinco mil habitantes y otro por las fracciones que pasen de quince mil».

- Los requisitos para ser representante se hallaban establecidos en el artículo 48:

«Constitución de 1867, artículo 48.- Para ser Representante se requiere: haber nacido en el Perú, ser ciudadano en ejercicio, y natural del Departamento, o tener en la provincia dos años de residencia».

- Se estableció que los representantes podían ser reelectos y sólo en ese caso sería renunciable el cargo (artículo 58).

Según la Constitución de 1920, las reglas fueron las siguientes:

- El Poder Legislativo tendría mandato de cinco años y su renovación coincidiría con las elecciones presidenciales. (Artículo 70).
- Habría elección popular directa de parlamentarios. (Artículo 70).
- El Congreso estaría conformado por un Senado de treinticinco miembros y una cámara de ciento diez diputados. La votación se haría por circunscripciones departamentales y provinciales. (Artículo 72).
- El artículo 74 establecía los requisitos para ser diputado y el 75 los requisitos para ser Senador:

«Constitución de 1920, artículo 74.- Para ser Diputado Nacional o Regional se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento;
- 2.- Ciudadano en ejercicio;
- 3.- Tener veinticinco años de edad;
- 4.- Ser natural del Departamento a que la provincia pertenezca o tener en él dos años de residencia debidamente comprobada.

«Constitución de 1920, artículo 75.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser peruano de nacimiento;
- 2.- Ciudadano en ejercicio;
- 3.- Tener treinta y cinco años de edad.

- Sobre reelección y posibilidad de renuncia a la función legislativa, decía el artículo 82:

«Constitución de 1920, artículo 82.- Los Diputados o Senadores podrán ser reelectos y sólo en este caso será renunciable el cargo». Finalmente, la Constitución de 1933 estableció las siguientes normas:

- El Congreso tendría una Cámara de Diputados, elegida por sufragio directo para un período de cinco años y de renovación total al expirar el mandato, y de un Senado Funcional. (Artículos 89 y 93). (La ley 9178 diría que la Cámara de Diputados debía ser elegida por seis años).
- Sus miembros serían elegidos en la forma y número que determinara la ley (artículos 90 y 91).
- El Senado también era elegido para un periodo de seis años y se renovaba por tercios cada dos años. La ley 9178 estableció su renovación íntegra al expirar el mandato.
- Los requisitos para ser diputado y senador, se hallaban en el artículo 98:

«Constitución de 1933, artículo 98.- Para ser Diputado se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio, haber

cumplido veinticinco años de edad, y ser natural del departamento a que pertenece la respectiva circunscripción electoral o tener en él tres años de residencia continua.

Para ser Senador se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio y haber cumplido treinticinco años de edad».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Varios artículos de la Constitución de 1979 anteceden al que comentamos ahora. Son los siguientes:

“Artículo 164.- El Congreso se compone de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados.

Durante el receso funciona la Comisión Permanente”.

“Artículo 165.- El Senado es elegido por las regiones, de conformidad con la ley”.

“Artículo 166.- El Senado se elige por un período de cinco años. El número de Senadores elegidos es de sesenta. Además son senadores vitalicios los expresidentes constitucionales de la República, a quienes no se considera para los efectos del Art. 169.

Los candidatos a la presidencia y vicepresidencias pueden integrar las listas de candidatos a Senadores o Diputados”.

“Artículo 167.- La Cámara de Diputados es elegida por un período de cinco años.

Se renueva íntegramente al expirar su mandato o en caso de ser disuelta conforme a la Constitución.

El número de Diputados es de ciento ochenta. La ley fija su distribución tomando en cuenta principalmente la densidad electoral. Toda circunscripción tiene por lo menos un Diputado”.

“Artículo 171.- Para ser Senador o Diputado se requiere ser pe-

ruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio y haber cumplido por lo menos 35 años en el primer caso, y 25 en el segundo”.

El Congreso de la Constitución de 1979 era bicameral; el de la Constitución de 1993 es unicameral. Una de las razones de este cambio (no la única) establecida por la mayoría del Congreso Constituyente fue la de que el Legislativo era demasiado numeroso. Consiguientemente, se produjo una reducción en el número de congresistas: doscientos cuarenta en la Constitución de 1979 y ciento veinte en la de 1993.

En ambas Constituciones la elección ocurre para un período de cinco años. Los requisitos para ser congresista en la Constitución de 1993, son los mismos que para ser diputado en la de 1979.

Una diferencia saltante entre ambas Constituciones es que la de 1979 permitía la candidatura simultánea a la Presidencia de la República y al Congreso de la misma persona, en tanto que la de 1993 prohíbe dicha simultaneidad.

Análisis exegético

El artículo comienza estableciendo como definición básica del Congreso el ser detentador del Poder Legislativo, esto es, del poder de hacer las normas con rango de ley.

Esta es una definición poco clara y distinta:

- No es *distinta* porque el poder legislativo reside principalmente en el Congreso pero no únicamente en él. También el Poder Ejecutivo dicta normas con rango de ley mediante los decretos de urgencia (más importantes en cantidad y calidad de lo que pudiera anunciar el inciso 19 del artículo 118). Por lo tanto, el Poder Legislativo reside principalmente en el Congreso, pero no únicamente en él. Inclusive, existen ciertos órganos que también dictan normas de rango legislativo que son impugnadas por la Acción de Inconstitucionalidad aún cuando no sean exactamente leyes en el sentido de rango de ley: las ordenanzas municipales y las normas regionales de carácter general. Razón adicional para considerar poco *distinta* la definición dada.

- Es *poco clara* porque el Congreso no es sólo la sede del Poder Legislativo en los términos señalados en el párrafo anterior, sino porque tiene otra función tan o más importante en la teoría y en los hechos: la de control político de la vida del país para lo cual tiene instrumentos de control interórgano muy importantes y también facultades de investigación sobre cualquier asunto de interés público.

Además, el Congreso tiene desde los orígenes del órgano legislativo, la importantísima función de *representación de la sociedad política* por excelencia, en la medida que está conformado de manera plural para representar en su seno todas las posiciones políticas significativas del país.

Mucho de esto que decimos puede constatararse a partir del artículo 102 de la Constitución pero también, entre otros, de los artículos 96, 97, 99, 100, 129, 131, 132, 133 y 137 inciso 2 entre otros.

Hubiera sido deseable o no dar definición alguna del Congreso, o dar una más completa que la que consta en este artículo.

Según la parte final del primer párrafo, el Congreso consta de cámara única. Esta disposición varía una tradición constitucional peruana de doble cámara y la discusión sobre si es mejor uno u otro sistema sigue abierta.

Las ventajas que generalmente se asignan al sistema de doble cámara son:

- Una cámara controla a la otra y permite una mejor función legislativa del Congreso como conjunto.
- La *Cámara Alta* (denominada Senado en la historia constitucional del Perú) que existió en todas las Constituciones menos en la de 1967. Ha estado conformada por políticos experimentados y mayores que dan una mayor estabilidad y sabiduría al trabajo parlamentario.
- Se permite un doble sistema de representación del pueblo si cada cámara es elegida por variable distinta (por ejemplo, una incorpora

representantes por cada cierto número de votantes, en tanto que la otra por regiones).

- Es posible diferenciar ciertas funciones de manera que no sea el mismo Pleno el que resuelva todos los asuntos que competen al Legislativo. Generalmente la *Cámara Alta* será más institucional (nombra funcionarios de alto rango, ratifica ciertas decisiones del Ejecutivo, decide sobre proceso a personas con inmunidad, etc), en tanto que la *Cámara Baja* es más política: interpela y censura, o abre investigaciones a personas con inmunidad, por ejemplo.

Por otro lado, la fundamentación de establecer un sistema de cámara única gira principalmente en torno a los siguientes argumentos:

- Es más eficiente y rápido que el sistema de doble cámara porque los proyectos de decisiones no tienen que ir y venir de una cámara a otra para ser aprobados.
- Puede facilitar el trabajo parlamentario estableciendo una relación más fluida entre las comisiones y el pleno porque ellas resultan mucho más importantes en la cámara única que en el sistema de doble cámara ya que son el mecanismo de control interno del trabajo.
- Como parte importante del trabajo se hace en comisiones, no en pleno, las fuerzas políticas están obligadas a trabajar como equipos de personas, con especializaciones según las comisiones a las que asiste cada congresista. Esto mejora el trabajo a realizar.
- Al permitir un menor número de representantes, cuesta menos que un Congreso voluminoso de doble cámara. Nosotros estimamos que esta no es una razón válida tanto porque puede haber más representantes en la cámara única que en la doble, como porque el costo total del Congreso en el Presupuesto de un Estado no es suficientemente significativo para ser una variable determinante de las decisiones de organización interna. Sin embargo, lo consideramos porque ha sido utilizado en la discusión política del país.

Un sistema de cámara única, para funcionar adecuadamente, debe-

ría ser fiel al principio establecido en el artículo 105: «*Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso*».

Esta norma es muy importante en un Congreso unicameral porque es la garantía de que los asuntos a legislar sean debidamente estudiados y analizados antes de producir la norma. En la parte pertinente analizaremos algunos casos de la historia reciente que muestran que esta norma no ha sido siempre observada. Si ello ocurre, se debilita la seriedad del funcionamiento del Poder Legislativo, y se rebaja la calidad democrática de la vida nacional.

Dos conocidos constitucionalistas peruanos han expresado opiniones divergentes al respecto. Domingo García Belaunde ha escrito:

[...] no comparto la tesis bicameral, que hoy está en crisis y que no creo que tenga razón de ser, salvo en los Estados Federales. En efecto, no creo que se justifique la existencia de una segunda cámara, tal como ha funcionado en nuestra historia constitucional. Si analizamos por ejemplo el texto de 1933, veremos que al tener el mismo origen (elección popular) e idénticas facultades, se desprende que una no viene a ser sino el remedo de la otra. Si las dos hacen lo mismo, entonces una está de más. No tiene sentido dilatar la obra legislativa sin beneficio de nadie (9).

Y luego añade:

Personalmente y aun aceptando el peso que tales argumentos tienen —y que aquí sólo hemos esbozado— debemos manifestar que no llegan realmente a convencernos, pues creemos que en los actuales momentos es preferible la Cámara única. Analizando los argumentos antes señalados podríamos darles la respuesta siguien-

(9) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1991, pp. 73-74.

te: en cuanto al aseguramiento de una mayor representatividad, podríamos responder que ella puede lograrse con una más alta composición numérica de la Cámara, de tal manera que el resultado sea un verdadero espectro de la opinión pública. En lo que se refiere a la precipitación de las decisiones que podría tener una Cámara única, y que la dualidad sería una garantía frente a tales excesos, creemos que se trata de un argumento de peso, pero halla su contrapartida en otros institutos. Debemos tener presente además que lo que caracteriza al parlamento moderno no es precisamente la rapidez, sino la lentitud, con lo cual en vez de corregir el mal, contribuimos a gravarlo. Pensamos además que la presencia de la Cámara única presupone necesariamente la facultad de disolución que debe otorgarse al Poder Ejecutivo, derecho que, para evitar la omnipotencia del Ejecutivo, podría limitarse a una vez por período gubernamental, de tal manera que sería el electorado quien en última instancia dirimiese el conflicto. Por último, y en lo referente a la facultad o posibilidad de árbitro que tendría la segunda Cámara en la eventualidad de un conflicto de Poderes, ello también se resuelve mediante la disolución antes anotada, y sobre todo con la introducción en nuestro sistema del veto presidencial, el cual sería suspensivo, con la posibilidad de ser superado por la Cámara únicamente mediante una mayoría altamente calificada (10).

Por su parte, Enrique Bernales Ballesteros es partidario del bicameralismo:

La óptica constitucional contemporánea apunta hacia la pérdida progresiva de facultades de la segunda Cámara, o hacia su especialización, pero no a su desaparición. En América Latina el bicameralismo es también bastante amplio: Bolivia —Cámara de Diputados y Cámara de Senadores—, Colombia —Senado y Cámara de Representantes—, Venezuela —Senado y Cámara de Diputados—, Argentina —Senado y Cámara de Diputados—, Brasil —Senado Federal y Cámara de Diputados—, Chile —Senado y Cá-

(10) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1991, pp. 129-130.

mara de Diputados—, Paraguay —Cámara de Senadores y Cámara de Diputados— y Uruguay —Cámara de Senadores y Cámara de Representantes—. Como se puede apreciar, la gran mayoría de Cartas adoptan el modelo bicameral.

La excepción del grupo analizado son Ecuador y Perú. En el primer país nombrado, la Constitución de 1984 estableció la unicameralidad, con resultados hasta la fecha negativos no sólo para la producción legislativa sino también para la estabilidad del régimen político. En realidad, este tipo de Congreso donde sí existe es en las repúblicas centroamericanas, cuya extensión territorial y población son pequeñas, y por lo tanto el sistema de representación es relativamente proporcional. En estos países, la unicameralidad se ha adoptado por razones estrictamente prácticas (11).

Por nuestra parte, en publicaciones anteriores nos hemos pronunciado por el unicameralismo como una forma más eficiente, siempre que el trabajo de comisiones sea modernizado y tratado como un trámite indispensable del trabajo legislativo y de control político. Sin embargo, reconocemos que cualquiera de los dos sistemas de organización del Congreso puede ser utilizado siempre y cuando se observe sistemáticamente el conjunto de reglas aplicables a cada tipo de organización.

La experiencia peruana de unicameralismo a partir de 1992 ha sido poco feliz no por la existencia de una mayoría absoluta oficialista (cosa que no tendría porqué causar problemas si es decisión del pueblo) sino por la forma en que dicha mayoría ha entendido que consiste su hegemonía parlamentaria: la ha tomado no solamente como el derecho a decidir, sino como la improcedencia de la discusión y de la concertación con la minoría. De esta manera, se produce una hegemonía de la mayoría con procedimientos reñidos con los principios de pluralismo, la tolerancia y concertación que son esenciales a la democracia. Nada de esto que decimos cuestiona el derecho de la mayoría a hacerse de la decisión final. Cuestiona que la democracia son procedimientos y ellos no han sido de-

(11) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 377.

bidamente tomados en cuenta. Sin embargo, no hay que confundir a *esta mayoría* de la que hemos hablado con el *unicameralismo* en el Perú. Será perfectamente posible encontrar un Congreso unicameral con otras reglas de funcionamiento real, como también hubo en el pasado congresos bicamerales que se comportaron con los mismos criterios que éste de los años noventa. En otras palabras, los accidentes y características de una determinada fuerza política en el Congreso, no deben ser por ellos mismos adscritos a la estructura unicameral o bicameral en la que actúe.

Y si hacemos las diferencias analíticas necesarias, podemos concluir lo que hemos dicho: que bajo forma unicameral o bicameral, el Congreso puede funcionar adecuadamente.

El número de congresistas está fijado en ciento veinte que, utilizado como total para la representación de los distintos segmentos de la población, permite elaborar una estructura de distritos electorales departamentales según la cual cada Departamento, incluidos los menos poblados, pueda tener cuando menos un representante, al tiempo que se mantiene una proporcionalidad adecuada entre representantes y representados.

Sin embargo, no es necesariamente la mejor cifra para la representación en un país de veintitrés millones de personas y de más de doce millones de ciudadanos: las matemáticas gruesas indican una representación promedio de un congresista por cada cien mil ciudadanos y cada doscientos mil habitantes, que es bastante alta. De otro lado, hay que tomar en cuenta que la población migra rápidamente con lo que los elementos de la representación cambian y, también, que está en constante crecimiento.

Por todas estas consideraciones, coincidimos con Enrique Bernaldes cuando manifiesta su disconformidad con el hecho que la cantidad sea constitucionalmente establecida, y también encontramos atendibles sus razones para pensar que la determinación de representantes tiene que tener en cuenta otros elementos como, por ejemplo, el censo:

En realidad, son cada vez menos las constituciones que fijan tan arbitrariamente, como la de 1993, el número de representantes. Debe tenerse presente que el número está directamente vinculado al

censo electoral y al grado de representación efectiva que el electorado debe tener en el Parlamento, sea éste unicameral o bicameral. Si la representación es el criterio que está a la base del Parlamento, resulta inaceptable prescindir de esta idea invocando razones insuficientes, como por ejemplo el que un número menor «agiliza» el trabajo legislativo (12).

De acuerdo a lo dicho, pensamos que tal vez la mejor solución es que la Constitución establezca un número mínimo de representantes, o un rango de mínimo y máximo, dentro del cual la ley haga las determinaciones correspondientes al censo electoral, a la dispersión geográfica de la población y a los distritos electorales fijados.

Continúa el artículo diciendo que el Congreso se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. La ley de que se trata es la Ley de Elecciones, que aunque no es ley orgánica y por tanto podría ser delegada en el Poder Ejecutivo, es mejor que por lo delicado de su contenido, sea discutida y aprobada por el Congreso. Este es un argumento no estrictamente jurídico pero sí de principio democrático: parece razonable de acuerdo a la estructura del Estado, que una Ley de Elecciones sea tratada en el contexto del pluralismo político del Congreso, que no en el ambiente generalmente monocorde que para efectos políticos tiene el Gabinete Ministerial reunido con el Presidente de la República. Es más, consideramos que hubiera sido deseable que la Constitución establezca que nada de la legislación electoral puede ser delegado en el Poder Ejecutivo. Si concordamos los artículos 101 y 194 vemos que no fue así y que, cuando menos formalmente, la delegación procedería.

Un aspecto muy importante de la legislación electoral en relación a la estructura del Congreso, es la determinación de la forma de elección de los congresistas, cosa que no ha sido establecida en el texto constitucional. La elección correspondiente a 1995 fue hecha por distrito nacional único, lo que siempre perjudica la representación de las provincias por la predominancia capitalina de los candidatos (y de los elegidos)

(12) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 382.

cuando se trata de tal sistema. Hubiera sido deseable que la Constitución indicara, cuando menos, que la cámara única tendrá una parte de representación provincial. No lo hizo así y eso puede tener un efecto perverso en la centralización del poder en el Perú.

El tercer párrafo tiene explicación en una norma de la Constitución de 1979 que autorizó a que los candidatos a la presidencia de la República pudieran ser simultáneamente candidatos al Congreso. De esta manera, se permitía que muchos ciudadanos con legítimo interés político, apostaran a ser congresistas pero poblaran las elecciones nacionales, al mismo tiempo, de candidaturas a la Presidencia. Para evitar este fenómeno se optó por exigir que el candidato a la Presidencia no sea candidato al Congreso para que quien no tiene posibilidad de alcanzar la Presidencia, sólo candidatee en la lista parlamentaria. En cambio, sí es razonable que los candidatos a las vicepresidencias puedan ser candidatos al Congreso porque mientras hay Presidente de la República en ejercicio, la condición de los vicepresidentes es de magistrados sin absolutamente ninguna responsabilidad en la tarea de gobierno. (Por supuesto, un vicepresidente podrá ser ministro o tener alguna otra responsabilidad de esa naturaleza, pero ejercerá funciones en tanto dichas responsabilidades, no en tanto vicepresidente de la República).

Sólo los peruanos de nacimiento pueden ser congresistas (ver el artículo 52 de la Constitución), y además deben haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio. De entre quienes han alcanzado la edad, no gozan de él:

- Quienes no están inscritos en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).
- Quienes no gozan de su capacidad civil que son todos aquellos que han sido interdictados por el procedimiento civil pertinente (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
- Quienes cumplen sentencia con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad (Artículo 34 de la Constitución).

143. Artículo 91

«Artículo 91.- No pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección:

1. Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General, y las autoridades regionales.

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

3. El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, el Superintendente de Administración Tributaria, el Superintendente Nacional de Aduanas y el Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones. Y

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

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La lista de prohibiciones para ser elegido parlamentario ha sido inmensa y ha tenido numerosas variaciones a lo largo del tiempo. Las principales categorías de prohibición han sido las siguientes:

- El Presidente de la República y demás altos funcionarios del Poder Ejecutivo nacional, departamental y provincial (artículo 20 de la Constitución de 1828; artículo 21 de la Constitución de 1834; artículo 33 de la Constitución de 1839; artículo 47 de la Constitución de 1856 si no han dejado el cargo dos meses antes de la elección; artículo 50 de la Constitución de 1860; artículo 49 de la Constitución de 1867 según el cual los ministros tienen que haber dejado el cargo un año antes y los prefectos seis meses antes; artículo 76 de la Constitución de 1920; artículo 99 de la Constitución de 1993).

- Los miembros del alto clero (artículo 20 de la Constitución de 1828; artículo 21 de la Constitución de 1834; artículo 33 de la Constitución de 1839; artículo 47 de la Constitución de 1856; artículo 51 de la Constitución de 1860; artículo 49 de la Constitución de 1867; artículo 76 de la Constitución de 1920).
- Los eclesiásticos que desempeñen la cura de almas (artículo 47 de la Constitución de 1856; artículo 49 de la Constitución de 1867).
- Los curas por las provincias a que pertenecen sus parroquias (artículo 51 de la Constitución de 1860).
- Los vocales de la Corte Suprema (artículo 20 de la Constitución de 1828; artículo 21 de la Constitución de 1834; artículo 50 de la Constitución de 1860; artículo 49 de la Constitución de 1867; artículo 76 de la Constitución de 1920; artículo 99 de la Constitución de 1993).
- Los vocales de las Cortes en los departamentos donde ejercen jurisdicción (artículo 47 de la Constitución de 1856; artículo 50 de la Constitución de 1860; artículo 51 de la Constitución de 1860; artículo 49 de la Constitución de 1867; artículo 76 de la Constitución de 1920; artículo 99 de la Constitución de 1993).
- Los jueces de primera instancia en los distritos de su jurisdicción (artículo 33 de la Constitución de 1839; artículo 47 de la Constitución de 1856; artículo 50 de la Constitución de 1860; artículo 49 de la Constitución de 1867; artículo 76 de la Constitución de 1920; artículo 99 de la Constitución de 1993).
- Los empleados públicos que puedan ser removidos directamente por el Poder Ejecutivo (artículo 50 de la Constitución de 1860; artículo 76 de la Constitución de 1920; artículo 99 de la Constitución de 1993).
- Los empleados de la tesorería y contaduría general de la República (artículo 20 de la Constitución de 1828; artículo 49 de la Constitución de 1867).
- Los administradores de aduanas por las provincias donde desempeñan su cargo (artículo 49 de la Constitución de 1867).
- Los comandantes militares por los lugares en que estén de guarnición (artículo 20 de la Constitución de 1828; artículo 21 de la Constitución de 1834; artículo 33 de la Constitución de 1839; artículo 47 de la Constitución de 1856; artículo 49 de la Constitución de 1867).
- Los militares que estén en servicio en la época de la elección (ar-

título 50 de la Constitución de 1860; artículo 99 de la Constitución de 1993).

- Los militares donde tengan cualquier colocación militar en la época de la elección (artículo 51 de la Constitución de 1860).

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede al dispositivo bajo comentario es la siguiente:

“Artículo 172.- No pueden ser elegidos Diputados ni Senadores, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección:

1. *Los Ministros de Estado, el Contralor General, los Prefectos, Subprefectos y Gobernadores.*
2. *Los miembros del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Consejo Nacional de la Magistratura.*
3. *Los presidentes de los órganos descentralizados de Gobierno. Y*
4. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo”.*

Las dos Constituciones impiden postular al Congreso, si no han renunciado seis meses antes, (esto es, les imponen condiciones de inelegibilidad) a las siguientes personas:

- Ministros.
- Contralor General.
- Jueces.
- Fiscales.
- Miembros del Tribunal Constitucional.
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

La Constitución de 1979 añadía a los Prefectos, subprefectos y go-

bernadores que ya no son mencionados en la de 1993. Esta, en cambio, prohíbe la postulación de *las autoridades regionales* en las mismas condiciones vistas. ¿Quiere esto decir que el constituyente de 1993 ha levantado el impedimento a las autoridades políticas mencionadas, o que las incorpora en el concepto *autoridades regionales*? Difícil saberlo pero, en cualquier caso, es obvio que los prefectos y sus subordinados no son autoridades regionales sino representantes del Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, técnicamente, se puede decir que en la referencia a prefectos, subprefectos y gobernadores, la inelegibilidad no existe. Esto es, en nuestro criterio, una inmensa equivocación que debe ser corregida porque si alguien puede utilizar todo el poder regional del Estado para hacerse elegir es alguno de estos funcionarios políticos.

También la Constitución de 1979 prohibía postular sin renuncia a los presidentes de los órganos descentralizados del gobierno, a los que tampoco menciona la Constitución de 1993 y, por tanto, hay que concluir que la inelegibilidad ha sido levantada.

Fuera de lo dicho, la Constitución de 1993 añade inelegibilidades a otros órganos que no mencionó la Constitución de 1979. Impide postular a los siguientes funcionarios si no han renunciado seis meses antes:

- Viceministros.
- Miembros del Jurado Nacional de Elecciones.
- Defensor del Pueblo.
- Presidente del Banco Central de Reserva.
- Superintendente de Banca y Seguros.
- Superintendente de Administración Tributaria.
- Superintendente Nacional de Aduanas
- Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones.

Análisis exegético

Estas prohibiciones se establecen con la finalidad de que, quienes tienen poder dentro del Estado, no puedan simultáneamente ser candidatos a cargos públicos de manera que utilicen dicho poder en favor de su campaña electoral, o que lo ejerzan pensando más en la elección que en

la función que les toca cumplir. En nuestro criterio, también debería figurar aquí el Presidente de la República *a fortiori*, aunque en los hechos será difícil que el Presidente actuante sea candidato al Congreso en el período siguiente.

A nuestro juicio, de la lectura de los cuatro incisos aparecen dos problemas de interpretación:

- El primero es si los prefectos, gobernadores y tenientes gobernadores están también obligados a renunciar seis meses antes para postular. Se podría pensar que están incorporados entre las autoridades regionales pero eso no es así porque autoridades regionales son aquellas a las que se refieren los artículos 188 y siguientes de la Constitución. Los prefectos y demás autoridades de la misma naturaleza son representación del Poder Ejecutivo en las circunscripciones territoriales del país.

La situación es más compleja aún desde el punto de vista interpretativo porque, de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, las normas que restringen derechos no se aplican por analogía, de manera que no podemos establecer una restricción de esta naturaleza por esa vía.

Evidentemente, la Constitución está mal elaborada en este punto y debiera ser corregida incorporando a las autoridades políticas mencionadas. Por lo demás, a nosotros nos parece inaceptable que un Prefecto pueda ser candidato a Congreso mientras simultáneamente detenta dicho cargo. En virtud de estas consideraciones, y del principio de *ratio legis* contenido en esta parte de la Constitución, consideramos que debería tenerse por constitucional una norma que prohibiera a dichas autoridades postular si no renunciaron. Sin embargo, el defecto de la Constitución es evidente.

- + El segundo problema tiene que ver con el inciso tercero. Aparentemente, la Constitución ha previsto que quienes son Superintendentes dentro del Estado no postulen simultáneamente al ejercicio del cargo. La enumeración que hace el inciso es completa a la fecha de promulgación de la Constitución pero, resulta, que posteriormente se ha establecido otras superintendencias. Sus cabezas: ¿pueden o no postular al Congreso sin renunciar?

Nuevamente se produce un defecto técnico de la Constitución, por falta de previsión en la política legislativa. Consideramos que las leyes específicas, o la propia ley de elecciones, podrían establecer la prohibición. En fundamento de esta afirmación (y de los problemas que interpretativamente la rodean), podemos remitirnos a los argumentos que hemos dado inmediatamente antes sobre el problema de las autoridades políticas, porque la naturaleza de la discusión es la misma.

El cuarto inciso abre la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo puedan ser candidatos, pero para ello deberán dejar la situación de actividad seis meses antes de la elección. La situación del personal castrense se rige por las leyes orgánicas de sus respectivas instituciones.

El efecto jurídico de estas disposiciones, es que las personas que ocupan los cargos antedichos y que no renunciaron seis meses antes, no podrán ser inscritos válidamente como candidatos por los órganos del Sistema Electoral.

144. Artículo 92

«Artículo 92.- La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.

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

La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o

que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

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

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La lista de incompatibilidades es sumamente larga y diversa. Prácticamente todos los dispositivos constitucionales que existieron, tuvieron una aproximación diferente al problema. Es uno de los pocos temas en los que esa notable diversidad existe. Por ello, hacemos transcripción de todos:

«Constitución de 1826, artículo 31.- Los miembros del cuerpo legislativo podrán ser nombrados vice-presidente de la República, ó secretarios de Estado, dejando de pertenecer a su Cámara.»

«Constitución de 1839, artículo 54.- El cargo de Diputado ó Senador, cesa por el nombramiento de Consejero de Estado.»

«Constitución de 1856, artículo 52.- Vaca de hecho el cargo de representante por admitir, durante su período, cualquier empleo, cargo ó beneficio cuyo nombramiento ó presentación dependa exclusivamente del jefe del Poder Ejecutivo.»

La versión original del artículo 56 de la Constitución de 1860 fue la siguiente:

«Constitución de 1860, artículo 56.- Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado, por admitir cualquier empleo, cargo ó beneficio, cuyo nombramiento ó presentación dependa exclusivamente del Poder Ejecutivo”.

Fue sustituido por las leyes de 3 de enero de 1879 y 10 de setiembre de 1887, que le dieron esta versión final:

Constitución de 1860, artículo 56.- Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado, por admitir cualquier empleo, cargo ó beneficio, cuyo nombramiento, presentación ó propuesta haga el Poder Ejecutivo; excepto el de Ministro de Estado.

«Constitución de 1867, artículo 56.- Vaca de hecho el cargo de Representante por admitir cualquier empleo ó cargo, cuyo nombramiento dependa de algún modo del Poder Ejecutivo».

«Constitución de 1920, artículo 77.- Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y todo empleo público, sea de la Administración Nacional, sea de la local. Los empleados de beneficencia o de Sociedades dependientes en cualquier forma del Estado, se hallan incluidos en esta incompatibilidad».

«Constitución de 1920, artículo 81.- Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado por admitir cualquier empleo, cargo o beneficio cuyo nombramiento, presentación o propuesta haga el Poder Ejecutivo. Sólo se exceptúa el cargo de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, con la aprobación de la Cámara respectiva, y no pudiendo en tal caso prolongarse la ausencia del Diputado o Senador en comisión por más de una Legislatura ordinaria. Podrán aceptarse, igualmente, comisiones gratuitas del Poder Ejecutivo».

«Constitución de 1933, artículo 101.- Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquiera función pública, sea de la administración nacional, sea de la departamental o de la municipal. Están comprendidos en esta incompatibilidad los empleados de las Sociedades Públicas, de Beneficencia, de los Concejos Departamentales o Municipales y de las corporaciones dependientes en alguna forma del Poder Ejecutivo».

«Constitución de 1933, artículo 102.- La ley fijará las incompatibilidades entre el mandato legislativo y los cargos de gerente, apoderado, gestor o abogado de empresas extranjeras o nacionales que tengan contratos con el Estado, exploten fuentes nacionales de producción o administren rentas o servicios públicos, o de instituciones en las que intervenga directa o indirectamente el Poder Ejecutivo».

«Constitución de 1933, artículo 103.- Vaca de hecho el mandato legislativo por admitir cualquier empleo, cargo o beneficio cuyo nombramiento o cuya presentación o propuesta correspondan al Poder Ejecutivo. Se exceptúa el cargo de Ministro de Estado. Exceptúase también de desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, con ausencia del Diputado o del Senador en comisión por más de un año. Podrán aceptarse, igualmente, comisiones gratuitas del Poder Ejecutivo, previa la autorización de la respectiva Cámara».

«Constitución de 1933, artículo 106.- Los Senadores y los Diputados no pueden celebrar por sí, ni por interpuesta persona, contratos con la administración nacional, ni con la administración departamental o municipal, ni obtener concesiones de bienes públicos.

No están incluidas en esta prohibición las concesiones ordinarias de minas, aguas y terrenos de montaña.

Los Diputados y los Senadores no pueden admitir de nadie mandato para gestionar negocios en los que intervengan en ejercicio de sus funciones, las autoridades administrativas en general.

La transgresión de estas prohibiciones lleva consigo la nulidad del acto y la pérdida del mandato legislativo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que anteceden a éste que comentamos son:

“Artículo 173.- Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional, previa autorización, en este último caso, de la Cámara respectiva.

También hay incompatibilidad con la condición de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del Directorio de empresas que tienen contratos de obras o aprovisionamiento con el Estado o administran rentas o servicios públicos.

Así mismo hay incompatibilidad con cargos similares en empresas que, durante el mandato del Representante, obtengan concesiones del Estado”.

“Artículo 174.- Los Senadores y Diputados están prohibidos:

- 1. De intervenir como miembros del Directorio, abogados, apoderados, gestores o representantes de Bancos estatales y de empresas públicas o de economía mixta.*
- 2. De tramitar asuntos particulares de terceros ante los órganos del Poder Ejecutivo. y*
- 3. De celebrar por sí o por interpósita persona contratos con la administración pública, salvo las excepciones que establece la ley”.*

Ambas Constituciones tienen como normas en común las siguientes:

- Incompatibilidad del mandato de congresista con tener responsabilidades en empresas que tienen con el Estado contratos de obras, aprovisionamiento o administración de rentas o servicios públicos que puedan ser clasificadas en los siguientes conceptos: gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del directorio. La Constitución de 1993 añade en estos casos también la función de mandatario y aplica las incompatibilidades a todas las empresas que tengan contratos de suministro con el Estado. Ambas son especificaciones contra las que no cabe oposición, aunque sí hay que anotar que en el lenguaje global que utiliza la Constitución, todos estos casos pueden ser perfectamente considerados dentro de las previsiones de la Constitución de 1979 (que prohíbe representaciones y se refiere a las empresas que abastezcan al Estado mediante contrato). Si bien el mandato no es la representación ni el abastecimiento el suministro, las analogías son evidentes y la razón de hacerlos incompatibles con el mandato parlamentario también.
- Ambas Constituciones, a su vez, hacen incompatible la función de congresista con cargos similares en empresas que, durante el man-

dato, obtengan concesiones del Estado. La Constitución de 1993 también incluye en la incompatibilidad los cargos similares que se pueda tener en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

A todas estas normas, la Constitución de 1993 añade dos requisitos no existentes en la de 1979:

- El carácter de tiempo completo de la función de congresista.
- La prohibición de desempeñar cargo, profesión u oficio algunos durante las horas de funcionamiento del Congreso.

Análisis exegético

Este artículo contiene normas de muy diversa naturaleza que lo hacen desordenado y asistemático. Hubiera sido mejor que cada norma tuviera su propio artículo, para así evitar confusiones y, sobre todo, para diferenciar claramente las instituciones una de otra.

El primer párrafo es uno de naturaleza laboral aunque la relación del congresista con el Congreso no sea exactamente de ese carácter.

Declara que el congresista se dedica a su función tiempo completo. Esta norma puede entenderse de dos maneras:

- Una, como que el congresista tiene que cumplir una cierta jornada de trabajo en el Congreso, con horas de dedicación que deben constituir, mientras no se diga lo contrario, ocho horas diarias y cuarentiocho semanales, según establece el artículo 25 de la propia Constitución. Esta sería una interpretación literal del artículo y relativamente incompatible con la función de congresista que no puede estar sometida a jornada de trabajo pero no sería imposible adoptarla y, desde un punto de vista esencialmente técnico-jurídico, es la más correcta por la forma impropia en que se expresa este artículo.
- Otra, más razonable a nuestro juicio, es considerar que el congresista está preferentemente dedicado a esta labor, de manera que si tiene que elegir entre un compromiso laboral de otra naturaleza y el

trabajo del Congreso, debe optar por este último. Se entiende que mientras la otra labor o el ejercicio profesional no sean incompatibles con dicho trabajo, puede llevarlos a cabo. El Reglamento del Congreso aprobado en Junio de 1995 parece adscribir a esta posición cuando establece:

«Reglamento del Congreso, Artículo 18.- La función de Congresista es de tiempo completo. Comprende los trabajos en las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de las Comisiones, así como en el Grupo Parlamentario y la atención a los ciudadanos y las organizaciones sociales, y cualquier otro trabajo parlamentario, eventualmente, la asunción de algún cargo en la Mesa Directiva o en el Consejo Directivo del Congreso».

El segundo párrafo establece una incompatibilidad entre el ejercicio del mandato de congresista y cualquier otra función pública. El congresista no puede realizar otras labores públicas, salvo la de Ministro y comisiones extraordinarias de carácter internacional autorizadas por el Congreso. Este último caso es, por ejemplo, el de quienes viajaron al exterior durante 1995, para en nombre del país informar a otras sociedades sobre la posición peruana en relación a los límites con el Ecuador o, también, el realizar misiones diplomáticas especiales en nombre del país.

La prohibición que hemos visto se fundamenta en la separación de poderes y en la inconveniencia de que quienes deben controlar a los demás, sean empleados sujetos a ellos, particularmente al Poder Ejecutivo. Las misiones extraordinarias se pueden aceptar precisamente por su carácter excepcional y porque siempre hay que dejar espacio para que un congresista especialmente capacitado para ellas, pueda llevarlas a cabo en beneficio del país. La excepción de autorizar al congresista a ser Ministro de Estado se funda en la realidad: siempre los presidentes han llamado parlamentarios para cumplir esa función, y no podría ser de otra manera pues, muchos de los políticos más destacados, forman parte del Congreso.

La ley 25080 del 12 de Agosto de 1989, estableció que los Senadores y Diputados no estaban impedidos de postular a cargos de Alcalde o Regidor durante el período que durara su mandato legislativo. En virtud de esta disposición, algunos parlamentarios postularon a cargos munici-

pales y, cuando salieron elegidos, se produjo el problema de saber si podían renunciar al mandato parlamentario o si podían ejercitar los dos cargos.

En la Constitución de 1993 la postulación de un congresista a cargo edil resultaría imposible porque la función parlamentaria es irrenunciable según la primera parte del artículo 95 y también es incompatible con cualquier otra función pública. En realidad, si el congresista postulara, caería en incompatibilidad o tendría que renunciar. Ninguna de las dos posibilidades es jurídicamente válida.

Por ello se dictó la Ley 26534 del 02 de Octubre de 1995 que establece lo siguiente:

«Ley 26534, artículo 1.- El mandato de los Congresistas de la República se ejerce en nombre de la Nación y es irrenunciable expresa o tácitamente ya sea directa o indirectamente».

«Ley 26534, artículo 2.- Los Congresistas de la República están impedidos de postular o aceptar cargos, candidaturas, nombramientos o comisiones, que importen el ejercicio simultáneo de la función pública con las excepciones establecidas por el artículo 92 de la Constitución Política del Estado.

Los Congresistas a partir de la instalación del Congreso cesan automáticamente en el ejercicio de cualquier función pública distinta de las previstas en la Constitución.

Asimismo, desde ese momento los congresistas no pueden desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso».

En nuestro criterio el sentido de estas normas es inequívoco: los congresistas no pueden pensar en postulaciones a cargos alternativos al que desempeñan, durante su mandato.

El tercer y cuarto párrafos prohíben a los congresistas cierto tipo de vinculaciones con las empresas:

- Que tengan contratos de obras con el Estado.
- Que tengan contratos de suministro con el Estado.
- Que tengan contratos de aprovisionamiento con el Estado.
- Que administren rentas públicas.
- Que presten servicios públicos.
- Que hayan recibido concesiones del Estado.
- Que pertenezcan al sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

La razón, evidentemente, es que si los congresistas tuvieran este tipo de relaciones, sería posible que utilicen su poder para beneficiarlas en perjuicio del Estado o de la sociedad en su conjunto. Es más, si la prohibición no existiera, no sería raro que las empresas más poderosas buscaran incorporarlas entre sus trabajadores o consejeros, a fin de obtener estos beneficios. Es una sana previsión para poder combatir la corrupción pública aunque, ciertamente, una norma como ésta no basta para ello.

145. Artículo 93

«Artículo 93.- Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.»

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

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

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 trajo dos normas que cubrían la inviolabilidad y la inmunidad de los parlamentarios:

«Constitución de 1823, artículo 57.- Los diputados son inviolables por sus opiniones, y jamás podrán ser reconvenidos ante la ley por las que hubieren manifestado en el tiempo del desempeño de su comisión».

«Constitución de 1823, artículo 59.- En las acusaciones criminales contra los diputados no entenderá otro juzgado ni tribunal que el del Congreso, conforme a su reglamento interior; y mientras permanezcan las sesiones del Congreso, no podrán ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas».

El artículo 33 de la Constitución de 1826; el artículo 42 de la Constitución de 1828 trató el tema de la inviolabilidad de manera semejante a la Constitución de 1823, pero introdujo una variación importante en la inmunidad: el caso de delito flagrante que merezca pena capital, como dice su texto:

«Constitución de 1826, artículo 32.- Ningún individuo del cuerpo legislativo podrá ser preso durante su diputación, sino por orden de su respectiva Cámara, a menos que sea sorprendido infraganti en delito que merezca pena capital».

La inmunidad también fue tratada particularmente por la Constitución de 1828 en su artículo 43. Es importante señalar que esta Constitución añadió también un artículo sobre la forma de retirar el fuero a los parlamentarios:

«Constitución de 1828, artículo 43.- Mientras duren las sesiones del Congreso, no podrán los Diputados y Senadores ser demandados civilmente, ni ejecutados por deudas. En las acusaciones criminales contra algún miembro de las Cámaras, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cesado su cargo, no podrá procederse sino conforme al artículo 31».

«Constitución de 1828, artículo 44.- Los poderes de los diputados y

senadores no se pueden revocar durante el tiempo de su comisión, sino por delito juzgado y sentenciado según los artículos 31 y 32».

Las Constituciones de 1834 y 1837 no añaden nada nuevo al tratamiento de la inviolabilidad y la inmunidad.

La Constitución de 1839 tampoco añade a la inviolabilidad, pero trae una norma sobre representatividad nacional y desagrega la inmunidad:

«Constitución de 1839, artículo 16.- Los Diputados y Senadores son representantes de la nación».

«Constitución de 1839, artículo 18.- Los Diputados y Senadores, no pueden ser acusados ó presos desde el día de su elección, hasta tres meses después de concluidas las sesiones, sin previa autorización del Congreso, con conocimiento de causa, y en su receso del Consejo de Estado, a no ser en caso de delito in fraganti, en el que será puesto inmediatamente a disposición de su Cámara respectiva, ó del Consejo de Estado».

«Constitución de 1839, artículo 20.- Ningún individuo del Cuerpo Legislativo podrá ser demandado civilmente, ni ejecutado por deudas, desde su elección, hasta tres meses después de concluidas las sesiones».

En los artículos 50 y 51 de la Constitución de 1856 no hay nada que resaltar respecto de este tema. La Constitución de 1860 hace una declaración genérica sobre la inviolabilidad en su artículo 54, pero trae normas particulares en el caso de la inmunidad:

«Constitución de 1860, artículo 55.- Los Senadores y los Diputados no pueden ser acusados ni presos, sin previa autorización del Congreso, y en su receso, de la Comisión Permanente, (10) desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes después de cerradas; excepto infraganti delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente a disposición de su respectiva Cámara, ó de la Comisión Permanente, en receso del Congreso.

El artículo 53 de la Constitución de 1867 no trae nada nuevo sobre la inviolabilidad. Sus normas sobre inmunidad son, también, particulares:

«Constitución de 1867, artículo 54.- Los Representantes no pueden ser acusados ni detenidos durante las sesiones, sin previa autorización del Congreso, salvo el caso de flagrante delito, en el cual serán puestos inmediatamente a disposición del Cuerpo Legislativo».

«Constitución de 1867, artículo 55.- Tampoco pueden ser acusados ni detenidos, un mes antes ni un mes después de las sesiones, sin previo acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia; salvo el caso de flagrante delito, en el cual serán puestos a disposición de la Corte Suprema para su juzgamiento conforme a la ley».

Las Constituciones de 1920 y 1933 no añaden nada significativo sobre inviolabilidad e inmunidad. Sí es interesante el aporte de la Constitución de 1933 sobre la ausencia de mandato imperativo para los representantes a Congreso:

«Constitución de 1933, artículo 92.- Los Diputados y los Senadores representan a la Nación, y no están sujetos a mandato imperativo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que constituye antecedente de la que comentamos es la siguiente:

“Artículo 176.- Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo.

No son responsables ante autoridad ni tribunal algunos por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones.

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

Con las variaciones debidas al cambio desde la bicameralidad a la

unicameralidad, los artículos de ambas Constituciones tienen idéntico contenido normativo.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo establece los principios a que está sujeta la representación de los congresistas. Los elementos son dos:

- Los congresistas representan a la Nación, es decir, que cada uno de ellos representa a todos los ciudadanos idealmente configurados en el cuerpo nacional. La representatividad del congresista no depende ni de la cantidad de votos que obtuvo, ni del lugar de donde viene su representación, ni de la lista política en la que participó. Desde el punto de vista jurídico-político, todas esas diferencias se borran cuando se trata de sopesar el derecho que tiene cada congresista de ejercitar sus funciones: las cumple representando a todos los peruanos, sean muchos o pocos los que hayan votado por él.

Sobre el concepto de que los congresistas representan a la Nación, Enrique Bernaldes sostiene que, siendo ello cierto, no lo es menos que no puede pretenderse atomizar la representación en tantos individuos como congresistas existan. También están los partidos que son una realidad evidente desde principios del siglo XX y que tienen una parte de la representación al haberla canalizado y facilitado. De hecho, el reconocimiento de los grupos parlamentarios en el artículo 94 de la Constitución, no es sino una venia al ingreso de los partidos al mundo del Congreso. Dice Bernaldes:

“Pero la Constitución no puede formular un extremo que signifique atentar contra la unidad y la disciplina de los partidos políticos. Debe entenderse, por tanto, que la representación parlamentaria no significa atomización. Los parlamentarios representan a la Nación, pero ejercen tal representación en nombre de los partidos y organizaciones políticas que facilitaron su elección. El que no estén sujetos a mandato imperativo no debe interpretarse como independencia absoluta y deslealtad partidaria. Al contrario, son voceros y expresan el punto de vista de sus movimientos, coordinando con ellos a través de sus respectivas estructuras y defendiendo sus propuestas programáticas. Como se sabe, el Parlamento es por su propio ori-

gen, composición y funciones, el lugar de encuentro y diálogo de las fuerzas que expresan el pluralismo ideológico de la Nación. Los partidos, a su vez, son la concreción del pluralismo” (13).

Este fenómeno que Bernales reclama en relación a la representación tanto individual de cada congresista, como en relación a una determinada lista que le da también un contexto orgánico-partidario a dicha representación, está reconocido en la propia Constitución cuando el artículo 94 habla de los *grupos parlamentarios*, a los cuales nos referimos en el comentario pertinente.

- No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. Mandato imperativo consiste en que el sujeto a él deba defender posiciones y votar en función de las directivas que haya recibido de sus representados. Desde que los congresistas representan a la Nación, no existe grupo alguno que pueda imponerles sus propios puntos de vista al tomar decisiones. Por consiguiente, no puede haber voto imperativo sobre ellos.

La ausencia de mandato imperativo, sin embargo, no debe hacer olvidar el congresista fue elegido en base a unas promesas y a una plataforma que iba a condicionar ideológica y políticamente su labor. Este vínculo entre lo prometido y lo que se debe realizar no es sólo una declaración de naturaleza política: tiene que ser el vínculo real entre elector y elegido. Si no, efectivamente la elección democrática no tendría casi sentido. Dice Bernales:

“La no sujeción al mandato imperativo, si bien dota de la necesaria estabilidad a los representantes y los salvaguarda de una perniciosa dependencia de grupos, no puede ser entendida, tampoco como una especie de «cheque en blanco». En toda elección política, existen lineamientos ideológicos y propuestas concretas que sirven para que el candidato sea identificado y eventualmente elegido. Estos elementos, sin duda alguna, están relacionados directamente con su elección, en la medida en que su variación o ausencia podrían ha-

(13) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 387.

ber generado un cambio en la intención del voto de los ciudadanos. En este sentido, debe entenderse que el mandato tiene como guía este perfil de comportamiento y el conjunto de promesas o compromisos de acciones concretas, debiendo existir también, como necesario correlato, una responsabilidad exigible por la ciudadanía” (14).

Tampoco puede haber interpelación de sus representados, porque debería ser una interpelación de toda la Nación y eso es imposible de hacer. Por esto mismo, los congresistas no están sujetos a la revocación de mandato ni a la rendición de cuentas establecidas en los artículos 17 inciso 2 y 31 de la Constitución.

En la teoría, sin embargo, se ha discutido recientemente si se puede seguir manteniendo el concepto de no sujeción a mandato imperativo, habida cuenta que los partidos dan instrucciones de voto precisas a sus parlamentarios:

“Por otro lado, distinguía Kelsen las mutaciones no derivadas de una interpretación evolutiva y distinta del texto de las normas, sino creadas como consecuencia de una praxis política en abierta contradicción con el contenido de la Constitución. Sería, por ejemplo, el caso del mandato imperativo que, expresamente prohibido en la mayoría de los textos constitucionales -entre ellos el nuestro (art. 67.2)- se presenta, no obstante, como una realidad indiscutible de la actual democracia representativa, en la que los diputados se ven obligados a seguir los dictados de los partidos políticos sin poder actuar espontánea y libremente” (15).

El segundo párrafo establece lo que se denomina la inviolabilidad parlamentaria y que es la irresponsabilidad del congresista por las opiniones y votos que emita en ejercicio de sus funciones, esto es, en las comisiones y el Pleno del Congreso, y en todo acto en el que esté ejerciendo

(14) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Parlamento y democracia*. Lima, Constitución y Sociedad, 1990, pp. 190-191.

(15) VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid. Editorial Tecnos S.A., 1988, p. 183.

la representación que ha recibido de la Nación (16). La inviolabilidad impide que autoridad u órgano jurisdiccional algunos, se hagan cargo de denuncias, procedimientos o acciones judiciales de ser el caso, contra congresistas por dichos votos u opiniones. Inviolabilidad, en síntesis, significa que el congresista no puede ser jurídicamente atacado por las opiniones que exprese en ejercicio de su función. Desde luego, las expresiones que pueda hacer en su vida privada sí podrán ser objeto de acción judicial. A veces es muy difícil distinguir cuando un congresista está realizando su función y cuándo está realizando actos de vida privada. En general, sin embargo, las diferencias entre estos dos mundos son claras.

El Reglamento del Congreso aprobado en junio de 1995 dice respecto de este tema:

«Reglamento del Congreso, artículo 16.- Los Congresistas no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente a más tardar dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. La inmunidad de proceso no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra y sean derivadas de sus actos privados.

Si como resultado de un proceso el órgano jurisdiccional estimara conveniente y necesario dictar alguna medida que implique privación de la libertad de un Congresista, se procederá solicitando al Congreso o a la Comisión Permanente que la autorice o no».

(16) Como veremos en esta parte del desarrollo, en el Perú distintos autores utilizan de diversa manera los vocablos inviolabilidad e inmunidad. Nuestra apreciación sobre ellos es que la inviolabilidad se refiere a las prerrogativas dadas a los congresistas respecto a la responsabilidad sobre sus votos y opiniones y que la inmunidad es la que corresponde a la necesidad de recurrir al Congreso (a través de diversos procedimientos que desarrollamos luego) cuando es necesario detenerlos y enjuiciarlos.

Sobre la inviolabilidad dice Enrique Bernales:

Es evidente que la inmunidad es una garantía para los votos y opiniones en el ejercicio de las funciones parlamentarias. El asunto es además claro mientras se trate de los votos emitidos en la Cámara, pero no lo es tanto, según algunos analistas, con relación a las opiniones emitidas. Todo lo que opine el parlamentario fuera de su recinto de su Cámara y del horario habitual de sus actividades, es opinión correspondiente al ejercicio de sus funciones? En principio sí, porque la condición de parlamentario es un estatuto especial que acompaña a éste mientras dure su mandato. En virtud, la opinión sostenida en una sesión de Cámara, como la que se emite en un programa de televisión o en cualquier otro sitio, no sólo proviene de la misma persona, sino que estaría amparada por el estatuto de la inmunidad (17).

Y, considerando que el abuso de la inviolabilidad puede conducir a circunstancias inaceptables de impunidad del Congresista que, por ejemplo, podría difamar con ventaja, sostiene el mismo Bernales:

Es conveniente por lo tanto y en resguardo de esta necesaria institución, que los reglamentos de las Cámaras regulen los alcances de la inmunidad y que las Cámaras actúen con severidad en los casos y situaciones en que ella sea utilizada para pretender una conducta impune que en ningún sistema democrático puede tolerar (18).

Hasta aquí la inviolabilidad sobre las opiniones y votos emitidos en ejercicio de la función. Ahora bien, en referencia a aquellas situaciones en las que el congresista debiera ser detenido porque ha cometido un delito, tiene la prerrogativa de la inmunidad y, en relación a ella, debemos distinguir dos situaciones:

- La primera, que se trate de un delito de función. En ese caso es

(17) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 222.

(18) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 223.

procedente el antejuicio político establecido en los artículos 99 y 100 de la Constitución.

- La segunda consiste en que haya cometido un delito común. En este caso tampoco irá automáticamente preso, pues se necesita de la autorización del Pleno del Congreso de que habla el último párrafo de este artículo.

Dice Chirinos Soto al respecto:

El parlamentario es, pues, inviolable. No puede ser procesado ni preso, salvo en caso de delito flagrante. Ese delito no es delito de función —para el que existen los mecanismos del juicio político— sino delito común, respecto del cual el Congreso o la Comisión Permanente, autoriza o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. De modo que, aún en el caso de flagrante delito común, el Congreso o la Comisión Permanente puede no autorizar la privación de la libertad y el enjuiciamiento” (19).

Domingo García Belaunde, por su parte, ratifica esta opinión:

La inmunidad está referida a aspectos penales (antiguamente comprendía también aspectos civiles), conocida en el derecho sajón como «inmunidad de arresto». Consiste en la protección del parlamentario frente a cualquier tipo de detención, a través de un determinado proceso o fuera de éste.

Esta protección cubre la comisión de delitos comunes y los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En el caso del delito común, existe el desafuero, y luego el juzgamiento por el juez de la causa.

Para el caso del delito de función debe darse la acusación constitucional, y el juzgamiento a cargo de la Corte Suprema (20).

-
- (19) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 161.
- (20) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Lima, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., 1992, p. 123.

Así, el último párrafo de este artículo establece la inmunidad que consiste en que un congresista no puede ser detenido ni procesado, por asunto jurídico alguno, mientras ello no haya sido autorizado por el Congreso o, dado el caso, por la comisión permanente.

Según Tirado, es un prerequisite de procedibilidad:

Con relación a la inmunidad parlamentaria existe cierta unanimidad en considerarla como un requisito de procedibilidad en los casos en que existe un proceso penal iniciado contra un parlamentario, requisito que consiste en recabar del órgano legislativo la autorización para la continuación del proceso penal.

Así, se ha señalado que «...la inmunidad consiste, en esencia, en una autorización que, salvo el caso del flagrante delito, deberá emitir el Parlamento con carácter previo a todo arresto, detención o encausamiento judicial que pudiera desembocar en privación de la libertad para el diputado, autorización que, según el común parecer doctrinal, no entra en el fondo del asunto, es decir, no lleva aparejado un veredicto de culpabilidad o inocencia respecto de la conducta del diputado...» (21).

La inmunidad cubre un espacio de tiempo que va desde que los congresistas son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Cesan en la función el último día en que les haya sido jurídicamente posible ir al Congreso como congresistas. Sin embargo, sí se supone que es difícil decidir «*cuando son elegidos*» porque el término puede querer decir «el día de la votación» o «el día de la proclamación». La interpretación textual nos conduciría a decir que se trata desde el día de la votación, pero es casi imposible de definir en tal oportunidad quien fue y quien no fue elegido. Esto obligaría a considerar inmunes a todos los candidatos hasta el día de la proclamación lo que en nuestro criterio sería una extensión inaceptable de la prerrogativa. Por consiguiente, estimamos que la protección tendría que entenderse que es desde que son

(21) TIRADO, José Antonio. *Inmunidad Parlamentaria y Derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega*. En *Ius et Veritas*. Lima, Asociación Civil Ius et Veritas, año VII, número 12, p. 89.

proclamados ganadores de la elección, momento en el que recién se sabe a ciencia cierta y quien es y quien no es congresista. Tal vez sí sería correcto retrotraer la protección hasta el día de la elección y, por consiguiente, cualquier detención que se hubiera producido en dicho lapso debiera contar con aprobación del Pleno en cuanto se reúna. Sin embargo, consideramos que es mejor interpretar que la inmunidad comienza desde que se produce la proclamación, aunque el congresista esté en ese momento detenido. Debería salir libre y esperarse a la reunión del Pleno para que decida si autoriza o no la detención. En rigor, entonces, sería mejor que la Constitución dijera que son inmunes *«desde el día en que son proclamados»*.

Si se trata de delito flagrante, es decir, que el congresista es detenido en el momento mismo de comisión del crimen, es obvio que no puede ser dejado libre, pero deberá ser puesto dentro de las veinticuatro horas a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente, organismos que, según el caso autorizarán o no la privación de libertad y el enjuiciamiento. Se entiende que se recurrirá al Pleno del Congreso si hay legislatura y a la Comisión Permanente si no la hay. Este procedimiento funciona no importa de qué tipo de delito se trate. Un congresista es inmune aún en el caso de haber cometido un delito estrictamente dentro del ámbito de su vida privada.

Aunque el Congreso tiene el arbitrio de permitir o no el enjuiciamiento, se debe exigir estrictez moral de sus decisiones sobre esta materia para que la inmunidad no termine siendo utilizada ilegítimamente como un escudo de impunidad para la comisión de excesos o, inclusive, de presuntos delitos para con los demás. Dice al respecto Tirado:

La inmunidad parlamentaria puede afectar, si no respeta su finalidad constitucional, dos derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva y el acceso y ejercicio del cargo público.

Como ya señalamos, la inmunidad parlamentaria se configura como un requisito de procedibilidad del proceso penal iniciado contra un parlamentario. Si tal autorización no se produce el proceso penal no puede continuar.

De esta manera se establece un requisito adicional, establecido

en atención de la calidad de parlamentario denunciado penalmente, que no existe en ninguna otra situación. Es decir, la autorización para la continuación del proceso penal constituye una limitación (constitucionalmente establecida) al derecho del que goza todo justiciable, de acudir al órgano jurisdiccional para solicitar una decisión del mismo en torno a una controversia con relevancia jurídica, la misma que se extiende, sin duda, al ámbito penal.

Si se produjera una manipulación de la inmunidad parlamentaria, si al momento de decidir la concesión o no de la autorización para la continuación del proceso penal se atendiese a razones ajenas a la inmunidad parlamentaria, si, finalmente, el Congreso diera cumplimiento al denominado principio de autodefensa (a través del cual, la resolución del pedido de levantamiento de la inmunidad parlamentaria se resuelve, generalmente, a través de su denegación, en un intento de defender corporativamente a la institución parlamentaria) resulta evidente que el obstáculo procesal que significa la inmunidad parlamentaria ha sido utilizado en atención a otros fines que los constitucionalmente previstos, configurando, así, una limitación al acceso al proceso penal absolutamente arbitraria e injustificada, violándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se siente afectado u ofendido por la acción de un parlamentario (22).

El propio Tirado hace notar los criterios centrales que toma en cuenta el Tribunal Constitucional Español cuando aborda el tema de la inmunidad:

Entre los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional español con relación al control de la inmunidad parlamentaria, podemos destacar los siguientes:

(22) TIRADO, José Antonio. *Inmunidad Parlamentaria y Derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega*. En *Ius et Veritas*. Lima, Asociación Civil Ius et Veritas, año VII, número 12, p. 92.

i) El alcance de las prerrogativas parlamentarias debe ser interpretado restrictivamente.

ii) El control de la actividad parlamentaria por parte de los órganos jurisdiccionales no sólo es posible sino que viene exigido por la propia Constitución con el fin de evitar la arbitrariedad y, en consecuencia, el acto de autorización del levantamiento de la inmunidad parlamentaria, si bien es producto de una apreciación política, no está exento del sometimiento a la Constitución.

iii) La inmunidad parlamentaria sólo protege ante la posibilidad de una utilización política del proceso penal contra un parlamentario. La discusión en torno a la responsabilidad penal sólo corresponde realizarse dentro de las garantías de un proceso judicial.

De esta manera, debe descartarse, por configurar una invasión de competencias constitucionalmente consagradas, la posibilidad que el Parlamento pretendiera utilizar los criterios de culpabilidad-inocencia o pronunciarse respecto de la relación jurídico procesal al momento de decidir la concesión de la autorización del procesamiento penal de uno de sus miembros. La única finalidad, constitucionalmente válida, que puede tener la inmunidad parlamentaria es la de evitar la persecución política en contra de un parlamentario (23).

Las ideas fuerza que existen tras esta cita son las siguientes:

- La interpretación restrictiva de las prerrogativas parlamentarias quiere decir que la protección que dan debe ser estricta y no extensiva. Esto equivale a decir que, cuando el daño causado por el Congresista quede en la esfera de duda sobre si debe o no ser protegido, la interpretación debe conducir a que la protección no se aplique y que se levante el fuero. Sólo debe protegerse aquellos casos

(23) TIRADO, José Antonio. *Inmunidad Parlamentaria y Derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega*. En *Ius et Veritas*. Lima, Asociación Civil Ius et Veritas, año VII, número 12, p. 91.

en los que indudablemente existe persecución ilegítima contra el congresista.

- Es deseable que la conducta de los congresistas sea vigilada por el Poder Judicial. Si bien este control no debe asfixiar su actuación política, sí es bueno que los congresistas sepan que hay razones institucionales por las cuales el mal ejercicio de su inmunidad puede conducirlos a quedar sin prerrogativa. Esta será una medida ética del propio Congreso, para salvaguardar los derechos de los demás, de ataques ilegítimos de los congresistas inmunes.
- Al analizar si procede o no el desafuero el Congreso no evalúa los aspectos penales de la conducta del congresista. Solamente debe analizar si la denuncia interpuesta constituye un acto de persecución política. Si no fuera así, y desde luego si existieran razones fundadas para la presentación de la denuncia, debería autorizarse el desafuero. Cualquier consideración del Congreso relativa a la conducta penal del congresista involucrado, sería una intromisión en la labor judicial.

Inviolabilidad e inmunidad son las llamadas *prerrogativas* de los congresistas, y tienen por finalidad protegerlos y proteger al órgano al cual pertenecen de las arbitrariedades del poder material. Protegen a los congresistas porque tienen un fuero especial del que sólo pueden ser despojados por su propio órgano. Protegen al Congreso porque le permiten trabajar sin obstáculos colocados por terceros. Se sabe bien que a veces uno o dos votos en el Congreso pueden hacer la diferencia entre mayoría y minoría. Sería muy fácil intervenir en la votación, por ejemplo para el Ejecutivo, apresando temporalmente a los congresistas necesarios para cambiar el balance de votación. Dice Tirado:

La inmunidad parlamentaria —junto con la inviolabilidad— se constituye como una prerrogativa que, habiendo nacido en los inicios del Estado Moderno, continúa integrando hoy en día el denominado estatuto parlamentario, configurándose como una garantía específica del cargo representativo-parlamentario.

Es importante destacar que cuando se habla de Prerrogativa se hace alusión a «...una sustracción o exención al derecho común

conectada al ejercicio de una función, respecto de la que opera con carácter instrumental, por lo que una desnaturalización de su uso implicaría su desconexión con la función en cuya garantía se halla establecida» (24).

Y por ser prerrogativas de esta naturaleza, no pertenecen a la persona individualmente considerada, sino a la función que ella cumple. Por consiguiente, el titular no podrá renunciar a ellas, sino que solamente podrá solicitar que se le retiren, si así lo considera pertinente:

Siendo las inmunidades garantías de la función parlamentaria más que de las personas que lo usan, consideramos que no son renunciables de motu proprio, con mayor razón, si tenemos en cuenta que el mismo texto del Art. 176 de la Constitución, señala en forma expresa que, los senadores y diputados, «No pueden ser procesados ni presos, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen o de la Comisión Permanente... excepto por delito flagrante...». Lo que significa que si un parlamentario quisiera demostrar su disposición para ser investigado y procesado por el Poder Judicial por un delito que afirma no haber cometido y manifiesta su deseo de renunciar a su fuero parlamentario, siempre necesitaría autorización, y ésta solamente procedería con acuerdo de su Cámara, si se tratara de un delito cometido fuera del ejercicio de su función, y requeriría de un antejudio, si es que se tratara de un delito cometido en el ejercicio del cargo.

El mismo profesor Pareja y Paz Soldán, afirma en forma contundente: «las inmunidades son irrenunciables. El diputado o senador no puede renunciar a sus fueros como tampoco puede renunciar a su investidura» (25).

(24) TIRADO, José Antonio. *Inmunidad Parlamentaria y Derechos fundamentales: apuntes en torno al caso del congresista Javier Noriega*. En *Ius et Veritas*. Lima, Asociación Civil Ius et Veritas, año VII, número 12, p. 89.

(25) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 36.

146. Artículo 94

«Artículo 94.- El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión Permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga los beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La consideración constitucional del reglamento del Congreso ha sido constante en las Cartas peruanas:

«Constitución de 1823, artículo 56.- El reglamento actual, sin perjuicio de las reformas que en él se hicieren, fijará la economía interior del Congreso, y todas las formalidades convenientes».

«Constitución de 1828, artículo 36.- Cada Cámara observará el reglamento que para su economía interior formará el actual Congreso, sin perjuicio de las reformas que demandare la experiencia, si ambas lo estimasen conveniente».

La norma del artículo 57 de la Constitución de 1856 es original de y será repetida luego en el artículo 60 de la Constitución de 1860 y en el artículo 91 de la Constitución de 1920:

«Constitución de 1856, artículo 57.- En cada Cámara se iniciarán, discutirán y votarán los proyectos de ley conforme al reglamento interior».

Que el Reglamento interior del Congreso le da organicidad, es una idea que empieza con el artículo 58 de la Constitución de 1856, el que luego será recogido por el artículo 61 de la Constitución de 1860 y el 92 de la Constitución de 1920:

«Constitución de 1856, artículo 58.- Cada Cámara tiene el derecho de organizar su secretaría, nombrar sus empleados, formar sus presupuestos y arreglar su economía y policía interior».

La Constitución de 1933 es la que más desarrolla la idea del reglamento interior:

«Constitución de 1933, artículo 115.- Cada Cámara organiza su Secretaría, nombra y remueve a sus empleados, sanciona su Presupuesto y arregla su economía y Policía Interior; y concede conforme a la ley pensiones de cesantía, jubilación y montepío a sus empleados o a los deudos de éstos».

«Constitución de 1933, artículo 116.- Las relaciones entre ambas Cámaras y las de cada una de éstas y del Congreso con el Poder Ejecutivo, y el funcionamiento del Congreso y de las Cámaras, se establecerán por el Reglamento interior del Congreso, que tendrá fuerza de ley».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que contiene las disposiciones antecedentes del que comentamos de la Constitución de 1993 es el siguiente:

“Artículo 177.- Cada Cámara 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.

El Congreso aprueba su propio Reglamento que tiene fuerza de ley. También la tienen los Reglamentos de cada Cámara”.

Con los cambios que debía producirse en el texto de 1979 por el viraje hacia el unicameralismo, los artículos de ambas Constituciones tienen idéntico contenido normativo.

Análisis exegetico

El Reglamento del Congreso es una norma con rango de ley que contiene las principales disposiciones de detalle que rigen su funcionamiento. Sobre él dice Chirinos Soto:

El Reglamento del Congreso es una ley peculiar. Sólo tiene la aprobación del Congreso. No tiene la promulgación por el Presidente de la República. Por eso se dice, en el artículo bajo comentario, no que es una ley sino que «tiene fuerza de ley» (26).

También el Reglamento del Congreso establece ciertas reglas de los aspectos administrativos internos del Congreso y, en estos asuntos, es complementado por reglamentos que carecen de fuerza de ley y son más fácilmente modificables. Esto ya fue dicho por Torres y Torres Lara:

Las normas relativas a la organización administrativa no deben estar al nivel de leyes sino de Reglamentos que puedan ser modificados con la flexibilidad que requiere la organización administrativa moderna (27).

Es una opinión acertada que compartimos: el Reglamento del Congreso debe ser el que desarrolla los detalles normativos de las reglas constitucionales. Los demás asuntos de organización y procedimiento interno estarán mejor establecidos en reglamentos que en normas con fuerza de ley.

El artículo continúa diciendo que el Congreso elige a sus representantes en la Comisión Permanente. Dichos representantes son elegidos por el Pleno del Congreso según el primer párrafo del artículo 101: «*Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de*

(26) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario. Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 162.

(27) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú*. 1993. Lima, Asesorandina S.R.L., 1993, p. 200.

cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas».

Indica también el artículo, esta vez equivocadamente, que “elige a sus representantes [...] en las demás comisiones”. Esto es un error si por ellas se entiende las Comisiones del Congreso donde los congresistas no son representantes del Pleno sino miembros a cargo de trabajos específicos.

Sobre dichas comisiones dice Eguiguren:

Las comisiones parlamentarias según César Romero (2) son desprendimientos del propio cuerpo legislativo. En virtud del privilegio colectivo de toda asamblea de base popular, de darse su reglamento o dictar las normas de su funcionamiento, son designadas ya sea de modo permanente o transitorio, o para misiones determinadas, con el objeto de asesorar al Congreso o a sus respectivas Cámaras mediante tareas especializadas, fiscalizar funciones administrativas de la rama parlamentaria o investigar hechos y circunstancias que el cuerpo ha considerado necesario para adoptar medidas ya en el plano de la responsabilidad de los funcionarios o en el ámbito de la legislación.

Las comisiones parlamentarias se enmarcan dentro de los privilegios propios de este Poder del Estado y encuentran su razón de ser y su justificación en las facultades y prerrogativas fundamentales que la Constitución le confiere al Parlamento, en su calidad de máxima asamblea deliberante representativa de la voluntad popular, y para el adecuado desempeño de las funciones legislativas, fiscalizadoras, y de control político que le son inherentes (28).

Las comisiones del Congreso están desarrolladas en su Reglamento. Dice al respecto:

28 EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 249.

«Reglamento del Congreso, artículo 34.- Las Comisiones son grupos de trabajo especializados de Congresistas, cuya función principal es la supervisión del seguimiento de la Estructura del Estado, así como el estudio y dictamen de proyectos de ley y la absolución de consultas en los asuntos que son puestos en su conocimiento de acuerdo con su especialidad o materia.

El Pleno del Congreso aprueba el cuadro de conformación de Comisiones dentro de los cinco días hábiles posteriores a la instalación del período anual de sesiones en el mes de julio. El cuadro es propuesto por el Presidente luego de realizar las coordinaciones necesarias con los Grupos Parlamentarios.

En la conformación de las Comisiones se procura aplicar los principios de pluralidad, proporcionalidad y especialidad en la materia. La distribución de los Congresistas en las mismas se racionaliza de modo tal que ningún Congresista pertenezca a más de tres Comisiones, entre Ordinarias, de Investigación y Especiales de estudio y trabajo conjunto. Está exenta de esta regla la pertenencia a Comisiones Especiales protocolares o ceremoniales».

Puede verse que el Reglamento trata indistintamente a todas las comisiones y que no da reglas especiales de conformación para ninguno de los tres grupos que de ellas reconoce el artículo siguiente. Es muy importante atender a las especialidades y conocimientos de los congresistas frente a los temas específicos de que trate cada comisión, de manera que sean ubicados en aquellas a las que puedan prestar mejor servicio, con mayor conocimiento de causa.

En general, se limita la participación de cada congresista a tres comisiones, de tal manera que pueda trabajar a dedicación suficiente en ellas. No hay que olvidar que en un Congreso unicameral la función de las comisiones es clave para efectos de los controles intraórgano y para el mejor desarrollo de las decisiones a tomar. No se establece límite para los efectos de las comisiones especiales porque no significarán un trabajo arduo, especializado ni extendido en el tiempo.

Los tipos de comisiones existentes en el Congreso son detallados en el artículo 35:

«Reglamento del Congreso, artículo 35.- Existen tres clases de Comisiones:

- a) Comisiones Ordinarias, encargadas del estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda del Congreso, con prioridad en la función legislativa y de fiscalización. El Presidente del Congreso, en coordinación con los Grupos Parlamentarios o previa consulta al Consejo Directivo del Congreso, propone el número de comisiones ordinarias teniendo en cuenta a la estructura del Estado. Sin embargo, deben conformarse por lo menos las comisiones ordinarias:

- 01) De Constitución y Reglamento del Congreso;
- 02) De Trabajo y Seguridad Social;
- 03) De Salud, Población y Familia;
- 04) De Educación, Cultura y Deporte;
- 05) De Justicia;
- 06) De Derechos Humanos y Pacificación;
- 07) De Economía;
- 08) De Presupuesto y Cuenta General de la República;
- 09) De Relaciones Exteriores e Interparlamentarias;
- 10) De Descentralización;
- 11) De Defensa Nacional y Orden Interno;
- 12) De Fiscalización;
- 13) De Asuntos Agrarios, Medio Ambiente y Amazonía;
- 14) De Turismo, Telecomunicaciones e Infraestructura; y
- 15) De Energía, Minas, Pesquería, Industria y Comercio.

Las demás Comisiones Ordinarias se conforman procurando homologar su especialidad con las materias que correspondan a las carteras a cargo de los Ministros de Estado y a los asuntos más relevantes para el país.

- b) Comisiones de Investigación; encargadas del estudio, la investigación y el dictamen de los asuntos puestos en su conocimiento en aplicación del Artículo 97 de la Constitución Política. Gozan de las prerrogativas y las limitaciones señaladas en dicha norma constitucional y el presente Reglamento.
- c) Comisiones Especiales; constituidas con fines protocolares o cere-

moniales o para la realización de cualquier estudio especial o trabajo conjunto con comisiones del Gobierno, según acuerde el Pleno a propuesta del Presidente del Congreso».

Las Comisiones ordinarias están organizadas siguiendo dos criterios: el de la estructura del Estado fijada en la Constitución; y, el de la organización del Poder Ejecutivo en sectores, los que a su vez corresponden a los ámbitos de competencia de cada uno de los ministros. La idea es que cada Comisión ordinaria del Congreso esté atenta y se especialice en un aspecto de la organización del Estado.

Sobre las comisiones de investigación tratamos a propósito del artículo 97.

Los grupos parlamentarios son aquellos conformados por todos los congresistas que fueron elegidos en una misma lista de candidatos. Dice el Reglamento del Congreso respecto de ellos:

«Reglamento del Congreso, artículo 37.- Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines. Se constituyen con un mínimo de seis Congresistas y se registra en la Oficialía Mayor. Tienen derecho a contar con ambientes, recursos y personal para realizar las coordinaciones entre sus miembros.

Cada Grupo Parlamentario elegirá un Directivo-Portavoz titular más un suplente, según corresponda a su proporcionalidad, dando cuenta por escrito de tales nombramientos a la Oficialía Mayor. También propondrán a sus candidatos a los cargos de la Mesa Directiva y para conformar las comisiones.

Los documentos mediante los que se dé cuenta de la elección del Directivo-Portavoz y del suplente, deben estar firmados por no menos de la mitad más uno del número de miembros que conforman el Grupo Parlamentario».

En un texto de divulgación, Apoyo ha dicho sobre los grupos parlamentarios:

“Las atribuciones de los grupos parlamentarios pueden clasificarse en tres tipos: deliberativas, organizativas y administrativas.

Las facultades relacionadas con el aspecto deliberativo del Parlamento son aquellas actividades vinculadas al debate en el Pleno y comisiones, y a la formulación de iniciativas. Por otro lado, las atribuciones organizativas o directivas son aquellas relacionadas con la capacidad de los grupos para planear, evaluar y orientar la conducción de las actividades del Pleno, así como la creación y nombramiento de comisiones; mientras que las administrativas son aquellas relacionadas a los servicios y recursos con los que debe contar un grupo parlamentario para poder cumplir su función (oficinas, personal, recursos materiales).

Cada grupo parlamentario elige a un portavoz titular y a un suplente, según corresponda a su proporcionalidad, dando cuenta por escrito de tales nombramientos a la Oficialía Mayor. También proponen a sus candidatos a los cargos de la Mesa Directiva y para la conformación de las comisiones” (29).

Operan dentro del Congreso haciendo que sus miembros trabajen en equipo de manera que, por ejemplo, el grupo tenga voceros que lo representen en cada una de las distintas comisiones existentes y en los órganos de coordinación y de dirección del Congreso, de ser el caso.

Como resulta evidente, puede existir una contradicción entre la noción de *grupo parlamentario* y la de *no sujeción a mandato imperativo* establecida en el artículo anterior porque, si el grupo toma decisión en un sentido, podría entenderse que el parlamentario que pertenece a ese grupo no puede votar en sentido distinto.

Lo cierto, sin embargo, es que por sobre todas las cosas el representante ejerce su representación en conciencia y, si bien debe mantener disciplina frente a su grupo, en los asuntos en los que considere que se violentan principios, podrá alejarse de las decisiones colectivas. Cuando esto sucede, normalmente el representante se vuelve uno de carácter individual porque su grupo lo separa. Esta fue en el pasado la práctica parlamentaria del Perú.

(29) INSTITUTO APOYO. *Congreso. Procedimientos internos*. Lima, Instituto Apoyo, 1995, p. 19.

En última instancia, según nuestra Constitución, la representación es individual y no está sujeta a mandato imperativo. Esto no hace justicia cabal a la pertenencia a un grupo parlamentario y al haber sido elegido dentro de una lista determinada, pero es la opción elegida por la Constitución. En consecuencia, siempre el congresista podrá tomar una decisión individual en materia de su representación. Esto contribuye en parte a desarticular la labor del Congreso porque altera mayorías y minorías dentro del Pleno y de cada una de las comisiones en las que quienes cambian de posición participan. Delgado Guembes dice al respecto:

Ello ocurre, porque la regla general ha sido que todos los representantes tienen el mismo derecho a intervenir, lo hagan en nombre de sus grupos o no. De otro lado, porque no existe aún el suficiente desarrollo de los conceptos de «grupo parlamentario» y de «Junta de Portavoces», que permita unidades grupales mínimas de participación y de derechos, en lugar de la atomización que hasta hoy se constata, así como para coordinar acuerdos intergrupales con fuerza obligatoria y vinculante para todo el plenario. Y finalmente, porque las Comisiones no cumplen con su tarea (30).

Por último, es preciso decir que el Congreso realiza su propia actividad administrativa, sin injerencia de terceros: aprueba su presupuesto, nombra y remueve a sus funcionarios y empleados otorgándoles los beneficios comunes a todos los demás trabajadores y especiales que establezcan las leyes generales o las que se aplican específicamente al Congreso, de existir ellas. En rigor, el Congreso de la República es el único órgano del Estado que aprueba su propio presupuesto. Nadie más lo hace dentro del aparato del Estado.

147. Artículo 95

«Artículo 95.- El mandato legislativo es irrenunciable.»

(30) DELGADO GUEMBES, César. *Qué Parlamento queremos*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992, p. 247.

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

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

A partir de la Constitución de 1828, tomaron la disposición que a continuación transcribimos los artículos 58 de la Constitución de 1860; 58 de la Constitución de 1867; 82 de la Constitución de 1920 y 96 de la Constitución de 1933:

«Constitución de 1828, artículo 46.- Todo senador y diputado puede ser reelegido, y solo en este caso es renunciable el cargo».

El artículo 47 de la Constitución de 1834 dijo lo siguiente respecto a la pérdida de la representación parlamentaria:

«Constitución de 1834, artículo 47.- El nombramiento de senadores y diputados es irrevocable por su naturaleza; pero se pierde:

- 1.- Por delito juzgado y sentenciado según los artículos 33, 34 y 101, atribución 5.
- 2.- Por aceptar el nombramiento de presidente de la República, el de consejero de Estado, el de ministro de Estado, el de agente diplomático, el de vocal de la Corte Suprema de Justicia, y la presentación a obispado».

La versión que sobre el mismo tema contuvo la Constitución de 1837 fue la siguiente:

«Constitución de 1837, artículo 15.- Los Senadores son inamovibles, y solo dejarán de serlo por destitución del cargo, ó por haber sido condenados a pena corporal ó infamante en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, todo conforme a las leyes».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 178.- El mandato legislativo es irrenunciable. Las acciones disciplinarias que imponen las Cámaras a sus miembros y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura”.

Con los cambios necesarios por el paso al unicameralismo, las normas de las dos Constituciones son normativamente equivalentes.

Análisis exegetico

El mandato legislativo irrenunciable quiere decir que, una vez elegido, el congresista no puede renunciar y debe realizar la representación por todo el tiempo para el que ha sido elegido, normalmente cinco años, salvo que sea llamado a completar el período en sustitución de otro congresista, caso que suele ocurrir de tanto en tanto y que está previsto en las normas existentes.

También quiere decir que, si tuviera la oportunidad de un trabajo alternativo, mejor remunerado y con intereses profesionales o de otro tipo que le fueran atrayentes, no puede dedicarse a él con exclusión de la tarea de congresista.

Finalmente, quiere decir que no puede optar por actividades o cargos políticos que son incompatibles con el mandato parlamentario. Si lo hiciera, no queda en posibilidad de optar por uno u otro, sino que en aplicación de la irrenunciabilidad del mandato legislativo debe permanecer en él.

El Reglamento del Congreso dice lo siguiente al respecto:

«Reglamento del Congreso, artículo 15.- El cargo de Congresista es irrenunciable. Sólo vaca por muerte, inhabilitación física o mental permanente que impida ejercer la función y por inhabilitación superior al período parlamentario o destitución en aplicación de lo que establece el artículo 100 de la Constitución Política».

La referencia a la destitución por el artículo 100 de la Constitución está hecha a la parte que dice:

“Constitución, artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad”.

Para que ello ocurra, la Comisión Permanente deberá haber acusado ante el Pleno del Congreso al congresista de que se trate por infracción de la Constitución o por delito cometido en ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después que haya cesado en éstas, de acuerdo a los términos del artículo 99.

La muerte del congresista deberá ser oficialmente constatada y la inhabilitación física o mental permanente tendrá que ser declarada por el Congreso para que en cualquiera de los casos se proceda al llamamiento de quien debe suceder a quien ha dejado de ser congresista. El artículo 25 del Reglamento dice:

“Reglamento del Congreso, artículo 25.- En caso de muerte o enfermedad que lo inhabilite en forma permanente o cumpla sentencia condenatoria o sea inhabilitado o destituido por el Congreso en aplicación de los que establece el artículo 100 de la Constitución Política, el Congresista será reemplazado por el accesorio [...]”.

Se llamará al siguiente candidato de la lista de acuerdo al voto preferencial producido en la elección previa.

Sobre el tema de la irrenunciabilidad, Enrique Bernal es considerado que debería existir algo más de flexibilidad que la que establece nuestra Constitución. Dice:

En conclusión, debió establecerse una fórmula más flexible y que en todo caso no facilite la protección al parlamentario que incumple sistemáticamente con las responsabilidades éticas, políticas, cívicas y legales que adquirió al ser elegido. Al fin y al cabo,

es muy forzado considerar la irrenunciabilidad como un elemento de la no sujeción a mandato imperativo. La doctrina constitucional no estima la irrenunciabilidad como un elemento inherente al status parlamentario. Por lo demás, diversas constituciones contienen requisitos y supuestos sobre los que procede que un parlamentario renuncie a su curul (31).

En nuestro criterio, las normas aplicables al congresista que incumple reiteradamente sus funciones y que en los hechos deja de ejercitar la representación, serán la destitución e inhabilitación contenidas en el artículo 100 de la Constitución, previo ejercicio de los procedimientos del artículo 99, por infracción de la Constitución. Amparamos esta opinión en lo señalado por el artículo 25 del Reglamento del Congreso inmediatamente antes transcrito.

La Constitución de 1979 recogió la experiencia de la *huelga parlamentaria* del período del Presidente Bustamante y Rivero, que condujo al país en definitiva a un golpe de Estado, y dijo lo siguiente en su artículo 170:

“Constitución de 1979, artículo 170.- El Presidente de la Cámara respectiva conmina a concurrir a los Senadores o Diputados cuya inasistencia impide la instalación o el funcionamiento del Congreso. El requerimiento se hace, en el plazo de quince días, por tres veces. El tercer requerimiento se hace bajo apercibimiento de declararse la vacancia. Producida ésta, el Presidente de la Cámara procede a llamar a los suplentes. Si dentro de los quince días siguientes éstos tampoco acuden, convoca a elección complementaria. Los inasistentes no pueden postular a cargo o función pública en los diez años siguientes”.

Es de lamentar que esta norma haya sido eliminada del texto constitucional pues es allí donde debe estar por su trascendencia, tanto para el funcionamiento del Congreso, como para el mantenimiento de la representación en cada sujeto elegido. Además, es disposición ejemplificadora

(31) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 394.

que llama a la seriedad en el ejercicio de la función parlamentaria frente a la ciudadanía.

Por su parte, la ley 26534 del 02 de octubre de 1995 ha establecido reglas sobre la irrenunciabilidad del mandato parlamentario y sobre su incompatibilidad con otras labores. Las disposiciones son:

«Ley 26534, artículo 1.- El mandato de los Congresistas de la República se ejerce en nombre de la Nación y es irrenunciable expresa o tácitamente ya sea directa o indirectamente».

«Ley 26534, artículo 2.- Los Congresistas de la República están impedidos de postular o aceptar cargos, candidaturas, nombramientos o comisiones, que importen el ejercicio simultáneo de la función pública con las excepciones establecidas por el artículo 92 de la Constitución Política del Estado.

Los Congresistas a partir de la instalación del Congreso cesan automáticamente en el ejercicio de cualquier función pública distinta de las previstas en la Constitución.

Asimismo, desde ese momento los congresistas no pueden desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso».

Las disposiciones son claras y no requieren de mayor comentario. Pueden ser perfectamente concordadas con la regla de que, ante el hecho de no realizar las actividades parlamentarias, se podrá considerar que ha habido renuncia tácita, directa o indirecta a la función, y procederá la sanción del artículo 100 por infracción de la Constitución, que es la norma primera de la irrenunciabilidad.

La segunda parte del artículo se refiere a las sanciones disciplinarias. En ciertas circunstancias, el Pleno del Congreso puede considerar necesario imponer sanciones disciplinarias a los congresistas.

El artículo 24 del Reglamento del Congreso establece:

“Reglamento del Congreso, artículo 24.- Por actos de indisciplina, los Congresistas pueden ser sancionados:

- a) Con amonestación escrita y reservada;
- b) Con amonestación pública; y
- c) Con suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura.

En la determinación precisa de la sanción, quienes deban proponerla actuarán con criterio de conciencia, constituyendo precedente para ser aplicable en casos similares”.

Las sanciones se generan cuando se producen problemas de inadecuada conducta bien en las sesiones de trabajo, bien en los actos de representación oficial parlamentaria. Como resulta obvio, la mayoría podría imponer sanciones de suspensión de tal longitud que, en la práctica, inhabilitaran el trabajo de ciertos congresistas, con lo que podría alterar el balance de fuerzas o, inclusive, privar del mandato a ciertas personas que le fueran particularmente problemáticas desde el punto de vista político.

Por ello, el límite máximo de sanción es de ciento veinte días. Luego, el sancionado se reincorpora al Congreso con el pleno goce de sus derechos.

Si bien ha habido sanciones en la experiencia parlamentaria peruana de los últimos años, consideramos cierto decir que no se ha abusado políticamente de ellas y que, por tanto, no ha sido mal utilizada como arma política para combatir a los adversarios.

148. Artículo 96

«Artículo 96.- Cualquier representante a Congreso puede pedir a los Ministros de Estado, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca y Seguros, a los gobiernos locales y a las instituciones que señala la ley, los informes que estime necesarios.

El pedido se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso. La falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1856 estableció la siguiente norma:

“Constitución de 1856, artículo 94.- Los Ministros presentarán a todo Congreso, al tiempo de instalarse, una memoria sobre el estado de sus respectivos ramos; y en cualquier tiempo, los proyectos de ley que crean convenientes y los informes que se les pidan”.

El artículo fue repetido en el artículo 101 de la Constitución de 1860 y en el 93 de la Constitución de 1867.

La Constitución de 1920 hizo evolucionar la disposición en el sentido que tiene en el artículo 97 de la Constitución de 1993:

«Constitución de 1920, artículo 99.- Las Cámaras podrán nombrar comisiones parlamentarias de investigación o de información. Todo representante puede pedir a los Ministros de Estado los datos e informes que estime necesarios en el ejercicio de su cargo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que puede ser establecida como antecedente de la que ahora comentamos es:

“Artículo 179.- Cualquier representante a Congreso puede pedir a los Ministros de Estado, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca y Seguros y a los gobiernos regionales o locales los datos e informes que estima necesarios para llenar su cometido. El pedido se hace por escrito y por intermedio de la Cámara respectiva”.

Las normas de las dos Constituciones guardan similitud en este punto con las siguientes diferencias, establecidas por la Constitución de 1993:

- Elimina de los órganos expresamente mencionados con el deber de informar, a los gobiernos regionales (que como se sabe no iban a ser incorporados originalmente en la Constitución) pero, a la vez,

permite que la ley amplíe la enumeración (cosa que no ocurría con la Constitución de 1979).

- Establece que la falta de respuesta da lugar a las responsabilidades de ley, lo que si bien es una especificación correcta, está siempre sobreentendida en toda asignación de deberes.

Análisis exegetico

Parte fundamental de la función parlamentaria es la de investigar y controlar el desarrollo de la vida política general del Estado, a fin de encausarla adecuadamente.

El Reglamento del Congreso destaca la función de control como de primera importancia y la pone al lado de la de dictar las leyes (tratada en su artículo 4):

«Reglamento del Congreso, artículo 5.- La función del control político comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento del mensaje anual del Presidente de la República ante el Congreso y el antejucio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores».

Puede verse que dentro de esta tarea, se hallan la investigación y aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado. De todo ello trata este artículo 96.

Existirían varias formas de realizar este control: una es que cada congresista, individualmente, se dirija a los organismos del Estado solicitando los datos e informes que estime pertinentes. Esto puede generar problemas de funcionamiento tanto en el Congreso como en los organismos a los que el congresista se dirija, bien porque muchos congresistas lo hagan, o bien porque lo hagan de forma impropia. Por ello el Reglamento del Congreso establece ciertas reglas sobre el procedimiento y, la propia Constitución, ordena que se haga por escrito.

«Reglamento del Congreso, artículo 69.- Los pedidos son proposiciones mediante las cuales los congresistas ejercen su derecho de pedir la información que consideren necesaria a los ministros y otras autoridades y órganos de la administración, a efecto de lograr el esclarecimiento de hechos o tener elementos de juicio para tomar decisiones adecuadas en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, los pedidos escritos se pueden efectuar para hacer sugerencias sobre la atención de los servicios públicos».

Por su parte, el artículo 87 del Reglamento del Congreso, establece el procedimiento detallado:

“Reglamento del Congreso, artículo 87.- Cualquier Congresista puede pedir a los Ministros, al Jurado Nacional de Elecciones, al Contralor General, al Banco Central de Reserva, a la Superintendencia de Banca y Seguros, a los gobiernos regionales y locales y a todos los demás organismos del sector público, los informes que estime necesarios para el ejercicio de su función. Esta atribución no autoriza a solicitar información sobre procesos judiciales en trámite, salvo que sea pública o el juez o fiscal o la Sala que conoce el asunto acceda a entregar la información, bajo su responsabilidad y siempre que se lo permitan las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público y las normas procesales vigentes.

El pedido se hace por escrito fundamentado y preciso, y se envía mediante oficio redactado por la oficina especializada de la Oficialía Mayor y firmado por uno de los Vicepresidentes del Congreso. Si dentro de los veinte días posteriores el Ministro no responde se le reitera el pedido. Si pasados diez días tampoco responde se hará una segunda reiteración. Vencido el plazo de cinco días y de no obtener respuesta, la Comisión o el Pleno puede requerir su presencia.

Los Vicepresidentes del Congreso no firmarán los oficios que contengan pedidos de información que no se refieran a asuntos de interés público y de utilidad para el ejercicio de la función de Congresistas. Tampoco procederán los que contengan ruegos o peticiones de privilegios o favores”.

Estimamos que el procedimiento para la formulación de los informes es correcto. Sin embargo, resulta muy débil el resultado del incumplimiento al que la parte final del artículo 56 se refiere en el sentido que “da lugar a las responsabilidades de ley”. Esta crítica se debe a dos razones:

- La primera, que mientras la solicitud de información puede hacerse a muchos órganos del Estado, la Constitución sólo dice que pasa si no contestan los ministros. Es un defecto grande de técnica legislativa desde que también se puede preguntar a otros órganos que son absolutamente independientes del Ejecutivo. Por ahora no queda sino hacer analogía a los jefes y Presidentes de los demás entes del Estado a los que se pida informes, pero eso deja mucho que desear desde el punto de vista normativo.
- La segunda, más grave aún, es que ante la negativa de un ministro o de otro jefe de órgano a responder puede, literalmente, no ocurrir nada. Es decir, puede suceder que la comisión o el Pleno decidan no convocar al funcionario renuente a informar y allí concluyó el procedimiento. Esta norma, en nuestro criterio, es inconstitucional al no establecer claramente cuales son las responsabilidades de ley que se derivan de la negativa a dar la información. Hay que notar que esta institución, como hemos visto, pertenece al núcleo de la función de control que hace el Congreso y que tiene enorme importancia. Mal se puede decir que la responsabilidad pueda quedar totalmente diluida como se ve en este caso. Es un defecto que debe ser corregido. También podría ocurrir que se presentara una Acción de Inconstitucionalidad para invalidar esta parte del artículo. Desde luego, ello no obliga al Congreso a dictar una norma adecuada. Este es un típico problema político con reflejo en el Derecho y, probablemente, se debe a que la mayoría absoluta del Congreso que aprobó el Reglamento, es mayoría oficialista.

149. Artículo 97

«Artículo 97.- El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones en-

cargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial.

Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de la reserva tributaria; excepto la información que afecte la intimidad personal. Sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Normas con el contenido de la que ahora comentamos, existen en las Constituciones de 1920 y 1933. Transcribimos sus textos a continuación:

«Constitución de 1920, artículo 99.- Las Cámaras podrán nombrar comisiones parlamentarias de investigación o de información. Todo representante puede pedir a los Ministros de Estado los datos e informes que estime necesarios en el ejercicio de su cargo».

«Constitución de 1933, artículo 119.- Cada Cámara tiene el derecho de nombrar Comisiones de Investigación. Las autoridades administrativas nacionales, departamentales o municipales, y las judiciales, están obligadas a suministrar a dichas Comisiones las informaciones y los documentos que les soliciten.

Cualquier Diputado o Senador puede pedir a los Ministros de Estado, los datos e informes que estime necesarios para el ejercicio de sus funciones».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 180.- El Congreso y cada Cámara pueden nombrar Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer al requerimiento de dichas Comisiones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial”.

El contenido normativo del primer párrafo del artículo 97 de la Constitución de 1993 es igual al del artículo 180 de la Constitución de 1979.

El segundo párrafo de la norma que comentamos en la Carta de 1993, añade normas pertinentes a las que contenía la Constitución de 1979:

- La atribución de las comisiones de investigación del Congreso de acceder a cualquier tipo de información salvo la que afecte la intimidad personal.
- La declaración de que las investigaciones del Congreso no deben interferir en el procedimiento jurisdiccional, y de que sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales (parte final del inciso 2 del artículo 139 de la Constitución de 1993). Ello permite que puedan desarrollar su trabajo, inclusive, paralelamente a la viabilización de los procesos judiciales.

Análisis exegético

Existe el principio de que el Congreso tiene función de control político de la vida del Estado y, en el caso de la Constitución peruana, ello se plasma normativamente, entre otros artículos, en el 102 inciso 2 de la Constitución, que señala que es su atribución «*Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores*».

Además, el artículo 5 del Reglamento del Congreso, considera como parte de las funciones de control político las labores de las comisiones investigadoras:

«Reglamento del Congreso, artículo 5.- La función del control político comprende la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado [...] y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos [...] cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores».

Como puede apreciarse, la investigación de los asuntos públicos debe ser parte importante de la vida cotidiana del Congreso. Como toda atribución de un órgano del Estado, debe ser entendida no sólo como la posibilidad de ocuparse de los asuntos públicos, sino también como el deber de hacerlo, pues dichos órganos actúan no en función de su simple albedrío, sino ejercitando una discrecionalidad que siempre ubica las decisiones entre el poder y el deber. En este contexto es que debe comprenderse la atribución tan amplia que da al Congreso la primera parte de este artículo para investigar cualquier asunto de interés público, calificación ésta que también será determinada por el Congreso en cada caso. Dice Eguiguren respecto de este tema:

Al Parlamento corresponde pues decidir qué asuntos son de interés público o ameritan conformar una comisión investigadora, en qué momento debe hacerlo y cuando puede requerir la información que solicita. La persona emplazada por la comisión carece de competencia para evaluar la conveniencia u oportunidad de esta situación, debiendo acatar el requerimiento. En todo caso la persona que debe comparecer puede oponerse al pedido de la comisión, sustentando ante ésta las razones de su resistencia; igualmente puede interponer una acción judicial, ya sea un amparo, si considera que el cumplimiento del mandato de la comisión vulnera indebidamente derechos constitucionales protegidos por dicha garantía, o un Hábeas corpus contra el apremio de detención (32).

Como órgano de representación política plural, el Congreso tiende a actuar en comisiones, dentro de las cuales se hallen representadas todas las fuerzas políticas o, cuando menos, mayoría y oposición. Por eso el artículo asume que estas investigaciones serán hechas por comisiones investigadoras.

Sobre el carácter de estas comisiones dice Francisco Eguiguren:

(32) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 256.

Se asume que las comisiones investigadoras, por surgir de una delegación del propio pleno de las Cámaras congresales, gozan de la misma autoridad que el Poder Legislativo y poseen las atribuciones reconocidas por la Constitución y los reglamentos parlamentarios, así como las facultades que expresamente se les confiere mediante la resolución del Parlamento, que les da nacimiento y aquellas implícitas o auxiliares que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de la finalidad y el objeto de investigación perseguido con su creación (33).

Si bien son comisiones de naturaleza política, no jurisdiccional, por la importancia que tienen las investigaciones parlamentarias se les da los mismos apremios del procedimiento judicial. Un apremio es una medida coactiva que está destinada a garantizar, si es preciso por la fuerza, que se cumplan las diligencias ordenadas, especialmente la comparecencia de personas para prestar declaraciones. Citada una persona a las comisiones investigadoras del Congreso de acuerdo al procedimiento que deba aplicarse, está obligada a presentarse. Si no lo hace, la fuerza pública la obligará a ello. Dice, al respecto, el artículo 88 del Reglamento del Congreso:

“Reglamento del Congreso, artículo 88.-

[...]

d) Las comisiones de investigación pueden utilizar los siguientes apremios:

- Solicitar que sea conducido por la fuerza pública cuando el citado no comparezca el día y hora señalados o se resiste a exhibir o hacer entrega de documentos que tiene en su poder y son necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados.

(33) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 251.

- Solicitar que se autorice el allanamiento de los domicilios y locales, para practicar incautación de libros, archivos, documentos y registros que guarden relación con el objeto de la investigación.

Las solicitudes para que se practiquen los apremios serán presentadas ante el Juez Especializado en lo Penal, el mismo que accederá a la petición y ordenará que se realice por el mérito de la solicitud en el primer caso y previa evaluación de los argumentos presentados por la Comisión de Investigación en el segundo caso.

En todo caso se salvaguardará el respeto de los derechos a la intimidad y al honor de las personas, así como el secreto profesional y los demás derechos constitucionales.

Quienes comparezcan ante las comisiones de investigación tienen el derecho de ser informados con anticipación sobre el asunto que motiva su concurrencia. Pueden acudir a ellas en compañía de un Abogado. Tienen el derecho de solicitar copia de la transcripción de su intervención; si por alguna razón no fuera grabada, pueden solicitar copia de la parte del Acta que corresponda. [...]».

Como puede verse, la comisión puede pedir al juez que haga comparecer al citado por la fuerza pública y, en virtud del mérito del pedido, el juez debe dar la orden correspondiente. Sobre esta comparecencia forzada dice Eguiguren en el trabajo que venimos citando y que fue publicado bajo la Constitución de 1979 pero que es aplicable a la actual:

“En el caso peruano, la norma constitucional establece la obligatoriedad de comparecer ante el requerimiento de la comisión investigadora. Cabe entonces preguntarse hasta que punto resultaría compatible con nuestra Carta exigir la exhibición de documentos o la entrega de informes.

Considero que tal requerimiento es posible y correcto, toda vez que la «comparecencia» no debe entenderse exclusivamente como concurrir a prestar declaraciones o responder preguntas. También comprende otras formas de suministrar información a la comisión investigadora, no en forma oral sino a través de documentos que obran en poder de la persona requerida o de informes sobre hechos o asuntos que son de su conocimiento.

En favor de esta opinión que admite la solicitud por la comisión de documentos e informes, confluyen la doctrina constitucional, la referencia expresa del Art. 119° de la Carta de 1933, la práctica parlamentaria nacional, así como el texto del Art. 117° del vigente Reglamento Interno de la Cámara de Diputados (aprobado en Diciembre de 1987) que dispone: «Las autoridades, los servidores públicos y cualquier persona particular están obligados o comparecer ante la Comisión Investigadora y proporcionar informaciones testimoniales o documentarias que les requiera, bajo los mismos apremios que se observa en el Procedimiento Judicial» (34).

Las comisiones parlamentarias pueden también acceder a cualquier tipo de información, incluida la bancaria y tributaria, salvo la que afecte la intimidad personal según la protección dada por el artículo 2 inciso 7 de la Constitución. El artículo 88 del Reglamento del Congreso no hace sino ratificar estas disposiciones.

La información que la comisión investigadora obtenga, tendrá que ser utilizada sólo para los fines de la investigación, y con la reserva compatible con los derechos fundamentales de la persona, particularmente los contenidos en el artículo 2 incisos 5, 6, 7, 9 y 10 de la Constitución. Es de remarcar el último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución cuando señala: «*El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado*».

Para Chirinos Soto, ésta es una atribución peligrosa:

Asimismo, se dispone, peligrosamente a mi juicio, que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido no sólo del juez o del Fiscal de la Nación sino de una Comisión Investigadora del Congreso (35).

-
- (34) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 257.
- (35) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 27.

El artículo 88 del Reglamento del Congreso, como se ha visto no impone al juez el deber de autorizar el allanamiento de domicilios y locales para obtener la información que la comisión requiere. El párrafo respectivo lo obliga, más bien, a estudiar la solicitud que se le haga y a darle o no curso según el criterio que se forme al respecto. Esta es una protección a los ciudadanos contra la posible arbitrariedad política de una comisión de investigación del Congreso: pone el filtro judicial para asegurarse que la razón del allanamiento es válida. El deber de independencia del juez en este caso es muy importante para la protección de los derechos constitucionales, en especial el de inviolabilidad de domicilio.

La comisión investigadora debe producir uno o más dictámenes con un informe y conclusiones. Sobre ellas dice Francisco Eguiguren:

En cuanto a la naturaleza y a los efectos de las conclusiones a que puede llegar el dictamen final de una comisión investigadora, éstas constituyen recomendaciones y sugerencias que ilustran y colaboran en las decisiones que sobre el asunto puedan adoptar libremente el Congreso o las Cámaras.

En tal sentido, será esencial determinar la existencia de posibles transgresiones a la Constitución o a las leyes, así como identificar a los infractores y las eventuales responsabilidades en que pudieran estar incurso funcionarios públicos, autoridades o personas particulares. Del resultado de la investigación pueden derivarse —según los casos— acciones de responsabilidad política (interpelación o censura de ministros) de responsabilidad penal o constitucional de altos funcionarios (susceptibles de acusación constitucional) y antejuicio ante el parlamento o de responsabilidad penal común de personas que pueden ser denunciadas ante el Ministerio Público, para que éste resuelva sobre la procedencia de dicha acción ante el Poder Judicial” (36).

El trabajo de la comisión investigadora del Congreso, y las even-

(36) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 258.

tuales conclusiones a que arrive, sean o no aprobadas por acuerdo del Pleno del Congreso, no pertenecen al ámbito de la potestad jurisdiccional del Estado, sino al de la función de control político. Por ello, sus repercusiones son fundamentalmente políticas, a pesar de que a partir de ellas pueda el Congreso determinar que se abra proceso judicial a través del procedimiento de antejuicio contemplado en el artículo 99, o imponga las sanciones previstas en el artículo 100 de la Constitución. Ninguna de estas decisiones tiene carácter jurisdiccional porque esa atribución del poder pertenece a los magistrados judiciales (y dado el caso, del Tribunal Constitucional). Por consiguiente, la Constitución separa claramente los efectos de la tarea de investigación del Congreso y los de las resoluciones judiciales: ninguna conclusión parlamentaria obliga a los órganos jurisdiccionales. La norma es totalmente correcta y una doble garantía: de que el Congreso pueda investigar con la amplitud que requiere su función, y de que los órganos jurisdiccionales resuelvan con la independencia que requiere la suya.

Esta disposición final del artículo 97 debe ser necesariamente concordada con el mandato de independencia jurisdiccional establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución que comentamos en el lugar correspondiente, pero que autoriza la coexistencia de la labor jurisdiccional y de la investigación parlamentaria. Esto, por lo demás, no es extraño al Derecho Constitucional de otros países. Eguiguren reseña casos en los Estados Unidos de Norteamérica:

Es importante tener presente antiguos precedentes norteamericanos, como cuando en el caso *Kilbourn vs. Thompson* (1881) no obstante que se ventilaba ante los tribunales, la Cámara de Representantes conformó una comisión investigadora dotándola de atribuciones para forzar a algunas personas a rendir testimonio ante ella y para incautar documentos. Igualmente en el caso *Sinclair vs. USA* (1929) la Corte reafirmó la competencia del Senado para nombrar comisiones investigadoras sobre un asunto que se encuentra en juicio, y para forzar a prestar testimonio a una persona que se resistía a hacerlo alegando la existencia del proceso judicial. Sostuvo el Supremo Tribunal que «[...] la facultad de exigir información en ayuda de una atribución constitucional no se ve reducida o limitada por el hecho de que la información buscada pueda también ser útil en el pleito».

De lo expuesto se puede concluir que para el sistema norteamericano es admisible (en muchos casos) que el Congreso y el Poder Judicial puedan eventualmente hacer converger sus investigaciones sobre un mismo asunto siempre cuando la finalidad de la investigación de cada uno de dichos órganos esté dentro del marco de su competencia (37).

A pesar de su importancia teórica y sistemática dentro de la normatividad constitucional, las comisiones investigadoras del Congreso no han tenido gran trascendencia en los últimos años. Dice Bernaldes:

Un breve recuento de las comisiones investigadoras nombradas en el período 1980-1992 nos puede ampliar el panorama. Durante los años 1980-1989 el Senado y la Cámara de Diputados nombraron, al amparo de la referida facultad constitucional, un total de 160 comisiones investigadoras, sobre diversos temas del acontecer político y económico del país. De ese número, sólo 44 resultaron con informe aprobado, 45 se quedaron en la orden del día y 72 sin informe (38).

Y sobre el periodo que se abrió el año 1993 añade:

Bajo la nueva Constitución, la mayoría parlamentaria ha centralizado de manera antitécnica todas las tareas fiscalizadoras en una amplísima Comisión de Fiscalización, aun cuando se admite, en el Reglamento del Congreso, la posibilidad de formar comisiones de investigación y comisiones especiales. La Carta de 1993 no se refiere a ninguna Comisión de Fiscalización sino a «comisiones encargadas de tales investigaciones». Pero lo más preocupante es que el trabajo del Congreso en estas materias ha sido prácticamente nulo. La comparación con las etapas precedentes, a pesar de los

(37) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 252.

(38) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 400.

problemas anotados, apunta a la inexistencia de voluntad de control por parte del Congreso. Los anteriores parlamentos fueron criticados por el exceso de investigaciones improductivas, pero existió una voluntad de ejercer la función fiscalizadora, cosa que ha desaparecido después del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 (39).

Nosotros consideramos que la labor de investigación del Congreso es de primera importancia para la salud moral del país y para la democracia. Un elemento tremendamente importante para la credibilidad de un sistema tan elaborado como es el democrático, consiste en que las instituciones políticas cumplan adecuadamente su papel, y sobre todo, esclarezcan los aspectos más oscuros de la vida social en general.

El Congreso de mayoría oficialista no debe confundir nunca su apoyo al gobierno con el letargo en el cumplimiento de las funciones de fiscalización, especialmente en los asuntos delictivos o de falta de calidad moral o cívica en la conducta. Todos estos hechos deben ser sacados a luz y sancionados debidamente. Por ello, en la parte propositiva de este trabajo, sugerimos medidas conducentes a acentuar el carácter investigativo del Congreso, particularmente en lo que se refiere a la moralidad pública.

150. Artículo 98

«Artículo 98.- El Presidente de la República está obligado a poner a disposición del Congreso los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demande el Presidente del Congreso.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ingresar en el recinto del Congreso sino con autorización de su propio Presidente.»

(39) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 401.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

En relación a la protección y seguridad del Congreso, la primera norma que encontramos está en la Constitución de 1828:

«Constitución de 1828, artículo 37.- Cada Cámara tiene el derecho exclusivo de policía en la casa de sus sesiones; y fuera de ella, en lo que corresponda al libre ejercicio de sus atribuciones».

La norma, con variantes de redacción, puede encontrarse en el artículo 37 de la Constitución de 1834 y también en el artículo 47 de la Constitución de 1839.

Luego no encontramos disposiciones sobre la materia, hasta la Constitución de 1933 que tiene un texto más evolucionado:

«Constitución de 1933, artículo 118.- La fuerza armada no puede ingresar en el recinto del Congreso, ni en el de las Cámaras, en ninguna época, sin la autorización del respectivo Presidente.

El Poder Ejecutivo está obligado a poner a disposición del Congreso y de cada Cámara, durante la Legislatura y durante el funcionamiento de las Cámaras en Juntas Preparatorias, la fuerza armada que le demande el respectivo Presidente”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que precedía al que ahora comentamos, en la Constitución de 1979, era el siguiente:

“Artículo 182.- El Presidente de la República está obligado a poner a disposición del Congreso y de cada Cámara los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que demanda el Presidente de la respectiva Cámara o de la Comisión Permanente.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ingresar al recinto del Congreso, ni al de las Cámaras, sino con autorización del respectivo Presidente o del Presidente de la Comisión Permanente”.

Con los cambios propios del paso al unicameralismo, las normas de ambas Constituciones tienen el mismo contenido normativo.

Análisis exegetico

El Presidente del Congreso demanda al Presidente de la República, en su calidad de cabeza del Poder Ejecutivo (y también como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional), que le ponga a disposición los efectivos castrenses necesarios para la seguridad de la institución. La Constitución establece que el Presidente del Congreso *demande*, con lo que pone énfasis en que no es una solicitud ni un pedido porque el Presidente del Congreso no está en posición inferior al Presidente de la República. Tampoco ordena porque no está en posición superior. Sí exige y se le debe atender. Es un caso de relación entre iguales formalmente dentro de la estructura del Estado: dos cabezas de Poderes del Estado.

Desde luego, el Presidente de la República no puede enviar por propia iniciativa, o peor aún contra la decisión del Presidente del Congreso, los efectivos que crea conveniente.

El número de personal, sus calidades y dispositivo, son establecidos por el Presidente del Congreso, no por el Poder Ejecutivo, aunque podrá haber consultas especializadas en materia de seguridad. Sin embargo, ni el Presidente de la República, ni las instituciones castrenses pueden objetar, cuestionar o discutir la demanda que haga el Presidente del Congreso.

El segundo párrafo tiene la finalidad de convertir en inconstitucional cualquier decisión castrense de ingresar al recinto del Congreso, tenga o no esa intención: los miembros de estas instituciones no pueden hacerlo sino sólo con autorización expresa del Presidente del Congreso. Se busca así poner las normas que garanticen, al menos formalmente, la independencia del Poder Legislativo. Que esta protección puede ser insuficiente, y que no sólo es alterada de facto por las mismas instituciones castrenses sino incluso por los poderes constitucionalmente establecidos, se mostró en el Perú el 5 de abril de 1992. También ha ocurrido en otros países. El Derecho tiene límites para poder proteger efectivamente la institucionalidad constitucional frente al puro poderío material. Sin em-

bargo, la conciencia cívica de la importancia de la democracia, unida al Derecho, tienen muchas más posibilidades de lograrlo en los largos tiempos históricos.

Esta disposición, no escapará al lector, orilla permanentemente el espinoso tema del golpe de Estado que, precisamente, tiene como uno de sus elementos fundamentales la ocupación del recinto del Congreso por quienes toman la medida de fuerza. Por eso, no es una norma de pura cortesía o de formas: atañe a lo más esencial del fenómeno democrático (casi, a lo que puede fotografiarse de él), y por eso debe ser estrictamente cumplida. No lo fue, por ejemplo, el 05 de abril de 1992. Enrique Bernales era senador en aquel entonces y hace la siguiente reseña:

El diseño de la Constitución es, sin lugar a dudas, adecuado. Pero juzgamos oportuno comentar un hecho que sin duda quedará impregnado en la memoria de los peruanos por muchos años, y que se produjo cuando el artículo bajo comentario gozaba de plena vigencia con la Constitución de 1979. Nos referimos a las imágenes que registraron el ingreso del Ejército en el recinto del Congreso y la detención domiciliaria de los presidentes del Senado, doctor Felipe Osterling Parodi y de la Cámara de Diputados, doctor Roberto Ramírez del Villar, cuando el golpe del 5 de abril. En esa fecha, como se recuerda, el Presidente Fujimori ordenó —entre otras medidas inconstitucionales— el cierre del Parlamento, el ocupamiento de éste por las Fuerzas Armadas, la revisión por parte de los servicios secretos del Estado de toda la documentación encontrada en las allanadas oficinas parlamentarias, y el cese arbitrario de muchos funcionarios legislativos (40).

Y luego hace la siguiente reflexión que no podemos sino compartir:

[...] la mejor Constitución no defiende *per se* a un país de los golpes de Estado; junto a ella deben concurrir otros factores de

(40) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 403.

índole ético, cívico y político, que eviten la vocación golpista de algunos mandos militares y de gobernantes de escaso talante democrático. En todo caso, un dispositivo como el citado sería tal vez más efectivo si las Fuerzas Armadas en su preparación, capacitación, ascensos y estructura de mando, internalizasen —como señala el artículo 169— que «están subordinadas al poder constitucional» (41).

151. Artículo 99

«Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1828 trató así este tema:

«Constitución de 1828, artículo 22.- Tiene igualmente el deber de acusar ante el Senado al presidente y vice-presidente, a los miembros de ambas Cámaras, a los ministros de Estado, y a los vocales de la Corte Suprema de Justicia por delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones de la Constitución; y en general por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones a que esté impuesta pena infamante».

(41) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 403.

«Constitución de 1828, artículo 112.- Para hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema ó de alguno de sus miembros, nombrará el Congreso en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio un tribunal de siete jueces y un fiscal sacados por suerte de un número doble, que elegirá a pluralidad absoluta de letrados que no sean del Congreso».

Las normas de la Constitución de 1834 varían en relación a las anteriores de la siguiente forma:

«Constitución de 1834, artículo 23.- Le corresponde también acusar de oficio, ó a instancia de cualquier ciudadano ante el Senado, al presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los ministros de Estado, a los del Consejo de Estado y a los vocales de la Corte Suprema por delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones de Constitución, y en general por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, a que esté impuesta pena infamante».

«Constitución de 1834, artículo 95.- Los ministros, además de los casos contenidos en el artículo 23, pueden ser acusados por cualquier individuo, por razón de los perjuicios que se le hayan inferido injustamente por algún acto del Ministerio; entonces se procederá con arreglo a la ley».

Los textos de la Constitución de 1839 traen ciertas variantes:

«Constitución de 1839, artículo 35.- Correspóndele también acusar ante el Senado al Presidente la República durante el período de su mando, si atentare contra la independencia y unidad nacional; a los miembros de ambas Cámaras; a los Ministros de Estado; a los del Consejo de Estado, y a los vocales de la Corte Suprema por delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, y en general por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones».

«Constitución de 1839, artículo 42.- También le pertenece conocer, si ha lugar a formación de causa, en las acusaciones que haga la Cámara de Diputados; debiendo concurrir el voto unánime de los dos tercios de los Senadores presentes para formar sentencia».

La Constitución de 1856 cambia la referencia a las infracciones por las cuales procede el antejuicio:

«Constitución de 1856, artículo 61.- Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, durante el período de su mando, por infracciones directas de la Constitución: y a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y a los vocales de la Corte Suprema por las mismas infracciones, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones a que esté señalada pena corporal aflictiva».

También habrá cambios en el texto de la Constitución de 1860:

«Constitución de 1860, artículo 64.- Corresponde a la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo (13) y a los Vocales de la Corte Suprema, por infracciones de la Constitución, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que, según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva”. (La Comisión Permanente fue suprimida en 1874).

Las Constituciones de 1920 (artículo 95) y de 1933 (artículo 121) no traen diferencias notables a lo ya establecido en el texto de 1860.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 precedente de la que ahora comentamos en la de 1993, era la siguiente:

“Artículo 183.- Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas”.

En la bicameralidad de la Constitución de 1979 la Cámara de Di-

putados acusaba ante el Senado y éste declaraba haber o no haber causa contra el acusado.

En la unicameralidad de la Constitución de 1993 la acusación la hace la Comisión Permanente y el haber o no causa es determinado por el Pleno (sin la participación de los miembros de la Comisión Permanente).

Según ambas Constituciones la acusación corresponde contra:

- Presidente de la República.
- Congresistas.
- Ministros.
- Vocales de la Corte Suprema.
- Miembros del Tribunal Constitucional.

La Constitución de 1993 añade a los siguientes altos magistrados:

- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Fiscales Supremos.
- Defensor del Pueblo.
- Contralor General.

Finalmente, hay una diferencia importante entre ambas Constituciones: la de 1993 parece dar una lista cerrada de magistrados sujetos al antejuicio; la de 1979 traía la cláusula general de *y a los altos funcionarios de la República que señala la ley*.

Análisis exegetico

Este artículo establece la institución del *antejuicio político*, que es una prerrogativa que el Derecho Constitucional otorga a determinados altos magistrados del Estado, con la finalidad de que no sean procesados ante el Poder Judicial sin antes recibir la venia del Congreso a través del procedimiento establecido, tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso.

El antejuicio es una prerrogativa porque el principio general es que toda persona puede ser demandada o denunciada ante los tribunales y, en

tal caso, queda sometida a jurisdicción. Cuando se trata de las personas a quienes se hace antejuicio, la situación es distinta: ninguna demanda o denuncia que se haga contra ellos los somete a jurisdicción de los tribunales, a menos que el Congreso autorice tal procesamiento (42).

El antejuicio se hace cada vez que los magistrados sujetos a él cometen cualquiera de estos dos actos antijurídicos: infracción de la Constitución o delito en ejercicio de sus funciones.

- Infracción de la Constitución. En este caso se trata de violaciones de la norma constitucional que no han sido tipificadas como delitos. Paniagua sostiene lo siguiente al respecto:

“Fue tópico de debate, en el pasado, saber si eran o no punibles las infracciones constitucionales no tipificadas. La doctrina y la ley rechazaron siempre esa posibilidad. El debate se ha reabierto merced a Enrique Chirinos Soto, el más conspicuo defensor de la Carta de 93. «Hay infracciones de la Constitución —dice— que no están tipificadas en el Código Penal. Por eso, el Congreso puede suspender al funcionario o inhabilitar o destituirlo, sin deducir responsabilidad de tipo penal» ¿Cabe jurídicamente tal posibilidad? En nuestra opinión, no. La tesis riñe con la ley, la doctrina, la naturaleza misma de la institución y los precedentes legislativos y parlamentarios.

No tiene sustento por cierto, en la letra de la Constitución. Por el contrario. Prohíbe el procesamiento por conductas incorrectas no tipificadas y a través de procedimientos no predeterminados por ley

(42) Sin embargo, hay que anotar un asunto interesante: el Dr. Javier Valle-Riestra, en el antejuicio seguido contra el exministro Remigio Morales Bermúdez a fines de 1995 y principios de 1996, sostuvo como abogado defensor que el antejuicio, lejos de ser un privilegio, es una carga para quienes se hallan sometidos a él porque, en caso de que el Congreso acuerde la acusación, la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso según la parte final del artículo 100. Discutimos el asunto al comentar dicho artículo.

(Arts. 2, Inc.24,d) y 139 Inc.3). Si la «sentencia absolutoria» de la Corte Suprema puede «devolver» a los encausados sus «derechos políticos» es obvio que deben tipificarse. De otro modo, no resultarían justiciables por la Corte Suprema que no es jurado ni juez político. Es juez de derecho.

Tampoco tiene asidero en el Reglamento del Congreso (Sección Segunda «Procedimiento Constitucional») que sólo regula la admisión de denuncias» que se refieran a hechos que constituyan «delitos previstos en la legislación penal» (Art. 88, Inc. c). Ni siquiera menciona las infracciones constitucionales (Arts. 88 y 89) El Congreso no puede, pues, procesar o sancionar a los infractores de la Constitución. No hay procedimiento para ello” (43).

Y luego añade:

“Como el Reglamento no regula los procesos por infracciones constitucionales y como el Fiscal no puede denunciar ante la Corte sino las acusaciones con «contenido penal» es lógico preguntarse ¿cómo llegarán a ella los procesos en que se sancionan infracciones constitucionales? ¿Cómo se hará para que eventualmente la Corte Suprema «devuelva» al procesado (¿sentenciado?) sus derechos políticos? El problema, no se resuelve simplemente arbitrando un recurso específico que permita apelar o recurrir en nulidad ante la Corte Suprema. También deberá determinarse la naturaleza (política, administrativa o jurisdiccional) de la resolución, que expida el Congreso. Esa definición, a su turno, permitirá establecer el carácter y amplitud del control jurisdiccional que ejerza la Corte. Todo ello, por fin, determinará desde qué momento producen sus efectos las sanciones impuestas por el Congreso. El problema es ciertamente arduo. El silencio del Reglamento es explicable. Pero es peligroso. Favorece la arbitrariedad ya casi típica del Congreso en funciones” (44).

(43) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 132.

(44) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *¿Acusación constitucional, antejuicio*

Paniagua tiene razón en lo siguiente: literalmente hablando, puede afirmarse que la Constitución sí prevé que se abra antejuicio por infracciones a su texto que no sean delitos y la sanción, evidentemente, será la de suspender o inhabilitar al funcionario de que se trate hasta por diez años, o destituirlo. Nosotros mismos hemos sostenido que éste es el camino para sancionar al congresista que de hecho, renuncia a la representación por inasistir reiteradamente a sus obligaciones en el Congreso (ver nuestro comentario al artículo 95). Sin embargo, si no se trata de un delito, resulta que todo el procedimiento concluye en la sanción antedicha y, por consiguiente, no cabría la posibilidad de que la Corte Suprema absuelva de nada y, por tanto, devuelva los derechos políticos (cuarto párrafo del artículo 100). Esto equivale a que exista una privación de derechos por voto político (pues el Congreso no ejerce nunca la función jurisdiccional en el Perú), y sin la posibilidad de una revisión judicial, lo que es abiertamente contrario a los principios generales del Derecho y al propio texto de la Constitución, que establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (artículo 139 inciso 3).

Por consiguiente, debemos aquí concluir que no será constitucionalmente válido que se sancione de la manera que hemos expuesto en el párrafo anterior, mientras no se habilite una vía clara a través de la cual la persona afectada pueda reclamar tutela jurisdiccional al respecto para que los tribunales digan Derecho en el asunto. También estimamos que si el Congreso estableciera una de las sanciones del artículo 100 y no hubiera vía judicial para pedir tutela jurisdiccional, se podría recurrir en vía de amparo y solicitar que se restituyan los derechos constitucionales quitados. Esto, porque de acuerdo a la Constitución, una decisión política no puede conducir a dicha privación sin poder ser judicialmente contestada.

Por razón de los problemas que presenta la Constitución al autorizar el antejuicio por infracciones a la Constitución no sancionadas

o juicio político? En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 137.

como delitos, Javier Valle-Riestra ha propuesto una norma que establezca los delitos que cometerían en estos casos el Presidente y los Ministros:

“La nueva Ley de Responsabilidad de Altos funcionarios del Estado debe legislar en capítulo especial sobre los delitos perpetrables por el Jefe de Estado y los Ministros. Propondríamos como artículos de aquella ley, los del siguiente texto:

“Art. ...Son delitos de responsabilidad los actos que el Presidente de la República o sus Ministros cometan contra la Constitución o las leyes de la República, y, especialmente los siguientes:

- I. Traición a la Patria.
- II. Usurpación de atribuciones.
- III. Impedir las elecciones presidencial o parlamentarias, así como intentar variar fraudulentamente sus resultados.
- IV. Atentar contra el libre ejercicio, reunión o funcionamiento del Poder Legislativo, del Poder Judicial o del Jurado Nacional de Elecciones.
- V. Violar los derechos y garantías individuales, políticas y sociales.
- VI. Atentar contra la Ley del Presupuesto.
- VII. Inmoralidad administrativa y malversación de los dineros del Estado.
- VIII. Desconocer las decisiones judiciales.

Art. ...Son delitos de responsabilidad de los Ministros de Estado, además de los mencionados en el artículo anterior, los siguientes:

- I. No atender injustificadamente la convocatoria que le haga cualquiera de las Cámaras para interpellarlo.
- II. No renunciar, o continuar en el Gabinete, después de haberse aprobado un voto de censura en su contra.
- III. Intervenir directa o indirectamente en la dirección o gestión de empresa o asociación privativa nacional o extranjera.

IV. Ejercer actividades profesionales u otra función pública que no sea la de Senador o Diputado” (45).

Habría que elaborar las normas penales aplicables a todos los demás altos magistrados y funcionarios sometidos a juicio político, por las violaciones no delictivas que actualmente pueden cometer contra la Constitución, lo que no es tarea menuda.

- Por todo delito que cometa en el ejercicio de sus funciones, caso en el cual el antejuicio puede ser realizado hasta cinco años después de haber cesado en dicha función.

La Constitución dice aquí que el procedimiento de antejuicio político ocurre «[...] por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después que hayan cesado en éstas». Desgraciadamente, la frase es anfibológica pues puede querer significar cualquiera de estas dos cosas:

- a. Que el antejuicio procede por todo delito que sea cometido en ejercicio de las funciones (con lo que no se requeriría antejuicio para los delitos que no sean cometidos en ejercicio de funciones, es decir, en su vida privada como por ejemplo, contra su cónyuge o sus hijos), o
- b. Que el antejuicio procede por infracción de la Constitución o por todo delito, de cualquier naturaleza, que sea cometido en el lapso indicado en el artículo. En esta última interpretación, el antejuicio no se produciría sólo cuando se trata de delitos conectados a su vida pública, sino incluso de los cometidos en la vida privada.

Los autores coinciden en decir que la interpretación correcta es la primera de las dos.

Chirinos Soto hace la discriminación entre delito político sometido

(45) VALLE-RIESTRA, Javier. *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*. Lima, Editor Heriberto M. Benítez-Rivas, 1987, pp. 186-187.

al antejuicio del artículo 99, y delito común sometido al desafuero de la parte final del artículo 93:

“El parlamentario es, pues, inviolable. No puede ser procesado ni preso, salvo en caso de delito flagrante. Ese delito no es delito de función -para el que existen los mecanismos del juicio político- sino delito común, respecto del cual el Congreso o la Comisión Permanente, autoriza o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. De modo que, aún en el caso de flagrante delito común, el Congreso o la Comisión Permanente puede no autorizar la privación de la libertad y el enjuiciamiento” (46).

Lo propio dice García Belaunde:

“La inmunidad está referida a aspectos penales (antiguamente comprendía también aspectos civiles), conocida en el derecho sajón como «inmunidad de arresto». Consiste en la protección del parlamentario frente a cualquier tipo de detención, a través de un determinado proceso o fuera de éste.

Esta protección cubre la comisión de delitos comunes y los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En el caso del delito común, existe el desafuero, y luego el juzgamiento por el juez de la causa.

Para el caso del delito de función debe darse la acusación constitucional, y el juzgamiento a cargo de la Corte Suprema” (47).

Ortecho dice:

“Es de advertir que el antejuicio se sigue solamente por la comisión de delitos en el ejercicio de la función, es decir aquellos que

(46) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p.161. (Esta cita ya fue transcrita en nuestro comentario al artículo 93).

(47) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Lima, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., 1992, p. 123. (Esta cita ya fue transcrita en nuestro comentario al artículo 93).

directa o indirectamente pueden haberse cometido sólo por el hecho de ser funcionarios; y en tal supuesto, el acusado cesa en el cargo hasta que concluya el procedimiento judicial. Si es declarado inocente se incorpora a su función y si es declarado culpable, debe ser inhabilitado y destituido” (48).

Y Enrique Bernales expresa igual opinión refiriéndose al caso particular de los ministros, pero que se extiende perfectamente a los demás funcionarios sujetos al antejuicio:

“Este método de juzgamiento de los Ministros no rige para los delitos comunes, sino para los que cometen como tales Ministros o, empleando la expresión constitucional, «en el ejercicio de sus funciones». Caen bajo esta calificación los delitos que tienen «relación directa o indirecta con las funciones oficiales», y se excluyen «las infracciones completamente extrañas a esas funciones». Por estas últimas infracciones, los Ministros son responsables en juicio criminal ante los tribunales que correspondan, según la naturaleza del delito, como cualquier particular” (49).

El artículo establece que se produce el antejuicio por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones «[...] y hasta cinco años después que hayan cesado en éstas». Esta norma trae a nuestro juicio tres consecuencias:

- La primera, que los magistrados aludidos se hallan protegidos por el antejuicio hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones, lo que debe entenderse como un plazo que caduca cumplidos cinco años medidos por período natural, no útil, como se mide todo plazo dado en años dentro del Derecho.
- La segunda, que transcurrido ese plazo, caduca la posibilidad de que esa persona sea procesada por el hecho imputable, ya que el

(48) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 25.

(49) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Parlamento y democracia*. Lima, Constitución y Sociedad, 1990, p. 140.

antejuicio es imposible y, sin él, tiene el privilegio de no ser procesada. Violar este principio sería inconstitucional y procedería una acción de amparo.

- La tercera, que como el plazo de cinco años es de caducidad, la tarea de investigación y moralización del Congreso tiene que ser particularmente rápida y eficiente. Si el plazo caduca y la acusación contra quien presuntamente ha cometido delito no se realiza, entonces el propio Congreso estará avalando conductas antijurídicas en los hechos, problema de cuya gravedad no es necesario hacer ningún comentario.

Desde el punto de vista de procedimiento, la Constitución dice que es la Comisión Permanente establecida en el artículo 101 la que investiga la conducta del magistrado y la que decide formular o no acusación. Si ella no acusa ante el Congreso no habrá proceso judicial. Si decide acusar, todavía podría ocurrir que el Congreso decida no aprobar la acusación. Esto se analiza en el artículo siguiente.

La persona contra la que se hace el antejuicio tiene derecho de defensa ante la Comisión Permanente, como se establece en el artículo siguiente de la Constitución.

Este trámite ha sido desarrollado por el Reglamento del Congreso que trae esta extensa normal respecto:

«Artículo 89.- Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política.

El procedimiento de acusación constitucional se desarrolla observando las siguientes reglas:

- a) Cualquier congresista o persona que se considere directamente agraviada puede presentar denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado comprendidos dentro de los alcances del artículo 99 de la Constitución Política.

La denuncia se presenta por escrito, señalando la fecha de presentación y los nombres de los denunciados, acompañada por una breve sumilla sobre su contenido, la descripción precisa de los hechos que la motivan y los documentos que la sustenten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren, la referencia a las normas constitucionales y legales en que se ampara y el número de la libreta electoral, la dirección y la firma o las firmas de los denunciados. La carencia de alguno de estos requisitos determina la improcedencia de la denuncia.

- b) Las denuncias presentadas por personas directamente agraviadas son puestas en conocimiento de los congresistas a través de los voceros de los grupos parlamentarios hasta por siete días útiles y se lee de ellas una breve sumilla en la siguiente sesión del Pleno o de la Comisión Permanente. Transcurrido este plazo sin que ningún señor Congresista las haga suyas, las denuncias serán enviadas por el Oficial Mayor del Congreso a una comisión especial calificadora, integrada por un mínimo de cinco y máximo de siete congresistas elegidos por el Pleno al inicio de cada período anual de sesiones, a propuesta del Presidente.
- c) La comisión especial calificadora evalúa las denuncias puestas en su conocimiento y determina su procedencia de acuerdo con los siguientes criterios:
 - Que hayan sido formuladas por persona capaz, por sí o mediante representante debidamente acreditado.
 - Que la persona que formula la denuncia sea directamente agraviada por los hechos o conductas que se denuncian.
 - Que se refieran a hechos que constituyan delitos previstos en la legislación penal.
 - Que se dirijan contra los funcionarios y ex-funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política.
 - Que cumpla con los requisitos señalados en el segundo párrafo del literal a) precedente.
- d) Las denuncias constitucionales presentadas por los congresistas y las declaradas procedentes por la comisión especial calificadora, serán enviadas a la Comisión Permanente.

- e) Si la Comisión Permanente no está reunida, el Presidente la convoca de inmediato, nombrando una subcomisión que realice las investigaciones, escuche las declaraciones y testimonios, reúna la información necesaria y presente un informe en el plazo que se acuerde con el voto aprobatorio de la mitad más uno del número legal de sus miembros.

El informe puede concluir en la propuesta de absolución de cargos al funcionario denunciado o de formulación de acusación constitucional ante el Pleno del Congreso.

- f) Recibido el informe de la subcomisión, el Presidente ordena su distribución entre los miembros de la Comisión Permanente y convoca a sesión de la misma, la que no se realiza antes de los tres días útiles siguientes ni, de ser el caso, puede coincidir con la sesión del Pleno del Congreso.
- g) Si el informe propone la absolución de cargos se procederá a votar sin debate. Si por el contrario propone la acusación ante el Pleno del Congreso, se debatirá el informe y se votará, pronunciándose por la acusación o no ante el Pleno.
- h) Si el informe que propone la acusación es aprobado, la Comisión Permanente nombra una subcomisión acusadora integrada por tres de sus miembros, a efecto que sustente el informe y formule acusación en su nombre ante el Pleno del Congreso.
- i) El Consejo Directivo decide la fecha y hora y define las reglas a ser aplicadas para el debate de la acusación constitucional.
- j) Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la subcomisión acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva.

En la votación están impedidos de participar los miembros de la Comisión Permanente.

El acuerdo de haber lugar a formación de causa o no debe constar en Resolución del Congreso.

- k) El expediente con la acusación constitucional es enviado al Fiscal de la Nación, quien debe formular denuncia penal ante la Corte Suprema de Justicia en el plazo de cinco días naturales. El Vocal Supremo en lo Penal abre la instrucción correspondiente.
- l) Durante las diferentes etapas del procedimiento de acusación constitucional, el denunciado, puede ser asistido o representado por abogado».

Como puede apreciarse, los procedimientos que corren a partir del inciso I) corresponden a lo mandado por el artículo 100 pero los transcribimos aquí para no romper la unidad expositiva de este artículo, de por sí ya considerablemente largo y complicado.

La norma del Reglamento del Congreso establece ciertas reglas específicas que, en nuestro criterio, no llegan a desnaturalizar los principios establecidos en el artículo 99:

- Si se trata de una acusación de ciudadanos, se ha establecido como filtro una comisión especial calificadora que puede desestimarlas. Esta norma es razonable en dos extremos: permite la acusación por cualquier persona y exige la calificación de la acusación antes de remitirla a la Comisión Permanente.
- Si se trata de una acusación formulada por representante a Congreso, o hecha suya por él, entonces la materia pasa directamente a conocimiento de la Comisión Permanente.
- Las subcomisiones que se forman en ella tienen por finalidad dictaminar, pero la decisión definitiva la toma la misma Comisión. Tal vez sólo sea discutible aquí que cuando el dictamen propone que no hay lugar a acusación, el voto se deba ejercer sin discusión. Ello es equivocado a nuestro juicio por dos motivos: la primera, porque

puede haber buenas razones para argumentar por la acusación que no pueden ser aportadas; segundo, porque la votación puede concluir en la decisión de acusar, sin que se haya producido debate. Las dos circunstancias son malas y por consiguiente, consideramos que esta norma debe ser eliminada.

- La subcomisión de acusación ante el pleno no es una mala idea, considerando el número abultado de miembros que tiene la Comisión Permanente.

En definitiva, no hallamos inconstitucionalidad en estas disposiciones y, por consiguiente, creemos que son plenamente exigibles.

152. Artículo 100

«Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 trató así las atribuciones del Senado en el antejuicio:

«Constitución de 1823, artículo 91.- El Senado no puede procesar ni por acusación, ni de oficio, si solo poner en conocimiento del Supremo Tribunal de Justicia cualquiera ocurrencia relativa a la conducta de los magistrados, sin perjuicio de la atribución 5. de este capítulo».

La Constitución de 1828 modificó el tratamiento de la siguiente manera:

«Constitución de 1828, artículo 31.- Es atribución especial del Senado conocer si ha lugar a formación de causa en las acusaciones que haga la Cámara de Diputados, debiendo concurrir el voto unánime de los dos tercios de los Senadores existentes para formar sentencia».

«Constitución de 1828, artículo 32.- La sentencia del Senado en estos casos no produce otro efecto que suspender del empleo al acusado, el que quedará sujeto a juicio según la ley».

Estas normas se reproducen en los artículos 32 y 33 de la Constitución de 1834; 19 y 43 de la Constitución de 1839; 62 de la Constitución de 1856; 66 inciso 1 de la Constitución de 1860; 97 inciso 1 de la Constitución de 1920 y 122 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1993 que constituye precedente del que ahora tratamos, es el siguiente:

“Artículo 184.- Corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley”.

El tratamiento sobre el resultado del antejuicio es bastante distinto entre las dos Constituciones en varios aspectos. La Constitución de 1979

se limitaba a establecer que el acusado quedaba suspendido en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley.

La Constitución de 1993 añade varias normas:

- Se puede suspender a la persona e inhabilitarla hasta por diez años o destituirla, sin perjuicio de la responsabilidad. El acusado tiene derecho de defensa en este trámite, inclusive con auxilio de abogado.
- Se establece plazo de cinco días para la acusación penal fiscal emergente del antejuicio.
- La instrucción debe ser abierta (no hay discrecionalidad para hacerlo).
- Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden ser otros que los de la acusación del Pleno.
- La sentencia absolutoria devuelve todos sus derechos políticos al acusado.

Análisis exegético

Una vez que la Comisión Permanente ha acusado, sus miembros dejan de intervenir en el procedimiento del antejuicio y el caso pasa a conocimiento del Pleno que, para este efecto, sesiona sin los miembros de la Comisión Permanente. Las reglas de detalle que sobre ello consigna el Reglamento del Congreso, corren a partir del inciso I) del artículo 89 citado a propósito del comentario del artículo anterior. Allí nos remitimos para no repetirlo aquí.

En el antejuicio el Pleno puede acordar todo lo siguiente, inclusive acumulativamente:

- Suspender al funcionario acusado.
- Inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años.
- Destituirlo de su función.
- Acusarlo penalmente en cuyo caso el Fiscal de la Nación formula

denuncia ante la Corte Suprema en cinco días y el Vocal Supremo Penal abre la instrucción. En este caso, los términos de la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. En otras palabras, la acusación del Congreso da contenido a la denuncia y al auto apertorio de Instrucción. Si la Corte Suprema absuelve al acusado, le son restituidos sus derechos políticos.

Valentín Paniagua se ha pronunciado abiertamente en contra de la posibilidad de que el Congreso aplique las sanciones contenidas en las tres primeras posibilidades:

Se ha dicho ya que el Reglamento no permite al Congreso procesar y sancionar las infracciones constitucionales. Autoriza, en cambio, a desaforar a los acusados por delitos de función «sin perjuicio» de imponérseles las sanciones que permite el Artículo 100 de la Constitución. Esa posibilidad, conspira contra la más elemental racionalidad y legalidad. ¿ Con qué criterio y en qué casos se impondrán las sanciones? ¿ Con qué criterio político, ético o jurídico? ¿ Con absoluta discreción, por no decir, arbitrariedad? El Congreso no juzga en el antejuicio conductas delictivas, habilita a los jueces para que ellos impongan las sanciones. Si ello es así, ¿ por qué permitirle que prejuzgue y que anticipe unas sanciones que deberfan ser la consecuencia del juicio penal? La atribución reconocida al Congreso es por cierto incompatible con la prerrogativa funcional y con elementales derechos inherentes al debido proceso legal. Sólo servirá para fomentar el abuso y la prepotencia del Congreso; hay además razones de principio que hacen criticable tan absurda competencia.

La inmunidad funcional protege al funcionario, no lo despoja de las garantías del debido proceso. En eso radica la diferencia del Antejuicio con el Juicio Político (50).

Enrique Bernales tiene la siguiente opinión:

(50) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *¿ Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?* . En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 135.

El primer párrafo del artículo va mucho más allá de la suspensión del funcionario acusado en el ejercicio de sus funciones, que es la medida en que se agotaba la Constitución de 1979 a la espera de juicio en la Corte Suprema. La nueva Carta entrega al Parlamento una atribución de la mayor importancia, cuyo antecedente es, por cierto, el constitucionalismo norteamericano, que es el que da origen a la atribución de destituir o inhabilitar al funcionario que es hallado responsable, sin perjuicio de cualquier otra sanción. Es decir, el Parlamento tendrá una capacidad de sanción, que se efectiviza en la destitución del funcionario o que, como también establece el dispositivo peruano, puede significar la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años.

¿Significa esta potestad una limitación de inocencia, dado que el Parlamento no sustituye ni puede asumir funciones que sólo corresponden al Poder Judicial? La inhabilitación o la destitución son sanciones de carácter político, que sólo pueden ser acordadas por el Parlamento y, en este extremo, no existiría interferencia en la acción de la justicia. Por otro lado, el mismo artículo bajo comentario señala en otro párrafo que «la sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos». Una rigurosa interpretación del texto constitucional significaría que por aplicación de este extremo, la inhabilitación queda sin efecto. Más aun, podría inclusive sostenerse que el destituido tendría fundamentos para accionar en favor de los derechos adquiridos legítima y legalmente (51).

Las citas que transcribimos plantean el problema siguiente: las sanciones que el Congreso aplicará serán adoptadas por voto político, que es el que compete a dicho órgano. ¿Pueden quedar firmes sin que haya un control jurisdiccional de las mismas? El artículo 100 se pone en la hipótesis que haya un proceso penal, dentro del cual evidentemente se condenará y la sanción impuesta por el Congreso permanecerá, o se declarará la inocencia y entonces la sanción será levantada por el cuarto párrafo del artículo 100.

(51) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 406.

Sin embargo, dos asuntos quedan poco claros:

- Como indicamos en el comentario al artículo anterior, cabe plantearse si se puede o no hacer antejuicio y establecer sanciones por el Congreso, en el caso de infracciones a la Constitución que no son delito y en las cuales, por lo tanto, la Corte Suprema nunca asumirá competencia, con lo cual tampoco podrá absolver ni en consecuencia retirar la sanción del Congreso. Como ya opinamos, si ello ocurriera de esa manera, sería inconstitucional porque atentaría contra el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional establecidos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.
- El otro asunto consiste en si el Congreso puede tomar alguna de las tres primeras decisiones indicadas antes, sin acusar aún cuando pudiera hacerlo. Consideramos que no puede actuar así y fundamos esta opinión en lo ya dicho: las sanciones que imponga el Congreso tendrán como base un voto político porque dicho órgano no ejerce función jurisdiccional. Las personas, deberán tener siempre derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional según el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Por consiguiente, no podrá haber una privación de derechos por decisión política que no pueda ser discutida en la vía jurisdiccional. Si el Congreso pudiendo acusar no lo hace, dicha vía no existiría y no habría forma de contestar judicialmente la sanción. Aquí, como ya sostuvimos, se produce una inconstitucionalidad y se podría interponer un amparo que restituya los derechos que el Congreso haya retirado.

Hay que notar lo ya obvio por sí mismo: quien debe dictar la norma procesal de protección contra las sanciones que tratamos es el propio Congreso y, por consiguiente, no podría sancionar en impunidad si él mismo no crea la vía de discusión jurisdiccional de dicha sanción.

Por ello pensamos que el Congreso no puede suspender, inhabilitar o destituir al funcionario sin acusarlo penalmente. Es un tema de elemental consecuencia frente a los derechos fundamentales de la persona a la participación, a la igualdad y al honor y buena reputación (52).

(52) Ya ocurrió que el Congreso destituya a tres magistrados del Tribunal Constitucional sin acusarlos por delito alguno y, en consecuencia, que que-

mejanzas, la Constitución no hace distinciones y, finalmente y lo más importante, el inciso 2 del artículo 139 no trata de las funciones del Congreso sino, precisamente, de la independencia jurisdiccional de los tribunales.

En otras palabras, consideramos que el último párrafo del artículo que comentamos, es contrario a la sistemática constitucional en lo que se refiere a la no interferencia en los actos jurisdiccionales y que debería ser corregido. Sin embargo, sí estamos de acuerdo en que se establezca mecanismos judiciales o dentro del Ministerio Público para que hasta donde sea posible, se respete la acusación formulada por el Congreso en el Antejuiicio.

- La acusación por antejuiicio es, en la práctica, una acusación forzosa, saltando al Ministerio Público. Además, impone a la persona acusada la carga de tener que ir a proceso, a pesar de que el Ministerio Público o los jueces puedan pensar distinto. En otras palabras, el origen del juicio es una decisión política y eso no está bien. De hecho, el antejuiicio puede convertirse en una carga para el acusado, sobre todo si una mayoría parlamentaria quiere perjudicarlo imponiendo el proceso penal en su contra.
- Un tercer problema, de naturaleza esencialmente técnica, consiste en que podría ser posible que el Congreso equivoque la tipificación o la ameritación de circunstancias agravantes y atenuantes y, por el mandato del último párrafo del artículo que comentamos, se deba seguir todo el juicio con una denuncia que, los entendidos, podrían considerar desde el principio que no puede ser resuelta como absolución.

Valentín Paniagua hace una crítica y ofrece una solución que nos parece totalmente razonable:

Hasta 1990, nadie dudaba que las resoluciones de la Cámara de Diputados y del Senado eran «vinculantes». Esa convicción excluía toda intervención del Ministerio Público. El Congreso, Jurado de la más alta calificación y Fiscal investido de la máxima representación nacional, no necesitaba del Fiscal de la Nación para acusar. Tampoco requería del Vocal Instructor para decidir la apertura de la causa. En realidad, tampoco lo necesita ahora mis-

mo. 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 realidad, la denuncia es superflua. Lo es también el Auto Apertorio de Instrucción. Si, conforme al Reglamento, el Pleno ha declarado haber lugar a formación de causa, hay proceso abierto. A los Jueces que tienen la exclusividad de la función jurisdiccional y, solo a ellos, compete resolver si hay o no mérito para «continuar» la causa tal como lo dispone la aún vigente Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos. La solución arbitrada es harto inconveniente. Menoscaba al Congreso y por supuesto al Fiscal de la Nación y a la Corte Suprema (53).

Parece claro que la mejor fórmula consiste en que la acusación del Congreso no pase por el Ministerio Público sino que sea dirigida directamente a la Corte Suprema la que nombrará un vocal instructor, quien determinará jurisdiccionalmente si procede o no el juicio penal y dictará o no el auto apertorio de instrucción. El Ministerio Público procederá de acuerdo a sus atribuciones a lo largo del proceso y, dado el caso, podrá o no acusar en la etapa pertinente.

Como puede verse del texto del artículo, el acusado tiene derecho a la defensa tanto ante la Comisión Permanente como ante el Pleno del Congreso.

153. Artículo 101

«Artículo 101.- Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas.

Son atribuciones de la Comisión Permanente:

(53) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 135.

1. Designar al Contralor General, a propuesta del Presidente de la República.

2. Ratificar la designación del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca y Seguros.

3. Aprobar los créditos suplementarios y las transferencias y habilitaciones del Presupuesto, durante el receso parlamentario.

4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue.

No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

5. Las demás que le asigna la Constitución y las que le señala el Reglamento del Congreso.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Se puede encontrar Comisión Permanente en la Constitución de 1860. Su regulación fue la siguiente:

«Constitución de 1860, artículo 105.- La Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo se compone de siete Senadores y ocho Diputados, elegidos en Cámaras reunidas, al fin de cada Legislatura ordinaria. Para suplentes serán elegidos tres Senadores y cuatro Diputados».

«Constitución de 1860, artículo 106.- No podrá haber en esta Comisión individuos que tengan entre sí parentesco dentro del cuarto grado civil».

«Constitución de 1860, artículo 107.- Son atribuciones de la Comisión Permanente, a más de las que le señalan otros artículos constitucionales:

- 1.- Vigilar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo dos representaciones sucesivas para que enmiende cualquiera infracción que hubiese cometido, o para que proceda contra las autoridades subalternas, si ellas hubiesen sido las infractoras:
- 2.- Dar cuenta al Congreso y pedir que la Cámara de Diputados entable la correspondiente acusación contra el Ministro ó Ministros responsables, en el caso de que hubiesen sido desatendidas las representaciones de que se encarga la atribución anterior:
- 3.- Declarar si ha ó no lugar a formación de causa, y poner a disposición del Juez competente a los Senadores ó Diputados, en el caso de que habla el artículo 55 de esta Constitución.
- 4.- Resolver las competencias que se susciten entre las Cortes Superiores y la Suprema, y entre esta y el Poder Ejecutivo:
- 5.- Autorizar al Ejecutivo para que negocie empréstitos, designando la cantidad; y para que aumente la fuerza pública, hasta un número igualmente determinado, en el caso de que se trastorne el orden, ó sea invadido el territorio nacional. Para esta autorización no bastará la mayoría absoluta de votos, sino que será indispensable la de dos tercios:
- 6.- Dar al Presidente de la República el permiso mencionado en los artículos 95 y 96, en los mismos casos de la atribución anterior».

«Constitución de 1860, artículo 108.- Los Senadores y los Diputados que forman esta Comisión, desempeñarán los encargos que les hubiesen conferido sus respectivas Cámaras, para la formación y revisión de las leyes, con la obligación de dar cuenta oportunamente».

«Constitución de 1860, artículo 109.- La Comisión es responsable ante el Congreso por cualquiera omisión en el cumplimiento de los deberes que le prescriben sus atribuciones primera y segunda: lo es también por el mal uso que hiciere de su atribución 5».

«Constitución de 1860, artículo 110.- La Comisión elegirá de su seno un Presidente, un Vice-Presidente y un Secretario, y formará un Reglamento y su Presupuesto».

En el período estudiado en este acápite no hay otras comisiones permanentes de Congreso.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente en la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 185.- La Comisión Permanente se compone de cinco Senadores y de diez Diputados elegidos por sus respectivas Cámaras, además de los Presidentes de éstas como miembros natos. La preside el Presidente del Senado. En ausencia de éste, el Presidente de la Cámara de Diputados.

Son atribuciones de la Comisión Permanente las que le señalan la Constitución y el Reglamento del Congreso”.

La Comisión Permanente del Congreso cambió mucho de la Constitución de 1979 a la de 1993 por el paso al unicameralismo. Si en la Constitución de 1979 era sólo sustitución del trabajo de las cámaras durante su receso, ahora es un órgano que, además de dicha función, tiene otras que le son propias. Por ello, en la Constitución de 1993 tiene mayor número de componentes (pasa de diecisiete a treinta congresistas como máximo) y se busca que su composición sea proporcional al peso que tiene cada grupo parlamentario en el Pleno.

Las dos primeras atribuciones que la Constitución de 1993 otorga a la Comisión Permanente son herencia de decisiones que tomaba el Senado en el Congreso bicameral. Las dos siguientes son atribuciones legislativas para cuya utilización hay que tener en cuenta la prohibición de delegación establecida en la segunda parte del inciso 4.

La Constitución de 1979, en cambio, en materia de atribuciones genéricas de la Comisión Permanente, sólo se refería al Reglamento del Congreso.

Análisis exegetico

La Comisión Permanente es un organismo que existe dentro del Congreso y que está conformada, como dice el primer párrafo de este artículo, en relación a las siguientes variables:

- Elección de sus miembros por el pleno del Congreso, de manera que son representantes de representantes.

- La conformación interna de la Comisión Permanente tiende a ser proporcional a la participación de cada grupo de parlamentarios en el Congreso total. Ello es importante por el tipo de funciones que tiene y que suponen representación del Pleno.
- El número máximo de miembros es del 25% del total de congresistas. La proporcionalidad está vinculada al número de miembros de la Comisión Permanente y, si se adopta el máximo tamaño posible, la proporcionalidad puede llegar hasta quienes tienen 4% de participación en el Congreso. Obviamente, la proporcionalidad depende también de muchos otros factores pero lo importante es que las mayorías del Congreso den ejemplo democrático y utilicen el criterio de organización de la Comisión Permanente que dé la mejor relación de proporcionalidad que se pueda. Esto puede ser muy fácilmente calculado desde el punto de vista matemático.

Las dos primeras atribuciones que tiene la Comisión Permanente las ejerce esté o no en legislatura el Pleno. Corresponden a la clásica concepción de *Cámara Alta* y antes las ejercitaba el Senado.

Enrique Bernales comenta estas atribuciones de la siguiente manera:

La distorsión de lo que es la Comisión Permanente, aparece de manera indubitable cuando deja de convertirse en un organismo que sólo se reúne durante el receso parlamentario, para adquirir funciones propias y estables que pueden requerir reuniones ordinarias en simultáneo o no, con el Parlamento unicameral. Esto en razón de que el texto constitucional le transfiere determinadas atribuciones ordinarias del Senado, o de la Cámara de Diputados. Tenemos así que se convierte en Cámara acusadora de todos aquellos funcionarios a los que la Constitución somete a antejuicio en casos de infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones. Pero además, adquiere también las atribuciones de designar al Contralor General, a propuesta del Presidente de la República, y de ratificar al Presidente del Banco Central de Reserva y al Super-intendente de Banca y Seguros (54).

(54) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Comisión Permanente en la*

La tercera, referente a asuntos presupuestales, es una suplencia razonable al Pleno mientras no está en legislatura con competencia para resolver estos temas.

Lo que parece poco claro es que la Comisión Permanente pueda ejercitar delegación de facultades legislativas del Pleno por las siguientes razones:

- El texto no dice si la delegación será hecha en receso del Pleno o también cuando éste funciona. Si pudiera ser lo último, en realidad se estaría produciendo una peligrosa situación en la que los congresistas renuncian a uno de sus poderes esenciales, que es dar las leyes, y la entregan a «representantes» suyos. Hacer esto sería una grave alteración del principio de que es el Congreso (y no una parte de él por importante que sea) la que legisla.
- Aún cuando la delegación fuera para épocas de receso del Pleno, es inconveniente que una parte de los congresistas vote por el total. Siempre puede haber manipulación que haga complicada la vida política, sobre todo, desconociendo derechos a la oposición cuando es minoría.

De otro lado, la práctica parlamentaria aconseja que cuando hay receso y es necesario dictar alguna norma, se recurra a la legislatura extraordinaria que es perfectamente posible en nuestro país. No hay que olvidar que para materia económica y financiera existen además los decretos de urgencia que pueden ser dictados en virtud del artículo 118 inciso 19 por el Poder Ejecutivo.

En síntesis, no consideramos adecuado que se permita la delegación de atribución legislativa del Congreso a la Comisión Permanente. Compartimos, en este sentido, la opinión de Enrique Bernal:

“[...] la Comisión Permanente es un organismo que forma parte de la estructura del Parlamento. Pero no constituye Cámara propia, ni tiene funciones diferenciadas, que la hagan partícipe de responsabi-

Constitución de 1993. VARIOS AUTORES. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 162.

lidades específicas en el proceso legislativo. Es muy claro que se trata de una entidad que emana del Congreso y cuya única y exclusiva finalidad es la de asumir determinadas funciones señaladas por la misma Constitución, durante el receso del Congreso, y para asegurar la presencia de éste ante el Ejecutivo (55).

El penúltimo párrafo establece las restricciones de delegación de atribuciones legislativas a la Comisión Permanente que, según el artículo 104, son las mismas restricciones que se aplican a la delegación de atribución legislativa al Poder Ejecutivo. Quiere esto decir que no puede haber decretos legislativos en materia de reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales de competencia del Congreso (según el artículo 56 de la Constitución), las leyes orgánicas definidas en el artículo 106 de la Constitución, Ley de Presupuesto (artículo 77 de la Constitución) y la Cuenta General de la República (artículo 81 de la Constitución). Este párrafo es importante porque, según el artículo 105 «*No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente*». La Constitución está hablando en este caso de la delegación al Poder Ejecutivo para que dicte Decretos Legislativos. En resumen, en las materias antes indicadas, no podrá haber decreto legislativo constitucionalmente válido. Todas esas normas deberán ser aprobadas por el Congreso.

Las normas que contiene el Reglamento del Congreso sobre la Comisión Permanente son las siguientes:

«Artículo 42.- La Comisión Permanente del Congreso se instala a más tardar dentro de los quince días útiles posteriores a la instalación del primer período ordinario de sesiones. Ejerce sus funciones constitucionales durante el funcionamiento ordinario del Congreso, durante su receso e inclusive en el interregno parlamentario derivado de la disolución del Congreso.

La Comisión Permanente está presidida por el Presidente del Congreso y está conformada por no menos de veinte Congresistas elegidos por el Pleno, guardando la proporcionalidad de los representantes de cada

(55) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Comisión Permanente en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 160.

grupo parlamentario. El Presidente somete a consideración del Pleno del Congreso la nómina de los congresistas propuestos para conformar la Comisión Permanente, a más tardar dentro de los cinco días hábiles posteriores a la instalación del primer período anual de sesiones. La elección se realiza dentro de los cinco días hábiles posteriores. Los vicepresidentes de la Comisión Permanente son los Vicepresidentes del Congreso».

«Artículo 43.- La Comisión Permanente del Congreso se reúne durante el receso del Congreso y en los demás casos señalados en este Reglamento, sin perjuicio de su instalación luego de la designación de sus miembros por el Pleno. Sin embargo, puede ser convocada dentro del período ordinario o extraordinario de sesiones cuando sea necesario cumplir con el trámite de acusación constitucional a que se refiere el artículo 99 de la Constitución Política.

La Comisión Permanente también se reúne cuando lo solicita un tercio del número legal de sus miembros.

La Comisión Permanente se reúne de acuerdo al rol que ella apruebe y cuando la convoque el Presidente».

«Artículo 46.- Durante el interregno parlamentario o el receso parlamentario la Comisión Permanente ejerce sus funciones de control conforme a la Constitución Política y al presente Reglamento».

Finalmente, es preciso decir que el artículo 101 de la Constitución que comentamos, debe ser necesariamente concordado con el artículo 134 en la parte que dice: “Disuelto el Congreso se mantiene en funciones la Comisión Permanente la cual no puede ser disuelta”. También con la parte del artículo 135 que establece que durante el período en que el Congreso permanece disuelto “[...] el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale”. Es decir, la Comisión Permanente queda existiendo entre el Congreso disuelto al que perteneció y el nuevo que se elegirá. Sin embargo, no tiene otra atribución que guardar los decretos de urgencia, para someterlos al nuevo Congreso. Se respeta así el principio de que ella no sustituye al Congreso disuelto en el ejercicio de sus funciones: es simplemente un órgano de enlace entre el antiguo y el nuevo Congreso.

154. Artículo 102

Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso :

- 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.*
- 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*
- 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.*
- 4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.*
- 5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.*
- 6. Ejercer el derecho de amnistía.*
- 7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.*
- 8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.*
- 9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.*
- 10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa”.*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La lista de atribuciones entregadas al Congreso ha sido larga en las Constituciones que tratamos y, muchas veces, discriminada entre atribu-

ciones del Congreso y de las diversas cámaras que lo componían. Aquí, hemos hecho una síntesis de las principales, en una lista que no discrimina entre Congreso y cámaras porque, además de ser una clasificación engorrosa, no sirve a los fines de lo que aquí hacemos, que es trazar las grandes líneas de lo que las Constituciones del pasado consideraron importante que fuera aprobado en el Congreso, por el todo o por las partes. Esta relación es producto de la revisión de los artículos constitucionales que expresamente se referían a las atribuciones constitucionales. En otras palabras, en esta lista presentamos las atribuciones que se hicieron en las Constituciones anteriores en los artículos sistemáticamente equivalentes al 102 de la de 1993.

La presentación de los temas es ideográfica, de manera que podamos hacer agregación de ellos. Como resulta evidente, los textos legislativos fueron casi siempre distintos uno del otro, aunque conservaran la misma idea global. Para que el lector pueda consultar directamente los matices, consignamos los artículos de los cuales hemos extraído la cita. Este es el resumen que mejor podemos elaborar en torno a las atribuciones consideradas para el órgano legislativo en las Constituciones que en esta parte nos ocupan:

- **LEGISLAR.** Dar las leyes, interpretarlas, modificarlas y derogarlas (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **REGLAMENTOS** Aprobar los reglamentos (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51).
- **INDULTO.** Conceder indultos (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123 -sólo durante el receso del Congreso, el Ejecutivo podía dar indultos-).
- **AMNISTIA.** Conceder amnistía (Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artícu-

- lo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- FUERZAS ARMADAS. Crear, aumentar o reducir las fuerzas militares. (Constitución de 1823, artículos 60, 173 y 178; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - ASCENSOS MILITARES. Aprobar ascensos militares. (Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1856, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - TROPAS EXTRANJERAS. Prestar o negar consentimiento al ingreso de tropas extranjeras y estacionamiento de escuadras en el territorio y puertos de la República. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - SALIDA TROPAS. Autorizar o negar la salida de tropas fuera de la República. (Constitución de 1823, artículo 60).
 - GUERRA. Declarar la guerra. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1823, artículo 90 para el Senado; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - PAZ. Aprobar la paz o requerir al Ejecutivo para que la negocie. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - TRATADOS. Aprobar tratados y convenios. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 102; Constitución de 1834, artículo 102; Constitución de 1837, artículo 23; Constitu-

ción de 1839, artículos 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83).

- **BULAS, CONCORDATOS Y OTROS.** Examinar las bulas, decretos y breves pontificios para darles el pase o decretar su detención. Aprobar los Concordatos.(Constitución de 1823, artículo 90; Constitución de 1826, artículo 102; Constitución de 1828, artículo 102; Constitución de 1834, artículo 102; Constitución de 1837, artículo 41 -establece que el Senado asesora al Ejecutivo en estas materias-; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1856, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83).
- **PATRONATO.** Arreglar el ejercicio del patronato, y elaborar proyectos de ley sobre todos los negocios eclesiásticos que tienen relación con el gobierno. (Constitución de 1826, artículo 102; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83).
- **DEUDA PUBLICA.** Reconocer la deuda pública y establecer los medios para pagarla. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **TRIBUTOS.** Establecer, modificar o derogar los tributos. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **PRESUPUESTO.** Aprobar el presupuesto de ingresos y gastos y evaluar su ejecución o la cuenta general. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1837, artículo 23; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 9; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **EMPRÉSTITOS.** Aprobar los empréstitos y, en general, el

- endeudamiento del Estado. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1823, artículo 90 para el Senado; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1837, artículo 23; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **AUTORIZAR CONTRATOS.** Autorizar al Poder Ejecutivo para celebrar contratos que comprometan los bienes o rentas generales del Estado, los cuales serán sometidos para su aprobación al Poder Legislativo. (Constitución de 1920, artículo 83).
 - **EMPLEOS PUBLICOS.** Crear o suprimir empleos públicos y darles la dotación correspondiente. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1823, artículo 90 para el Senado; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - **MONEDA.** Determinar la moneda de curso legal del Estado. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - **PESOS Y MEDIDAS.** Uniformar pesos y medidas. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - **NATURALIZACION.** Conceder cartas de naturalización y ciudadanía y restablecer la nacionalidad a quienes la hayan perdido. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1837, artículo 23; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59). Es necesario resaltar, a propósito de estas atribuciones, que durante mucho tiempo, no hay una clara diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía en los textos constitucionales.
 - **DEMARCAACION DEL TERRITORIO.** Decidir la demarcación in-

terior del territorio (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123). Sobre la demarcación misma, la regla general ha sido dividir el territorio en departamentos, provincias y distritos. Excepciones son la Constitución de 1823 que lo divide en departamentos, provincias, distritos y parroquias (estas últimas, como partes de los distritos), y la Constitución de 1826 que lo hace en departamentos, provincias y cantones. Las normas respecto de este tema son: Constitución de 1823, artículo 7; Constitución de 1826, artículo 3; Constitución de 1826, artículo 4; Constitución de 1860, artículo 111; Constitución de 1860, artículo 112; Constitución de 1867, artículo 98; Constitución de 1867, artículo 99; y, Constitución de 1933, artículo 183.

- **TITULOS A LOS PUEBLOS.** Conceder títulos de villa o ciudad a los lugares del país. (Constitución de 1823, artículo 60).
- **PREMIOS Y HONORES.** Conceder premios y honores a personas, pueblos e instituciones. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1837, artículo 23; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **PRIVILEGIOS A LOS AUTORES.** Conceder privilegios temporales a los autores de alguna invención útil a la República. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48).
- **FIESTAS NACIONALES.** Instituir fiestas nacionales. (Constitución de 1823, artículo 60).
- **EDUCACION.** Decretar todo lo necesario para la instrucción pública. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55).
- **CARIDAD Y BENEFICENCIA.** Crear establecimientos de caridad y beneficencia. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1828, artículo 48).
- **ELEGIR AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.** Elegir al presidente y vicepresidente de la República. (Constitución de 1823, artículo 60).

culo 60; Constitución de 1826, artículo 30 -nombrarlo la primera vez y confirmarlos las sucesivas-; Constitución de 1860, artículo 59 -cuando no resulten elegidos según ley- ; Constitución de 1867, artículo 59 -cuando no resulten elegidos según ley-; Constitución de 1920, artículo 83 - cuando se produzcan los casos de muerte o dimisión-).

- **PROCLAMAR AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.** Proclamar la elección de presidente y vice-presidente de la República hecha por los colegios electorales, o hacer la elección cuando no resulten elegidos según la ley. (Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83).
- **RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.** Admitir la renuncia del encargado del Poder Ejecutivo. (Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **VACANCIA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA.** Resolver las dudas que ocurran en el caso de perpetua imposibilidad física del Presidente, y declarar si debe o no procederse a nueva elección. (Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **JUICIO DE RESIDENCIA.** Examinar, al fin de cada período constitucional, los actos administrativos del Jefe del Poder Ejecutivo, y aprobarlos, si fuesen conformes a la Constitución y a las leyes: en el caso contrario, la Cámara de Diputados entablará la correspondiente acusación ante el Senado. (Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59).
- **DESIGNAR SENADORES.** Designar por escrutinio a los senadores de cada departamento entre los elegidos por las provincias. (Constitución de 1823, artículo 60).
- **ELEGIR CONGRESISTAS.** Elegir, entre los candidatos que presenten en terna los cuerpos electorales, a los miembros que deban llenar las vacantes en cada Cámara. (Constitución de 1826, artículo

30).

- **APROBAR AUTORIDADES.** Aprobar ó rechazar los prefectos , gobernadores y corregidores que el gobierno le presente de la lista que formen los cuerpos electorales. (Constitución de 1826, artículo 102).
- **ELEGIR JUECES.** Elegir jueces y vocales a propuesta de otros órganos. (Constitución de 1826, artículo 102; Constitución de 1834, artículos 24, 34 y 51).
- **ELEGIR OBISPOS.** Elegir arzobispos y obispos a propuesta del Poder Ejecutivo. (Constitución de 1933, artículo 123). La Ley 9166 dejó esta norma con el siguiente texto: «Crear nuevos Arzobispados y Obispados, o suprimir los ya existentes, a solicitud del Poder Ejecutivo».
- **ELEGIR CONSEJEROS DE ESTADO.** Elegir a los Consejeros de Estado dentro o fuera de su seno. (Constitución de 1839, artículo 55).
- **CANDIDATOS TRIBUNAL SUPREMO.** Proponer al Poder Ejecutivo una lista de candidatos que hayan de componer el Tribunal Supremo de Justicia, los arzobispos, obispos, dignidades, canónigos, y prebendados de las catedrales. (Constitución de 1826, artículo 102).
- **PRESENTAR NOMBRAMIENTOS ECLESIASTICOS.** Presentar al Poder Ejecutivo los miembros de la lista eclesiástica que deban nombrarse por la Nación. (Constitución de 1823, artículo 90; Constitución de 1837, artículo 23).
- **ORGANIZACION INTERNA.** Organizar su Secretaría, nombrar sus empleados, formar su presupuesto y arreglar su economía y policía interior. (Constitución de 1867, artículo 59).
- **CONVOCAR CONGRESO.** Convocar a Congreso ordinario, cuando no lo hiciere el Ejecutivo en el plazo debido. (Constitución de 1823, artículo 90).
- **LEGISLATURA.** Abrir y cerrar sus sesiones en el tiempo designado por la ley. (Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **DERECHO DE POLICIA.** Arreglar todos los asuntos referentes a su seguridad interior y a la seguridad de sus miembros en el exterior de la casa del Congreso. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1826, artículo 30; Constitución de 1956, artículo

- 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **DESIGNAR LUGAR DE SUS SESIONES.** Designar el lugar de sus sesiones y trasladarlo si es preciso. (Constitución de 1823, artículo 60; Constitución de 1826, artículo 30; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
 - **VELAR POR LA CONSTITUCION.** Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y de los ciudadanos. También puede velar por la Constitución a pedido de parte, pues se establece que todo peruano puede reclamar ante el Congreso, entre otros órganos del Estado, por infracciones a la Constitución. (Constitución de 1823, artículos 90, 186 y 187; Constitución de 1828, artículo 174; Constitución de 1834, artículo 165; Constitución de 1839, artículo 177; Constitución de 1856, artículos 14 y 54; Constitución de 1860, artículos 13 y 59; Constitución de 1867, artículos 12 y 59; Constitución de 1920, artículos 16, 83 y 98; Constitución de 1933, artículos 26 y 123).
 - **ANTEJUICIO.** Decretar, tanto en los casos ordinarios como en los extraordinarios, que ha lugar a formación de causa contra el magistrado que ejerciere el poder ejecutivo, así como contra otros diversos magistrados de la República, cuya enumeración varió de Constitución a Constitución. (Constitución de 1823, artículo 90; Constitución de 1826, artículo 30; Constitución de 1837, artículo 23; Constitución de 1867, artículo 59).
 - **RESPONSABILIDAD TRIBUNALES.** Exigir la responsabilidad a los tribunales superiores de Justicia, a los prefectos, y a los magistrados y jueces subalternos. (Constitución de 1826, artículo 102).
 - **REGIMEN DE EXCEPCIÓN.** Establecer el régimen de excepción (que varió en su forma a lo largo del tiempo), en casos de guerra o de peligro extraordinario. (Constitución de 1826, artículo 30; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59; Constitución de 1920, artículo 83).

- **REGLAR COMERCIO.** Regular el comercio interior y exterior. (Constitución de 1828, artículo 48).
- **HABILITAR PUERTOS.** Habilitar toda clase de puertos. (Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55).
- **ADUANAS DERECHOS IMPORTACION.** Establecer aduanas y fijar la escala de derechos de importación y exportación. (Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1920, artículo 83; Constitución de 1933, artículo 123).
- **VELAR POR JUNTAS DEPARTAMENTALES.** Velar sobre que las juntas departamentales cumplan sus deberes; corregir sus abusos y resolver las dudas y cuestiones que en ellas se susciten. (Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1867, artículo 59).
- **RESOLVER COMPETENCIAS.** Resolver las competencias que se susciten entre las Cortes Superiores y la Suprema, y entre ésta y el Poder Ejecutivo. (Constitución de 1867, artículo 59).
- **RESOLVER COMPETENCIAS.** Resolver conflictos de competencia entre el Poder Ejecutivo y los Concejos Departamentales. (Constitución de 1933, artículo 123).
- **RESOLUCIONES REGIONALES VETADAS.** Aprobar o desaprobar las resoluciones de los Congresos Regionales que hayan sido vetadas por el Poder Ejecutivo. (Constitución de 1920, artículo 83).
- **VOTO CONSULTIVO.** Prestar su voto consultivo al poder ejecutivo en los negocios graves de gobierno, y señaladamente en los que respectan al interés particular de los departamentos, y en los de paz y guerra. (Constitución de 1823, artículo 90).
- **REDUCCIONES ANDES.** Velar sobre la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes. (Constitución de 1826, artículo 90 para el Senado;).
- **JUNTA LIBERTAD IMPRENTA.** Nombrar a la junta conservadora de la libertad de imprenta. (Constitución de 1823, artículo 60).
- **LIBERTAD IMPRENTA.** proteger la libertad de imprenta. (Constitución de 1823, artículo 60).

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos que trataban precedentemente el tema que ahora comentamos en la Constitución de 1979 eran los siguientes:

“Artículo 186.- Son atribuciones del Congreso:

- 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.*
- 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*
- 3. Aprobar los tratados o convenios internacionales de conformidad con la Constitución.*
- 4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.*
- 5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.*
- 6. Ejercer el derecho de amnistía.*
- 7. Aprobar la demarcación territorial que propone el Poder Ejecutivo. Y*
- 8. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa”.*

“Artículo 206.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte, por:

[...]

- 3. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de éste.*

[...].

Las dos Constituciones coinciden en la enumeración de atribuciones generales del Congreso, salvo en tres puntos:

- La aprobación de tratados ya no es atribución exclusiva del Congreso sino que la comparte con el Presidente de la República

(quien antes sólo aprobaba convenios relativos a asuntos de su competencia).

- Autorizar al Presidente a viajar fuera del territorio nacional (cosa que también mandaba la Constitución de 1979 pero no en el artículo de atribuciones del Congreso sino en el de vacancia de la Presidencia de la República).
- El consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional, que no existía en la Constitución de 1979.

155. Artículo 102 inciso 1

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

[...]».

Análisis exegético

El Congreso de la República, en la mentalidad del constituyente, tiene por primera función la de ejercitar la potestad legislativa, esto es, aprobar las leyes del Estado. Ya hemos comentado que así lo define en el artículo 90 cuando dice: *«El Poder Legislativo reside en el Congreso [...]».*

Por ello, el primer inciso del artículo se refiere también a la potestad legislativa. Establece, en este sentido, las siguientes especificaciones:

- El Congreso dicta leyes. La norma no es sólo descriptiva sino que atribuye a este Organismo la potestad legislativa: salvo las excepciones especialmente establecidas (como el artículo 118 inciso 19 de la Constitución), el poder de dictar normas con rango de ley pertenece al Congreso y nadie puede utilizarlo sin su autorización, otorgada de acuerdo a las disposiciones vigentes, porque usurparía funciones.

- El Congreso dicta resoluciones legislativas, que son normas con rango de ley, pero que tienen la particularidad de contener disposiciones aplicables a un caso o persona determinada y, por ello, tienen el nombre de resolución: dictan norma sobre un caso específico. Las resoluciones legislativas se dictan, por ejemplo, para dar pensiones de gracia a personas distinguidas o para aprobar los tratados cuya materia, según el artículo 56, es competencia del Congreso.
- Interpreta las normas con rango de ley que competen a su potestad. Esta atribución es lo que se denomina *interpretación auténtica* en la teoría del Derecho y consiste en que quien tuvo competencia para dictar la norma, es también competente para declarar su verdadero significado. Por consiguiente, la interpretación que el Congreso hace de las leyes, es tan válida como un mandato legal en sí mismo y, por eso mismo, se hace mediante una ley interpretativa.

La interpretación que hace el Congreso se entiende como válida desde el momento en que entró en vigencia la ley interpretada, es decir, que la ley que interpreta a una anterior, rige desde que aquella entró en vigencia, no desde que ella misma entra. En otras palabras, la interpretación de la ley funciona *retroactivamente* pero en verdad no es retroactiva porque ese significado siempre estuvo en la norma originalmente aprobada. (Por supuesto, si una ley posterior da a una previa un significado que no estaba en su texto y se pretende aplicar la interpretación desde la vigencia de la norma interpretada, cabría una acción de amparo como protección por aplicación retroactiva, según el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución. Por ello, es indispensable que el significado que de la ley interpretativa, esté claramente incluido en la norma interpretada, al lado de otros posibles).

Los decretos legislativos también son interpretados auténticamente por el Congreso por la siguiente razón: la potestad con la que son emitidos pertenece al Congreso. Este la delegó temporalmente y para materia específica al Poder Ejecutivo (Artículo 104) y es en virtud de este proceso que el decreto legislativo dictado tiene validez. Sin embargo, la potestad no pertenece al Poder Ejecutivo sino al Legislativo y, es más, éste no dio autorización para interpretar,

sino para dictar. Por consiguiente, es el Poder Legislativo el autorizado a dar la interpretación auténtica, aunque materialmente no dictó la norma.

Por la misma razón, los decretos de urgencia no podrán ser interpretados por el Poder Legislativo sino por el Ejecutivo. En este caso la atribución normativa es de éste y no de aquél, a pesar que la norma tenga rango de ley. Se trata de un caso de excepción establecido constitucionalmente. Desde luego, si el Congreso modificó o derogó el decreto de urgencia, de acuerdo al inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, entonces será él quien deba interpretar estas normas modificatorias o derogatorias.

- El Congreso tiene la atribución de modificar las normas con rango de ley existentes y ello, porque para modificar una ley hay que tener la misma atribución que para dictarla. En la medida que la atribución legislativa reside en el Congreso, él puede modificar las normas de este rango que estime pertinente. A las leyes y resoluciones dictadas por el propio Congreso, la aplicación de esta atribución es evidente por sí misma.

Los decretos legislativos son dictados por el Poder Ejecutivo mediante delegación de la atribución legislativa pero, una vez hecha la aprobación respectiva, la atribución sobre esas normas regresa al Congreso. Esto se desprende claramente del artículo 104 cuando dice que la delegación se hace «[...] sobre la materia específica y por el plazo determinados establecidos en la ley autoritativa». De acuerdo a esta disposición, el Poder Ejecutivo no tiene autorización para modificar los decretos legislativos que él mismo haya dictado y consideramos que esta imposibilidad existe desde que son dictados y aún cuando no haya expirado el plazo autoritativo, pues el Ejecutivo ejerce una atribución delegada y una vez producida la norma, dicha atribución cesa. Decimos esto a pesar que conocemos casos en los que el Ejecutivo ha modificado decretos legislativos mediante otros decretos legislativos dentro del plazo originalmente dado. Esto ha ocurrido, en nuestro criterio, debido a que los gobiernos tuvieron mayorías oficialistas que prefirieron inclinarse ante el Ejecutivo que ejercitar sus competencias con criterio de Estado.

Además, un párrafo posterior del mismo artículo 104 dice: «*Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley*». Por consiguiente, una vez dictados regresan al cauce general que corresponde a todas las normas con rango de ley y que es, precisamente, el inciso 1 del artículo 102 que comentamos.

Los decretos de urgencia, también son modificados por el Congreso. Aún cuando en este caso hay atribución específica y autónoma de dictarlos para el Poder Ejecutivo, el mismo inciso 19 del artículo 118 de la Constitución dice en su parte final: «*El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia*». La norma es clara y exime de mayor explicación. Si es preciso decir, sin embargo, que mientras el Congreso no haya intervenido modificando o derogando un Decreto de Urgencia, o una parte específica de él, el Poder Ejecutivo podrá dictar otro decreto de urgencia que modifique el primero, porque la atribución del artículo 118 inciso 19 lo permite claramente. Lo que no podrá hacer el Ejecutivo es modificar lo que haya modificado el Congreso dentro de un Decreto de Urgencia porque sería pretender poner la atribución excepcional que recibe, sobre la atribución general de dictar normas con rango de ley que, constitucionalmente, pertenece al Congreso según vimos.

- El Congreso puede derogar las normas con rango de ley existentes. Las consideraciones que hay que hacer respecto de este punto son sustantivamente similares a las del apartado anterior: si tiene poder para dictarlas, tiene también el poder para derogar las aprobadas por él. En lo que se refiere a los decretos legislativos, ellos se someten a los mismos efectos de las leyes y por tanto pueden ser derogados por el Congreso (artículo 104), y en lo que se refiere a los decretos de urgencia, la atribución de derogarlos está también expresamente considerada en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución.

El Reglamento del Congreso trae extensas normas sobre las diversas etapas del proceso de elaboración de las diferentes clases de normas que produce y que deben ser consultadas para un conocimiento detallado del asunto.

156. Artículo 102 inciso 2

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

[...]».

Análisis exegetico

Esta es una función que, de distintas maneras, comparten varios otros órganos del Estado. Entre ellos:

- El Poder Ejecutivo que debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales (Artículo 118 inciso 1 de la Constitución).
- El Ministerio Público que promueve la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. (Artículo 159 inciso 1 de la Constitución).
- La Defensoría del Pueblo que defiende los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad y supervisa el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (Artículo 162 de la Constitución).

Sin embargo, la función del Congreso es más bien de carácter tutelar, pues su encargo es *«velar por el respeto de la Constitución y de las leyes»*. Mientras los otros órganos tienen encargos de carácter específico (incluido el Poder Ejecutivo que debe hacer cumplir las disposiciones legales en ejercicio de la potestad ejecutiva del Estado) el Congreso debe supervisar el funcionamiento adecuado del Estado y la sociedad en relación al sistema jurídico integral del país. Le corresponde no sólo

como órgano legislativo, sino también como órgano de representación política cabal de la sociedad y como órgano de control político. Como puede apreciarse, es una atribución de mucha significación.

También, a partir de ella, puede decirse que el Congreso es particularmente responsable cuando en el país se vulnera sistemáticamente las normas porque, como en toda atribución de orden público, él no sólo tiene la *potestad* de cuidar la constitucionalidad y legalidad de la vida pública, sino que tiene también el *deber* de hacerlo y lo incumple cuando muestra pasividad ante la violación del Derecho.

Para ejercer esta atribución, el Congreso cuenta principalmente con los siguientes instrumentos:

- La posibilidad de dictar las normas de rango de ley que sean necesarias para solucionar los problemas existentes (aplicando el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución).
- Averiguar e investigar los asuntos de interés público (artículos 96 y 97 de la Constitución. El primero faculta a los representantes individualmente y el segundo al Congreso como órgano).
- Interpelar y censurar a los ministros (artículos 131 y 132 de la Constitución).
- Ejercitar la potestad del antejuicio político (artículos 99 y 100 de la Constitución).
- Suspender, inhabilitar o destituir al funcionario público acusado de actos ilegales, según el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución. Al comentar esta disposición, manifestamos que el Congreso sólo la debería emplear al tiempo que acusa penalmente para que se abra proceso que, en caso de recibir sentencia absolutoria, devuelva los derechos políticos al acusado. Nos remitimos a la parte pertinente para mayor fundamentación.

Como puede apreciarse, el Congreso tiene varios instrumentos de poder concreto a su disposición para velar por la constitucionalidad y legalidad de la vida del país.

157. Artículo 102 inciso 3

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.

[...]».

Análisis exegético

Esta norma es una ratificación de las disposiciones contenidas en el artículo 56 de la Constitución a cuyo comentario nos remitimos. El artículo 57 indica cuáles son los tratados que puede aprobar el Presidente de la República sin recurrir al Congreso.

En la medida que el Congreso aprueba los tratados mediante resoluciones legislativas, la modificación de los mismos o su denuncia, requerirán también aprobación del Congreso. En esto nos remitimos a la parte pertinente del comentario que hemos hecho al inciso 1 de este artículo 102.

158. Artículo 102 inciso 4

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.

[...]».

Análisis exegético

Es ratificación de las atribuciones que conceden al Congreso los artículos 77 y 81 de la Constitución. Hay que recordar que según el artículo 80 si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el Proyecto del mismo Poder Ejecutivo, promulgado por Decreto Legislativo. También que si el Congreso no se pronuncia sobre la cuenta general dentro del plazo fijado en el artículo 81 de la Constitución, el dictamen de la Comisión Revisora del Congreso es elevado al Poder Ejecutivo para que promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General. Esto último se consigna en el propio artículo 81 ya referido.

Los dos decretos legislativos indicados en el párrafo anterior son los únicos que tienen validez dentro del orden constitucional sin que se haya producido una delegación expresa de atribución por el Congreso y, cuando son dictados, ha ocurrido que el órgano legislativo no ha sido capaz de ejercitar adecuadamente las funciones de control que la Constitución le asigna específicamente. Sobre este punto nos remitimos a nuestros comentarios de los artículos 80 y 81.

El Reglamento del Congreso trae extensas normas sobre la forma de aprobación del Presupuesto, que vale la pena consultar para un conocimiento más detallado del tema.

159. Artículo 102 inciso 5

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.

[...]».

Análisis exegético

La norma es ratificación de las atribuciones ya dictadas en los artículos 75 y 78 de la Constitución, referentes al tema del endeudamiento del Estado. Nos remitimos a los comentarios respectivos.

160. Artículo 102 inciso 6

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

6. Ejercer el derecho de amnistía.

[...].».

Análisis exegético

La amnistía es la institución jurídica por la cual el Poder del Estado, graciosamente, olvida el delito cometido y, por tanto, borra jurídicamente todo rastro y consecuencia del mismo devolviendo a quien lo cometió la condición de ciudadano sin penas, sanciones ni antecedentes penales.

El artículo 89 del Código Penal establece al respecto:

“Código Penal, artículo 89.- La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta”.

Tradicionalmente, en nuestra vida constitucional, la amnistía es ejercitada por el Congreso, así como el indulto lo es por el Poder Ejecutivo. Ambas instituciones tienen antigua data en el Derecho y han sido tenidas por normas de equidad, bien cuando el delito cometido fue de conciencia sin otorgar beneficio directo al agresor, bien cuando el penado ha observado una conducta positiva que hay que reconocer y premiar. En el pasado las penas eran humillantes o atroces. Era allí que estas instituciones tenían además un contenido de piedad.

La amnistía no es un *derecho* de nadie y tampoco debe decirse que los órganos públicos tienen derechos, porque lo que les corresponde como instituciones de poder es ejercitar *atribuciones* de manera discrecional. Por consiguiente no existe en nuestro criterio el *derecho de amnistía* sino la *amnistía* a secas. Sería adecuado que el constituyente utilizara los términos en su adecuado significado jurídico.

Lo que sí existe es el derecho de todo condenado a muerte de solicitar amnistía (no necesariamente de obtenerla). El ha sido consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La amnistía ha sido ejercitada en el Perú reciente en varias ocasiones:

- El caso más saltante fue el de la Ley 26479 del 16 de Junio de 1995 que estableció lo siguiente:

«Ley 26479, artículo 1.- Concédase amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera que fuere su situación militar o policial o funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente ley».

«Ley 26479, artículo 2.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de actividad, disponibilidad o retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992».

«Ley 26479, artículo 3.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de actividad, disponibilidad o retiro denunciado procesado o condenado por los delitos de infidencia, ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte».

«Ley 26479, artículo 5.- Está excluido de la presente ley el personal militar, policial o civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo y traición a la patria regulado por el decreto ley 25659».

La norma generó una extensa polémica por varias razones. La primera, es que fue dictada con exoneración de trámite de comisiones en un evidente intento de la mayoría parlamentaria de evitar debate. En segundo lugar, porque era una “ley del perdón” como las que se ha utilizado reiteradamente en América Latina para borrar la persecución de militares y policías que violaron derechos humanos. En tercer lugar, porque tuvo referencia directa a los hechos conocidos como los asesinatos de “La Cantuta” y de “Los Barrios Altos”.

El caso “la Cantuta” ocurre en la Universidad Enrique Guzmán y Valle, ubicada en La Cantuta. Según el Dictamen Fiscal del caso, citado por el Diario *La República*, los hechos fueron éstos: “[...] en la madrugada del día 18 de julio de 1992, sin resistencia alguna y por la entrada principal, ingresó al campus de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, un grupo de personas provistas de armas de fuego que vestían prendas de uso militar [...] las que se dirigieron con dirección a la vivienda universitaria, a su turno, a la de mujeres donde se encontraban alojadas, entre otras, Bertilia Lozano Torres y Dora Oyague Fierro; luego a la vivienda donde residía el profesor Hugo Muñoz Sánchez; de ahí a la de varones, donde pernoctaban, entre otros, los estudiantes Luis Enrique Ortiz Perea, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas, Heráclides Pablo Mesa, Felipe Flores Chipana, Juan Gabriel Marinos Figueroa y Richard Armando Amaro Cóndor. Todos ellos en calidad de detenidos fueron metidos en unos vehículos y llevados con rumbo a Lima, pero en el trayecto en un lugar no determinado fueron sacados de unos vehículos siendo victimados con armas de fuego y enterrados” (56).

(56) *La República*, edición del 16 de febrero de 1994, p. 5.

Existe suficiente información como para mostrar que se intentó ocultar estos hechos, particularmente las declaraciones del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas hechas el 13 de noviembre de 1992 ante el IV juzgado especial en lo penal, en las que dijo que el Ejército realizó un operativo la noche del 18 de julio en La Cantuta, pero que no hubo detenidos.

De alguna manera, el semanario SI, recibió información del lugar en el que se encontraban los restos de los asesinados. Ubicados los restos calcinados, las dudas expresadas por ciertas personas de que se tratara de los restos de los secuestrados de la Universidad Guzmán y Valle fueron totalmente desmentidas cuando, las llaves encontradas al lado de uno de los cadáveres, abrieron la puerta de la casa y un cubículo de uno de ellos.

Todavía el país habría de ver ciertos hechos judiciales y legislativas (como la dación de la ley 26291 que tratamos a propósito del inciso 2 del artículo 139 de la Constitución) que ensombrecieron más el caso. Por ello, que se amnistiara a los responsables de este crimen fue mal recibido a propósito de la Ley 26479 que comentamos.

El caso de “Los Barrios Altos” es resumido por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en este párrafo:

“El 3 de noviembre de 1991, mientras se desarrollaba una pollada, en una quinta del jirón Huanta, en Barrios Altos —zona popular del centro de Lima—, dos camionetas provistas de circulinas sirenas se estacionaron sorpresivamente en el frontis del solar. De ellas descendieron seis sujetos armados que obligaron a los asistentes a colocarse de cúbito ventral en el piso y les dispararon con sus ametralladoras. El saldo de este crimen fue quince personas muertas y cuatro heridas de gravedad” (57).

(57) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 25.

También fue objetado en aquel entonces que la Ley 26479 ampara a quienes realizaron este asesinato masivo.

Si bien desde el punto de vista de su contenido, la ley no es constitucionalmente objetable pues la amnistía es una gracia que el Congreso da sin expresión de causa ni límite, sí se discutió la legitimidad ética de olvidar éstos y otros crímenes. Nosotros creemos que, en efecto, las *leyes del perdón* son equivocadas en su contenido humano, pues el crimen hecho bajo la forma de terrorismo de Estado (oficial u oficioso) no debe ser tolerado, y también en sus consecuencias prácticas, pues muestran falta de coraje en el castigo de estas atrocidades que no son sino asesinatos agravados por varios elementos penales que no deben ser tolerados. Compartimos en este sentido el pensamiento de Juan Pablo II cuando defendiendo la vida dice:

“La autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse” (58).

Desde el punto de vista técnico, es constitucionalmente muy discutible (aunque en nuestro criterio no es inconstitucional en sentido estricto), que se exonere de trámite de comisiones una ley de esta magnitud y trascendencia, utilizando para ello la excepción que permite el artículo 105: “Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso”. Como veremos al comentar este artículo, el Reglamento establece que la excepción podrá hacerse no por materias o situaciones determinadas, sino en virtud de aprobación de la exone-

(58) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f. Par. 56, pp. 55-56.

ración por cierto número de congresistas. Al analizar el tema de la unicameralidad a propósito del comentario al artículo 90, hemos dicho que el control intraórgano debe hacerse a través del trabajo de comisiones y Pleno. Cuando ello no ocurre se rompe el necesario balance en las decisiones y en la seriedad del funcionamiento democrático del Congreso. Por ello, la excepción al trámite de comisiones debería estar fundada en ciertas materias, en ciertas circunstancias graves y, en todo caso, en un amplio consenso y no sólo en la decisión de una mayoría absoluta oficialista, como es en los hechos la norma que ahora existe en el Reglamento.

Por estas razones sostenemos que un relevamiento de trámite de comisión a una ley como ésta, no es literalmente inconstitucional, aunque va claramente contra el espíritu de las reglas constitucionales y democráticas de funcionamiento del Estado y, en tal sentido, es objetable.

La ley de amnistía que comentamos, también benefició a un grupo de militares que cumplían condena por un intento de golpe de Estado producido el 13 de noviembre de 1992, contra el gobierno de facto que existía en el Perú a raíz del golpe de Estado que, a su vez, produjo el Presidente Fujimori el 05 de abril de 1992.

Una vez promulgada, la Ley 26479 no fue aplicada a ciertos procesos en cursos por jueces que la consideraron inconstitucional y decidieron aplicar el control difuso. A raíz de estos hechos, se dictó la Ley 26492 del 28 de junio de 1995 que estableció lo siguiente:

«Ley 26492, artículo 1.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la ley 26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocidos por el artículo 44 de la Constitución Política y, entre otros tratados sobre la materia, el numeral 1 del Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

«Ley 26492, artículo 2.- Precísase que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente

al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 102 de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial».

«Ley 26492, artículo 3.- Interpretase el Artículo 1 de la Ley 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado, se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el artículo 6 de la ley precitada».

Coincidimos con el Congreso en que la ley de amnistía debía ser aplicada por los jueces porque así lo establece la Constitución: una gracia es otorgada sin causa y no hay por tanto que tratar de encontrarla, por más alturadas razones éticas que los jueces que aplicaron control difuso efectivamente tuvieran (y que en su dimensión moral nosotros compartimos, como ya viene dicho). Sin embargo, en las normas de la Ley 26492 hay un aroma a *interpretación auténtica* de la Constitución que luego se hizo patente con la aprobación de la ley 26657 que pretende que el Presidente Fujimori pueda postular el año 2000 en *interpretación auténtica* del artículo 112 de la Constitución. Como fundamentamos al comentar el artículo 206, nosotros consideramos que la *interpretación auténtica* de la Constitución no existe y, en todo caso, que es una arbitrariedad que el Congreso pretenda ejercitarla.

Hay que destacar que se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra las leyes 26479 y 26492 que fue declarada improcedente por el Tribunal Constitucional en sentencia del 28 de Abril de 1997. Lamentablemente, en nuestro criterio, la mayoría del Tribunal optó por no tratar el problema de fondo sino que sólo estableció que los efectos de la amnistía habían quedado ya agotados al conocerse la causa. Hubiera sido deseable que, además, el Tribunal considerara el fondo del asunto y determinara si existía o no posibilidad constitucional de dar amnistía en este caso.

- El otro caso es el de las leyes 26699 y 26700 del 05 de Diciembre de 1996, que conceden amnistía general a personal civil o militar que se halle investigado, denunciado, encausado, o procesado por delitos tipificados como Ultraje a las Fuerzas Armadas, Insulto al Superior, Desobediencia y Falsedad Genérica, así como a los magistrados del Fuero Común y Fuero Privativo Militar que se encontraran denunciados, investigados, encausados o procesados a raíz de haber intervenido en acciones judiciales contra los amnistiados antes indicados.

Estas leyes tienen origen en el hecho que un General de Ejército en retiro fue capturado en un operativo de inteligencia que formalmente pasó como la ejecución de una orden de arresto emitida por los tribunales militares, pero que mereció que el Defensor del Pueblo se preocupara por los derechos del agraviado (gestión que recibió una inconstitucional e inaceptable respuesta pública en los periódicos del Consejo Supremo de Justicia Militar). Más tarde, sin embargo, el Presidente de la República criticó públicamente los métodos utilizados en la captura y esta cadena de hechos condujo a la amnistía que reseñamos para que el oficial detenido quedara en libertad.

Enrique Bernales ha sostenido que la amnistía es esencialmente dirigida a los delitos políticos:

La amnistía sólo sirve para los delitos políticos. Para quien ha cometido delitos comunes -como son por ejemplo el homicidio, el secuestro o el robo- existe el indulto, que es un derecho de gracia discrecional de quien ejerce la jefatura de un Estado, el mismo que por lo demás tampoco puede ser ejercido de tal manera que la liberación de reos comunes pueda significar peligro para la sociedad. [...] Lo que en ningún caso se permite es que en una ley, que por su propia naturaleza es general, se otorgue amnistía a delinquentes comunes o a quienes se encuentran procesados por crímenes graves, sin que se tenga el conocimiento cierto de las personas que serán beneficiadas por la aplicación administrativa de la ley, y con el grave riesgo de que los principales premiados con la liberación sean asesinos contumaces.

El Estado tiene atribución para perdonar y olvidar las ofensas

que a él se le han inferido. Por este motivo, es lícito amnistiar a quien ha sido procesado o condenado por delito de sedición, rebelión, desacato, motín, insulto al superior, etc. (59).

Compartimos la opinión de Bernaldes en el sentido ético y en la significación histórica de la institución. Sin embargo, al propio tiempo, hay que destacar dos cosas: la primera, que los delitos políticos son materia opinable y no legislativamente establecida, pues ningún código penal moderno declara a ciertos delitos como políticos. Por el contrario, sostiene que todo tipo de delito es común. La segunda, que la amnistía ha sido establecida sin recortes en la Constitución por lo que podrá ser utilizada en relación a todos los delitos sancionables. Tampoco debemos olvidar que los instrumentos internacionales autorizan a los reos condenados a muerte a pedirla y establecen que podrá ser dada en todos los casos. Si bien es cierto que los instrumentos internacionales respectivos (citados ya anteriormente en el comentario de este artículo) no autorizan necesariamente la amnistía para los condenados a muerte por delitos comunes, no la descartan como una entre varias posibilidades.

Por estas razones, nosotros consideramos que es necesario diferenciar, al dictar una amnistía, tanto los aspectos éticos, como los estrictamente jurídicos. Y consideramos que debe haber conciencia estrecha al aprobarla, para no borrar delitos que, como dice también el Papa Juan Pablo II en cita anteriormente transcrita, deben ser debidamente sancionados para bien de la sociedad y del propio delincuente.

161. Artículo 102 inciso 7

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

(59) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 428.

7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.

[...]».

Análisis exegetico

Este inciso no es solamente descriptivo: establece dos atribuciones distintas:

- La de proponer la demarcación territorial del Estado, que es atribución del Poder Ejecutivo. Sólo él puede tener iniciativa en este asunto según la norma constitucional.
- La de aprobar dicha demarcación, que sí es atribución del Congreso.

La demarcación territorial es la división política del territorio en regiones, departamentos, provincias y distritos (artículo 189 de la Constitución). Para el caso de la demarcación regional hay que tener presente que el artículo 190 ordena que haya referendun con participación de la población interesada. Sin este procedimiento democrático el Congreso no podrá aprobar la regionalización del país.

La demarcación territorial tiene consecuencias importantes para la vida social y política: establece las unidades del territorio en las que habrá autoridades delegadas del Gobierno Central (por ejemplo Prefectos, subprefectos y tenientes gobernadores), pero también los territorios en los que se elegirá autoridades regionales y locales (municipios). Adicionalmente, la desconcentración y descentralización de las entidades del Estado también se asientan en la demarcación territorial. Por ello, es conveniente que sean normas de rango de Ley aprobadas por el Congreso las que establezcan esta disposición del territorio nacional.

162. Artículo 102 inciso 8

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.

[...]».

Análisis exegético

Esta es una disposición arcaica, correspondiente a la época en que los desplazamientos de tropas extranjeras se hacían en superficie, para transitar de un Estado a otro y, a veces, a través de uno cuyo territorio se interponía.

Desde luego, puede haber pequeñas unidades de tropa extranjera que arriben al territorio nacional con fines de visita oficial, para participar en ceremonias o, inclusive, para realizar maniobras conjuntas. Sin embargo, no es a estos supuestos a los que se refiere el artículo sino al paso de ejércitos o unidades mayores por el territorio nacional.

Actualmente los desplazamientos militares de envergadura se realizan bajo formas y con medios de transporte tales, que el consentimiento de ingreso de tropas extranjeras en el territorio no es necesario.

Sí es peligroso, en cambio, que pueda utilizarse este inciso para autorizar ingreso de personal castrense foráneo, por ejemplo, para combatir el narcotráfico como ocurrió en otros países de Sudamérica. También es peligroso que pueda autorizarse a tropas extranjeras a utilizar el territorio nacional como puente para alcanzar otros territorios vecinos con finalidades bélicas. En el mundo moderno esto equivale a participar activamente en el conflicto.

Nosotros opinamos que un inciso como éste debería ser eliminado de la Constitución.

163. Artículo 102 inciso 9

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

9. Autorizar al Presidente para salir del país.

[...]».

Análisis exegetico

Es una norma tradicional en nuestro ordenamiento constitucional y que tiene por fin dar seguridad a la conducción de la vida política, por el rol central que ocupa el Presidente de la República en ella. No podrá ausentarse ni vivir en el extranjero (como muchas veces hicieron los monarcas en el pasado). Tiene que radicar en territorio nacional y sólo puede ausentarse con permiso y por el tiempo que le sea autorizado. La medida es saludable y las consecuencias de que el Presidente incumpla con pedir el permiso, o con los términos en que éste ha sido dado, son importantes: el artículo 113 inciso 4 dice que *«La Presidencia de la República vaca por: [...] 4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado».*

Hasta el año 1996, el Presidente de la República pedía autorización de salida cada vez que realizaba un viaje al exterior. Sin embargo, el 16 de Agosto de 1996 se promulgó la Ley 26656 destinada a establecer las modalidades y plazos de autorización al Presidente de la República para salir del territorio nacional. Dice:

«Ley 26656, artículo 1.- Para los efectos de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 102 de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo podrá solicitar y el Congreso de la República autorizar la salida del país del Presidente de la República conforme a las modalidades y plazos establecidos en la presente Ley.

Durante los períodos en que no se encuentre en funciones el Pleno del Congreso, las autorizaciones de salida podrán ser concedidas por la Comisión Permanente».

«Ley 26656, artículo 2.- Las solicitudes de autorización de salida del país deberán indicar el o los destinos, el objetivo del viaje y el plazo en que deberá ejecutarse».

«Ley 26656, artículo 3.- Podrá solicitarse autorización de salida tanto por viajes a eventos determinados, como por períodos en los que se tenga previsto atender a eventos a determinarse, en cuyo caso deberá indicarse únicamente el plazo durante el cual el Presidente de la República podrá efectuar viajes al exterior, debiendo dar cuenta al Congreso de los objetivos y destinos cubiertos, inmediatamente a su retorno al país».

«Ley 26656, artículo 4.- En caso de solicitudes de autorización de salida por períodos, estos no podrán exceder el plazo de tres meses».

Es una norma que sale de lo usual pero que en nuestro criterio no es incompatible con la Constitución. Es probable, además, que responda mejor a las actuales necesidades de salida del país del Presidente de la República, debidas a los contactos más estrechos del Estado con los demás del mundo. La globalización de la vida mundial exige una mayor movilidad de los jefes de Estado contemporáneos.

164. Artículo 102 inciso 10

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.»

Análisis exegetico

Es una disposición de carácter hermenéutico, que tiene por finalidad incorporar en las atribuciones del órgano, todas las que puedan figurar en el resto de la constitución. Son varias. Entre ellas, por ejemplo, la de investigar todo asunto de interés público (artículo 97); el antejuicio (artículos 99 y 100); las sanciones que puede establecer según el mismo artículo 100; la delegación de atribución legislativa (artículo 104); la promulgación de las leyes en el caso del párrafo final del artículo 108; las declaraciones de vacancia o de suspensión del ejercicio del cargo de Presidente de la República (artículos 113 y 114); otorgamiento de confianza al gabinete ministerial al inicio de su gestión (artículo 130) y cuando éste lo plantee (artículo 133); interpelación y censura ministeriales (artículos 131 y 132); reunirse de pleno derecho en Estado de Sitio (artículo 137 inciso 2), etc.

TITULO IV

CAPITULO II

FUNCION LEGISLATIVA

165. TITULO IV, CAPITULO II: FUNCION LEGISLATIVA

El capítulo referido a la función legislativa pretende establecer las normas generales de validez y de organización del sistema legislativo con rango de ley. Las normas principales son las siguientes:

- La validez de la ley en cuanto a extensión (ley general no por la diferencia de las personas), ley no retroactiva salvo en materia penal cuando es más favorable al reo, y ley que sólo puede ser derogada por decisiones pares a ella según la Constitución (artículo 103).
- La atribución del Congreso de delegar la potestad legislativa para que el Ejecutivo legisle por Decretos Legislativos. En la Constitución se establecen los requisitos que debe cumplir tal delegación (artículo 104).
- La definición de las leyes orgánicas y su procesamiento.

En general, los términos en que la Constitución de 1993 legisla estos aspectos, son más precisos que en la Constitución de 1979. Sin embargo, estamos seguros de que la organicidad del sistema legislativo del Perú podría ser mucho mejor y más sistemáticamente tratada en la Constitución del Estado. *En este aspecto hay mucho por mejorar.*

166. Artículo 103

«Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque

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

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Existen antecedentes de dos aspectos del artículo que comentamos. El primero de ellos se refiere a la prohibición del efecto retroactivo de la ley. La norma original está ubicada en la Constitución de 1828:

“Constitución de 1828, artículo 151.- Ninguna ley puede tener efecto retroactivo”.

Esta disposición fue luego consignada en los siguientes artículos: 145 de la Constitución de 1834; 154 de la Constitución de 1839; 15 de la Constitución de 1856; 15 de la Constitución de 1860; 14 de la Constitución de 1867; 20 de la Constitución de 1920 y 25 de la Constitución de 1933.

En la Constitución de 1856 aparece un nuevo texto que luego se repetirá en los artículos 32 de la Constitución de 1860; 30 de la Constitución de 1867; 17 de la Constitución de 1920 y 23 de la Constitución de 1933. Decía lo siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 31.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de lo objetos, pero no por solo la diferencia de personas».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente en la Constitución de 1979 era la siguiente:

“Artículo 187.- Pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente”.

El primer párrafo del artículo 103 de la Constitución de 1993 es igual al primero del artículo 187 de la Constitución de 1979.

En referencia a la no retroactividad de las normas jurídicas, las dos Constituciones traen la misma disposición general pero, en materia de excepciones, la de 1993 sólo acepta la retroactividad benigna penal, no la laboral y tributaria que también estaban incorporadas en la Constitución de 1979.

La retroactividad en materia laboral es discutida por Marcenaro en el siguiente texto:

“En el derecho laboral en cambio se vincula a dos particulares (trabajador-empleador) y el Estado tiene un rol tuitivo pero no es parte de la relación. «No puede entonces hablarse -como se hace en lo penal- de retroactividad benigna, porque la benignidad de la norma hacia el trabajador es -discúlpese la licencia didáctica- malignidad para el empleador».

Por eso, la doctrina extranjera no defiende y ni siquiera se plantea la posibilidad de extender tal aplicación excepcional a la ley laboral, sino por el contrario que las normas laborales, como toda norma, se sujetan al principio general» (60).

(60) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 221.

En cuanto a la retroactividad benigna tributaria, existió también un arduo debate ante la falta de antecedentes y la Resolución del Tribunal Fiscal 17557 del 27 de Enero de 1983 estableció la interpretación de que esta retroactividad benigna tributaria era de aplicación restringida a las sanciones tributarias y que no podía ser extendida a la aplicación retroactiva de la derogación de tributos pues, de permitirse eso, se hubiera alentado la evasión tributaria con la expectativa de que, en el futuro, se derogara tributos hoy existentes. Armando Zolezzi sostenía esta manera de concebir la norma (61).

A estas disposiciones, la Constitución de 1993 añadió otras dos que son pertinentes y que ya figuraban en el título preliminar del Código Civil:

- Que la ley sólo es derogada por otra ley y que también queda sin efecto por sentencia que declare su inconstitucionalidad (lo que también venía mandado en el artículo 301 de la Constitución de 1979).
- Que la Constitución no ampara el abuso del Derecho. Sin embargo, esta norma podría cambiar de significado al ser trasladada desde el Código Civil a la Constitución porque podría afectar a los constitucionales. Discutimos el tema en la exégesis de este artículo.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo establece de manera distinta que el inciso 2 del artículo 1 de la Constitución, la igualdad de las personas ante la ley. Con diferente énfasis, el principio es el mismo: las personas son todas iguales frente a la ley y, en tanto ellas mismas, no puede haber diferencias jurídicamente válidas.

Esta norma tiene muchos tipos de aplicaciones. Los principales son:

(61) ZOLEZZI, Armando. *Constitución y tributación*. En *La Nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos críticos*. Lima, Centro de Investigación y Capacitación y Francisco Campodónico F. editores, 1980, p. 194-195.

- No se puede dictar una norma en favor de una persona determinada, que establezca trato diferente a ella en relación a los demás, si no se está amparado por una norma general que, a su vez, se funde en la naturaleza de las cosas y no en la diferencia de las personas. Si, al contrario, existe una norma general que autoriza a dar trato diferencial a unos y a otros, entonces ese trato sí podrá darse. Por ejemplo, la amnistía y el indulto son trato diferente a los reos que la reciben en relación a los que no se benefician con ella. A su turno, estas gracias existen porque se considera que el poder debe tener la posibilidad de ejercitar el perdón. Por consiguiente, con el indulto y la amnistía existirá diferente trato a los reos, pero estas gracias existen porque, por naturaleza de las cosas, el poder debe estar en condiciones de perdonar.

Estos principios son bastante claros aunque, desde luego, en la casuística podremos encontrar muchas áreas grises que los humanos no sabremos solucionar consensualmente por tener diferentes maneras de concebir los problemas.

- No se puede dictar una norma especial para una persona o un grupo de personas, por ser ellas mismas, contra una disposición general que debería aplicarse a todos por igual. Por ejemplo, si la ley universitaria establece que las intervenciones en las universidades serán realizadas por la Asamblea Nacional de Rectores, mal puede una norma establecer que a tal universidad, la intervendrá una comisión nombrada por el Poder Legislativo (esto, precisamente, ocurrió con la ley 26313 promulgada el 27 de mayo de 1994, que autorizó la intervención de una comisión en la Universidad San Martín de Porres, la que finalmente no llegó a aplicarse luego de complicados trámites de jurisdicción constitucional).

Al revés, sin embargo, puede ocurrir que por *la naturaleza de las cosas* debamos establecer trato distinto a diversas circunstancias. Por ejemplo: mayor impuesto por mayor riqueza y exención por pobreza, fenómeno común con los impuestos directos, por ejemplo, el impuesto a la renta. No se trata de beneficiar al pobre como ser humano, sino a la condición de pobre. La mejor prueba es que, si quien es pobre un año es rico al siguiente, reasume o asume su condición de contribuyente.

La *naturaleza de las cosas* es un concepto de larga tradición teórica en el Derecho. Para la literatura peruana, existe un trabajo de Mario Alzamora Valdez cuyos pasajes más importantes usamos a continuación:

Darburg fue quien definió con precisión más lograda el concepto de «Naturaleza de las cosas». «Las relaciones vitales, dijo, llevan en sí mismas, más o menos desarrolladas, su medida y su orden». Y, agregó: «ese orden inmanente de las cosas, es llamado naturaleza de la cosa. A ella tiene que volver el jurista reflexivo cuando carece de una norma positiva o cuando ésta es incompleta o confusa» (62).

La naturaleza de las cosas es un concepto iusnaturalista que supone que existe un determinado orden y características en cada una de las cosas que les da sentido, utilidad, razón de ser. El tratar a las cosas por su naturaleza, significa definir estas características y asumirlas como la variable de tratamiento jurídico de las mismas.

Sobre el concepto cosa dice Alzamora:

Debemos entender por «cosa» no un objeto o ser tomado en sentido general, sino la materia de la relación jurídica, en la que Radbruch ve «una realidad conceptual preformada» (63).

De manera que *cosa* no quiere decir un bien material como usualmente ocurre, sino que es cada uno de los conceptos con los que trabaja el Derecho, que pueden ser cosas, bienes inmateriales, derechos, atribuciones, etc. Cada uno de ellos es una *cosa* en el sentido en que se trabaja esta expresión.

(62) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *El Derecho y la naturaleza de las cosas*. En *Derecho*. Lima, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1993, número 31, p. 16.

(63) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *El Derecho y la naturaleza de las cosas*. En *Derecho*. Lima, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1993, número 31, p. 20.

Sobre el concepto de *naturaleza* dice el mismo Alzamora:

De modo análogo, «naturaleza» no significa «esencia» o «sentido» sino la nota especial que corresponde a cada cosa de acuerdo con la finalidad que persigue cada relación jurídica (64).

La naturaleza será, de esta manera, esa variable que da sentido o utilidad a la cosa antes descrita.

Como en todo concepto iusnaturalista, existen zonas de completa claridad y zonas de penumbra en las que lo razonable puede ser argumentado de muy diversas maneras. Para su mejor aplicación, la *naturaleza de las cosas* tiene que estar en el área de total claridad, es decir, tiene que deducirse claramente de las situaciones y de los principios. Cuando sólo puede ser identificada en la zona de penumbra, se hace un concepto más debatible, opinable y, en consecuencia, de menor calidad normativa.

El propio Alzamora pone un ejemplo del uso de esta categoría:

El jurista debe tener siempre presentes las particularidades de los diversos casos, esto es, «la naturaleza de las cosas». La misma regla no puede aplicarse del mismo modo a dos situaciones diferentes. Es, por ejemplo, una norma general, la que obliga al depositario a devolver a su propietario el objeto recibido en depósito, pero esa regla no puede aplicarse cuando el propietario del objeto —un arma— ha perdido la razón (65).

El segundo párrafo del artículo establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. En materia de aplicación de las normas jurídicas en el tiempo debe-

-
- (64) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *El Derecho y la naturaleza de las cosas*. En *Derecho*. Lima, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1993, número 31, p. 20.
- (65) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *El Derecho y la naturaleza de las cosas*. En *Derecho*. Lima, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1993, número 31, p. 16.

mos que tener en cuenta que dos momentos son ciertos para cada una de ellas: el de su entrada en vigor y el de la conclusión de dicha vigencia.

En relación a la entrada en vigor, el artículo 109 de la Constitución establece la norma para el rango de ley, y el artículo 3 del Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, lo hace para las normas de inferior categoría. En relación a la Constitución, no se sabe a ciencia cierta si entró en vigencia el día 30 de diciembre de 1993, fecha de su publicación, o al día siguiente de ella haciendo analogía con el artículo 109. Es un problema que se debe a la defectuosa promulgación que se hizo pero, en todo caso, el margen de error es de sólo 24 horas y siempre podrá encontrarse una solución equitativa a la casuística que se presente.

Una norma que entra en vigor, en principio no concluye su vigencia, salvo las siguientes hipótesis:

- Que sea derogada por otra norma, lo que ocurrirá en el momento cierto en que ésta entre en vigencia. (Sobre este asunto trata el tercer párrafo de este artículo).
- Que sea modificada por otra norma, casi de igual consideración que el anterior.
- Que los tribunales competentes declaren inválida a una norma determinada por incompatibilidad con norma superior, en aplicación de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (artículos 200 inciso 4 y 204 de la Constitución) o de la Acción Popular contra Normas de Carácter General (artículo 200 inciso 5).
- Que la propia norma contenga su fecha de caducidad como, por ejemplo, la Ley de Presupuesto que termina de regir el 31 de diciembre de cada año.
- Que haya modificación de una norma superior que, sin derogarla, la haga inválida por incompatibilidad. Ocurre cuando una disposición de un Código pierde valor por ir en contra de una disposición de una Constitución más reciente que el Código.

Entre los momentos en que una norma entra en vigor y que termi-

na, se produce su *aplicación inmediata*. Si la norma es aplicada a hechos ocurridos antes de su vigencia, se produce *aplicación retroactiva* y si a hechos posteriores a su vigencia, se dice *aplicación ultraactiva*.

Lo que el segundo párrafo de este artículo prohíbe es que las normas sean aplicadas a hechos anteriores a su entrada en vigor. Este es un principio generalmente aceptado, y saludable, en el Derecho.

La excepción de la aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo es, también, un principio generalmente reconocido en el moderno Derecho Penal, pues se supone que si la sociedad cambia favorablemente su opinión sobre cierta conducta criminal, o sobre las sanciones que se le debe aplicar, entonces tiene que cambiar también concordantemente la situación de todos aquellos que estuvieran sancionados o que podrían serlo por tales consideraciones. Los derechos de que se priva por las sanciones penales son tan importantes, que cualquier cambio debe favorecer los derechos del reo o del acusado. En realidad, correctamente planteada, la aplicación retroactiva de la norma penal no es sólo ni básicamente un beneficio a la persona concreta, sino un reconocimiento del mayor valor de los derechos que pierde por aplicación de las leyes penales.

La Constitución no ha hecho, como hubiera debido en una buena técnica legislativa, concordancia entre el artículo que comentamos ahora y el 204 porque, es evidente, las sentencias del Tribunal Constitucional que invaliden una ley por inconstitucional y que tengan como efecto favorecer al reo, deben aplicarse retroactivamente. La Constitución debe ser interpretada como una unidad y esta interpretación es evidentemente válida, además de justa.

El tratamiento del problema de aplicación en el tiempo de la Constitución, se complementa con la norma de aplicación ultraactiva de la legislación referida a contratos, y que consta en el artículo 62 de la Constitución. A su comentario nos remitimos.

El tercer párrafo repite en su parte inicial una norma ya establecida en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil: «*Una ley se deroga sólo por otra ley*». La disposición dice algo parcialmente correcto e inobjetable pero tiene a nuestro juicio dos grandes defectos:

- El primero que bien puede suceder que la Constitución derogue una ley, por raro que ello pueda suceder. Pero tal vez lo más importante es que si una ley era válida frente a la Constitución vigente en el momento de su aprobación y después, al producirse un cambio constitucional queda en incompatibilidad con las nuevas normas, no ha sido exactamente derogada pero sí es inválida. Por ello, hubiera sido mejor tratar el tema como uno de invalidez, diciendo que ésta se produce tanto por otra ley, como por sentencia competente, como por incompatibilidad con norma posterior de rango superior. Esta es toda la gama de posibilidades que se debe legislar y no solo la de la derogación.
- El segundo, que el texto legisla la derogación de la ley, pero no de otras normas de inferior categoría como los decretos y resoluciones. En realidad, estaría mejor redactada si hiciera alusión a todos los rangos legislativos.

En función de lo anterior, tal vez podríamos decir que un texto más adecuado es: «una norma jurídica general originalmente válida, es invalidada al ser derogada o modificada por norma de rango igual o superior; al ser invalidada por resolución de tribunal competente o al devenir incompatible con otra superior dictada con posterioridad». (Porque si fue dictada en incompatibilidad con norma superior desde el principio, ya no es necesaria disposición alguna al estar vigente el artículo 51 de la Constitución).

Desde luego, la ley queda sin efecto por sentencia que declare su inconstitucionalidad. Como ya hemos indicado, lo dice el artículo 204 de la Constitución.

Finalmente, el artículo 103 recoge una norma que estaba en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y que, además, fue modificada para mejorar su significado. Actualmente el Código Civil dice en dicho artículo:

«*La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho*», norma mejor elaborada porque en realidad no se abusa del derecho sino que se abusa al ejercitar los derechos. La Constitución debiera acoger esta modificación.

Sobre la naturaleza del abuso del ejercicio de los derechos hay varias posiciones. Las principales son:

- Que no existe el abuso del ejercicio de los derechos sino el ilícito civil y que, por consiguiente, basta con las normas de responsabilidad civil. Para esta posición, el abuso del ejercicio de los derechos en vez de ayudar introduce confusión.
- Que el abuso del derecho consiste en la intención dañosa del actor, en el sentido que ejercita su derecho para dañar al otro. Sin embargo, aquí se esconde una falacia: si el sujeto que actúa ejercita regularmente su derecho, no habrá ilícito civil aunque dañe; si causa daño sin ejercitar regularmente su derecho, estaremos claramente ante la hipótesis del ilícito civil. En otras palabras, esta posición no contribuye a aclarar el abuso del derecho más allá de lo que ya lo hace la responsabilidad tradicional.
- Que el abuso del derecho se produce cuando se ejerce los derechos al margen del interés serio y legítimo que subyace a su existencia. Esta concepción nos parece equivocada por tres razones: la primera, que no siempre es cierto que tras cada derecho reconocido pueda identificarse el interés serio y legítimo que existe; la segunda, que el actor no está obligado a exhibir un motivo legítimo para ejercitar su derecho sino que lo ejerce, precisamente porque es un derecho; la tercera, que los derechos son establecidos en respeto al principio de la libertad de actuar y la mejor prueba consiste en que el titular puede renunciar voluntariamente al ejercicio de su derecho. Existe pues un cúmulo de razones para no considerar adecuada esta teoría tampoco.
- Nosotros pensamos que el abuso en el ejercicio de los derechos se produce por una laguna del Derecho que consiste en una omisión de prohibición en el Derecho positivo, de conductas que son originalmente lícitas por comenzar con el ejercicio de un derecho, pero que se tornan ilícitas porque, con ese ejercicio, se daña a los otros. La diferencia entre la responsabilidad civil y el abuso en el ejercicio de los derechos está en que, para la primera, el ejercicio regular de un derecho no genera ilicitud ni, por tanto, responsabilidad (artículo 1971 inciso 1).

Fernández Sessarego tiene una concepción que, en nuestro entender, es aquella con la que coincidimos. Dice:

Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, como el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho (66).

El establecimiento de esta norma en la Constitución nos lleva a una polémica conocida para los constitucionalistas: la de la posibilidad de abusar del ejercicio de los derechos constitucionales.

En esto hay que tener sumo cuidado y ser restrictivo antes que laxo, con la finalidad de no estorbar el adecuado y extenso ejercicio de los derechos constitucionales. Si bien de ciertos derechos como el de información u opinión se puede abusar en perjuicio de otros, existen varios derechos de cuyo uso no se puede hacer abuso. Por ejemplo, nadie puede abusar de su nombre, o del derecho a la intimidad. Son derechos de uso pleno y excluyente y, por tanto, no susceptibles de abuso.

Fernández Segado hace este resumen sobre los aspectos jurisprudenciales del tema:

El Juez de la Constitución se ha referido en algún caso a la existencia de límites necesarios que resultan de la propia naturaleza del derecho, con independencia de los que se producen por su arti-

(66) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El abuso del derecho*. VARIOS AUTORES. *Tratado de Derecho Civil*. Lima, Universidad de Lima, 1990. Tomo I, pp. 139-140.

culación con otros derechos o de los que pueda establecer el legislador...Así lo haría respecto de la libertad de enseñanza (art. 27.1), del derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6), del derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1,c) y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).

La infracción del límite objetivo intrínseco nos sitúa por lo general ante un fraude de ley, mientras que la vulneración de un límite subjetivo intrínseco nos coloca ante un abuso del derecho. Y a este respecto, conviene recordar que el Juez de la Constitución, haciendo suya la doctrina jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana, ha reiterado en numerosas ocasiones que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, por lo que si existiere exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales nunca podrá otorgarse el amparo, pues en sede constitucional sólo es posible amparar el ejercicio lícito de los derechos (67).

La jurisprudencia constitucional tendrá que determinar los alcances de esta norma, pero cuidando siempre proteger y no recortar los derechos constitucionales.

167. Artículo 104

«Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

(67) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 103-104.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente de la que ahora tratamos, en la Constitución de 1979, era la siguiente:

“Artículo 188.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley”.

La Constitución de 1993 contiene tres modificaciones en relación a la de 1979 que son:

- Exige que la ley de delegación establezca materia *específica*, esto es, que no se delegue por el género (como en la Constitución de 1979) sino por la especie.
- Establece como indelegables las materias que tampoco pueden ser delegadas a la Comisión Permanente. No había norma semejante en la Constitución de 1979.
- Establece que es deber del Presidente de la República dar cuenta al Congreso (o a la Comisión Permanente si el Pleno está en receso) de cada Decreto Legislativo.

Análisis exegético

En el Estado contemporáneo es regla que el Poder Ejecutivo pueda legislar sobre materias que, hasta hace poco, eran parte esencial de la labor legislativa de un Congreso. La complejidad de la vida moderna, su

integración casi universal, la necesidad de cuidar aspectos técnicos antes desconocidos en la legislación; el tamaño considerable de un órgano legislativo que impide un funcionamiento ágil cuando las normas se requieren con rapidez y su tendencia a conciliar posiciones y buscar soluciones intermedias en tanto ciertas disposiciones requieren coherencia integral, son algunas de las causas del fenómeno de la legislación delegada.

Dice García Belaunde respecto de esta institución:

Vía Decretos Legislativos, se ha encargado al Ejecutivo en los últimos tiempos desarrollar las más diversas materias, incluyendo aspectos penales y tributarios, que hasta hace cincuenta años sólo podían emanar de leyes formalmente sancionadas por las Cámaras. Esto es, en la actualidad una práctica pacífica, y sólo faltaría señalar que la respectiva ley autoritativa sea, en materias penales y tributarias, bastante específica, y que cumpla con señalar al Ejecutivo, los grandes lineamientos sobre los cuales debe desarrollar la tarea encomendada, o en su defecto, introduzca un mecanismo interno de control, como puede ser la previa aprobación por una especial Comisión del Parlamento, o de la Comisión Permanente, de manera tal que aún cuando exista delegación, se cuente con cierto tipo de revisión sobre el producto final (68).

En el Perú hubo una importante delegación legislativa en 1968 cuando al amparo de la ley se dieron varios decretos supremos con fuerza de ley de trascendental importancia. La Constitución de 1933 entonces vigente no autorizaba expresamente la delegación de la atribución legislativa del Congreso al Ejecutivo por lo que el asunto se discutió vivamente en las Cámaras. Sin embargo, fue el primer precedente de los últimos años en el que una parte significativa de la legislación (particularmente en materia tributaria) fue aprobada por el Consejo de Ministros.

La Constitución de 1979 estableció la legislación delegada y la de

(68) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Funciones legislativas del ejecutivo moderno: el caso peruano*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas Constitucionales* 3. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 32.

1993 ha corregido algunas imperfecciones de la primera. En síntesis, el tratamiento que la Constitución da al tema es el siguiente:

- Se puede hacer delegación legislativa del Congreso al Poder Ejecutivo en todas las materias que son propias de la ley, salvo las siguientes (y esto se ve claramente al concordar el segundo párrafo del artículo 104 con el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101 de la Constitución):
 - a. Reforma Constitucional.
 - b. Aprobación de tratados internacionales sobre los que tiene competencia el Congreso según el artículo 56 de la Constitución.
 - c. Aprobación de leyes orgánicas, que son las descritas en el artículo 106 de la Constitución.
 - d. Aprobación de la Ley de Presupuesto y de la Cuenta General de la República, que tienen un trámite especial según el cual, transcurridos ciertos plazos y sin que medie delegación de facultades legislativas, son aprobadas por Decreto Legislativo por mandato de la Constitución (ver los artículos 80 y 81).
- La delegación debe ser hecha sobre materia específica, es decir, expresada claramente en la ley autoritativa. Lo que no pueda ser incorporado en la materia delegada, no puede ser legislado por decreto legislativo. Si lo fuera, ese decreto legislativo podría ser declarado inconstitucional vía la acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículos 200 inciso 4, 202 inciso 1 y 204 de la Constitución), o podría ser no aplicado en virtud del mandato del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Consideramos que la interpretación sobre la materia delegada debe ser estricta y no extensiva porque el Ejecutivo no *dispone* de las atribuciones legislativas sino que lo hace el Congreso. Si éste no ha incluido claramente un asunto en la delegación, el Ejecutivo debe refrenarse de dictar normas sobre él. Fue, por ejemplo, el caso del Decreto Legislativo 882 del 08 de noviembre de 1996, denominado Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, que modificó la estructura y las reglas

académicas del funcionamiento de las Universidades privadas, al amparo de la delegación legislativa hecha por la Ley 26648 para promover la generación de empleo y eliminar trabas a la inversión e inequidades, entre otras materias. Esto fue oportunamente observado por las Universidades en varios comunicados públicos.

- La delegación debe ser hecha por plazo determinado establecido en la ley autoritativa. Si el término final del plazo llega sin que el Ejecutivo haya dictado el Decreto Legislativo correspondiente, la autorización caduca y el Ejecutivo ya no puede aprobar la norma. Inversamente, si el Ejecutivo dicta la norma antes que se cumpla el plazo, el objeto de la delegación de atribución legislativa se ha cumplido y ella termina. No puede por tanto el Ejecutivo, aprovechar que el plazo existe aún matemáticamente y pretender modificar el Decreto que haya expedido. La delegación consistió en dictar la norma y ocurrido ello, el propósito de la institución ha sido cumplido y caduca la autorización.
- Para delegar la potestad legislativa, el Congreso debe aprobar una ley *ad hoc*. No puede hacerlo por acuerdo o por disposición distinta.

Los decretos legislativos son, para efectos del sistema jurídico, normas con rango de ley equivalentes a las leyes que aprueba el Congreso. Por consiguiente, pueden modificar o derogar las leyes y ser modificados o derogados por ellas. La única diferencia entre ley y decreto legislativo para el Derecho, consiste en que éste fue aprobado por el Ejecutivo por delegación de atribuciones.

El Decreto Legislativo es aprobado por el Consejo de Ministros y dictado por el Presidente de la República (artículo 125 inciso 2 de la Constitución).

Cuando el Ejecutivo aprueba un Decreto Legislativo, debe dar cuenta al Congreso y, si hay receso parlamentario, a la Comisión Permanente. Este *dar cuenta* tiene en nuestro criterio los siguientes significados jurídicos:

- Es un reconocimiento del Ejecutivo que está utilizando una potestad que no le corresponde sino por delegación.
- Está informando al Congreso la norma que ha dado en función de la delegación.
- Permite que el Congreso sea oficialmente informado (no sólo como cuerpo; también la información debe llegar a cada congresista), de manera que pueda ejercitar control sobre el Poder Ejecutivo, y también pueda utilizar su potestad legislativa ya devuelta sobre la materia, para modificar o eventualmente derogar las normas dictadas por decreto legislativo.

Sobre esta dación de cuenta al Legislativo dice Eguiguren:

En el caso peruano, la práctica parlamentaria dominante ha sido entender que la obligación gubernamental de dar cuenta de los decretos legislativos, supone simplemente la remisión de un informe que haga referencia a éstos y su contenido. Una suerte de comunicación directa, destinada a informar a los parlamentarios sobre lo que luego conocerán por el diario oficial cuando los decretos sean publicados. Esta práctica ha descartado la posibilidad de una revisión, ratificación o convalidación parlamentaria de la legislación delegada, como condición que supedita su plena vigencia y fuerza de ley, lo que aunado a la excesiva generalidad de muchas de las autorizaciones legislativas otorgadas y a la escasa utilización de leyes de base, determina que no sea exagerado sostener la virtual inexistencia de un control o fiscalización del Parlamento en este campo.

Debe mencionarse, sin embargo, que durante el último tramo del gobierno aprista ocurrieron algunos casos en los que la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo introdujo una modalidad especial de control parlamentario. Tenemos así, por ejemplo, el caso de la ley 24971 de Financiamiento del Presupuesto de 1989, cuyo art. 38° confirió una delegación al gobierno señalando que el decreto legislativo elaborado por el Ejecutivo debía ser previamente sometido a la revisión y aprobación de una Comisión Bicameral Especial del Congreso, compuesta por las comisiones de Economía y Finanzas de las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Otro ejemplo, donde se utilizó un mecanismo algo distinto, lo encontramos en la Ley 25104 (publicada el 5-10-89) que delega al Poder Ejecutivo facultades para dictar la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo que el decreto legislativo preparado por el Gobierno deberá ser sometido al informe previo de una Comisión Especial Revisora, integrada por 6 senadores, 6 diputados, 2 delegados del Ejecutivo (designado por la Corte Suprema) (69).

Enrique Bernales sostiene sobre el mismo tema:

Por otra parte, cada vez que el Ejecutivo hace uso de facultades delegadas está obligado a dar cuenta de ellas al Poder Legislativo. Esta dación de cuenta no puede entenderse como un acto meramente administrativo y estadístico. El Parlamento no sólo recupera el pleno de su capacidad sobre la materia específica delegada, sino que además debe evaluar el cumplimiento del Ejecutivo de la delegación otorgada. Si se constatará abusos o excesos, el gobierno incluso quedaría sujeto a responsabilidad política (70).

Es bastante obvio que el dar cuenta al Congreso significa lo que hemos ya dicho y en lo que coincidimos con Eguiguren y Bernales: no es un trámite sino el sometimiento de la legislación producida por el Ejecutivo, al escrutinio y eventual corrección del Legislativo, porque éste es el titular de la potestad utilizada para dictar las normas.

El Reglamento del Congreso aprobado en Julio de 1995 trae la siguiente norma sobre el control de los Decretos Legislativos:

«Reglamento del Congreso, artículo 90.- El Congreso ejerce control sobre los decretos legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

(69) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 199.

(70) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 435.

a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.

c) La Comisión informante presenta dictamen sólo en el caso que considere que él o los decretos legislativos han excedido el marco legal autoritativo o que han contravenido la Constitución Política recomendando en ambos casos su derogación o proponiendo una proposición de ley destinada a modificar el decreto para subsanar el exceso o la contravención sin perjuicio de la responsabilidad política que corresponda asumir a los miembros del Consejo de Ministros».

Durante los años de gobierno constitucional existentes a partir de 1980, puede afirmarse sin error que la mayor parte de la legislación importante ha sido dictada por el Poder Ejecutivo, no por el Legislativo, y que para ello se ha utilizado tanto los decretos legislativos como los decretos de urgencia (de estos tratamos a propósito del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución).

Enrique Bernales nos da unas cifras significativas al respecto:

“El cuadro adjunto resume las cifras analizadas:

	Decretos legislativos	Leyes autoritativas
Fernando Belaunde	349	50
Alan García	264	30
Alberto Fujimori*	212	19
TOTAL	825	99

* Al 24/04/96.

Elaboración: Instituto Constitución y Sociedad.

Debe precisarse que se han incluido en el cuadro de referencia los 30 decretos legislativos promulgados entre diciembre de 1995 y abril de 1996, en virtud de la Ley de autorización N° 26557. Estos versan sobre tributación (22), titulación (1), lucha antidrogas (1), empresas agrarias (1), pensiones (1) e Indecopi y colegios (4).” (71).

A esto cabe añadir las cifras de decretos leyes dictados durante el gobierno de facto entre abril y diciembre de 1992. Bernaldes tiene las cifras:

Por otro lado, un hecho que llama la atención y que tiene particular incidencia en el análisis del cuadro comparativo, es el interregno producido como consecuencia del golpe de Estado del Presidente Fujimori. La instalación del autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, pese a sus cortos nueve meses de existencia, originó un verdadero terremoto legal. Así, amparándose en la concentración del poder, el gobierno dictó 724 normas, bajo la denominación de decretos leyes. Esta nomenclatura fue adoptada tomando como modelo a las dictaduras militares que gobernaron al Perú durante doce años (72).

168. Artículo 105

«Artículo 105.- Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.»

(71) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 439.

(72) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 440.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que precedió dentro de la Constitución de 1979 a parte del que ahora comentamos fue el siguiente:

“Artículo 189.- Los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con el carácter de urgentes, tienen preferencia del Congreso”.

La norma de la primera parte del artículo 105 de la Constitución de 1993 corresponde al cambio hacia el unicameralismo y la necesidad de control interno dentro del Congreso. Por ello no existía en la Constitución de 1979.

La segunda parte del mismo artículo, referida a la preferencia de los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia, tiene el mismo contenido normativo que el artículo 189 de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La norma de la primera parte del artículo es complemento indispensable del sistema de cámara única adoptado para el Congreso, porque las comisiones dictaminadoras son el ámbito dentro del cual se hace el estudio técnico y minucioso de las normas a dictarse.

Sobre los dictámenes de las comisiones dice el artículo 77 del Reglamento del Congreso:

“Reglamento del Congreso, artículo 77.- Recibida y registrada la proposición de ley o resolución legislativa, el Oficial Mayor la envía a una Comisión para su estudio y dictamen, previa consulta con un miembro de la Mesa Directiva. Cualquier otra Comisión podrá solicitar estudiar el tema. En todo caso, se debe tender a enviar las proposiciones similares a una sola Comisión y por excepción a dos; sin embargo, se procederá según lo que acuerde el Consejo Directivo.

El decreto de envío se cuidará de insertar la fecha, el número de la proposición, el órgano consultado y el nombre de la Comisión o las Comisiones a quienes se envía. En el caso de envío a más de una Comisión,

el orden en que aparezcan en el decreto determina la importancia asignada a la Comisión en el conocimiento del asunto materia de la proposición de ley.

Las Comisiones tienen un máximo de treinta días útiles para expedir el dictamen respectivo. En primer término verificará que se cumpla con los requisitos señalados en el párrafo precedente y luego calificará el fondo de la proposición, estando facultada para rechazarla de plano y archivarla. Si son varias las Comisiones, pueden presentar dictamen conjunto. Cuando se trate de un dictamen de reenvío o reconsideración, el Pleno acordará el plazo a propuesta de la Mesa Directiva, el mismo que no podrá exceder de treinta días útiles.

El Consejo Directivo dispone la puesta en agenda de los dictámenes, a propuesta del Presidente, debiendo ser distribuidos con anticipación de 24 horas antes que se considere el proyecto, en las oficinas de trabajo de los Congresistas. Sólo en caso de suma urgencia, a criterio del Presidente se dispone la entrega domiciliaria”.

Si bien las comisiones dictaminadoras están conformadas por congresistas, que son políticos, muchos de ellos tienen especialidades afines a las materias que deben ver aquellas comisiones en las que quedan ubicados y también existen asesores que pueden prestar una ayuda importante para el acabado de los proyectos de ley.

El sentido de la norma constitucional que comentamos consiste en que se recurra sistemáticamente al debate de los proyectos de ley en la comisión y que sólo se haga excepciones específicas al trámite de comisión, determinadas por el Reglamento del Congreso. Este, trae la siguiente norma al respecto:

«Reglamento del Congreso, artículo 78.- No se puede debatir ningún proposición de ley que no tenga dictamen, salvo que lo dispense la mitad más uno del número de los representantes presentes en el Congreso, previa fundamentación por escrito del congresista o los congresistas que soliciten la dispensa.

Si la proposición de ley o resolución legislativa es rechazada, el Presidente ordenará su archivo. No podrá presentarse la misma proposi-

ción u otra que verse sobre idéntica materia hasta el siguiente período anual de sesiones.

[...]».

Nosotros estimamos que la norma de este artículo 78 no cumple con el espíritu de la disposición constitucional que manda “Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso”. Las razones son las siguientes:

- Estructuralmente, en un Congreso Unicameral no puede haber eliminación del paso por la Comisión dictaminadora porque se elimina el control intraórgano, esencial en la buena tarea de gobierno.
- Puede ser que en ciertas circunstancias, o en ciertas materias, pueda prescindirse del dictamen de la Comisión, pero ellas deberían estar claramente indicadas en el Reglamento. Este, sin embargo, en vez de ello consigna una norma de procedimiento según la cual la mayoría simple de los presentes en el Congreso puede dispensar el trámite.
- Consideramos contrario al espíritu constitucional del artículo 105 que la regla de exoneración de trámite de comisión dictaminadora sea la mayoría simple de los presentes. Estaríamos en desacuerdo, inclusive, con que fuera la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso porque todas ellas, en las condiciones políticas de los últimos procesos electorales (salvo el de 1990), significaría que la autorización dependerá exclusivamente de la decisión política y militante de la mayoría oficialista. Precisamente, el trabajo de comisión lo que pretende es el debate y éste es una de las pocas formas democráticas y plurales de trabajo cuando, finalmente, la decisión se toma por un número de votos que reside en una sola de las fuerzas. En otras palabras, el trámite de comisión es un instrumento democrático de debate de las iniciativas de la mayoría (porque las iniciativas de la minoría podrán ser debatidas y desechadas en cualquier instancia del Congreso). Por consiguiente, no se puede poner en manos de dicha mayoría la posibilidad de eludir dicho control.

Estimamos que si se trata de establecer sólo un procedimiento y no

materias o situaciones para la eliminación del trámite de comisión, debería exigirse el voto conforme de dos tercios de los miembros legales del Congreso. Esto forzaría a que sólo en situaciones de verdadero acuerdo general se pudiera evitar dicho trámite. La norma actual, en nuestro criterio, es antidemocrática y autoritaria y debería ser sustituida.

Hay que tener en cuenta, a la vez, que de las expresiones de quienes son voceros oficiales de la mayoría parlamentaria podría deducirse que existe en ella la voluntad de apegarse a estas reglas de juego:

Se ha criticado que una Cámara será muy peligrosa porque puede aprobar leyes sin control alguno. Esto no es cierto como la doctrina constitucional moderna lo señala. En primer lugar ninguna disposición legal puede darse si previamente no es vista, revisada, estudiada y aprobada en una Comisión especializada (art. 105 (73)).

Sin embargo, leyes importantes como la de amnistía de 1995, fueron aprobadas sin observar el trámite de comisión. En esos casos, fue obvio que la mayoría utilizó la táctica de no recurrir a la comisión dictaminadora para aprobar súbitamente dichas leyes porque, de haberse producido un debate más amplio, o no hubiera logrado su aprobación por presión ciudadana, o hubiera tenido que atenuar ciertos aspectos en sus normas. Son situaciones que, en nuestro criterio, no deberían repetirse.

Dice Enrique Bernales al respecto:

Sin embargo, son los puntos negativos los que dominan el Reglamento bajo comentario. En primer término, el Art. 53 consagra un verdadero contrabando legislativo, al establecer que un proyecto de ley podrá ingresar a debate en plenaria sin necesidad de contar con el dictamen de la comisión de trabajo correspondiente. Esta es una disposición que debe ser modificada, puesto que pueden presentarse y aprobarse proyectos que alteren sustantivamente

(73) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú*. 1993. Lima, Asesorandina S.R.L., 1993, p. 55.

el ordenamiento legal del país, sin el menor debate y sólo con la votación pre acordada de la mayoría en el Congreso. Es un peligro que ya se manifestó bajo el gobierno del Presidente Fujimori. Basta con recordar la aún hoy en día polémica Ley de Amnistía. Por otro lado, el Reglamento mantiene en su organigrama a la discutida, por ineficiente, Comisión de Fiscalización, recorta en exceso el debate parlamentario —que es la esencia en la discusión y aprobación de leyes— a términos casi escolares y somete a los propios representantes a disposiciones coercitivas con apremios inaceptables. En conclusión, es una norma legal que disminuye aun más al Parlamento, sometiéndolo directamente a los desigños del Ejecutivo (74).

La opinión de Bernalles, quien tiene extensa experiencia parlamentaria, no hace sino confirmar lo que los ciudadanos podemos entrever de las noticias periodísticas: que la eliminación del trabajo de comisión sólo sirve para impedir el debate público de las leyes a darse, con clara consigna de votación a favor de la mayoría absoluta del Congreso.

La parte final del artículo da preferencia en la agenda del Congreso a los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia, lo que es importante y adecuado porque, sobre todo si existen roces entre el Presidente de la República y los miembros de la mesa directiva del Congreso, puede ocurrir que por razones ajenas a lo debido, se demore la aprobación de normas importantes. La iniciativa para establecer la urgencia de los proyectos la tiene el Poder Ejecutivo. El Congreso debe darles prioridad en el tratamiento frente a otros proyectos semejantes, tanto en el trabajo de las comisiones como en el del Pleno y en los trámites de información al Presidente de la República sobre el texto finalmente aprobado, para efectos de su promulgación y publicación. Si eventualmente el texto aprobado por el Congreso tuviera observaciones del Presidente de la República (artículo 108 de la Constitución), es claro que la preferencia alcanza también al trámite subsiguiente a la observación presidencial, que incluye los dos últimos párrafos del artículo 108, es decir, también la promulgación por el Presidente del Congreso.

(74) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 392.

La preferencia que se da a los proyectos del Ejecutivo es en materia de rapidez de trámite, no de privilegio de aprobación. Tramitados con rapidez, pudiera bien ocurrir constitucionalmente hablando, que esos proyectos no fueran aprobados por el Congreso.

169. Artículo 106

«Artículo 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente a la que ahora comentamos, en la Constitución de 1979, fue la siguiente:

“Artículo 194.- Los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier ley. Sin embargo, para su aprobación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara”.

En la parte que atiende al trámite de las leyes orgánicas, ambas Constituciones contienen las mismas normas.

Sobre ello, en la parte inicial del artículo 106, la Constitución de 1993 define a las leyes orgánicas como aquellas que regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como las demás materias que, según el texto de la propia Constitución, deba ser regulado por estas leyes orgánicas. En la Constitución de 1979 no existía definición y este hecho produjo discusiones sobre el tema.

Análisis exegético

El concepto de ley orgánica mereció cierta discusión académica en el pasado reciente dentro del Perú, porque si bien en nuestra tradición había sido utilizado para designar a las leyes que organizaban a los entes públicos, en otros sistemas tenía definiciones diferentes.

Acertadamente, la Constitución ha dado a las leyes orgánicas un significado preciso, un trámite y una ubicación en el sistema legislativo.

Las leyes orgánicas, desde el punto de vista de su contenido, regulan dos tipos de materias:

- La estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, que fue lo que siempre hicieron en el pasado. En adelante, toda norma que esté destinada a estos fines deberá ser tomada por ley orgánica y cumplir los requisitos de las mismas.
- Las materias que esta Constitución exija se hagan por ley orgánica. Tienen expresamente este carácter en la Constitución las siguientes leyes:
 - a. Ley Orgánica de Elecciones (artículo 31 de la Constitución).
 - b. Ley de utilización de recursos naturales (artículo 66 de la Constitución).
 - c. Ley de la Contraloría General de la República (artículo 82 de la Constitución).
 - d. Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (artículo 84 de la Constitución).
 - e. Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 143 de la Constitución).
 - f. Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 de la Constitución).
 - g. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Artículo 161 de la Constitución).
 - h. Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 196 de la Constitución).
 - i. Ley Orgánica de las Regiones (artículo 198 de la Constitución).

- j. Ley Orgánica de Garantías Constitucionales (artículo 200 de la Constitución): ----

Además, no están expresamente mencionadas como leyes orgánicas pero lo son de acuerdo a las definiciones del artículo 106, las siguientes:

- a. Ley del Consejo de Ministros (artículo 121 de la Constitución).
- b. Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 158 de la Constitución).
- c. Ley de las Fuerzas Armadas o de cada una de ellas (artículo 165 de la Constitución).
- d. Ley de la Policía Nacional (artículo 166 de la Constitución).
- e. Ley del Jurado Nacional de Elecciones, de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (artículo 177 de la Constitución).
- f. Ley del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

El trámite de los proyectos de leyes orgánicas es el mismo que el de las demás leyes, pero se requiere quórum calificado de votación para su aprobación, que es el de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Las leyes orgánicas no son delegables a la Comisión Permanente (artículo 101 inciso 4) y, por consiguiente, no pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo (artículo 104, segundo párrafo). Esta disposición expresa es correcta porque con la Constitución de 1979 no se había dictado y, en consecuencia, el Congreso consideró que podría delegar el dictado de leyes orgánicas, siempre que cumpliera con el quórum calificado para aprobar la ley de delegación.

En nuestro criterio, también debe entenderse que la modificación de las leyes orgánicas dadas con anterioridad, deberá ser hecha por ley orgánica (a pesar que originalmente no hayan sido aprobadas con tal nombre como, por ejemplo, el Decreto Legislativo 560 que se denomina *Ley del Poder Ejecutivo* siendo orgánica por excelencia). También deben ser modificadas por ley orgánica de acuerdo a los términos de esta Constitución, las normas con carácter de ley orgánica dictadas en gobiernos

anteriores por el Poder Ejecutivo mediante delegación de atribución legislativa y al amparo de la Constitución de 1979.

Sobre la ubicación de las leyes orgánicas en la estructura legislativa peruana, existe discrepancia entre los autores. Domingo García Belaunde dice:

Ahora bien, la primera pregunta que surge es cuál es la posición de las leyes orgánicas dentro del conjunto de fuentes normativas peruanas. Si lo analizamos con detenimiento, podremos ver que la diferencia sustancial que existe entre la ley ordinaria y la ley orgánica, es la referida al procedimiento, esto es, a la forma de ser sancionada. Así, mientras que en términos generales la Constitución se desarrolla y es completada por leyes sancionadas normalmente por el Parlamento, en determinadas materias la Constitución exige que el iter legislativo tenga un quórum especial, es decir, un quórum fuerte, exigiendo una mayor presencia y participación de los representantes, y nada más. Pero esta diferencia de procedimiento, se puede reducir a uno de sus aspectos, cual es el quórum, que debe ser computado expresamente. Pero no hay más. Incluso en cuanto a las materias, su distribución es caprichosa, lo que demuestra que ni hubo clara conciencia en el constituyente de lo que se trataba ni tampoco existió interés en darle un contorno definido. Tampoco se dio el carácter de orgánicas a ciertas leyes que sí lo requerían (como podían ser las de materia electoral). Y en cuanto a su modificación, lo pueden ser con la misma rapidez que las leyes ordinarias (aún cuando observando el quórum calificado). Si tenemos en cuenta que lo que diferencia formalmente a la Constitución del resto de las normas, es su rigidez para el cambio (sobre todo en nuestra tradición occidental) y que en su modificación las leyes orgánicas están en el mismo nivel que las ordinarias, tenemos que llegar a la conclusión, ineludible por lo demás, de que ellas no representan categoría aparte, superior o inferior a las demás leyes emanadas del parlamento (75).

(75) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Funciones legislativas del ejecutivo moderno: el caso peruano*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas Constitucionales 3*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 27.

Enrique Bernales piensa lo contrario:

Por nuestra parte, creemos que no es suficiente definir una jerarquía legal sólo por las características en la modificación de determinadas normas. Las leyes orgánicas, tal como han sido diseñadas y a pesar del mal uso a las que han sido sometidas, constituyen una categoría superior a las leyes ordinarias, tanto por su contenido específico —que implica el desarrollo constitucional que está explícito en toda Carta— como por el procedimiento agravado para su aprobación. (76).

En lo que a nosotros concierne, consideramos que la opinión más adecuada es la siguiente:

- Las leyes orgánicas no tienen mayor valor normativo que las leyes comunes. Lo que tienen es un quórum más alto de votación como exigencia.
- Las leyes orgánicas no lo son como *cuerpo legislativo* sino por su materia. Esta consideración tiene el siguiente efecto práctico: si una ley orgánica entendida como cuerpo legislativo contuviera una norma que no pertenece a la materia de la ley orgánica según los términos del artículo 106 (regulación del funcionamiento y la estructura de las entidades del Estado previstas en la Constitución y otras materias que ella establezca se regulan por dichas leyes), dicho asunto podrá ser modificado o derogado por ley común, sin los requisitos especiales de quórum de aprobación. Por lo demás, esto sucede muy a menudo en el Perú.
- Las leyes que antes hayan sido aprobadas por procedimientos comunes y que sean orgánicas por su materia, tendrán que ser modificadas o aprobadas, durante la vigencia de la Constitución de 1993, con el quórum calificado de aprobación.

Puede verse, así, que no hay una diferencia en valor normativo en-

(76) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 444.

tre una ley orgánica y una ley común y que, además, ocurre con cierta frecuencia que materias comunes contenidas en leyes orgánicas sean modificadas por ley común, y que leyes que antes fueron comunes sólo puedan ser modificadas ahora mediante leyes orgánicas. En realidad, es un ámbito no demasiado complicado, pero sí bastante confuso de nuestro Derecho que debería merecer una atención más meticulosa del Congreso para recibir una adecuada organización.

Sólo nos resta añadir que según la Ley 26303 del 04 de Mayo de 1994, se establece que, para los efectos de clasificación e identificación en el ordenamiento jurídico, las leyes orgánicas a que se refiere el artículo 106 de la Constitución, se designan con la expresión «Ley Orgánica», seguida del número ordinal que en cada caso corresponda en la numeración sucesiva que se hace de las leyes desde principios de siglo.

TITULO IV

CAPITULO III

FORMACION Y PROMULGACION DE LAS LEYES

170. TITULO IV, CAPITULO III: FORMACION Y PROMULGACION DE LAS LEYES

Este capítulo está orientado a establecer las normas básicas de perfeccionamiento de la existencia de una ley. Es pertinente que estas normas tengan rango constitucional porque, así, se puede analizar claramente el cumplimiento de los requisitos de forma de las disposiciones de rango inmediatamente inferior al de la Constitución y que, por consiguiente, no podrían ser aprobadas por una de dichas normas: nada puede darse su propia validez en el mismo rango.

Los elementos esenciales de este proceso de perfeccionamiento son los siguientes:

- La iniciativa en materia legislativa, que la tienen solamente aquellos a quienes les es reconocida. En nuestro caso, la iniciativa está atribuida en el artículo 107 de la Constitución de 1993. El derecho de iniciativa quiere decir que si la presentación del proyecto de ley se hace de la manera prevista por la Constitución, esa idea debe continuar trámite dentro del Congreso. Si quien no tiene iniciativa legislativa presenta un proyecto de ley, estará simplemente ejercitando el derecho de petición y no habrá obligación de tramitar el pedido (a menos que alguien que tenga iniciativa legislativa lo haga suyo, desde luego). Como vemos, la iniciativa legislativa existe para que los proyectos presentados por quienes la tienen, sean tramitados dentro del Congreso de manera obligatoria.

- La aprobación, que consiste en la elaboración de la decisión de convertir en ley un texto determinado. En el caso de las leyes la aprobación corresponde al Congreso en reunión de Pleno.
- La promulgación que es el acto formal de mandar publicar y cumplir. Corresponde normalmente al Presidente de la República quien tiene quince días para hacerlo. Sin embargo, puede ocurrir no sólo que el Presidente promulgue, sino también lo siguiente:
 - a. O bien que el Presidente observe la ley, en cuyo caso se abre un procedimiento en el cual el Congreso debe volver a votar la ley.
 - b. O bien el Presidente simplemente no la promulga, en cuyo caso, puede hacerlo el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente según corresponda.

El capítulo concluye con la norma que manda que la ley sea obligatoria desde el día siguiente de su promulgación en el diario oficial. En esto ha cambiado la norma de la Constitución de 1979 que establecía un plazo de dieciséis días como el de defecto.

La Constitución de 1993 ha eliminado algunas normas como por ejemplo el artículo 197 que establecía la forma de la ley. Sin embargo, lo sustancial de ambas Constituciones sobre la materia, es prácticamente igual.

171. Artículo 107

«Artículo 107.- El Presidente de la República y los congresistas tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las Constituciones que tratamos aquí, reconocieron iniciativa en la formación de las leyes de la siguiente manera:

- A los parlamentarios (Constitución de 1823, artículo 61; Constitución de 1828, artículos 41 y 50; Constitución de 1834, artículos 44 y 52; Constitución de 1839, artículos 53 y 56; Constitución de 1856, artículo 63; Constitución de 1860, artículo 67; Constitución de 1867, artículo 60; Constitución de 1920, artículo 101; y, Constitución de 1933, artículo 124).
- Al Poder Ejecutivo (Constitución de 1826, artículo 62; Constitución de 1828, artículo 50; Constitución de 1834, artículo 52; Constitución de 1839, artículo 56; Constitución de 1856, artículo 63; Constitución de 1860, artículo 67; Constitución de 1867, artículo 60; Constitución de 1920, artículo 101; y, Constitución de 1933, artículo 124).
- A la Corte Suprema de Justicia (Constitución de 1856, artículo 63; Constitución de 1860, artículo 67; Constitución de 1867, artículo 60; Constitución de 1920, artículo 101; y, Constitución de 1933, artículo 124). En este caso, la Constitución de 1856 dio iniciativa sin restricciones pero todas las demás constituciones la redujeron a materia judicial. La Constitución de 1933 dio la iniciativa a “(...) los miembros del Poder Judicial, por intermedio de la Corte Suprema de justicia en materia judicial”.
- A los Congresos Regionales (Constitución de 1920, artículo 101).

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que funciona en la Constitución de 1979 como precedente del que ahora comentamos es el siguiente:

“Artículo 190.- Tienen derecho de iniciativa, en la formación de las leyes y resoluciones legislativas, los Senadores, los Diputados y el Presidente de la República. También lo tienen la Corte Suprema de Justicia y el órgano de gobierno de la región en las materias que les son propias”.

Ambas Constituciones otorgan iniciativa legislativa a los congresistas, al Presidente de la República y a la Corte Suprema.

A estos, la Constitución de 1993 añade a los siguientes órganos: instituciones públicas autónomas, municipios y colegios profesionales. La Constitución de 1979 daba iniciativa a las regiones pero ellas estarían perfectamente contenidas entre las instituciones públicas autónomas de que habla la Constitución de 1993.

Finalmente, esta última Carta da iniciativa en la formación de las leyes a los ciudadanos, aunque los sujeta a los requisitos de ley.

Puede verse que la Constitución de 1993 es más abierta en este punto que la de 1979.

Análisis exegético

La elaboración de una ley es un proceso complejo que tiene varias etapas que, a su vez, se subdividen entre sí. La primera de ellas es la de la iniciativa que es la atribución de poder presentar a consideración del Congreso un proyecto de ley, de manera que quede iniciado el trámite de elaboración de la misma. Desde luego, cualquier persona puede presentar un proyecto de ley al Congreso para que lo apruebe, ejercitando su derecho de petición. Pero una cosa es el derecho de petición, importante y reconocido por la Constitución pero que sólo permite llegar hasta la autoridad, y otro muy distinto en esta materia es la iniciativa legislativa, que comienza un trámite que debe luego ser continuado.

Quienes tienen derecho de iniciativa según el artículo son:

- El Presidente de la República en cualquier materia legislativa. Según el inciso 1 del artículo 125, el Consejo de Ministros debe aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso. Esto hace que, en realidad, la iniciativa legislativa no sea estrictamente del Presidente de la República sino del Poder Ejecutivo.
- Los congresistas también en cualquier materia legislativa. En realidad, es parte esencial de su función presentar proyectos de ley.

- El Poder Judicial tiene iniciativa legislativa a través de la Corte Suprema de la República en los asuntos que le son propios. No se puede hacer una enumeración taxativa de ellos pero sí podemos mencionar, entre otros, los de su propia organización interna, todo lo referente a procedimientos jurisdiccionales y también la corrección de las normas que estén deficientemente hechas o que de alguna manera entorpezcan la administración de justicia.
- Las instituciones públicas autónomas en los asuntos que les son propios. Estas instituciones son tanto organismos públicos como empresas públicas. Cada una de ellas tiene una esfera de competencia y sus órganos directivos podrán presentar proyectos de ley en las materias que les competen.
- Los municipios, tanto provinciales como distritales en los asuntos propios de su organización interna o del gobierno local. Muchas veces, ciertos aspectos comunes a todos los municipios son regulados por ley como la Ley Orgánica de Municipalidades misma o varios tributos municipales que tienen un patrón común de organización.
- Los colegios profesionales reconocidos según el artículo 20 de la Constitución, también en los asuntos vinculados a las profesiones que representan y a la problemática que las rodea.
- Los ciudadanos, que tienen que recabar un número de firmas equivalente al 0.3% del padrón electoral (de un poco más de doce millones de ciudadanos en la elección de abril de 1995) para poder presentar proyectos de ley sobre las materias que estimen pertinentes.

Sobre la iniciativa legislativa de la ciudadanía, la Ley 26300 del 02 de mayo de 1994 establece las siguientes normas:

«Ley 26300, artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento de la población electoral nacional, recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial».

Este artículo 11 es el que da viabilidad a la iniciativa legislativa ciudadana: el Congreso no puede ignorarla: le da preferencia y ordena publicación. Es la garantía de que esta iniciativa no será tratada como un simple derecho de petición pues se le debe dar trámite y publicidad. No es un pedido sino el ejercicio de un derecho que debe transitar hasta la votación por la aprobación o desaprobarción de la iniciativa.

«Ley 26300, artículo 12.- El derecho de iniciativa en la formación de leyes comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios o presupuestarios tienen los congresistas de la República. La iniciativa se redacta en forma de proyecto articulado».

Este artículo tiene concordancia con el primer y segundo párrafos del artículo 79 que establecen:

“Constitución, artículo 79.- Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.

[...]”.

Está claro que se aplican todas las prohibiciones a la iniciativa de los congresistas, pero a ellas debemos añadir que los ciudadanos tampoco podrían crear ni aumentar gastos públicos en lo que se refiere al presupuesto del propio Congreso, pues poder hacerlo es una prerrogativa que se da a los congresistas por razón de su función. Como resulta claro, quienes hicieron el artículo 12 de la Ley 26300 no repararon en la necesidad de hacer esta salvedad. No obstante, puede ser realizada consistentemente a través de procesos interpretativos mediante argumentos sistemáticos y de *ratio legis*.

«Ley 26300, modificada por ley 26592, artículo 13.- El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 90 días calendario».

Se establece aquí un plazo improrrogable en el que el Congreso debe votar el proyecto de ley presentado por iniciativa ciudadana. Esta norma ratifica el principio de que estas iniciativas deben ser tramitadas y votadas obligatoriamente.

«Ley 26300, modificada por ley 26592, artículo 15.- Si existiese uno o más proyectos de ley, que versen sobre lo mismo o que sean similares en su contenido al presentado por la ciudadanía, se votará cada uno de ellos por separado en el Congreso».

El artículo 15 es una seguridad de que no se evitará votar por una iniciativa porque ya exista otra similar. Cada iniciativa popular debe recibir el procesamiento completo por el Congreso.

«Ley 26300, modificada por ley 26592, artículo 16.- Todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso».

Esta norma fue introducida en la ley (pues originalmente no figuraba así en ella), para frustrar un anunciado referéndum sobre la ley de privatización de Petroperú. La norma exige que sólo pueda ir a referéndum aprobatorio o desaprobatorio del pueblo, una norma que recibió por lo menos cuarentiocho votos en el Congreso, cifra que la mayoría parlamentaria existente cuando se aprobó la norma, confía en que nunca alcance la oposición, al menos durante la existencia del Congreso 1995-2000.

En otras palabras, el referéndum ha sido quitado de las manos del pueblo para ser trasladado a una fórmula de consulta de una decisión legislativa que cuenta con un cierto número mínimo de congresistas a favor. Si tal número a favor no existe, el pueblo no tiene derecho a convocar el referéndum para decidir por sí mismo.

Bien vistas las cosas, esta disposición es inconstitucional porque el artículo 31 de la Constitución dice textualmente “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante

referendum [...]”, lo que claramente indica que es un derecho del pueblo, que debe ejercitar recolectando el número de firmas que sea necesario según ley. Es un derecho que no puede depender de un número mínimo de votos de congresistas. Estimamos que en una acción de inconstitucionalidad, debería ser declarada fundada en este punto por exclusiva interpretación literal, en la que se manifiesta con toda claridad la incompatibilidad de las dos normas.

“Ley 26670, artículo 3.- La iniciativa legislativa presentada con las firmas comprobadas de no menos del 0.3% de la población electoral nacional, será debatida por el Pleno del Congreso aún cuando no haya obtenido dictamen favorable”. (La tercera disposición transitoria de la Ley 26670 ha incorporado este artículo al Reglamento del Congreso).

Este artículo ha sido añadido por la Ley 26670 a las disposiciones existentes y que impide que un dictamen contrario a la iniciativa legislativa ciudadana, frustre la votación en el Pleno. Es una norma adecuada a la participación del pueblo.

Una vez presentado el proyecto de ley, sigue el trámite preestablecido en el Reglamento del Congreso, hasta que llega al Pleno para su aprobación. Después vendrá la comunicación respectiva al Presidente de la República para que haga la promulgación de la ley, o el proyecto será archivado si no es aprobado.

172. Artículo 108

«Artículo 108.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Son varias las instituciones de este artículo que fueron tratadas en las Constituciones de las que nos ocupamos en esta parte pero, un aspecto muy importante, hoy inexistente, es el del tratamiento de los proyectos de ley dentro de un Congreso bicameral, en la medida que cada ley para quedar aprobada, debe recibir votación en las dos cámaras. Puede bien ocurrir que ambas consientan rápidamente en el mismo texto, pero también suele suceder que en el bicameralismo las cámaras disientan y sea necesario que los proyectos vayan y vuelvan de una a otra. Sobre todo esto establecieron reglas las Constituciones del pasado. Las principales son las siguientes:

- En la Constitución de 1823, los artículos 62 a 71. En esta Constitución, cuando el proyecto iba de la cámara de diputados a la de senadores, pasaba por el Poder Ejecutivo el que, en esta oportunidad, hacía las observaciones que considerara pertinentes (artículo 63).
- En la Constitución de 1826, los artículos 64 a 76.
- En la Constitución de 1828, los artículos 49 a 65.
- En la Constitución de 1834, los artículos 53 a 66.
- En la Constitución de 1837, el artículo 25.
- En la Constitución de 1839, los artículos 57 a 67.
- En la Constitución de 1856, los artículos 64 a 72.
- En la Constitución de 1860, los artículos 68 a 77.
- En la Constitución de 1867, los artículos 61 a 69.
- En la Constitución de 1920, los artículos 102 a 110.

- En la Constitución de 1933, los artículos 125 a 131.

Por otro lado, la Constitución de 1823 estableció:

“Constitución de 1823, artículo 70.- Para derogar ó modificar una ley se observarán las mismas formalidades que para sancionarlas”.

Esta regla, con redacción parcialmente distinta, se repitió en las siguientes normas: Constitución de 1828, artículo 62; Constitución de 1834, artículo 61; Constitución de 1856, artículo 70; Constitución de 1860, artículo 75; Constitución de 1867, artículo 67; Constitución de 1920, artículo 109; Constitución de 1933, artículo 131.

Como ya vimos, la observación del Ejecutivo a las leyes se inicia con un procedimiento curioso en la Constitución de 1823. Sin embargo, es la Constitución de 1826 la que le da un tratamiento pormenorizado. He aquí las normas:

“Constitución de 1826, artículo 70.- Si el presidente de la República creyese que la ley no es conveniente, deberá en el término de diez días cumplidos, devolverla a la Cámara que la dió con sus observaciones, y con la fórmula siguiente:

«El Ejecutivo cree que debe considerarse de nuevo»».

“Constitución de 1826, artículo 71.- Las leyes que se dieren en los últimos diez días de las sesiones podrán ser retenidas por el Poder Ejecutivo hasta las próximas sesiones; y entonces deberá devolverlas con sus observaciones”.

“Constitución de 1826, artículo 72.- Cuando el Poder Ejecutivo devuelva las leyes con observaciones a las Cámaras se reunirán estas; y lo que decidieren a pluralidad, se cumplirá sin otra discusión ni observación”.

“Constitución de 1826, artículo 73.- Si el Poder Ejecutivo no tuviere que hacer observaciones a las leyes, las mandará publicar en esta fórmula:

«Promúlguese»».

“Constitución de 1826, artículo 74.- Las leyes se promulgarán con esta fórmula:

«N. de N., presidente de la República peruana. Hacemos saber a todos los peruanos: que el cuerpo legislativo decretó, y nosotros publicamos la siguiente ley (Aquí el texto de la ley). Mandamos por tanto a todas las autoridades de la República, la cumplan y hagan cumplir».

El vice-presidente la hará imprimir, publicar y circular a quienes corresponda: y la firmará el presidente con el vice-presidente, y el respectivo secretario de Estado”.

También contienen reglas sobre observación presidencial las siguientes: Constitución de 1828, artículos 54 a 58; Constitución de 1834, artículos 55 a 57; Constitución de 1839, artículos 58 a 60; Constitución de 1856, artículos 65 y 66; Constitución de 1860, artículos 69 a 72; Constitución de 1867, artículos 61 a 64; Constitución de 1920, artículos 104 a 107. No hubo norma sobre observación en la Constitución de 1933 pero sí obligación de promulgación en sus artículos 128 y 129:

“Constitución de 1933, artículo 128.- Dentro de los diez días siguientes a la recepción por el Presidente de la República de una ley aprobada por el Congreso, debe aquél promulgarla y mandarla cumplir”.

“Constitución de 1933, artículo 129.- Si el Presidente de la República no promulga y manda cumplir una ley dentro de los diez días, la promulgará y mandará cumplir el Presidente del Congreso, quién ordenará su publicación en cualquier periódico”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente de ésta que comentamos fue la siguiente en la Constitución de 1979:

“Artículo 193.- El proyecto de ley, aprobado en la forma prevista por la Constitución, se envía al Presidente de la República para que lo promulgue dentro de quince días. En caso contrario, lo hace el Presidente del Congreso o el de la Comisión Permanente.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer, en todo o en parte, respecto del proyecto de ley aprobado en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderado el proyecto de ley, el Presidente del Congreso lo promulga, siempre que voten en favor del mismo más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara”.

Con cambios mínimos, básicamente orientados a llamar *ley* y no *proyecto de ley* a la norma ya aprobada por el Congreso pero aún no promulgada, y también a incluir los cambios en el requisito de votación para la reconsideración por el Congreso a que obliga el unicameralismo, las normas de ambas Constituciones establecen la misma normatividad en este punto.

Análisis exegetico

Cumplido el trámite interno de un proyecto de ley en el Congreso, llega al Pleno y es aprobado. Aún no es una ley perfecta pues le falta la promulgación y publicación (la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado dice el artículo 51). La promulgación debe hacerla el Poder Ejecutivo razón por la cual la ley aprobada se envía al Presidente de la República.

Recibida la autógrafa por el Presidente, tiene quince días de plazo para hacer cualquiera de estas dos cosas:

- Promulgarla, es decir, mandar que se publique y cumpla, u
- Observarla cuando en efecto tenga reparos sobre toda o una parte de dicha ley. La observación del Presidente obliga a que la ley aprobada vuelva a ser estudiada en el Congreso. Si éste ratifica su decisión anterior por más de la mitad del número legal de sus miembros, entonces la promulgación la hace el Presidente del Congreso. El Congreso, como es natural, también puede aceptar las observaciones del Presidente.

Si transcurrieran quince días desde que fue enviada la autógrafa de la ley al Presidente y éste ni observó ni promulgó, pierde competencia

sobre el procedimiento de esta ley, y entonces es promulgada por el Presidente del Congreso o por el Presidente de la Comisión Permanente, de ser el caso.

La promulgación ha sido tradicionalmente función del Poder Ejecutivo en el mundo. Se entiende que opera así un mecanismo de control entre los poderes: el Legislativo puede aprobar la ley pero la llave de la vigencia la tiene el Ejecutivo (que es el que la debe cumplir y hacer cumplir). De esta manera, cuando una ley tenga problemas en fondo o forma, ellos podrán ser discutidos públicamente para seguir las reglas democráticas y obtener el mejor resultado posible.

La observación de las leyes, que se llama el *veto relativo* fue discutida en el Perú de los últimos decenios. Introducida por un plebiscito el año 1939, que fue declarado ilegal en 1945, la institución tuvo durante años sabor a inconstitucionalidad y los presidentes constitucionales mantuvieron una prudente distancia con respecto de ella. En 1979 la Asamblea Constituyente incorporó la observación en la Constitución y la de 1993 la ratificó.

En otros países hay lo que se llama el *veto absoluto* que consiste en que el Poder Ejecutivo se opone a la vigencia de la ley y decide no darle su aprobación para ser promulgada. En ese caso, el Congreso puede superar el veto con una mayoría calificada y promulgarla a través de su Presidente.

Esta parte final del artículo 108 está deficientemente elaborada por las siguientes razones:

- El Congreso puede decidir no aprobar las observaciones del Presidente en cuyo caso, efectivamente, requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso para superar la observación presidencial y que el Presidente del Congreso haga la promulgación.
- Sin embargo, también puede ocurrir que el Congreso acepte las observaciones del Presidente y sólo se requeriría votación simple para que el proyecto quede sancionado. En este caso, sin embargo, cabe la pregunta de quién promulga: si el Presidente del Congreso o si

debe enviar el texto nuevamente al Presidente de la República para que, incorporadas sus observaciones, él mismo promulgue.

Sobre estos asuntos, la opinión de Enrique Bernalles, de amplia experiencia parlamentaria, es la siguiente:

Debemos pues, reiterar el comentario respecto de la confusión que plantea la fórmula empleada. En efecto, tal como está redactada, podría interpretarse que la promulgación por el Presidente del Congreso se da cuando la reconsideración de la ley ha dado por resultado la insistencia de la propuesta inicial, votada por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. ¿Quién promulga la ley cuando se han aceptado las observaciones presidenciales? ¿Es éste el caso de un vacío constitucional?

De acuerdo a los antecedentes no, porque toda ley observada ha sido promulgada por el Presidente del Congreso, independientemente de si se aceptaron o no las observaciones presidenciales. Pero si lo que prima es el criterio de que quien promulga una ley observada es el Presidente del Congreso, entonces el artículo habría establecido la exigencia de que para acoger el punto de vista presidencial se requerirá también el voto de la mitad más uno del número legal de congresistas. En los antecedentes de la teoría y del Derecho Constitucional comparado, esta votación calificada sólo se exige para la insistencia del Congreso en su proyecto inicial (77).

En síntesis, lo que debería decir la parte final del artículo 108 es que producida la observación presidencial, el Presidente del Congreso promulgará la ley siempre que se acepten por la mayoría usual las observaciones del Presidente de la República, o que se decida ratificar las normas originalmente aprobadas por el Pleno, con más de la mitad de los votos del número legal de miembros del Congreso. Esta redacción terminaría con la confusión existente.

(77) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, pp. 449-450.

En sustancia, el veto absoluto y veto relativo conducen al mismo resultado político: el Presidente de opone a la ley o no se opone. Si se opone, puede ser evadido por el Congreso el que, con una mayoría calificada, puede superar el veto. La diferencia está en que en el sistema de veto relativo el Presidente tiene que oponerse fundamentadamente, y proponiendo alternativas. En el veto absoluto simplemente puede argüir que no promulgará la ley porque no está políticamente de acuerdo con ella.

Se ha dado el caso de que el Presidente de la República promulgue una parte no observada de una ley, y que observe otra parte y no la promulgue. Parece obvio que una ley es un cuerpo integral y que deberá ser promulgada también integralmente, aunque las observaciones sean parciales. Después de todo, el Congreso aprobó un texto unitario y la discrepancia entre Ejecutivo y Legislativo debe ser importante, desde que se ha decidido hacer la observación.

Enrique Bernales dice lo siguiente respecto de este punto, y añade estadísticas sobre el tema de la observación presidencial:

Debe recordarse que este tema siempre ha sido polémico en el Perú. El derecho de observación, si analizamos los tres últimos gobiernos, fue manejado de distinta manera por cada uno de los gobernantes. Así, el Presidente Belaunde observó 38 autógrafas y el Presidente García 60. Sin embargo, fue el Presidente Fujimori quien utilizó con más frecuencia esta atribución. En 21 meses de gestión observó 35 normas, vale decir, una de cada tres leyes emanadas del Parlamento fue sometida a tal procedimiento. Cabe mencionar que fue precisamente durante la gestión del ingeniero Fujimori que por primera vez en nuestra historia una ley fue promulgada parcialmente. Es el caso de la ley 25303 o Ley de Presupuesto que generó un conflicto temporal de poderes. Este impase se solucionó por el retroceso del Parlamento en sus planteamientos iniciales (78).

(78) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 450.

173. Artículo 109

«Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente que hemos encontrado sobre esta norma se halla en la Constitución de 1933 y dice:

“Constitución de 1933, artículo 132.- La ley es obligatoria desde el día siguiente a su promulgación y publicación, salvo disposición contraria de la misma ley”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que contiene los precedentes del que comentamos de la Constitución de 1993 es el siguiente:

“Artículo 195.- La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley. Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario”.

El artículo 109 de la Constitución de 1993 está técnicamente mejor hecho que la parte correspondiente del artículo 195 de la Constitución de 1979 porque indica que la ley puede solamente postergar su vigencia. En la norma de 1979 podía dar la impresión de que era posible establecer la aplicación retroactiva en su mismo texto. Sin embargo, dicha posibilidad era errónea porque los casos de retroactividad estaban ya taxativamente enumerados en el artículo 187 de la misma Constitución de 1979.

También la Constitución de 1993 redujo el plazo de quince días a uno para la entrada en vigor de la norma luego de su publicación.

Análisis exegetico

La ley debe haber sido conocida, cuando menos formalmente hablando, para ser obedecida. Por consiguiente, su obligatoriedad sólo puede correr desde que fue publicada. El artículo establece la ficción de que todos conocen la ley a través del diario oficial. Que ello es una ficción no cabe duda desde que existen veintitrés millones de peruanos y el diario oficial sólo llega a una ínfima parte de ellos. Sin embargo, en el Derecho siempre bastó esa ficción para considerar que todos conocen la ley. Además, hay que decir que toda ley importante es actualmente difundida por poderosos medios de comunicación de manera que aún cuando no todos se enteren de ella, sí ocurre esto con un crecido número de personas.

En este artículo también se establece la regla general para el plazo de vigencia de la ley a partir de su publicación en el diario oficial y que es fijado en un día. La norma misma puede establecer un período de espera hasta que entre en vigencia, lo que puede ocurrir porque no conviene que comience a regir en el momento, porque es necesario que sea conocida antes de ser aplicada, o porque está referida a un evento futuro pero es necesario dictarla desde hoy.

Hay que dejar claramente establecido que lo que el artículo autoriza es a que postergue su vigencia más allá del día siguiente a la publicación. Desde luego, no podría decir que rige desde antes de la publicación porque, entonces, estaría dándosele vigencia retroactiva y ello sólo puede ocurrir con las normas penales cuando son más favorables al reo (artículo 103 inciso 2).

Hemos dicho antes, al comentar el inciso 1 del artículo 102, que las leyes interpretativas de otras anteriores, entran en vigencia de la misma manera que señala este artículo 109, pero que la interpretación auténtica que se haga rige desde que la anterior ley fue dictada siempre que haya sido posible deducirla de ella misma. Nos remitimos al comentario hecho entonces.

Hay que recordar que según el artículo 74 de la Constitución, “Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación”. Sin embargo, el Código

Tributario aprobado por Decreto Legislativo 816 del 20 de abril de 1996, establece lo siguiente:

“Código Tributario, título preliminar, norma X.-

[...]

Tratándose de elementos contemplados en el inciso a) de la Norma IV de este Título, las leyes referidas a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario, a excepción de la designación de los agentes de retención o percepción, la cual rige desde la vigencia de la Ley, Decreto Supremo o la Resolución de Superintendencia, de ser el caso.

[...]”.

Estimamos que esta disposición no contradice la Constitución porque la determinación de los agentes de retención o percepción no es un asunto que atañe a la vigencia misma del impuesto, sino a un fenómeno administrativo aunque importante: el procedimiento de retención o de percepción. La razón de ser de la norma según la cual los tributos de periodicidad anual rigen desde el 01 de Enero del año siguiente a su promulgación, consiste en que, primero, los contribuyentes sepan anteladamente el impuesto que los gravará y, segundo, que cualquier norma que se dicte sobre ellos no obligue a reajustar el monto final del impuesto si la disposición se dicta iniciado el año. Ambos elementos se cumplen si sólo se aplica las normas sobre retención y percepción y, por consiguiente, siguiendo los patrones de interpretación que hemos definido antes, estimamos que la norma es constitucional por interpretación sistemática y de *ratio legis*.

Compartimos, finalmente, el criterio común de Bernaldes y Chirinos Soto, en el sentido que extender excesivamente el plazo entre la promulgación y la publicación de la ley, es nocivo porque puede significar que pierda eficacia y disminuya significativamente el logro de sus objetivos:

[...] creemos que extender en demasía el plazo de publicación de una ley atenta contra su eficacia y objetivos. Así lo sostiene, en puridad, la ciencia del Derecho, pues «de lo que se trata es

de defender la sustancia de una ley, su sentido ordenador y evitar su escamoteo». Por lo demás, el mismo doctor CHIRINOS SOTO modifica su planteamiento inicial, ya que define como de «temperamento saludable» la fórmula adscrita por el artículo bajo comentario (79).

(79) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 451.

TITULO IV

CAPITULO IV

PODER EJECUTIVO

174. TITULO IV, CAPITULO IV: PODER EJECUTIVO

En el Perú, a pesar que el orden de las normas en la Constitución pareciera decir algo distinto, el Poder Ejecutivo es un organismo complejo, compuesto a su vez por diversos órganos que son los siguientes:

- El Presidente de la República como cabeza indiscutible, pero no como el órgano que formalmente tenga todo el poder dentro del Ejecutivo. El Presidente de la República es declarado expresamente *Jefe de Estado* (ver el artículo 110 de la Constitución de 1993), pero en la práctica además es *Jefe de Gobierno* lo que se muestra en dos aspectos: es el órgano decisivo para el nombramiento y remoción de los ministros de Estado, y tiene declaradas para él todas las atribuciones del Poder Ejecutivo en el artículo 118 de la Constitución (aunque, como veremos, no puede ejercer ninguna de ellas por sí sólo).
- El Gabinete Ministerial o Consejo de Ministros, que es un organismo colegiado integrado por todos los ministros de Estado y por el Presidente, que tiene decisiones propias en las cuales su participación es indispensable para que adquieran validez jurídica, y que es distinto de los ministros individualmente considerados.
- Cada ministro en el ejercicio de las funciones que le competen según el artículo 119 de la Constitución de 1993. De esta norma puede fácilmente verse que cada ministro tiene una esfera de decisión y actuación propia, distinta de la del Consejo del que forma parte

y, aún, distinta de la que corresponde al Presidente de la República, aunque desde luego subordinado a él.

El Poder Ejecutivo así diseñado tiene ciertos mecanismos de control intraórgano sobre los cuales no se hace demasiado énfasis en el comentario del sistema político, probablemente porque las Constituciones peruanas no los han diseñado con suficiente armonía y han dado una excesiva preeminencia al Presidente de la República. Los mecanismos a los que nos referimos son:

- El Presidente de la República es el órgano que en última instancia detenta la atribución de nombrar y remover a los ministros de Estado y, por consiguiente, es determinante también para la conformación del Consejo de Ministros. Las normas que permiten esta situación no están en este capítulo sino en el siguiente (artículo 122 de la Constitución de 1993), lo que de paso demuestra la defectuosa organización de capítulos que tiene esta parte.
- El Consejo de Ministros, que tiene entidad propia como hemos dicho (ver el artículo 121 de la Constitución de 1993), tiene una serie de atribuciones no bien sistematizadas en la Constitución de 1993 porque, si bien su artículo 125 señala algunas, otras se hallan dispersas por todo el texto constitucional. Entre ellas podemos mencionar las ubicadas en los siguientes artículos de la misma Constitución de 1993: 71; 118 incisos 7, 12 y 22; 119; 133; 137 y 206. De la lectura de estos dispositivos (incluido desde luego el artículo 125) puede verse que, en muchos casos de importancia, las decisiones del Ejecutivo son compartidas por el Presidente y por el Consejo de Ministros, siendo esta confluencia de opinión indispensable para que las medidas aprobadas tomen forma jurídica o sean, en todo caso, constitucionalmente válidas. El Consejo de Ministros es, pues, parte esencial del Poder Ejecutivo. Adicionalmente, el artículo 128 de la Constitución de 1993 dice en su segundo párrafo: *“Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente”*. Esto indica claramente que existe responsabilidad colectiva en el Consejo y que, por tanto, la Constitución lo coloca en posición de temperar las decisiones arbitrarias e ilegales que pretenda impulsar el Presidente de la República.

- Cada uno de los ministros individualmente considerado, que dirige y gestiona los servicios públicos a su cargo según las leyes de organización del Poder Ejecutivo (la vigente al momento de escribir este trabajo es el Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo). La norma está establecida en el artículo 119 de la Constitución de 1993. Pero además, y como manda el artículo 120 de la misma Constitución, para que cualquier acto del Presidente de la República sea válido, debe tener firma ministerial. Este requisito no es suficiente para la validez de dicho acto, pero sí es indispensable. El sentido de esta medida es, primero, garantizar que siempre exista responsabilidad por los actos del Presidente ya que éste es políticamente irresponsable; y, segundo, que de esta manera los ministros puedan moderar la voluntad presidencial haciéndolo meditar sobre las decisiones que pretenda tomar y que presenten aristas discutibles, o negándose simplemente a firmar y, con ello, produciendo una eventual crisis ministerial por su renuncia o remoción. Hay que recordar que el primer párrafo del artículo 128 de la Constitución de 1993 dice respecto de esto: *“Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan”*.

Desde luego, como ya viene también dicho, el factor fundamental de fuerza dentro de esta organización lo tiene el Presidente de la República porque, según el artículo 122 de la Constitución de 1993: *“El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo”*.

Es decir, que la voluntad ministerial no puede prevalecer, en estricto sentido formal, por encima de la voluntad presidencial. Si los ministros tratan de que esto ocurra, serán simplemente removidos y sustituidos por decisión unilateral del Presidente de la República. El límite a este fenómeno es que el Ejecutivo no puede tener una crisis ministerial tras otra, producidas dentro de sí mismo. Es algo que el sistema político no puede soportar por largo tiempo. Por ello, provisto que los ministros tengan una actitud responsable frente al Presidente, podrán actuar como moderadores de sus eventuales excesos.

Esto hace que la relación entre el Presidente de la República y sus

ministros (individualmente considerados o dentro del Consejo de Ministros), depende de factores extrajurídicos antes que estrictamente constitucionales y legales: serán la personalidad de cada uno de ellos, el tipo de relación humana e institucional que mantengan, su afinidad política y sus mutuas lealtades las que determinen cómo se llevará a cabo la vinculación entre estas dos formas institucionales del Poder Ejecutivo.

De las atribuciones que se ha otorgado al Poder Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República dentro del artículo 118 de la Constitución de 1993, puede verse que el dinamismo que moviliza la actividad política del Estado es precisamente este órgano del Estado. Le compete esencialmente el ejercicio de la potestad ejecutiva, aunque también tiene preeminencia en la producción de normas jurídicas, tanto de rango ejecutivo como de rango de ley, esto último mediante el ejercicio de la delegación de atribuciones a través de Decretos Legislativos (ver el artículo 104 de la Constitución de 1993) y mediante recurso a los Decretos de Urgencia facultados por el inciso 19 del artículo 118 de la misma Carta.

Por todas estas razones, el Poder Ejecutivo acumula un inmenso poder dentro de nuestro sistema político y, dentro de él, todavía el Presidente de la República es el que mayor poder detenta. Las reglas constitucionales, de esta manera, permiten un sobredimensionamiento de este Órgano, mayor que el que los textos aparentemente concederían. Esto conduce al país a una forma de gobierno caudillista y personalizado que tiende a producir dos tipos de problemas distintos pero que generalmente se apoyan uno en el otro: el autoritarismo y la corrupción.

En la parte de trabajo sistemático sobre el sistema constitucional de esta obra, retomamos el problema para discutir posibles alternativas.

En cuanto a los cambios ocurridos entre la Constitución de 1979 y la de 1993, indiscutiblemente el más saltante es el de la posible reelección inmediata del Presidente de la República por una vez. La reelección había sido drásticamente prohibida en la Constitución de 1933 y, con menos énfasis pero con igual pretensión, lo fue en la de 1979. Los episodios que comienzan con la elección del Presidente Fujimori en 1990, y que se aceleran con el golpe de Estado de 1992, condujeron a establecer la norma de reelección presidencial luego de sesenta años de proscripción. Así, el Presidente Fujimori fue reelegido en 1995 por una amplia mayoría de la votación popular.

Otras modificaciones de importancia son las siguientes:

- La Constitución de 1993 establece que para la elección de Presidente de la República y para obtener los porcentajes mínimos exigidos en primera vuelta, no se cuentan en el total los votos viciados y en blanco. La Constitución de 1979 tenía una redacción equívoca en este punto y permitió que se emitiera una ley que sí los hacía contar.
- Se ha establecido que el Presidente, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede dictar decretos de urgencia con fuerza de ley. La constitución de 1979 era menos precisa en este sentido.
- Nombra sin ratificación del Congreso a los embajadores y, aunque no se halle en esta parte del texto constitucional, es importante también la norma que establece que *“El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente”* contenida en el segundo párrafo del artículo 172 de la Constitución de 1993. En la de 1979 estos grados militares requerían ratificación del Senado. De esta manera, el Presidente de la República adquiere una importancia muy grande en la determinación de quienes serán los altos mandos militares y policiales del país.

175. Artículo 110

«Artículo 110.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Tres tipos de elementos existen como antecedentes de este artículo en las Constituciones de que tratamos en esta parte: la caracterización de

la cabeza del Poder Ejecutivo; los requisitos para ocupar dicha cabeza, es decir, para ser Presidente de la República (haciendo notar que hubo dos Constituciones en las que no tuvo dicha denominación); y, las prohibiciones para ejercitar el cargo.

La caracterización de la más alta magistratura del Poder Ejecutivo en una persona que ostenta la denominación de Presidente de la República fue establecida en la norma siguiente:

“Constitución de 1823, artículo 72.- Reside exclusivamente el ejercicio del poder ejecutivo en un ciudadano con la denominación de Presidente de la República”.

Normas con el mismo contenido normativo, aunque con diferente expresión lingüística, son las siguientes: Constitución de 1828, artículo 82; Constitución de 1834, artículo 67; Constitución de 1839, artículo 68; Constitución de 1856, artículo 73; Constitución de 1860, artículo 78; Constitución de 1867, artículo 70; Constitución de 1920, artículo 111.

Las Constituciones de 1826, 1837 y 1933 también consideraron una cabeza del ejecutivo pero con características particulares.

La Constitución de 1826 no definió a un solo ciudadano como magistrado cabeza del Poder Ejecutivo. Tampoco establece que todos sean equivalentes en poder desde que los denomina de distinta manera y dichos nombres anuncian rango. Lo que más bien podemos decir, es que tiene una consideración colectiva del Poder Ejecutivo que no está presente en las demás Constituciones, y que probablemente se deba a las influencias que Bolívar tuvo de las concepciones de las magistraturas romanas. Su norma fue la siguiente:

“Constitución de 1826, artículo 77.- El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un presidente vitalicio, un vice-presidente , y cuatro secretarios de Estado”.

La Constitución de 1837 fue *federalista* y, como única expresión de tal forma de organización, tuvo que ofrecer normas particulares para el efecto. Utilizó más normas que cualquiera de las demás para caracterizar a su jefe del Poder Ejecutivo que fue denominado Protector de la Confederación Perú-Boliviana:

“Constitución de 1837, artículo 27.- El Poder Ejecutivo de la Confederación reside en el Jefe Supremo de ella, y en los Ministros de Estado. El Jefe Supremo será llamado Protector de la Confederación Perú-Boliviana”.

“Constitución de 1837, artículo 28.- El Protector durará en el ejercicio de sus funciones diez años, y podrá ser reelecto si no ha sido condenado por el Senado a la destitución de su empleo. El primer Congreso General le señalará las insignias, el tratamiento y sueldo de que debe gozar. Por ahora llevará como distintivo un escudo guarnecido de brillantes al pecho, pendiente de una cadena de oro, y en el cual estén las armas de la Confederación y el penacho del color que se designa para la bandera de la Confederación”.

“Constitución de 1837, artículo 29.- El Protector de la Confederación es el Generalísimo de las fuerzas de mar y tierra de las Repúblicas Confederadas para disponer de ellas conforme a las atribuciones que le designa este pacto. Los Presidentes de las Repúblicas Confederadas, tendrán sobre las fuerzas que se hallen dentro de su respectivo territorio las atribuciones que las ordenanzas generales del ejército señalan a los capitanes generales de provincia”.

La Constitución de 1933 es la primera que establece que es el Presidente de la República el que personifica a la nación:

“Constitución de 1933, artículo 134.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado, y personifica la Nación”.

Los requisitos que las diversas Constituciones exigieron para ser Presidente de la República fueron los siguientes:

“Constitución de 1823, artículo 75.- Para ser Presidente se requiere:

- 1.- Ser ciudadano del Perú por nacimiento.
- 2.- Reunir las mismas calidades que para ser diputado. Supone además esta magistratura la aptitud de dirigir vigorosa, prudente y liberalmente una República”.

Los requisitos establecidos en el artículo 43 de la Constitución de

1823 para ser diputado eran: ser ciudadano en ejercicio ; ser mayor de 25 años; tener una propiedad ó renta de ochocientos pesos cuando menos, ó ejercer cualquiera industria que los rinda anualmente, ó ser profesor público de alguna ciencia; y, haber vivido en el país por diez años antes de su elección.

“Constitución de 1826, artículo 79.- Para ser nombrado presidente de la República se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio, y nativo del Perú.
- 2.- Tener más de treinta años de edad.
- 3.- Haber hecho servicios importantes a la República.
- 4.- Tener talentos conocidos en la administración del Estado.
- 5.- No haber sido condenado jamás por los tribunales, ni aún por faltas leves”.

“Constitución de 1828, artículo 85.- Para ser presidente ó vice-presidente se requiere haber nacido en el territorio del Perú, treinta años de edad, y las demás calidades que exige esta Constitución para Senador”.

El artículo 29 de la Constitución de 1828 establecía los requisitos para ser senador:

- “1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- La edad de cuarenta años cumplidos.
- 3.- Tener una propiedad territorial que rinda mil pesos de producto líquido al año, ó un capital que produzca anualmente mil pesos, ó una renta de igual cantidad, ó ser profesor público de alguna ciencia.
- 4.- No haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo pena corporal ó infamante.”

“Constitución de 1834, artículo 68.- Para ser Presidente se requiere treinta años de edad, y las demás calidades que exige esta Constitución para Senador”.

El artículo 30 de la Constitución de 1834 establecía los requisitos para ser senador:

- “1.- Ser Peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

- 2.- La edad de cuarenta años cumplidos.
- 3.- Tener una propiedad raíz que rinda mil pesos de producto líquido al año, ó un capital que produzca anualmente un mil pesos, ó una renta de igual cantidad, ó ser profesor público de alguna ciencia en actual ejercicio.
- 4.- No haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo pena corporal ó infamante.”

“Constitución de 1839, artículo 69.- Para ser Presidente de la República se necesitan las mismas calidades que para Consejero de Estado”.

El artículo 97 de la Constitución de 1839 señaló que para ser Consejero de Estado se debía cumplir los mismos requisitos que para ser senador, los que a su vez se hallaban en el artículo 38 de la Constitución de 1839. Este dispositivo requería:

- “1.- Ser Peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener cuarenta años cumplidos de edad.
- 4.- Tener una renta de setecientos pesos procedente de bienes raíces, ó una entrada de mil pesos al año, comprobada con los documentos que señale la ley de elecciones.”

“Constitución de 1856, artículo 74.- Para ser Presidente se requiere: Ser Peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, y treinta y cinco años de edad y diez de domicilio en la República”.

La norma establecida por la Constitución de 1856 fue luego seguida por las siguientes: Constitución de 1860, artículo 79; Constitución de 1867, artículo 71; Constitución de 1920, artículo 112; y, Constitución de 1933, artículo 136.

Finalmente, se inhabilitó para ser elegidos presidentes de la República de diversas maneras. Por ello transcribimos las normas en las que ello ocurrió y que fueron las siguientes:

“Constitución de 1856, artículo 87.- El Vice-Presidente de la República y los Ministros de Estado no podrán ser candidatos para la Presidencia de la República, en las elecciones que se practiquen, mientras ellos ejerzan el mando supremo”.

“Constitución de 1860, artículo 92.- Los Vice-Presidentes de la República no pueden ser candidatos para la Presidencia ni para la Vice-Presidencia, mientras ejerzan el mando supremo. Tampoco pueden serlo los Ministros de Estado, ni el General en Jefe del Ejército”.

“Constitución de 1867, artículo 84.- Los Ministros de Estado y el General en Jefe del Ejército, no pueden ser candidatos para la Presidencia de la República sino un año después de haber dejado sus puestos”.

“Constitución de 1920, artículo 120.- Tampoco podrán ser elegidos Presidente los Ministros de Estado, ni los militares en servicio activo, a no ser que dejen su cargo ciento veinte días antes de la elección”. (Esta norma comienza con “tampoco” porque el artículo previo prohibía la reelección inmediata. Esta prohibición fue eliminada por la ley 4687 del 19 de setiembre de 1923 que estableció: «El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá, por una sola vez, ser reelegido». El dispositivo fue nuevamente modificado por la ley 5857 del 4 de octubre de 1927 en estos términos: “El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá ser reelecto”).

“Constitución de 1933, artículo 137.- Son inelegibles Presidente de la República:

- 1.- Los Ministros de Estado y los miembros de la fuerza armada que se hallen en servicio, si no han dejado su cargo un año antes de la elección;
- 2.- El ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección;
- 3.- Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del que ejerce la Presidencia de la República o la ha ejercido dentro del año anterior a la elección;
- 4.- Los miembros del Poder Judicial; y
- 5.- Los miembros del Clero”. (Este último inciso según la redacción dada por la ley 8237 en su artículo 5).

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que comentamos son los siguientes:

“Artículo 201.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

“Artículo 202.- Para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República, se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio, y tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación”.

Los artículos 110 de la Constitución de 1993, y 201 y 202 de la de 1979 contienen las mismas normas.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo establece dos normas distintas y tan importantes la una como la otra. Por lo demás, están interconectadas:

- El Presidente de la República es el Jefe del Estado. El *Jefe de Estado* es un magistrado que está por encima de los poderes propiamente políticos, que ejercen las funciones cotidianas de llevar adelante la vida política. Se entiende cabalmente en las monarquías constitucionales contemporáneas: el Rey sigue siendo la magistratura más alta del país pero ya no tiene el poder que correspondía al monarca absoluto. Sin embargo, asume un rol tutelar del Estado. No gobierna pero tiene poderes suficientes para someter a quienes se exceden en sus poderes o, de una u otra manera, desnaturalizan el ejercicio del cargo.

En otras palabras, la condición de Jefe del Estado pone al Presidente de la República por encima de los demás poderes existentes y como un gran regulador de la vida política. (Luego mostraremos que el Presidente de la República es también jefe de gobierno en el Perú y que eso desnaturaliza completamente las cosas. Que es jefe de gobierno puede fácilmente verse en el artículo 118 de la Constitución pues las funciones del Poder Ejecutivo son encomendadas a él directamente. Al comentar este artículo detallamos nuestras opiniones).

El primer rango del Presidente de la República queda confirmado también, aunque con expresiones más referidas a la administración

pública que al poder del Estado, en el artículo 39 que dice: «*El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación [...]*».

- El Presidente de la República personifica la Nación, es decir, que él, con su presencia física, hace que esté presente simbólicamente el Perú. Después de todo, tiene un mandato que se origina en el voto popular. Nada de lo dicho, sin embargo, excluye la crítica alturada ni la discrepancia, cuando ellas deben producirse, tal como detallaremos a continuación..

Enrique Bernal es ha dicho respecto de este punto:

«Esta personificación de la nación es una concepción explicable en teorías absolutistas. Bajo el absolutismo monárquico, aquél que se inspiraba en el origen divino de los reyes, el rey era la nación y era el Estado; la síntesis está explicada en la frase de Luis XIV: «*L'etat c'est moi*». Pero en una república el Presidente no es el Estado ni es la nación. El Presidente puede sí ser personero de la nación, expresar el punto de vista a través del cual la nación quiere ser una determinada cosa o presentar una determinada demanda. Pero lo que no puede ser es utilizarse una figura por la cual, el Presidente-Nación resulta ser el parapeto contra el Presidente-persona» (Cita de un trabajo anterior del propio autor).

Esta larga cita explica nuestro punto de vista. Sólo nos cabría agregar que, en su aplicación concreta, la tesis del Presidente que personifica la nación se ha utilizado para tratar de impedir la crítica al Presidente y para demandarle explicaciones por actos que ciertamente no son de la Nación, sino del Presidente y del uso que hace del poder».

La crítica que Bernal es hace al concepto de personificación de la nación, es totalmente correcta desde el punto de vista histórico y, en nuestro criterio, bastaría con dar al Presidente de la República la condición de Jefe de Estado. Como veremos en la parte propositiva de este trabajo, ésta es en nuestro criterio la función que puede cumplir de mejor manera. Ahora bien, en las condiciones dadas en la Constitución, las determinaciones de Jefe de Estado y de personificación de la Nación actúan

complementariamente y permiten que cuando habla el Presidente no sólo lo haga el jefe de uno de los Poderes del Estado, sino el Perú mismo. Esto, que puede tener mucho de figurativo, tiene gran importancia, por ejemplo, cuando alguien tiene que encarar la inmoralidad que pueda cometerse en el Legislativo, en el Judicial o en otros órganos constitucionales de máximo rango (como el Tribunal Constitucional, la defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, etc.). El Presidente de la República, como personificación de la Nación y como Jefe de Estado no es par de ellos sino que está en un plano superior. Por consiguiente, podrá llamarles la atención en tanto ostenta estas calidades (no en tanto ser jefe de gobierno únicamente, cosa que como veremos, también es).

La responsabilidad del Presidente de la República en la conducción del Estado y en la representación de la Nación es pues, trascendental y lo dota de instrumentos jurídicos de actuación que sólo él tiene y puede utilizar. No es sólo su potestad hacerlo, sino también su deber, tal como hemos visto a lo largo de este trabajo en varias normas.

La cita hecha a Bernaldes marca en su parte final un asunto muy importante sobre el que hay que incidir: el carácter de jefe de Estado y de personificación de la nación obliga al Presidente a una conducta acorde con dichas categorías y no debe excluir, en modo alguno, la crítica alturada a sus actuaciones cuando ella sea procedente, ni tampoco la sanción de las faltas que cometa.

Los requisitos para ser elegido Presidente de la República están en el segundo párrafo del artículo. La condición de peruano por nacimiento está determinada por el artículo 52 de la Constitución. Los treinticinco años cumplidos al momento de la postulación, quiere decir que debe tener treinticinco años cumplidos cuando inscribe su candidatura.

Tienen derecho de sufragio los ciudadanos que han cumplido dieciocho años. El candidato a Presidente, que debe tener treinticinco, cumple largamente este requisito. Sin embargo, hay quienes teniendo la edad requerida no gozan de sufragio. Ya los mencionamos al hablar de la elección de los congresistas y los repetimos aquí. Son:

- Quienes no están inscritos en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).

- Quienes no gozan de su capacidad civil que son todos aquellos que han sido interdictados por el procedimiento civil pertinente (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
- Quienes cumplen sentencia con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad (Artículo 34 de la Constitución).

176. Artículo 111

«Artículo 111.- El Presidente de la República se elige por sufragio directo. Es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos. Los votos viciados o en blanco no se computan.

Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a una segunda elección, dentro de los treinta días siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Junto con el Presidente de la República son elegidos, de la misma manera, con los mismos requisitos y por igual término, dos vicepresidentes.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Según la Constitución de 1823, artículo 60, correspondía al Congreso elegir al Presidente de la República. La Constitución de 1826, en sus artículos 60 y 78, también estableció la regla de la elección parlamentaria del Presidente para la primera vez (en realidad, la presidencia considerada en esta Constitución era vitalicia pero la vigencia de la Carta fue cortísima y no transcurrió el tiempo requerido para cambiar el sistema).

La Constitución de 1828 estableció un sistema de elección indirecta a través de colegios electorales:

“Constitución de 1828, artículo 86.- La elección de presidente de la República se hará por los colegios electorales de provincia en el tiempo y forma que prescriba la ley, que se dará sobre las bases siguientes:

- 1.- Cada colegio electoral de provincia elegirá por mayoría absoluta de votos dos ciudadanos, de los que uno por lo menos no sea natural ni vecino del departamento, remitiendo testimonio de la acta de elección al presidente del Senado.
- 2.- La apertura de las actas, su calificación y escrutinio se hará por el Congreso.
- 3.- El que reuniera la mayoría absoluta de votos del total de electores de los Colegios de provincia será el presidente.
- 4.- Si dos individuos obtuvieren dicha mayoría, será presidente el que reúna más votos. Si igual número, el Congreso elegirá, a pluralidad absoluta, uno de los dos, quedando el otro para vice-presidente.
- 5.- Cuando ninguno reúna la mayoría absoluta, el Congreso elegirá presidente entre los tres que hubiesen obtenido mayor o igual número de sufragios, y entre los dos que quedan, elegirá asimismo al vice-presidente.
- 6.- La elección de presidente y vice-presidente en estos casos, debe quedar concluida en una sola sesión, hallándose presentes lo menos dos tercios del total de los miembros de cada Cámara.

La Constitución de 1834 entre sus artículos 69 y 75 y la de 1839, entre sus artículos 70 a 77, establecieron un sistema de elección que, estructuralmente y con solo pequeñas variantes menores, mantuvo el esquema general que eligió la Constitución de 1828.

La Constitución de 1837, que estableció un sistema confederado de Estado, dictó una norma particular en el contexto de nuestras Constituciones:

“Constitución de 1837, artículo 22.- Es atribución del Congreso General elegir en el período legal al Protector de la Confederación, de entre los candidatos que en terna doble presenten los congresos de las tres Repúblicas, debiendo componerse una terna de individuos nacidos en la República que la forme, y otra de los nacidos en las dos restantes”.

La Constitución de 1856 innova en relación a las anteriores, estableciendo el sistema de elección directa. Sus normas fueron las siguientes:

“Constitución de 1856, artículo 75.- El Presidente será elegido por los pueblos en la forma que prescribe la ley”.

“Constitución de 1856, artículo 76.- El Congreso hará la apertura de las actas electorales, su calificación y escrutinio”.

«Constitución de 1856, artículo 77.- Será Presidente el que obtuviere mayoría absoluta de sufragios. Si no hay mayoría absoluta, el Congreso elegirá entre los dos que hubiesen obtenido mayor número de votos. Y si dos ó más tuviesen igual número de votos, el Congreso elegirá entre todos ellos».

«Constitución de 1856, artículo 78.- Si en la votación que en los casos precedentes se haga por el Congreso, resultase empate, lo decidirá la suerte».

«Constitución de 1856, artículo 79.- La elección de Presidente, en estos casos, debe quedar concluida en una sola sesión».

El sistema de elección presidencial establecido por la Constitución de 1860 entre sus artículos 80 y 84, y por la Constitución de 1867 entre sus artículos 72 y 75 es, en esencia, el mismo que hubo diseñado la de 1856.

La Constitución de 1920 dictó estas normas respecto de la elección presidencial:

“Constitución de 1920, artículo 70.- La renovación del Poder Legislativo será total y coincidirá necesariamente con la renovación del Poder Ejecutivo. El mandato de ambos Poderes durará cinco años. Los Senadores y Diputados y el Presidente de la República serán elegidos por voto popular directo”.

“Constitución de 1920, artículo 90.- Cuando el Congreso haga la elección de Presidente deberá quedar terminada en una sola sesión. Si en ella resultase empate lo decidirá la suerte”.

“Constitución de 1920, artículo 116.- Solamente en caso de muerte o dimisión del Presidente de la República, el Congreso elegirá, dentro de los treinta días, al ciudadano que deba completar el período Presidencial, gobernando, entre tanto, el Consejo de Ministros”.

La elección de Presidente de la República sufre una nueva transformación con la Constitución de 1933 tanto en las reglas sobre votación como, sobre todo, por la instauración del Jurado Nacional de Elecciones como autoridad electoral independiente. Sus normas fueron las siguientes:

«Constitución de 1933, artículo 135.- El Presidente de la República es elegido por sufragio directo».

«Constitución de 1933, artículo 138.- Para ser proclamado Presidente de la República por el Jurado Nacional de Elecciones, se requiere haber obtenido la mayoría de los sufragios, siempre que esta mayoría no sea menor de la tercera parte de los votos válidos.

Sin ninguno de los candidatos obtiene la mayoría requerida, el Jurado Nacional de Elecciones dará cuenta al Congreso del resultado del escrutinio. En este caso, el Congreso elegirá Presidente de la República entre los tres candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos válidos”.

«Constitución de 1933, artículo 141.- La elección de Presidente de la República se hará a la vez que la elección general de Diputados”. (Conforme al artículo 1 de la Ley Nro. 9178, modificatorio del artículo 93 de la Constitución, el mandato legislativo se amplió a seis años).

«Constitución de 1933, artículo 148.- La elección de Presidente de la República por el Congreso, se hará por voto secreto, en sesión permanente y continua. Será proclamado el que obtenga la mayoría absoluta de votos».

Sobre la existencia de uno o dos vicepresidentes de la República las Constituciones establecieron reglas bastante diversas entre sí.

La Constitución de 1823 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1823, artículo 76.- Habrá un Vice-Presidente en quién concurren las mismas calidades. Administrará del poder ejecutivo por muerte, renuncia, destitución del Presidente, ó cuando llegare el caso de mandar personalmente la fuerza armada».

La Constitución de 1826, por las particulares condiciones políticas a las que parecía estar referida, reguló con mayor detalle que las otras Constituciones la institución del vicepresidente. Dijo:

«Constitución de 1826, artículo 85.- El vice-presidente es nombrado por el presidente de República, y aprobado por el cuerpo legislativo, del modo que se ha dicho en el artículo 57».

«Constitución de 1826, artículo 87.- Para ser vice-presidente se requieren las mismas cualidades que para presidente».

«Constitución de 1826, artículo 88.- El vice-presidente de la República es el jefe del ministerio».

«Constitución de 1826, artículo 89.- Será responsable con el secretario del despacho del departamento respectivo, de la administración del Estado».

«Constitución de 1826, artículo 90.- Despachará y firmará a nombre de la República y del presidente, todos los negocios de la administración con el secretario de Estado del departamento respectivo».

La Constitución de 1828 le concedió tareas específicas en el Senado:

«Constitución de 1828, artículo 83.- Habrá también un vice-presidente, que reemplace al presidente en casos de imposibilidad física o moral, o cuando salga a campaña; y en defecto de uno y otro ejercerá el cargo provisionalmente el presidente del Senado, quedando entre tanto suspenso de las funciones de Senador».

La Constitución de 1856 disminuyó el rol del vicepresidente en relación a las normas anteriores:

«Constitución de 1856, artículo 84.- Habrá un Vice-Presidente de la República, elegido al mismo tiempo, con las mismas calidades y para el mismo período que el Presidente, destinado a suplir por él en los casos designados en los artículos 83 y 88».

La Constitución de 1860 establece dos vicepresidentes:

“Constitución, de 1860, artículo 89.- Habrá dos Vice-Presidentes de la República, denominados primero y segundo, que serán elegidos al mismo tiempo, con las mismas calidades y para el mismo período que el Presidente».

Finalmente, durante la vigencia de la Constitución de 1933, se dictó la Ley Nro. 8237 de 1 de Abril de 1936 sobre creación de las Vice-Presidencias. La parte de su texto aplicable a este tema estableció:

“Artículo 1.- Habrá dos Vice-Presidentes de la República, denominados Primero y Segundo, que serán elegidos al mismo tiempo, en igual forma, con las mismas calidades y para el mismo período que el Presidente”.

“Artículo 2.- En los casos de vacancias que designa el artículo 144 de la Constitución del Estado, el Primer Vice-Presidente concluirá el período comenzado. En los casos del artículo 145, sólo se encargará del mando por el tiempo que dure el impedimento del Presidente”.

“Artículo 3.- En el caso de vacancia de la Presidencia y de la Primera Vice-Presidencia, el Segundo Vice-Presidente concluirá el período comenzado.

Por impedimento temporal del Presidente y del Primer Vice-Presidente, el Segundo se encargará del mando hasta que el llamado por la ley se halle expedido”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma que constituye antecedente de la que ahora comentamos, dentro de la Constitución de 1979, era la siguiente:

“Artículo 203.- El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a segunda elección dentro de los treinta días siguientes entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Junto con el Presidente de la República son elegidos, de la misma manera y por igual término, un primer y un segundo vicepresidentes”.

Las diferencias entre el artículo 111 de la Constitución de 1993 y el 203 de la de 1979 son las siguientes:

- La Constitución de 1979 decía que en primera vuelta se requería más de la mitad de los *votos válidamente emitidos*. Una ley dijo que entre los válidamente emitidos debían contarse los votos blancos y viciados. Correctamente a nuestro juicio, la Constitución de 1993 señala que los votos blancos y viciados no se toman en cuenta como parte del total en base al cual se exige más de la mitad para ser elegido Presidente.
- En la Carta de 1993 se señala mejor el término inicial del plazo de treinta días para la segunda vuelta: la cuenta se inicia proclamados los cómputos oficiales, lo que ocurre en ceremonia formal y de fecha cierta.

Análisis exegetico

El artículo establece que el Presidente de la República es elegido por sufragio directo, esto es, por votación universal y democrática de los ciudadanos.

No es la única forma válida de elección presidencial democrática. En ciertos países como los Estados Unidos, los votantes eligen un colegio electoral que votará para elegir Presidente. Entonces, el elector de base votará por una persona que dice estar a favor de tal candidato a la presidencia. Reunido el Colegio Electoral de representantes elegirá normalmente al que obtuvo la mayoría de electores a su favor, pero bien podría ser que sea elegido el candidato que no ganó y eso ocurrió alguna vez en la historia norteamericana. En otras palabras, el elector elige un

colegio electoral que forma su propia decisión con relativa independencia de la decisión que hayan tomado los votantes.

En otros Estados, es el Congreso el que elige al Presidente de la República. Son aquellos sistemas republicanos, particularmente de base parlamentaria europea, en los cuales el Presidente es un Jefe de Estado pero no un Jefe de Gobierno. Italia es un buen ejemplo.

Para la realidad latinoamericana, y para nuestra propia experiencia, la elección del Presidente por votación universal ha sido positiva y todo aconseja que debe mantenerse.

El sistema electoral para Presidente de la República es de doble vuelta con mayoría absoluta de sufragios para la primera de ellas. Es decir: si un candidato obtiene más de la mitad de los votos electoralmente computables en la primera vuelta, es elegido para el cargo. Si ninguno los obtiene, se procede a una segunda elección en el plazo que establece el segundo párrafo de este artículo, entre los dos candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas, esto es, quienes quedaron primero y el segundo en la primera vuelta. El que gane la segunda vuelta será el Presidente de la República para el próximo período. Es el sistema de elección que se denomina en la teoría el «ballotage». Sobre su origen nos dice Sabsay:

G. Belaunde y P. Manchego expresan que el ballotage es fruto y creación del siglo XIX. Recuerdan que apareció por primera vez en 1852 a raíz de la instauración del Segundo Imperio de Napoleón III en Francia, para recién en la III República volver a ser aplicado y reaparecer nuevamente en la V República Francesa. Los citados autores concluyen que se trata de una institución típica del derecho constitucional francés. Sin embargo, ellos mismos recogen los casos de Bélgica en 1899 y de Holanda en 1917, entre otros países europeos, donde también se aplicó el ballotage para luego ser dejado de lado. A estos ejemplos nosotros queremos agregar los casos de Austria y de Portugal cuyas Constituciones vigentes de 1929 y de 1976, respectivamente, establecen el ballotage entre sus normas electorales. Justamente estos casos junto a Fran-

cia merecerán nuestra atención cuando más adelante analicemos con detenimiento la experiencia europea (80).

Y sobre su forma de operación indica lo siguiente:

El «ballotage» es una técnica utilizada en materia electoral. La misma consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor al cargo en cuestión. Para el caso en que ninguno de los contendientes hubiese alcanzado dicho porcentaje en esta primera «vuelta» electoral, deberá celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que han obtenido la mayor cantidad de sufragios. El instituto aparece en Europa, más precisamente en Francia y luego es utilizado por otros países del Viejo Continente. Curiosamente desde este otro lado del Atlántico, la elección a dos vueltas es incorporada a la normativa electoral de varias naciones latinoamericanas y ello ocurre a partir del advenimiento de la ola democratizadora que comienza a fines de la década pasada. Esta tendencia lejos de detenerse continúa creciendo contándose ya nueve Estados que así lo han hecho, incluyendo en la lista a Colombia cuya Asamblea Constituyente acaba de adoptar al «ballotage» para la elección del titular del Poder Ejecutivo. Se trata de Ecuador, Perú, El Salvador, Guatemala, Haití, Brasil, Chile, Paraguay y la ya mencionada Colombia (81).

El sistema de elección a dos vueltas tiene efectos significativos en el sistema político como conjunto. Los principales son:

- Para que los candidatos tengan verdadera opción a salir elegidos, tiene que haber una concentración de fuerzas políticas, la que puede suceder bien por una reducción del número de partidos, bien por

(80) SABSAY, Daniel Alberto. *El ballotage: su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*. San José, IIDH-CAPEL (Cuadernos de CAPEL número 34), 1991, p. 20.

(81) SABSAY, Daniel Alberto. *El ballotage: su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*. San José, IIDH-CAPEL (Cuadernos de CAPEL número 34), 1991, p. 15.

la formación de alianzas de carácter más estable que en otros sistemas electorales:

“En relación con la influencia que produce el *ballotage* sobre la configuración del sistema de partidos políticos, la consecuencia es clara. El instituto tiende a reducir el número de partidos actuantes dentro de un determinado país, o al menos a hacerlos más disciplinados.” (82).

Si bien es cierto que en la primera vuelta el *ballotage* tiende a producir dispersión porque es el momento en el que cualquier candidato quiere ser primero o segundo para ingresar a la ronda definitiva, en ésta las fuerzas se alinean tras las principales. Estas alianzas pueden no ser demasiado estrechas en las primeras oportunidades, pero tienden a formar una costumbre política de alianza que tonifica la unión en grandes conglomerados transcurrido un tiempo no muy largo.

- El sistema a dos vueltas da mayor legitimidad a la elección del Presidente de la República, en la medida que pone tras de él el voto de más de la mitad del electorado sufragante. Esto es muy importante en sistemas políticos con gran dispersión de partidos, como suelen ser los latinoamericanos:

“Además de ello nuestro instituto posibilita que quienes resulten electos cuenten con una cuota de legitimidad asegurada, producto del voto favorable de la mayoría absoluta de los votantes.” (83).

La literatura especializada no ha sido muy favorable al establecimiento de sistemas de segunda vuelta en los países latinoamericanos. El autor que venimos citando participa de estas inquietudes al decir:

(82) SABSAY, Daniel Alberto . *El ballotage: su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*. San José, IIDH-CAPEL (Cuadernos de CAPEL número 34), 1991, p. 21.

(83) SABSAY, Daniel Alberto. *El ballotage: su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*. San José, IIDH-CAPEL (Cuadernos de CAPEL número 34), 1991, p. 23.

Ballotage limitado a un sólo poder político, no es lo mismo que ballotage en ambos poderes. Ballotage y semipresidencialismo no es igual que ballotage y presidencialismo puro; y, así sucesivamente. También se impone un estudio de las tradiciones políticas, de los regímenes anteriores, de los comportamientos políticos, etc. En tal sentido creemos que en Latinoamérica no se tuvo en cuenta el hecho de que en los países europeos antes de acceder a un semipresidencialismo con ballotage se venía de un parlamentarismo con representación proporcional pura. Todos estos elementos muy diferentes de los de nuestra realidad.

En síntesis, dadas las características institucionales y sociales existentes en América Latina, el Ballotage es un mecanismo electoral de muy dudosa utilidad como contribución para la consolidación de la democracia. Sólo podría ser considerada su incorporación dentro del marco de una amplia reforma del sistema político, en la cual la elección a doble vuelta aparezca como una más de las modificaciones a introducir, luego de un lento y detenido estudio de todos los factores en juego. De lo contrario el ballotage aparece como una suerte de «injerto» dentro de un régimen político en el cual no genera relaciones y efectos beneficiosos para el logro de la gobernabilidad en el marco del Estado de Derecho. (84).

Enrique Bernal es piensa así al respecto:

Los propugnadores de la segunda vuelta electoral esgrimen argumentos que tienen que ver con la estabilidad del régimen, la legitimidad del Presidente de la República a base de mayorías sólidas y bien constituidas y la gobernabilidad de los sistemas democráticos. En verdad, si bien es cierto estos argumentos son importantes y atendibles, también es un dato de la realidad que la verdadera legitimidad de un régimen proviene de la eficacia de un gobierno y de la consecución de metas fijadas en el orden económico, social y político. En esta perspectiva, si bien la segunda vuelta amplía la

(84) SABSAY, Daniel Alberto. *El ballotage: su aplicación en América Latina y la gobernabilidad*. San José, IIDH-CAPEL (Cuadernos de CAPEL número 34), 1991, p. 80.

base de la representación comprometida en el apoyo al candidato elegido Presidente de la República, no deja de ser criticado un cierto cariz antidemocrático. En efecto, el sistema puede forzar una polarización política no solamente irreal, sino que podría afectar a las multánimes [sic] vertientes políticas que existen en un régimen verdaderamente democrático.

En síntesis, la Constitución de 1993 mejora la de 1979 en lo que se refiere a la cuestión de los votos válidamente emitidos, pero no necesariamente al concepto mismo de mayoría absoluta, que en cierto modo fuerza a una segunda vuelta. No creemos que la estabilidad del sistema pueda mejorarse por el hecho que el Presidente sea elegido en segunda vuelta (85).

Nosotros pensamos lo siguiente respecto de este tema:

- La comparación tiene que ser hecha entre el sistema a dos vueltas y el sistema a una sola vuelta con la posibilidad de elección por el Congreso si ningún candidato obtuvo el mínimo de votos necesario (ubicado según los casos entre un tercio y el 40% de los votos válidamente emitidos). Por consiguiente, habrá que comparar las ventajas y desventajas de ambos sistemas entre sí.
- En el contexto político de fines de siglo, pensamos que pese a todos sus límites, correctamente señalados por Bernales, el hecho de acumular la votación en un solo candidato en la segunda vuelta (cuando no alcanzó mayoría en la primera) sí refuerza la representación. Colabora a ello la mayor comunicación que existe actualmente, la posibilidad de conocer los mensajes de inmediato, particularmente, los cambios de mensaje entre primera y segunda vuelta de existir; la posibilidad de recibir información de las alianzas políticas casi en el momento en que se producen, etc. A principios de siglo, podía ocurrir que estos hechos no se conocieran con suficiente anticipación y que el sistema llevara a confusiones. Ahora no es así. Es obvio que el progreso de las comunicaciones produce una mejor posibilidad de tomar decisiones de segunda vuelta responsa-

(85) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 465-466.

- bles tanto para candidatos como para electores.
- También es cierto que el sistema de una sola vuelta con elección en el Congreso es mucho menos comprometedor para las fuerzas políticas que forman mayoría, que las decisiones populares de elegir a un candidato en segunda vuelta: siempre da mayor legitimidad la elección del pueblo que la de los representantes.
- El sistema, donde ha sido implantado en los últimos años en América Latina, ha producido gobiernos bastante estables. Desde luego, la estabilidad de los gobiernos actuales no se debe exclusivamente (y tal vez ni siquiera en parte mayoritaria) al sistema de elección, pero en todo caso éste ha probado no ser un obstáculo para su estabilidad y ello es positivo. No estamos seguros que el sistema de elección por el Congreso de igual estabilidad.
- Sí consideramos, en cambio, que es un error en el sistema peruano el dar la segunda vuelta sólo para la elección presidencial. Deberíamos establecer una fórmula por la cual se pudiera garantizar una mayoría absoluta oficialista en el Congreso, al tiempo que reformamos a este órgano para que esa mayoría no ejerza autoritariamente un recorte de los derechos de la oposición, tan frecuente en nuestros sistemas.
- Por estas razones, pensamos que comparando ambos sistemas, preferimos el de segunda vuelta.

En relación a la segunda vuelta, el año 1985 se produjo una circunstancia curiosa: en primera vuelta hubo un resultado con ventaja significativa para el candidato Alan García Pérez pero no obtuvo mayoría absoluta del total de votos computables (los blancos y viciados formaban parte del cómputo total según las normas vigentes). La segunda vuelta fue programada para ser definida entre dicho candidato y Alfonso Barrantes Lingán. Sin embargo, este último presentó un documento al Jurado Nacional de Elecciones retirándose de la segunda vuelta por argumentos y posiciones personales respetables y atendibles. El Jurado resolvió que el retiro procedía y, en consecuencia, proclamó Presidente Constitucional al Dr. Alan García Pérez, vencedor por mayoría no absoluta en primera vuelta y sin que se produjera la segunda.

Francisco Eguiguren relata así lo esencial del caso:

Posición que admite la renuncia y la suspensión de la segunda vuelta:

Como se sabe, ésta fue la posición adoptada por el Jurado Nacional de Elecciones en la resolución dictada el 1.º de Junio de 1985, aceptando la renuncia de Barrantes e Izquierda Unida, señalando que por ello ya no procedía realizar la segunda vuelta y proclamando Presidente a Alan García. Los principales argumentos jurídicos expuestos por dicha resolución son los siguientes:

- La Constitución, en su Art. 69º dispone que corresponde a los partidos y alianzas de partidos «postular candidatos a cualquier elección popular», lo que también les confiere el derecho a retirar dichas candidaturas. Y siendo el JNE el órgano jurisdiccional en materia electoral, le compete pronunciarse y aceptar tal declinación o renuncia de un candidato.

- El Art.2º Inc. 20-a) de la Constitución dispone que «toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales», y que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»; en consecuencia, la ausencia de una norma que prohíba la posibilidad de que un candidato renuncie a participar en la segunda vuelta, lo autoriza y habilita a ejercer el derecho a formular dicha declinación.

- La segunda vuelta prevista en el Art. 203º de la Carta «no es de carácter compulsivo contra los candidatos, porque la participación en los asuntos públicos es un derecho de los ciudadanos» *[sic]*; de modo que el ciudadano candidato tiene el derecho de postular o de declinar participar en el elección. Y si la Constitución permite expresamente que el Presidente electo o en ejercicio pueda renunciar a su cargo, con mayor razón cabe admitir la posibilidad y procedencia de la renuncia de un candidato a la presidencia.

- Existe un vacío en la normatividad electoral en cuanto al caso de la renuncia de un candidato a intervenir en la segunda vuelta, vacío que debe llenar el JNE mediante la interpretación. Y como el Art. 203º es «imperativo» *[sic]* al señalar quiénes tienen derechos a intervenir en la segunda vuelta, es decir los dos candidatos que obtuvieron las dos primeras votaciones, cuando uno de estos candidatos ejerce el derecho de declinar se plantea un problema: el

candidato que obtuvo el tercer lugar no puede ingresar a reemplazar al renunciante; y no puede realizarse la segunda vuelta con sólo un candidato. En consecuencia, ante la declinación de uno de los candidatos que debe participar en la segunda vuelta, no se requiere dicho procedimiento y basta proclamar Presidente al otro candidato (86).

Este es un precedente que puede influir en situaciones similares de futuros procesos electorales. Nosotros, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es decir, sin tomar en consideración factores de hecho como por ejemplo que en ese entonces había un fuerte movimiento terrorista capaz de empañar si no de impedir la segunda vuelta electoral, pensamos que el Jurado Nacional de Elecciones se equivocó al resolver que procedía el retiro del segundo candidato. Lo esencial de nuestros argumentos es:

- Que el procedimiento electoral es el que sirve de legitimación al orden constitucional de la República y debe realizarse como está previsto.
- Que todo candidato, al aceptar ser tal, acepta también todas las consecuencias de la participación electoral y, por consiguiente, si bien puede tener argumentos razonables como los tuvo Barrantes Lingán para proponer su retiro, tal decisión no puede ser personal sino institucional. El Jurado se basó, en este caso, en el principio de libertad personal del candidato renunciante, olvidando que quien es candidato está en una situación de Derecho público, no de Derecho privado.
- Que si bien en aquel momento la proclamación del Dr. Alan García Pérez no presentó problema de legitimación por el conjunto de circunstancias que rodeaba los hechos, el precedente puede ser negativo para circunstancias en las cuales la legitimación no resulte tan clara.

(86) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990., p. 152.

Por lo dicho, consideramos que el Jurado Nacional de Elecciones tiene que tomar con suma cautela este precedente y no aplicarlo mecánicamente a casos futuros que puedan presentarse.

La parte final del primer párrafo establece que los votos viciados o en blanco no se computan para establecer el resultado, lo que es acorde a los principios electorales generalmente aceptados. Por razones que sólo se pueden atribuir a maniobra política para evitar el triunfo del APRA en la primera vuelta de 1985, el Congreso aprobó para dichas elecciones una regla según la cual, para establecer la mayoría absoluta de primera vuelta, se tomaba en consideración en el cómputo los votos blancos y viciados. El artículo 6 de la Ley 23903 del 24 de Agosto de 1984 dijo lo siguiente:

«Ley 23903, artículo 6.- Para los efectos del artículo 203 de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco.

Para el caso de segunda elección será proclamado Presidente de la República el candidato que obtuviere la mayor votación».

Fernando Tuesta recuerda así este episodio:

Antes de las elecciones de 1985, a iniciativa del senador oficialista Javier Alva Orlandini, se aprobó la ley 23903, en uno de cuyos artículos interpretaba la Constitución de 1979, en relación a la segunda vuelta. Sostenía que el ganador en primera vuelta debería superar el 50% más uno de los votos válidamente emitidos, entendiendo al interior de éstos a los nulos y blancos. Contra toda la tradición electoral, esta ley buscaba obstruir las posibilidades electorales de los favoritos del año 85, particularmente de Alan García del APRA y permitir, eventualmente, colocar en una clara posición negociadora a Javier Alva, candidato presidencial de AP, derrotado anticipadamente en esa justa electoral [...] (87).

(87) TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Perú político en cifras*. Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, pp. 29-30.

El efecto práctico de la norma fue muy fácil de ver en las elecciones nacionales para Presidente de la República realizadas el 14 de abril de 1985 cuyos resultados fueron los siguientes (88):

Candidato	voto absoluto	% votos validos	% votos emitidos
Alan García	3'452,111	53.1	45.8
Alfonso Barrantes	1'605,139	24.7	21.3
Otros	1'443,542	22.2	18.9

En este cuadro, votos válidos son los emitidos menos blancos y viciados. Los emitidos son todos los depositados en la elección.

Según el mismo Tuesta Soldevilla, los votos nulos fueron 551,584 y los blancos 492,597.

Es obvio a partir de esta información, que la ley cumplió el objetivo de no permitir la elección en primera vuelta. Sin embargo, como hemos relatado antes, el candidato Barrantes solicitó al Jurado Nacional de Elecciones el retiro de su postulación a la segunda vuelta y dicho órgano lo aceptó con lo que, finalmente, Alan García fue elegido en primera y única vuelta.

El último párrafo establece la elección de dos vicepresidentes junto con el Presidente de la República. La condición de vicepresidente es formal y sin ninguna responsabilidad práctica en tanto tal condición mientras el Presidente de la República está en funciones. Suele suceder que los vicepresidentes son personalidades políticas relevantes y que, por ello mismo, sean ministros o congresistas. Pero entonces su figuración pública ocurre en tanto estas últimas responsabilidades, no en tanto la de vicepresidente.

(88) El cuadro que sigue está hecho agregando parte de la información de uno tomado de la siguiente fuente: TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Perú político en cifras*. Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, p. 175.

Los vicepresidentes sustituyen al Presidente cuando no ejerce o no puede ejercer el cargo y lo hacen en orden sucesivo: el primer vicepresidente y el segundo vicepresidente. La norma está en el artículo 115 de la Constitución.

En otras palabras, la elección de los vicepresidentes tiene significación política sólo para cuando el Presidente no pueda ejercer sus funciones. En otros sistemas políticos, los vicepresidentes sí tienen funciones de gobierno como colaboradores del Presidente de la República. Consideramos que sería importante establecerlas también para los vicepresidentes peruanos y, en especial:

- Encargarles responsabilidades de coordinación entre las diversas instancias del Estado: gobierno central y organismos nacionales independientes; gobierno central y gobiernos regionales y locales, etc.
- Encargarles responsabilidades de relación entre el Gobierno y la sociedad civil: gremios, organizaciones profesionales, barriales, empresariales, etc. de manera que el contacto sea más fluido de lo que ha resultado hasta hoy.
- Encargarles que, al lado del Presidente, puedan colaborar con él en programar la vida política y administrativa del Estado para un trabajo mejor coordinado. En la actualidad esta tarea corre en manos casi exclusivas del Presidente de la República y es poco lo que puede hacer frente a la dimensión de la tarea que le corresponde.

Sin embargo, todo esto forma parte del diseño global del sistema de poderes y responsabilidades que no corresponde a un estudio exegético como el de esta parte, sino al desarrollo sistemático de los conceptos.

177. Artículo 112

«Artículo 112.- El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período

constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 prohibió la reelección inmediata de la siguiente manera:

«Constitución de 1823, artículo 74.- El ejercicio del poder ejecutivo nunca puede ser vitalicio, y mucho menos hereditario. Dura el oficio de presidente cuatro años, y no podrá recaer en el mismo individuo, sino pasados otros cuatro».

La Constitución de 1826 fue vitalicia y, por consiguiente, se puso en el caso de la sucesión en la presidencia:

«Constitución de 1826, artículo 86.- Por una ley especial se determinará el modo de sucesión, comprendiendo todos los casos que pueden ocurrir».

La Constitución de 1828 permitió una reelección inmediata y, luego, una nueva elección transcurrido un período.

«Constitución de 1828, artículo 84.- El ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio, y menos hereditario. La duración del cargo de presidente de la República será la de cuatro años: pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez, y después con la intermisión del período señalado».

La Constitución de 1834, en su artículo 77, estableció la prohibición de reelección inmediata. Se podía volver a elegir transcurrido un período de gobierno. Lo propio trajo la Constitución de 1856 en su artículo 80.

También la Constitución de 1860 prohibió la reelección inmediata en los siguientes términos:

«Constitución de 1860, artículo 85.- El Presidente durará en su car-

go cuatro años; y no podrá ser reelecto Presidente, ni elegido Vice-Presidente, sino después de un período igual».

La Constitución de 1867 dictó una norma estructuralmente igual, aunque varió el período a cinco años de mandato:

«Constitución de 1867, artículo 76.- El Presidente de la República durará en su cargo cinco años; y no podrá ser reelecto sino después de un período igual».

La Constitución de 1920, inicialmente, prohibió la reelección inmediata. Sin embargo introdujo una reelección inmediata mediante la ley 4687, y la posibilidad de reelección indefinida con la ley 5857. Los textos son los siguientes:

«Constitución de 1920, artículo 113.- El Presidente durará en su cargo cinco años y no podrá ser reelecto sino después de un período igual de tiempo.

El artículo 1ro. de la ley 4687, de 19 de setiembre de 1923, modificadorio de ese artículo, permitió la reelección presidencial inmediata:

“Artículo 1.- Refórmase el artículo 113 de la Constitución del Estado en la siguiente forma: «El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá, por una sola vez, ser reelegido».

Posteriormente, el artículo fue nuevamente modificado por el artículo 1 de la ley 5857, de 4 de octubre de 1927:

“Artículo 1 .- El Presidente durará en su cargo cinco años y podrá ser reelecto».

La Constitución de 1933 estableció una norma pétrea de prohibición a la reelección inmediata. Tal su rechazo. El dispositivo dijo:

«Constitución de 1933, artículo 142.- No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformativa 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».

«Constitución de 1933, artículo 143.- El ciudadano que ha ejercido la Presidencia de la República no podrá ser elegido nuevamente sino después de transcurrido un período presidencial».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los dispositivos de la Constitución de 1979 que contienen los antecedentes de éste que comentamos son:

“Artículo 204.- No pueden postular a la Presidencia de la República ni a las Vicepresidencias:

1. El ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.

(...)”.

“Artículo 205.- El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial”.

El plazo del mandato presidencial es el mismo en las dos Constituciones. El gran cambio consiste en que la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata en tanto que la de 1993 la permite por una vez, para dejar correr luego un período antes de permitir la tercera candidatura de la misma persona.

Análisis exegético

El artículo establece el período constitucional de gobierno del Presidente de la República en cinco años y, luego, acomete el tema de la reelección presidencial, que fue materia de discusión política a propósito de la elaboración de esta Constitución.

La Constitución de 1979 prohibió la reelección presidencial inme-

diata como, a su turno, lo hizo pintorescamente la de 1933. En ambas, era posible que el Presidente volviera a postular una vez transcurrido un período presidencial, y tantas veces como ello fuera posible.

El debate constitucional sobre este punto tuvo las más variadas propuestas que fueron desde la posibilidad de reelección indefinida, basada en que es el voto popular el que debe tomar la decisión final, hasta la prohibición de que el Presidente pueda volver a postular una vez que ocupó el cargo (norma que existió hasta principios de los años 90 en Ecuador y que se continúa observando en México).

El sistema elegido por este artículo consiste en que el Presidente puede ser reelegido inmediatamente sólo por un período adicional. Luego está impedido de postular por el siguiente período y, transcurrido este tercero, puede volver a postular al cuarto período (y eventualmente podrá postular también al quinto y, luego, al sétimo). Teniendo en cuenta que todo este lapso son treinticinco años y que el Presidente para postular necesita tener precisamente esa edad, no sería imposible que un ciudadano con gran apoyo popular cumpliera todo este recorrido presidencial a lo largo de su vida).

El tema de la reelección presidencial ha agitado al Perú a partir de la dación de la Ley 26657 del 23 de Agosto de 1996, cuyo artículo único estipula lo siguiente:

“Ley 26657, artículo único.- Interpretase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el Artículo 112 de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente, que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución.

La presente norma se ampara en el artículo 102 y en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución».

La ley en sí misma es defectuosa por las siguientes razones:

- No existe ley interpretativa auténtica de la Constitución. Lo que

existen son leyes de desarrollo constitucional, que están mencionadas expresamente en la octava disposición final de la Constitución, texto invocado en el párrafo final de la Ley 26657.

La interpretación auténtica es la que hace el mismo órgano que tiene la potestad de aprobar la norma interpretada, para aclarar su significado. Pero el Congreso de la República no dictó en tanto tal la Constitución: no es un órgano constituyente (como sí lo fue el Congreso Constituyente elegido en noviembre de 1992). Por consiguiente, si no tuvo la atribución de dictar la Constitución no puede interpretarla auténticamente. Podrá, sí, dictar leyes de desarrollo constitucional, que están sometidas al escrutinio de su constitucionalidad tanto mediante la acción de inconstitucionalidad, como mediante la aplicación del control difuso establecido en el artículo 138.

- No es cierto que los mandatos a contar para aplicar la Constitución de 1993 comiencen en julio de 1995: el Presidente Fujimori fue nominado Presidente Constitucional por ley constitucional del Congreso Constituyente promulgada el 06 de Enero de 1993 que dice:

“Ley Constitucional promulgada el 06 de enero de 1993, artículo 3.- El Presidente de la República elegido en 1990 en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación”.

- Por consiguiente, en las elecciones de 1995 fue reelegido. Y si de esto cupiera duda alguna, está la relación de hechos contenida en la fundamentación del voto de tres magistrados del Tribunal Constitucional que nadie puede objetar (ni ha objetado) y que dice:

“De conformidad con el artículo 181 de la Constitución del Estado, el Jurado Nacional de Elecciones, instancia última, definitiva e inapelable en asuntos de su jurisdicción, haciendo uso de esa suprema facultad, se pronunció mediante Resolución N. 172-94-JNE, de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos novecuatro, en el sentido de que el actual mandatario, al momento de postular a la Presidencia de la República en el año de mil novecientos novecinco, lo hacía procurando la reelección, situación ésta que también fue firmemente sostenida por la personera de la Alianza Elec-

toral Cambio 90 - Nueva Mayoría, señora Martha Chávez Cossío de Ocampo, tanto en su defensa escrita, cuanto en su intervención oral ante el Pleno del Jurado, al ventilarse la tacha interpuesta contra la candidatura a la reelección de quien en ese momento desempeñaba la Presidencia de la República, cuya postulación a la reelección fue consagrada, en consecuencia, por la máxima instancia electoral, constituyendo la resolución correspondiente del Jurado cosa juzgada, irrevisable, irrecusable e inmodificable, por cualquier vía, de modo que, por el camino indirecto de una ley ad hoc, “interpretativa”, no puede desconocerse su autoridad y vigencia, máxime siendo obligación del presidente de la República, de conformidad con el artículo 118 inciso 10), de la Constitución «cumplir y hacer cumplir las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones»” (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 03 de Enero de 1997, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la ley 26657).

A nuestro juicio es inobjetable que el Presidente Fujimori fue a la reelección el año 1995 y que, en consecuencia, no puede ser candidato el año 2000 a menos que se produzca una reforma constitucional: los testimonios de sus propios partidarios en 1995 lo confirman plenamente.

- La Constitución entró en vigencia en algún momento entre el 29 y 31 de Diciembre de 1993 (89). Los hechos que valen y a los cuales se aplica son los que corresponden a esas fechas y, en ellas, el Presidente Fujimori era presidente constitucional. Por consiguiente,

(89) La discusión sobre este tema viene de la siguiente cronología: la Constitución fue promulgada sin indicar fecha de vigencia (defecto técnico que no debiera volver a repetirse) el 29 de diciembre de 1993 y fue publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1993. Hay razones para pensar que entró en vigencia cuando fue promulgada, cuando fue publicada o al día siguiente de su publicación. Todo esto, como si fuera poco, ha merecido ya un inteligente análisis en el siguiente trabajo: MORALES LUNA, Félix. *Apuntes acerca de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993*. En *Ius et Veritas*, año VII, número 13. Lima, *Ius et Veritas*, ¿noviembre de 1996?, pp. 213 y ss.

aplicando la Constitución en el momento de su vigencia, es claro que en 1995 hubo reelección. Pretender que la primera elección válida para contar las reelecciones es la de 1995, supone desconocer vigencia a la Constitución, cuando menos en este aspecto parcial, desde fines de 1993 hasta el 28 de Julio de 1995. Esto es absurdo.

Como ya sabemos, el Colegio de Abogados de Lima interpuso acción de inconstitucionalidad contra la ley 26657, que fue resuelta en sentencia del 03 de Enero de 1997. En ella se produjeron los siguientes hechos:

- Cuatro de los siete miembros del Tribunal se inhibieron porque, de distintas maneras, habían opinado antes sobre el tema.
- Los otros tres emitieron voto y sentencia “Declarando inaplicable, por unanimidad de los votos emitidos, con las abstenciones indicadas, y en ejercicio de sus atribuciones de control difuso, la ley interpretativa 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del actual Jefe de Estado.
- Paralelamente, al no haberse alcanzado los seis votos a favor de la inconstitucionalidad que exige el artículo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional, se emitió sentencia “declarando infundada la demanda, al no haberse alcanzado la mayoría calificada de seis votos conformes, prevista por el artículo 4 de la Ley 26435, para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 26657, debido a que cuatro Magistrados de este Tribunal se han abstenido por haber adelantado opinión sobre el fondo de la cuestión controvertida”. (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 03 de Enero de 1997, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la ley 26657).

Nosotros consideramos que los efectos de estos hechos son:

- Primero, que la demanda fue declarada infundada en forma correcta en cuanto a los procedimientos por no contarse con los seis votos exigidos. Sin embargo, dos cosas distintas son declarar infundada la demanda y convalidar la constitucionalidad de la ley porque, como hemos visto, ella contiene inconstitucionalidades a nuestro juicio claras.

- Segundo, que no se puede aplicar el control difuso como se hizo en esta sentencia, porque dicho control sólo opera en casos donde se discute realmente derechos y en los que se presenta una situación de norma inferior incompatible con norma anterior aplicable al caso, cosa que no ocurre aquí porque no hay ningún asunto en contención.
- Tercero, que no ha habido sentencia porque no hay seis votos emitidos. Lo que nos parece, es que más bien la inhibición no puede ocurrir en un tribunal que no tiene sistemas de sustitución de miembros. En la práctica, dos inhibiciones sobre un caso impiden resolverlo. Aquí se podría recurrir a los principios generales (artículo 139 inciso 8 de la Constitución) y decidir que el Tribunal Constitucional no puede dejar de administrar justicia en sus materias, por lo que los vocales deberán siempre emitir voto. (Dicho sea de paso, un escritor sobre temas constitucionales no podría nunca ser miembro del Tribunal, porque se encontrarán multitud de opiniones en sus obras, que luego podrán ser utilizadas para que se inhiba en los procesos. Esto no tiene razonabilidad desde el punto de vista del Derecho).
- Consideramos, además, que no queda impedido el control difuso de la Ley 26657 en cualquiera de sus formas y en oportunidad que pretenda ser aplicada. Fundamentamos esta afirmación al tratar el artículo 204 de la Constitución.

Por lo demás, desde el punto de vista más político, pero trascendental en estas materias, dice Bernal:

Constitucionalmente la reelección presidencial no se opone en sí a ningún principio democrático, pero por su origen y modalidad una fórmula como la empleada en la Constitución de 1993 amenaza todo intento de institucionalización democrática y gobernabilidad del país. No se pueden sentar las bases de un proyecto sólido de Nación si es que el sistema constitucional tiende a fortalecer el caudillismo y el autoritarismo de quien ejerce la Presidencia de la República. Este tipo de elección, más que afectar la alternancia en el poder, persigue la perpetuación en él, siendo éste el factor principal que afectará la institucionalización de la democracia en el Perú.

Por otra parte la reelección diseña un tratamiento injusto y desequilibrado para quienes aspiren llegar a la Presidencia, pues es obvio que todas las ventajas en futuras elecciones las tendrá el Presidente-candidato. La reciente experiencia electoral del 1995, más allá de las legítimas preferencias electorales, demostró el inmenso poder que tiene un candidato reeleccionista. ¿Cómo es posible competir en esos términos? ¿Cómo se puede sostener que hubo igualdad de condiciones, si en un poblado del país, cualquiera que éste fuere, los candidatos opositores sólo se comprometían de palabra con los electores, mientras el Presidente reeleccionista inauguraba colegios o canales de regadío en plena campaña electoral? Esto, más allá de las tipificaciones constitucionales, es una desventaja objetiva (90).

Compartimos todas las críticas esenciales de estos párrafos y, como fundamentaremos en la parte propositiva de esta tesis, nosotros somos partidarios de que no haya posibilidad de reelección presidencial.

178. Artículo 113

«Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:

- 1. Muerte del Presidente de la República.*
- 2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.*
- 3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.*
- 4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y*

(90) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 470.

5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tratamiento del tema de la vacancia de la Presidencia de la República fue siempre distinto en todas las Constituciones que aquí reseñamos.

La primera Constitución que aborda el tema de la vacancia de la Presidencia de la República es la de 1834, con la siguiente fórmula:

«Constitución de 1834, artículo 80.- La Presidencia de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su período constitucional».

La Constitución de 1839 distingue entre vacancia de hecho y de derecho, y añade un elemento importante para la época: la prohibición de pactos contra la unidad e independencia nacional:

«Constitución de 1839, artículo 81.- La Presidencia de la República vaca de hecho por muerte, ó por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad é independencia nacional y de derecho, por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física ó moral, y término de su período constitucional».

La Constitución de 1856 también añadirá nuevas variables para la determinación de la vacancia presidencial:

«Constitución de 1856, artículo 83.- La Presidencia de la República vaca de hecho:

- 1.- Por muerte.
- 2.- Por celebrar cualquier pacto contra la independencia ó integridad nacional.
- 3.- Por atentar contra la forma de gobierno.
- 4.- Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo.

Vaca de derecho:

- 1.- Por admisión de su renuncia.
- 2.- Por incapacidad moral ó física.
- 3.- Por destitución legal.
- 4.- Por haber terminado su período».

La Constitución de 1860 establece una fórmula más sobra que las anteriores:

«Constitución de 1860, artículo 88.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1.- Por perpetua incapacidad, física o moral, del Presidente:
- 2.- Por la admisión de su renuncia:
- 3.- Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65:
- 4.- Por terminar el período para que fue elegido».

La Constitución de 1867 hace una nueva mezcla de elementos que ya hemos visto anteriormente, y en dos artículos separados dice:

«Constitución de 1867, artículo 79.- La Presidencia de la República vaca de hecho:

- 1.- Por muerte del Presidente:
- 2.- Por celebrar cualquiera pacto contra la Independencia ó integridad Nacional:
- 3.- Por atentar contra la forma de Gobierno:
- 4.- Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones ó disolverlo».

«Constitución de 1867, artículo 80.- Vaca de derecho:

- 1.- Por admisión de su renuncia:
- 2.- Por incapacidad moral ó física:
- 3.- Por haber terminado su período:
- 4.- Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79, incisos 2, 3 y 4".

La Constitución de 1920 hizo una versión más resumida que la Constitución de 1860, pero en su misma estructura:

«Constitución de 1920, artículo 115.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso;
- 2.- Por admisión de su renuncia;
- 3.- Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96".

Finalmente, la Constitución de 1933 incorpora al tratamiento dos elementos nuevos: el salir del territorio sin permiso y el no reincorporarse al vencer el plazo de autorización (reglas que hay que concordar con el artículo 152 de la misma Constitución):

«Constitución de 1933, artículo 144.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente, declarada por el Congreso;
- 2.- Por la aceptación de su renuncia;
- 3.- Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150;
- 4.- Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y
- 5.- Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso».

En relación a los viajes del Presidente, ninguna de las Constituciones, salvo la de 1933, sancionó con vacancia la inobservancia del requisito de pedir permiso al Congreso. Sin embargo, varias se ocuparon del tema:

- La de 1826 estableció como restricción presidencial ausentarse del territorio o de la capital, sin permiso del cuerpo legislativo (Constitución de 1826, artículo 84 inciso 5).

- Las demás que mencionan el punto, simplemente establecen la prohibición de salir sin permiso del Congreso, sin atarle consecuencia práctica: Constitución de 1860, artículo 95 (que extiende la prohibición al juicio que se podía abrir al Presidente según su artículo 66, disposición que fue derogada luego, en 1874); Constitución de 1867, artículo 86 (que lo extiende al período en que el Presidente esté sometido al juicio de residencia de que trataba el artículo 77 de la misma Carta); y, Constitución de 1920, artículo 123.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que se constituye en antecedente del que comentamos es el siguiente:

“Artículo 206.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte, por:

- 1. Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.*
- 2. Aceptación de la renuncia por el Congreso.*
- 3. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de éste.*
- 4. Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el artículo 210”.*

Ambas Constituciones tienen el mismo contenido normativo en este punto. La única diferencia consiste en que en la Constitución de 1979 la incapacidad moral declarada por el Congreso no requería ser permanente, en tanto que según el cambio de redacción hecho en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución de 1993, parece exigirse, efectivamente, declaración de permanente incapacidad moral lo que, de interpretarse así, sería un error: la incapacidad moral es razón suficiente para la vacancia si existe en el momento de la votación del Congreso. Consideramos que es en este sentido que debe interpretarse la norma a pesar del cambio ocurrido y no pretender la *permanencia* de la incapacidad moral, requisito absurdo en sí mismo.

Análisis exegetico

La vacancia consiste en que un cargo determinado queda sin persona que lo ocupe. Que la Presidencia de la República vaca, quiere decir que el ciudadano que la ejercía, ha dejado de hacerlo para adelante, es decir, ya no la ejerce y no puede regresar a ella.

El caso de la muerte habla por sí solo.

El de la permanente incapacidad moral o física declarada por el Congreso tiene que ser puesto en sus justos términos: es una decisión política, no técnica, que toma el Congreso pero en función de una realidad existente que es atribución exclusiva suya ameritar.

La incapacidad moral es de naturaleza ética o psicológica. Se refiere a que el Congreso estime que el Presidente no está en condiciones psicológicas o espirituales de poder seguir ejerciendo el cargo. La incapacidad física se refiere a alguna situación corporal, y en este sentido material, que impida el desempeño del cargo al Presidente.

El ciudadano que ocupa la Presidencia de la República puede renunciar a dicho cargo. Sin embargo no basta su voluntad: la renuncia tiene que ser aceptada por el Congreso, lo que siempre supone una decisión política de parte de éste. Si el Congreso no acepta la renuncia el Presidente debe seguir en funciones hasta cumplir su mandato de cinco años.

La salida del territorio nacional sin permiso del Congreso no el no regreso a él dentro del plazo fijado es, tal vez, la única fórmula voluntaria que tiene el Presidente para alejarse automáticamente de la Presidencia, cuando quiera hacerlo. La norma concuerda con el inciso 9 del artículo 102.

La Ley 26656 del 16 de Agosto de 1996 ha establecido las siguientes disposiciones sobre la autorización de los viajes del Presidente:

«Ley 26656, artículo 1.- Para los efectos de lo dispuesto en el inciso 9) del artículo 102 de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo podrá solicitar y el Congreso de la República autorizar la salida del país del Presidente de la República conforme a las modalidades y plazos establecidos en la presente Ley.

Durante los períodos en que no se encuentre en funciones el Pleno del Congreso, las autorizaciones de salida podrán ser concedidas por la Comisión Permanente».

«Ley 26656, artículo 2.- Las solicitudes de autorización de salida del país deberán indicar el o los destinos, el objetivo del viaje y el plazo en que deberá ejecutarse».

«Ley 26656, artículo 3.- Podrá solicitarse autorización de salida tanto por viajes a eventos determinados, como por períodos en los que se tenga previsto atender a eventos a determinarse, en cuyo caso deberá indicarse únicamente el plazo durante el cual el Presidente de la República podrá efectuar viajes al exterior, debiendo dar cuenta al Congreso de los objetivos y destinos cubiertos, inmediatamente a su retorno al país».

«Ley 26656, artículo 4.- En caso de solicitudes de autorización de salida por períodos, estos no podrán exceder el plazo de tres meses».

Los artículos 3 y 4 de la Ley 26656 rompen la tradición de que el Presidente de la República pida autorización para cada viaje que realiza, y autorizan que se le pueda dar permiso por períodos con cargo de que informe al Congreso inmediatamente después de cada uno de sus regresos.

En realidad, la norma no es inconstitucional porque el permiso ha sido dado por el Congreso y porque, en todo caso, el informe luego del retorno puede explicar las razones y necesidades del viaje, así como los beneficios obtenidos.

Siempre cabrá la posibilidad de que dada una autorización genérica, el Congreso la retire y el Presidente tenga que volver a solicitar permisos, o simplemente se vea imposibilitado de viajar. En estos asuntos de orden público no podría el Presidente reclamar *derechos adquiridos* porque ellos pertenecen a la esfera privada del Derecho, no a la pública.

De otro lado, la vida moderna y la integración creciente del mundo, hacen necesarios mayores viajes que en el pasado. Esto también afecta a los jefes de Estado y Jefes de Gobierno y el Presidente de la República es ambas cosas a la vez. Por consiguiente, una mayor flexibilidad para

permitirle viajes al exterior parece sintonizar con estos cambios en la vida política cotidiana.

En síntesis, consideramos que la ley 26656 es perfectamente constitucional y que es posible dar permisos genéricos de viaje al Presidente, así como retirárselos sin que se pueda objetar tal medida. Es indispensable, sin embargo, el informe luego de cada viaje para dar seriedad al sistema de control interórgano existente.

Finalmente, el Presidente será destituido por las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución, que son las únicas por las cuales puede ser acusado durante su período presidencial. Aunque la Constitución no lo dice expresamente, esta destitución deberá ser aprobada por el Congreso luego de que la sentencia del caso sea cosa juzgada. Es una omisión de atribución de competencia muy seria, que no debiera haber ocurrido.

Fuera de las causales establecidas en este artículo, la Presidencia de la República no puede quedar vacante. Debemos entender esta enumeración como taxativa por la naturaleza del cargo y, por tanto, estimamos que no podrá establecerse causas adicionales de vacancia de la Presidencia por normas inferiores. Si así se hiciera, esas normas podrían ser impugnadas por incompatibles con la Constitución por la vía de la acción de inconstitucionalidad (artículo 200 inciso 4 de la Constitución), o por la de no aplicación de la norma inferior (artículo 138).

Producida la vacancia, el cargo de Presidente es asumido por el Vicepresidente al que corresponda según lo dictado por el artículo 115 de la Constitución.

179. Artículo 114

«Artículo 114.- El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:

1. Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso, o

2. Hallarse éste sometido a proceso judicial, conforme al artículo 117 de la Constitución.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República fue tratada a partir de la Constitución de 1834, cuya norma estableció:

«Constitución de 1834, artículo 83.- El ejercicio de la presidencia se suspende, por mandar en persona el Presidente la fuerza pública, por enfermedad temporal, y por ausentarse a más de ocho leguas de la capital de la República. En cualquiera de estos casos le subrogará el Presidente del Consejo de Estado».

La Constitución de 1839 estableció lo siguiente:

«Constitución de 1839, artículo 85.- El ejercicio de la Presidencia se suspende por ponerse el Presidente a la cabeza del ejército en caso de guerra, y por enfermedad temporal. En cualquiera de estos casos se encargará de la Presidencia de la República, el Presidente del Consejo de Estado».

El artículo 88 de la Constitución de 1856 estableció las mismas causas de suspensión vistas en la Constitución de 1839.

La Constitución de 1860 elaboró la suspensión de la siguiente manera:

«Constitución de 1860, artículo 93.- El ejercicio de la Presidencia se suspende:

- 1.- Por mandar en persona el Presidente la fuerza pública.
- 2.- Por enfermedad temporal.
- 3.- Por hallarse sometido a juicio en los casos expresados en el artículo 65".

El artículo 65 de la Constitución de 1860 decía: "Artículo 65.- El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, ex-

cepto en los casos: de traición; de haber atentado contra la forma de Gobierno; de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión, ó suspendido sus funciones.”

Para tratar esta materia, el artículo 81 de la Constitución de 1867, tomó solamente los dos primeros incisos del artículo 93 de la Constitución de 1860.

El artículo 118 de la Constitución de 1920, y el artículo 145 de la Constitución de 1933, contuvieron normas que, en lo esencial, son equivalentes al artículo 93 de la Constitución de 1860, con pequeñas variaciones que no cambian lo esencial del contenido.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que contiene el antecedente de éste que comentamos es el siguiente:

“Artículo 207.- El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por:

- 1. Incapacidad temporal declarada por el Congreso. Y*
- 2. Hallarse sometido a juicio, conforme al artículo 210”.*

El contenido normativo de ambas Constituciones es idéntico en este punto.

Análisis exegético

La suspensión del ejercicio de la Presidencia consiste en que el ciudadano que la ejerce queda temporalmente impedido de hacerlo pero podrá eventualmente retomarla.

Las causas son las indicadas en los dos incisos. El primero no requiere mayor comentario porque, como en el caso de la vacancia ya visto en el artículo anterior, se trata de una decisión esencialmente política del Congreso en función de elementos de juicio que aporte la realidad sobre la incapacidad temporal del Presidente.

En el inciso segundo, nuevamente, la Constitución omite señalar quien debe declarar la suspensión. En nuestro criterio debe haber una declaración formal que establece el momento en que el ejercicio de la Presidencia queda suspendido, y deberá haber otro acto formal en el que se establece cuando la Presidencia es reasumida, de ser éste el caso. El órgano que realice estos actos no puede ser otro que el Congreso de la República.

Para los casos de suspensión del ejercicio de la Presidencia de la República es aplicable la suplencia que establece el artículo 115.

La enumeración de causas de suspensión del ejercicio de la Presidencia es taxativa. No podrían crearse otras causas por normas de rango inferior y, de suceder, podría interponerse la acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200 inciso 4) y también podría recurrirse a la no aplicación de la norma inconstitucional (artículo 138) de ser esto procedente en la situación.

180. Artículo 115

«Artículo 115.- Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones.

«Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Ya la Constitución de 1823 previó que hubiera un vicepresidente que sustituyera al Presidente de la República y que, en caso que no existiera ninguno de los dos, se daría la Presidencia al Presidente del Senado hasta la próxima elección:

«Constitución de 1823, artículo 77.- En defecto del vice-presidente administrará el poder ejecutivo el presidente del Senado hasta la elección ordinaria de nuevo presidente».

Las normas de la Constitución de 1826 fueron las siguientes:

«Constitución de 1826, artículo 81.- Por renuncia, muerte, enfermedad o ausencia del presidente de la República, el vice-presidente le sucederá en el mismo acto».

«Constitución de 1826, artículo 82.- A falta del presidente y vice-presidente de la República, se encargarán interinamente de la administración los secretarios de Estado, debiendo presidir el más antiguo en ejercicio, hasta que se reúna el cuerpo legislativo».

En la Constitución de 1828 se plantearon más casos de reemplazo del Presidente de la República:

«Constitución de 1828, artículo 83.- Habrá también un vice-presidente, que reemplace al presidente en casos de imposibilidad física o moral, o cuando salga a campaña; y en defecto de uno y otro ejercerá el cargo provisionalmente el presidente del Senado, quedando entre tanto suspenso de las funciones de Senador».

La Constitución de 1834 encargó la presidencia en caso de vacancia al Presidente del Consejo de Estado, el que convocaría a los colegios electorales:

«Constitución de 1834, artículo 81.- Cuando vacare la presidencia de la República por muerte, renuncia ó perpetua imposibilidad física, se encargará provisionalmente del Poder Ejecutivo el Presidente del Consejo de Estado; quién en estos casos y en el de destitución legal convocará a los colegios electorales dentro de los primeros diez días de su gobierno, para la elección de Presidente».

«Constitución de 1834, artículo 82.- Si concluido el período constitucional, no se hubiere hecho la elección por algún accidente, ó verificada ella el electo estuviere fuera de la capital, el Presidente del Consejo de Estado se encargará del Poder Ejecutivo mientras se práctica la elección ó llega el electo».

La Constitución de 1839 trajo normas similares a las de la Constitución de 1834.

La Constitución de 1856 trató el tema con ciertas particularidades en sus artículos 85 y 86:

«Constitución de 1856, artículo 85.- En los casos que designa el artículo 83, excepto el último, el Vice-Presidente concluirá el período comenzado: en los casos del artículo 88, solo suplirá por el tiempo en que falte el Presidente».

«Constitución de 1856, artículo 86.- Si faltase a la vez el Presidente y Vice-Presidente, se encargará de la presidencia el Consejo de Ministros, quién ejercerá el cargo mientras el llamado por la ley se halle expedito: en el caso de vacante, expedirá dentro de los primeros tres días, las órdenes necesarias para la elección del Presidente y Vice-Presidente, y convocará al Congreso para los efectos de los artículos 76 y siguientes».

La Constitución de 1860 estableció dos vicepresidentes:

«Constitución de 1860, artículo 90.- En los casos de vacante que designa el artículo 88, excepto el último, el primer Vice-Presidente concluirá el período comenzado. En los casos del artículo 93, sólo se encargará del mando por el tiempo que dure el impedimento del Presidente».

«Constitución de 1860, artículo 91.- A falta del Presidente y del primer Vice-Presidente de la República, el segundo se encargará del mando supremo, hasta que el llamado por la ley se halle expedito. En el caso de vacante, dará, dentro de tercero día, las órdenes necesarias para que se haga la elección de Presidente y primer Vice-Presidente de la República; y convocará al Congreso para los efectos de los artículos 81 y siguientes».

La Constitución de 1867 encargó la presidencia interina al Presidente del Consejo de Ministros:

«Constitución de 1867, artículo 83.- En los casos de vacante que designan los artículos 79, inciso 1 y 80, incisos 1 y 2 se encargará de la Presidencia de la República el Presidente del Consejo de Ministros, quién

expedirá dentro de tercero día las órdenes necesarias para la elección de Presidente, y convocará al Congreso para los efectos de los artículos 73 y siguientes.

En los casos señalados en el artículo 81 ejercerá también la Presidencia de la República el Presidente del Consejo de Ministros, entre tanto dure el impedimento”.

También la Constitución de 1920 trajo una norma especial al respecto:

«Constitución de 1920, artículo 116.- Solamente en caso de muerte o dimisión del Presidente de la República, el Congreso elegirá, dentro de los treinta días, al ciudadano que deba completar el período Presidencial, gobernando, entre tanto, el Consejo de Ministros».

Las normas originales de la Constitución de 1933 fueron las siguientes:

«Constitución de 1933, artículo 146.- Mientras se llena la Presidencia vacante o mientras dura la suspensión de su ejercicio, ejercerá el Poder Ejecutivo el Consejo de Ministros. (Este artículo fue derogado por el artículo 6 de la Ley Nro. 8237 que crea las Vice-Presidencias)».

«Constitución de 1933, artículo 147.- En los casos de vacancia de la Presidencia de la República, el Congreso elegirá Presidente para el resto del período presidencial.

Si, al producirse la vacante, el Congreso está en funciones, la elección de Presidente se hará dentro de tres días. Si el Congreso está en receso, debe reunirse en sesiones extraordinarias para el solo efecto de elegir Presidente y recibirle juramento. La elección, en este caso, se hará dentro de los veinte días contados a partir de aquel en que se produjo la vacante.

La convocatoria al Congreso a reunirse en sesiones extraordinarias para elegir Presidente de la República, la hace el Presidente del Senado, o en defecto de éste, el de la Cámara de Diputados”. (Ver artículo 134 y Ley Nro. 8237).

Antecedentes en la Constitución de 1979

La disposición de la Constitución de 1979 que es antecedente de la que ahora comentamos está contenida en el siguiente artículo:

“Artículo 208.- Por falta temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo. Por impedimento de ambos, el Presidente del Senado, quien convoca de inmediato a elecciones.

Cuando el Presidente sale del territorio nacional, el Primer vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, el Segundo”.

Las dos Constituciones establecen igual normatividad en este punto salvo que cuando el impedimento del Presidente y de los dos vicepresidentes es temporal en la Constitución de 1993 puede asumir la Presidencia de la República en forma interina el Presidente del Congreso. La Constitución de 1979 establecía textualmente que el Presidente del Congreso debía llamar a elecciones.

Es obvio para nosotros que la disposición de la Constitución de 1993 es mejor y más razonable que la similar de la Carta de 1979.

Análisis exegetico

La primera parte del artículo establece que en los casos de suspensión en el ejercicio, o vacancia del cargo de Presidente de la República, los vicepresidentes, en el orden de prioridad en que figuraron en la plancha presidencial, asumen la Presidencia de la República. Las causas de vacancia y suspensión en el ejercicio del cargo figuran en los dos artículos inmediatamente anteriores.

Si no pudiera ningún vicepresidente asumir la Presidencia, ésta pasa al Presidente del Congreso y si el impedimento del Presidente y los dos vicepresidentes es permanente, entonces el Presidente del Congreso convoca inmediatamente a elecciones presidenciales.

Esta última norma, que parece de sencillo cumplimiento, tiene dobleces que no han sido debidamente esclarecidos al redactar la Constitu-

ción que, en esta materia, deja de responder a los siguientes interrogantes:

- No dice la Constitución si el Presidente elegido completa el mandato del anterior o si comienza a contarse un nuevo período de cinco años. Si fuera el primer caso, el Presidente electo no gobernaría diez años en caso de ser reelegido, sino sólo los cinco del segundo período y el saldo del primero. Si este saldo es diminuto, es probable que muchos ciudadanos importantes prefirieran no candidatear para el período complementario. Sin embargo, éste último es un problema de hecho, no de Derecho.
- Si el período por el que se elige al nuevo Presidente es de cinco años, habría que determinar si el Congreso será en adelante elegido sin sincronización con la elección presidencial. Por tanto cabría la posibilidad de discutir si también se convoca a elección de Congreso. El problema, en este caso, es que según el artículo 90, también el mandato parlamentario es de cinco años, con lo cual no podría ser recortado el de los congresistas en ejercicio de la representación.

Como puede verse, el problema no es sencillo y debió ser previsto en el artículo. Para resolverlo adecuadamente, creemos conveniente referirnos al artículo 136 de la Constitución, que regula la duración del período de representación del Congreso que es elegido para sustituir a uno disuelto. En ese caso, dice el artículo mencionado, el Congreso nuevo completa el período del anterior. Se ve, por tanto, que la voluntad de la Constitución consiste en que se respete el principio de que Presidente y Congreso se eligen en votaciones simultáneas, lo que por lo demás es muy razonable para mantener el equilibrio del funcionamiento de los órganos. Lo más adecuado, por consiguiente, será hacer una elección para que se complemente el tiempo de gobierno aunque, contando con la eventual reelección, el Presidente elegido no gobernara diez años. Después de todo, la Constitución no garantiza a nadie que ese sea el plazo de gobierno personal de producirse la reelección inmediata. El único derecho que garantiza es el de postular a dicha reelección.

Hubiera sido deseable, sin embargo, que el constituyente legislara adecuadamente sobre este aspecto, para no dejar dudas a una discusión

posterior y, eventualmente, a darse en el momento en el que se produzca el problema, que no será el mejor para producir una solución adecuada.

El último párrafo establece que cuando el Presidente sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho y que en su defecto lo hace el Segundo Vicepresidente. En estos casos, como es obvio, el Presidente de la República no ha dejado de ser tal, pues ni el cargo vaca, ni está suspendido su ejercicio. El Vicepresidente, por lo tanto, no es Presidente de la República en ejercicio sino sólo encargado del despacho: puede firmar los documentos que firmaría el Presidente, pero no lo sustituye en el cargo. Por lo tanto, no ejerce la Presidencia.

Esto, sin embargo, es distinto a decir que no puede tomar decisiones correspondientes a la magistratura presidencial en caso necesario. Desde luego, lo usual es que se comunique con el Presidente de la República y reciba sus instrucciones, pero si esta comunicación no es posible, deberá tomar por sí mismo las decisiones que le sean requeridas, pues el país no puede paralizarse si no hay contacto con el Presidente mientras está fuera del país.

El asunto ya se discutió durante 1996 cuando, durante un viaje del Presidente Fujimori, el Primer Vicepresidente promulgó la ley 26657 que pretende interpretar auténticamente el artículo 112 de la Constitución señalando que el Presidente Fujimori puede postular a la reelección el año 2000. Se dijo entonces que el acto de promulgación era de gobierno y no de despacho y que por consiguiente el vicepresidente encargado del despacho no podía realizarlo. La crítica no prosperó y estimamos que era excesiva porque el vicepresidente realiza los actos que corresponden al Presidente dentro del territorio nacional aunque, el Presidente no haya dejado de ser tal. No es un problema ontológico sobre quién es y quién no es Presidente. Es un asunto relativo a la posibilidad de tomar o no las decisiones de la magistratura presidencial dentro del país.

Los efectos paralizantes de un vicepresidente que no tome decisiones cuando el Presidente esté fuera del país se vieron en un motín y ocupación de El Sexto por policías y sus familiares, en un momento en que el Presidente Alan García se hallaba fuera del país, en Uruguay, durante el año 1987. Pasaron alrededor de doce horas en las cuales el Presidente no pudo ser ubicado en el exterior y la situación llegó a grados de ten-

sión que pudieron ser mejor controlados si se hubiera actuado de inmediato. El peligro para las vidas humanas también fue mucho más grave por la inacción.

Enrique Bernales opina en este mismo sentido sobre el problema que tratamos cuando dice:

En el segundo acápite se hace referencia a quien, por viaje al exterior del Presidente —debidamente autorizado por el Congreso— debe encargarse del «despacho presidencial». En este caso la Constitución vigente repite la fórmula de su predecesora de 1979, al emplear el término «encargo del despacho». Chirinos Soto sostiene que «encargar el despacho» no significa asumir a plenitud las funciones del Presidente, sino atender las cuestiones de mero trámite. Si este planteamiento fuese correcto, el dispositivo estaría propiciando un peligroso vacío que podría afectar la capacidad de decisión gubernamental, que por su propia naturaleza es constante y permanente. Un país no se paraliza porque el Presidente viaje al exterior. Durante su ausencia tiene que ser reemplazado por el Vicepresidente, que debe asumir las funciones, al punto que estará capacitado para convocar al Consejo de Ministros y tomar decisiones en tanto encargado del despacho.

Gramaticalmente, el término «encargo» reconoce que la titularidad de un bien, de una cosa es general, corresponde a una persona; pero es delegada a un tercero, que asume el cuidado y las funciones que corresponden a esa cosa o gestión. En la figura que comentamos, el titular del despacho, es decir del gobierno, es el Presidente de la República; pero si se ausenta del país quien asume el despacho, con todas las funciones que a través de él se tramitan y resuelven, es el Vicepresidente (91).

Compartimos plenamente las opiniones de Bernales, como puede apreciarse de las que hicimos antes por nuestra cuenta.

(91) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, pp. 473-474.

181. Artículo 116

«Artículo 116.- El Presidente de la República presta juramento de ley y asume el cargo, ante el Congreso, el 28 de julio del año en que se realiza la elección.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1828 estableció el juramento que debían prestar el Presidente y el Vicepresidente para ejercer el cargo:

«Constitución de 1828, artículo 87.- El presidente y vice-presidente para ejercer su cargo, se presentarán al Congreso a prestar el juramento siguiente:

Yo, N., juro por Dios y estos Santos Evangelios que ejerceré fielmente al cargo de presidente (ó vice-presidente) que me ha confiado la República: que protegeré la religión del Estado, conservaré la integridad é independencia de la nación, y guardaré y haré guardar exactamente su Constitución y leyes».

La Constitución de 1834, en su dispositivo 84, y la de 1839 en su artículo 86, repitieron el artículo citado antes.

Las siguientes normas aplicables son los artículos 139 y 140 de la Constitución de 1933 que dicen:

«Constitución de 1933, artículo 139.- El período presidencial dura cinco años y comienza el 28 de Julio del año en que se realiza la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha”. El texto de la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley Nro 11874 de 31 de octubre de 1952 dijo: «El período presidencial dura seis años y comienza el 28 de Julio del año en que se realiza la elección, aunque el elegido no hubiese asumido sus funciones en aquella fecha».

«Constitución de 1933, artículo 140.- El ciudadano proclamado Presidente de la República prestará juramento ante el Congreso al asumir sus funciones».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 209.- El Presidente de la República presta el juramento de ley y asume el cargo ante el Congreso el 28 de Julio del año en que se realiza la elección”.

Con una pequeñísima variación en el texto, ambas Constituciones contienen exactamente el mismo mandato en este tema.

Análisis exegético

El Presidente debe jurar según se establece en la ley, antes de asumir el cargo. Es una antigua práctica que se sigue para todos los cargos mayores y de conducción política porque al cumplir con ellos, la persona no depende de órdenes superiores sino de su propia discrecionalidad y la debe utilizar de la mejor manera. El juramento es una forma de hacer que el ciudadano haga el compromiso de realizar los mayores esfuerzos y de cumplir de la mejor manera. Al propio tiempo, es el momento a partir del cual se cuentan los plazos de ley para todos los efectos correspondientes.

El cargo es asumido el 28 de Julio del año en que se realiza la elección. La Constitución no dice qué pasa si por cualquier razón el Presidente no puede jurar en esa fecha (por ejemplo, por una demora impen-sada en el cómputo electoral). Opinamos que en ese caso asumirá tan cerca al 28 de julio como sea posible y que su mandato se extenderá hasta el 28 de Julio cinco años después, en que jurará el siguiente Presidente (o él mismo si resulta reelecto).

182. Artículo 117

«Artículo 117.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Cons-

titución y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 estableció el siguiente texto:

«Constitución de 1823, artículo 78.- El Presidente es responsable de los actos de su administración».

Con ligeras variantes, lo adoptaron: el artículo 88 de la Constitución de 1828 y el artículo 79 de la Constitución de 1939 que, además estableció que habría un juicio de residencia al Presidente saliente.

Por contraste, la Constitución de 1826 estableció la irresponsabilidad presidencial:

«Constitución de 1826, artículo 80.- El presidente de la República es el jefe de la administración del Estado, sin responsabilidad por los actos de dicha administración».

La Constitución de 1856 introdujo la siguiente norma, que a nosotros nos parece más completa que las anteriores:

«Constitución de 1856, artículo 81.- Durante el período del Presidente de la República, solo podrá hacerse efectiva su responsabilidad en los casos en que vaque de hecho la Presidencia conforme a esta Constitución. En los demás casos se hará efectiva la responsabilidad de que hablan los artículos 11 y 12, concluido su período».

La Constitución de 1860 discrimina el tratamiento del problema en dos artículos de los cuales el primero es bastante similar a la normatividad actualmente existente:

«Constitución de 1860, artículo 65.- El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, excepto en los casos: de traición; de haber atentado contra la forma de Gobierno; de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión, ó suspendido sus funciones».

«Constitución de 1860, artículo 86.- El Presidente de la República, al concluir su período, dará cuenta al Congreso de sus actos administrativos, para los efectos de la atribución 24, artículo 59».

El inciso 24 del artículo 59 decía que era atribución del Congreso lo siguiente: “Examinar, al fin de cada período constitucional, los actos administrativos del Jefe del Poder Ejecutivo, y aprobarlos, si fuesen conformes a la Constitución y á las leyes: en el caso contrario, entablará la Cámara de Diputados ante el Senado la correspondiente acusación.”

La Constitución de 1867 sigue en esto los pasos de la Constitución de 1860. Por su parte, la Constitución de 1920 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1920, artículo 96.- El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, excepto en los casos: de traición, de haber atentado contra la forma de Gobierno, de haber disuelto el Congreso, impedido su reunión o suspendido sus funciones».

La forma del artículo 1933 es la más simple y la más clara; trata, en esencia, de los delitos que el Presidente pueda cometer:

«Constitución de 1933, artículo 150.- El presidente de la República sólo puede ser acusado durante su período por traición a la patria; por haber impedido las elecciones presidenciales o parlamentarias; por haber disuelto el Congreso, o impedido o dificultado su reunión o su funcionamiento, o la reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía la siguiente norma como antecedente del artículo que comentamos:

“Artículo 210.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227; y por impedir su reunión o funcionamiento o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales”.

Ambas Constituciones contienen la misma normatividad en este punto, salvo dos aspectos:

- La Constitución de 1993 incluye entre los casos de juzgamiento el impedir la reunión o el funcionamiento de los otros órganos del sistema electoral creado por ella misma.
- No considera entre los hechos que permiten acusar al Presidente durante su período, el impedir la reunión o el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Es una muy seria omisión que debe ser corregida para dar debida garantía al sistema democrático y al control y separación de poderes, ambos expresamente declarados en otras partes del mismo texto constitucional de manera expresa.

Análisis exegético

El Presidente de la República, como ocurre con todo Jefe de Estado (artículo 110 de la Constitución), es jurídicamente irresponsable, esto es, no puede ser enjuiciado ni sometido a procedimientos de responsabilidad política por las decisiones que adopte o los actos que realice, mientras ejerce la Presidencia. El artículo 117 establece cuáles son los delitos por los que puede ser acusado y que resultan tan claros que nos eximen de mayor comentario.

El Presidente Fujimori, el 5 de abril de 1992, incurrió en varias de las conductas que contenía el artículo similar a éste en la Constitución entonces vigente de 1979. El Congreso Constituyente elegido en noviembre de 1992, lejos de someterlo a juicio lo declaró Presidente Constitucional y dio validez constitucional a todos los actos del gobierno de facto que fue denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Casos como este muestran el borde de la tensión entre el texto de la norma política y el poder real que, en el caso del Presidente Fujimori fue tanto poderío material, como apoyo electoral masivo. De acuerdo a la teoría del poder constituyente, puede afirmarse que la legitimación del gobierno que emergió el 5 de abril de 1992, ocurrió cuando el pueblo, ampliamente, apoyó la elección de los candidatos que respaldaban al Presidente Fujimori en las elecciones de congreso constituyente de noviembre de 1992.

Para que estos procesos puedan llevarse a cabo, será siempre nece-

sario que el Presidente sea acusado por el Congreso en aplicación de las normas del antejuicio político consideradas en los artículos 99 y 100 de la Constitución.

Cabe aquí recordar que existe la discusión de si todos estos actos contrarios a la Constitución por los cuales el Presidente puede ser acusado, deben haber sido previamente tipificados como delitos, o si basta que se realicen como actos anticonstitucionales. Hemos discutido el asunto a propósito del comentario de los artículos 99 y 100 de la Constitución.

Repetiremos brevemente que para nosotros no hay objeción si se acusa al presidente de estos actos y sólo son anticonstitucionales, no delitos. Sin embargo, sí es muy importante que sólo se le sancione con la medida de inhabilitación dispuesta en el artículo 100 si hay establecida una vía jurisdiccional a través de la cual pueda reclamar y recibir justicia, porque el artículo 100 prevé que si se trata de un juicio penal y el Presidente fuera declarado inocente, recupera todos sus derechos. Sin embargo, si no hay proceso penal (o si pudiendo haberlo se inhabilita al ciudadano Presidente, pero no se lo acusa), la Corte Suprema no podría asumir jurisdicción y las sanciones políticas del Congreso quedarían como inimpugnables. Esto último sería un despropósito jurídico porque permitiría privar de derechos constitucionales a las personas por razones y decisiones de naturaleza exclusivamente política.

En el párrafo anterior hacemos discriminación entre inhabilitación por un lado, y suspensión o destitución de la función, porque estos dos últimos aspectos pertenecen al ámbito de las decisiones políticas y no afectan directamente los derechos constitucionales del ciudadano que ejercita los cargos, desde luego, siempre que se trate de decisiones tomadas de acuerdo a la Constitución y a la ley.

183. Artículo 118

“Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]”.

Este es el artículo que versa sobre las atribuciones del Presidente de la República o del Poder Ejecutivo que, en buena cuenta, siempre fueron tratados como indistintos en nuestras Constituciones (lo que no deja de ser un error como oportunamente fundamentaremos). La manera de trabajar sobre este artículo, por su complejidad, variará ligeramente en relación a los demás:

- Primero enumeraremos los antecedentes de las Constituciones de 1823 a 1933, pues como decimos en el encabezamiento de dicha parte, es la mejor manera de exponer el tema que hemos encontrado.
- Luego haremos un comentario exegético del encabezamiento del artículo de la Constitución de 1993, cotejándolo con su antecedente de la Constitución de 1979.
- Luego comentaremos exegéticamente cada inciso del artículo 118 ahora bajo estudio, y en cada oportunidad haremos también el cotejo con el texto de la Constitución de 1979.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El Poder Ejecutivo o el Presidente de la República, pues el trato es indistinto en las Constituciones, recibieron una significativa cantidad de atribuciones. Por su diversidad, conviene hacer una relación de todas ellas al introducir el artículo como un todo y no tratar de poner los antecedentes ante cada atribución específica de la Constitución de 1993. De elegir esta última metodología, indudablemente deberíamos hacer analogías arbitrarias que nos harían perder riqueza de contenido. Por ello, en las páginas que siguen hacemos un resumen ideográfico de las atribuciones más importantes que nuestras Constituciones pasadas dieron al Poder Ejecutivo:

DIRIGIR LAS RELACIONES INTERNACIONALES. Hasta la Constitución de 1920 esta atribución presidencial fue fraseada como “dirigir las negociaciones diplomáticas”. En la Constitución de 1933 se dice que dirige las relaciones internacionales. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 5; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

REPRESENTAR AL ESTADO. Se señala como atribución presidencial representar al Estado dentro y fuera del territorio nacional. (Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

ORDEN INTERNO. Se encarga al Presidente de la República conservar el orden interno. (Constitución de 1823, artículo 79; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

CONSERVAR LA SEGURIDAD EXTERIOR. Se encarga al Presidente de la República conservar la seguridad exterior. (Constitución de 1823, artículo 79; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

ADMINISTRAR LA HACIENDA PUBLICA. Se trata de la autorización para recaudar y para disponer de los recursos fiscales. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

SUPREMA INSPECCIÓN DE POLICIA Y DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. En dos Constituciones se estableció que correspondía al Presidente, ejercer la suprema inspección en todos los ramos de policía y establecimientos públicos, costeados por el Estado, bajo sus leyes y ordenanzas respectivas. (Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85).

JEFATURA DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO. El Presidente de la República fue declarado como jefe de la administración general del Estado en dos Constituciones tempranas de la República. (Constitución de 1823, artículo 79; Constitución de 1828, artículo 90).

VELAR POR LA ADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La fórmula que se utilizó con mayor frecuencia fue: requerir a los Jueces

y Tribunales para la pronta y exacta administración de justicia. Con diversas redacciones se le atribuyó la misma potestad indicada. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 54).

DAR CUENTA AL CONGRESO DE LA SITUACION POLITICA Y MILITAR. La primera Constitución estableció como atribución exclusiva del Presidente: dar cuenta al Congreso en cada legislatura de la situación política y militar de la República, indicando las mejoras ó reformas convenientes en cada ramo. (Constitución de 1823, artículo 80).

REGIMEN DE EXCEPCION. Una modificación a la Constitución de 1920 estableció la autoridad del Ejecutivo para establecer regímenes de excepción con el texto siguiente: «Y declarar, con el voto consultivo del Consejo de Ministros, el estado de sitio en uno o en varios puntos de la República, con sujeción al artículo 35, si las circunstancias lo requieren y el Congreso se hallare en receso, pero no podrá hacerlo durante el período fijado para los procesos electorales». (Constitución de 1920, artículo 121 modificado por el artículo 4 de la Ley 5470 del 28 de setiembre de 1926).

DICTAR NORMAS EJECUTIVAS DE CARACTER GENERAL. La atribución consiste en que el Presidente de la República pueda dictar decretos, reglamentos, órdenes, resoluciones y otras normas de carácter general de naturaleza ejecutiva. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 3; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1933, artículo 154).

PROMOVER LA EDUCACION. Se estableció como atribución del Presidente, cuidar de la instrucción pública: hacer en los reglamentos y planes de enseñanza las alteraciones que crea convenientes, hasta que se dé por el Congreso el plan de educación nacional. (Constitución de 1839, artículo 87).

CONVOCAR A ELECCIONES. Se establece, con diversas formulaciones, que corresponde al Presidente de la República efectuar la convocatoria a todo tipo de elecciones. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículos 97 y 154).

ALTO CLERO. Se da al Presidente de la República la atribución de participar en la presentación del Alto Clero y de otras dignidades eclesiásticas. Las diversas Constituciones hacen participar a diversos órganos en este proceso. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

EJERCICIO DEL PATRONATO. Se estableció que era función del Presidente de la República; ejercer el Patronato Nacional con arreglo a las leyes y prácticas vigentes. (Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 5; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

CELEBRAR CONCORDATOS. Se establece como atribución Presidencial el celebrar concordatos con la Santa Sede. Las normas incluyen la participación del Congreso en este proceso de aprobación. (Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

CONCEDER O NEGAR PASE A DOCUMENTOS DE LA IGLESIA. Se otorga al Presidente de la República la atribución de conceder o negar el pase a los decretos conciliares, bulas, breves y rescriptos pontificios. En algunos casos se exige la intervención de otros órganos del Estado. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

EXPEDIR CARTAS DE CIUDADANIA. Se autoriza al Presidente de la República para expedir cartas de ciudadanía. (Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

RECIBIR DIPLOMATICOS Y ADMITIR CONSULES EXTRANJEROS. Se da la atribución al Poder Ejecutivo de realizar estas dos actividades. A veces se mencionan como atribuciones del Presidente de la República y a veces como del Poder Ejecutivo globalmente considerado. La Constitución de 1828 exigió previa aprobación del Congreso. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 5; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

NOMBRAR Y REMOVER A DIPLOMÁTICOS Y CONSULES. Se concede al Presidente de la República la atribución de nombrar y remover a los miembros del cuerpo diplomático y a los cónsules peruanos. En ciertos casos se prevé la participación de otros órganos del Estado dentro del procedimiento. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

NOMBRAMIENTO DE AUTORIDADES POLITICAS. Se Da al Presidente de la República la atribución de nombrar a prefectos y demás autoridades políticas. En ciertos casos intervienen otros órganos en la formulación de la decisión. (Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

NOMBRAMIENTO DEL FISCAL SUPREMO. Se establece como atribución del Poder Ejecutivo: nombrar al fiscal de la Corte Suprema a propuesta en terna de esta; y a los de las Cortes Superiores de las que ellas le pasaren. (Constitución de 1834, artículo 85).

NOMBRAMIENTOS Y SANCIONES DE LOS FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL. Se autorizaba al Presidente de la República a nom-

brar a los magistrados de los tribunales de Justicia y demás funcionarios del Poder Judicial, conforme a la Constitución y, al propio tiempo, se le autorizaba a suspenderlos o removerlos. Las Constituciones adoptaron estas normas en diversas medidas y combinaciones como se podrá apreciar de los artículos referidos a continuación. (Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1839, artículo 87).

ASCENSO DE OFICIALES GENERALES. Se estableció como atribución presidencial el nombramiento de los oficiales de las Fuerzas Armadas con rango de generales, con participación del Congreso. (Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

PROPONER CANDIDATOS A LA CORTE SUPREMA. Se previó que el Presidente pudiera proponer a Cámara de Censores, en terna, individuos para el Tribunal Supremo de Justicia, dentro de la particular concepción de la organización del Estado que tuvo la Constitución de 1826. (Constitución de 1826, artículo 83).

DECISIONES SOBRE EL EMPLEO PUBLICO. Se da al Presidente de la República la atribución de cubrir los empleos públicos, asignar las remuneraciones, establecer sanciones, otorgar licencias, retiros y pensiones. En algunas circunstancias la referencia es al ámbito civil; en otras también a todos los niveles del ámbito castrense. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121 y 122; Constitución de 1933, artículo 154).

ESTABLECER ESCUELAS MILITAR Y NAUTICA. Se estableció como atribución presidencial establecer escuelas militares, y escuelas náuticas. (Constitución de 1826, artículo 83).

MANDO DE LAS FUERZAS ARMADAS. Se le encargó el mando de las Fuerzas Armadas como tarea ordinaria, no excepcional. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90).

DISPOSICIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS, MILICIAS Y DE PO-

LICÍA. Se autoriza al Presidente a organizar, distribuir y disponer de las fuerzas del orden. A veces sólo se habla de las Fuerzas Armadas y en otras de todas, armadas y policiales. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

DECLARAR LA GUERRA. Se estableció como atribución del Presidente declarar la guerra, previa aprobación del Congreso. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

HACER LA PAZ. Es atribución del Presidente de la República, con aprobación del Congreso. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

CONVOCATORIA A LEGISLATURA DEL CONGRESO. Se estableció como potestad del Presidente de la República convocar al Congreso a legislaturas ordinarias y extraordinarias. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

Las Constituciones de 1826 y 1839 también lo autorizaron a prorrogar la duración de la legislatura ordinaria hasta por treinta días. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1839, artículo 87).

APERTURA DE SESION DEL CONGRESO. Se establece como atribución del Presidente abrir las sesiones del Congreso hasta la Constitución de 1939 y, en adelante, concurrir a la apertura de sesiones. En todos los casos se establece que dirigirá un mensaje. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

MENSAJES. Se otorga al Presidente la atribución de dar mensajes al Congreso en diversas oportunidades y, principalmente, al abrirse los períodos de sesiones. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 149).

PARTICIPACION EN LA FORMACION DE LAS LEYES. Se refiere a la iniciativa legislativa, que debía ejercitarse de acuerdo a ley. (Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

OBSERVACION DE LAS LEYES. Se otorga al Presidente de la República el derecho de observar los proyectos de ley que le remita el Legislativo para su promulgación. En las normas se establecen plazos para ejercitar la observación y, también, se dictan normas sobre el procedimiento que debe seguir el Congreso cuando recibe tales observaciones (Constitución 1823, artículo 63; Constitución 1826, artículo 70, 71 y 72; Constitución 1828, artículo 53, 54, 57, 90 y 181; Constitución 1834, artículo 55, 56, 62, 62 y 85; Constitución 1837, artículo 25; Constitución 1839, artículo 58, 59 y 87; Constitución 1856, artículo 65; Constitución 1860, artículo 69; Constitución 1867, artículo 61; Constitución 1920, artículo 104).

PROMULGACIÓN LAS LEYES. Se estableció como atribución del Presidente, promulgar y hacer ejecutar las leyes. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121).

NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE LOS MINISTROS Y SECRETARIOS DEL DESPACHO. Se reconoce al Presidente la atribución de nombrar y remover a su libre decisión a los ministros de Estado. En las constituciones tempranas a veces se hizo referencia a los *secretarios del despacho*, dando a esta denominación equivalencia con la de *ministros*. En la de 1826 también se autoriza al Presidente a nombrar y remover al

vicepresidente, al que a su turno proponía ante el órgano legislativo. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS MINISTROS. La Constitución de 1839 estableció la siguiente norma como atribución del Presidente: "Nombrar los Ministros de Estado y removerlos, haciendo efectiva su responsabilidad, según la leyes". (Constitución de 1839, artículo 87).

MANTENIMIENTO DE LA MORAL PUBLICA. Se estableció como atribución presidencial la siguiente: "Dar reglamentos de policía para mantener la seguridad y moral pública". (Constitución de 1839, artículo 87).

CONMUTACIÓN DE LA PENA CAPITAL. Se establece que el Presidente podrá ejercitar el derecho de gracia de conmutar la pena capital. En las diversas Constituciones, se prevé la participación de otros órganos del Estado en la decisión. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

DACION DE PATENTES DE CORSO. Se dio a lo largo de varias Constituciones la atribución presidencial de emitir patentes de corso. (Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

DACION DE LETRAS DE REPRESALIA. Se estableció como atribución presidencial dar letras de represalia. (Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

RESIDENCIA EN SITUACION DE GUERRA. La Constitución de 1826, estableció lo siguiente: "Cuando el presidente dirige la guerra en persona, podrá residir en todo el territorio ocupado por las armas nacionales". (Constitución de 1826, artículo 83).

RESOLVER LOS CONFLICTOS PRODUCIDOS ENTRE CONCEJOS DEPARTAMENTALES. La Constitución de 1933 estableció que era función presidencial: “resolver los conflictos que se produzcan entre los Concejos Departamentales”. (Constitución de 1933, artículo 154).

CONSERVAR LA SEGURIDAD PUBLICA. Se encarga al Presidente “dar reglamentos de policía para mantener la seguridad y moral pública”. (Constitución de 1839, artículo 87).

CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LAS SENTENCIAS. Se encarga al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir las sentencias de los tribunales. A veces se habla sólo de hacer cumplir y otras de cumplir y hacer cumplir. En nuestro criterio, la variación no es sustantiva pues en ambos casos se entiende que el Ejecutivo debe cumplir las sentencias ejecutoriadas de los tribunales. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 5; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154;

CONSULTAS SOBRE SENTENCIAS MILITARES. La Constitución de 1828 fue la única en establecer la siguiente atribución para el Presidente: “Provee con arreglo a ordenanza a las consultas que se le hagan en los casos que ella previene, sobre las sentencias pronunciadas por los juzgados militares”. (Constitución de 1828, artículo 90).

TRATADOS. Se autorizó al Presidente de la República a suscribir tratados dentro de las relaciones internacionales del Perú. Salvo la de 1823, todas las demás Constituciones requirieron expresamente aprobación del Congreso. (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 5; Constitución de 1920, artículo 121; Constitución de 1933, artículo 154).

ESTABLECER CASAS DE INVALIDOS. Se establece como atribución presidencial mandar crear casas para inválidos. (Constitución de 1826, artículo 83).

AUTORIZACIÓN DE OPERACIÓN A BARCOS EXTRANJEROS. Se establece que corresponderá al Presidente de la República permitir que por los puertos menores y caletas puedan las embarcaciones extranjeras sacar los frutos que produce el país. (Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1839, artículo 87).

ESTABLECER HOSPITALES MILITARES. Se estableció como atribución presidencial mandar establecer hospitales militares. (Constitución de 1826, artículo 83).

También las Constituciones del Perú trataron de restringir el poder del Presidente.

LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL PODER PRESIDENCIAL. Todas las Constituciones del período estudiado aquí establecieron límites expresos al ejercicio del poder presidencial que tienen que ver, en esencia, con los siguientes aspectos: no mandar la Fuerza Armada sin permiso del Congreso; no salir del territorio nacional sin permiso del Congreso; no privar de la libertad ni imponer penas; no interferir en la labor jurisdiccional; no diferir elecciones ni suspender sesiones del Congreso; no privar a las personas de su propiedad; no dar empleos públicos a extranjeros; no transmitir las funciones que se le han dado a terceros; además, la Constitución de 1839 estableció: "No puede permitir el ejercicio público de otro culto que el de la religión católica, apostólica, romana". Las Constituciones utilizaron todas estas limitaciones en diversas dosis y combinaciones. (Constitución de 1823, artículo 81; Constitución de 1826, artículo 84; Constitución de 1828, artículo 91; Constitución de 1834, artículo 86; Constitución de 1839, artículo 88; Constitución de 1856, artículo 90; Constitución de 1860, artículo 96; Constitución de 1867, artículo 87; Constitución de 1920, artículo 124; Constitución de 1933, artículo 153).

Antecedentes en la Constitución de 1979

El encabezamiento del artículo de la Constitución que opera como antecedente del que ahora comentamos es el siguiente:

"Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]"

Análisis exegetico

A pesar que el encabezamiento del artículo no es una norma sí tiene un concepto que merece ser comentado y es que todas las atribuciones que siguen a continuación pertenecen al Presidente de la República. Si se da una rápida mirada al contenido de este artículo, puede verse que se trata de todas las competencias de la potestad ejecutiva del Estado.

El Presidente ya ha sido declarado Jefe de Estado en el artículo 110. Ahora, sin decirlo de manera expresa, se lo establece también como jefe de gobierno. Y si analizamos muy someramente la sistemática de la organización del Poder Ejecutivo, podemos apreciar que el otro órgano que podría asumir la jefatura del gobierno que es el Presidente del Consejo de Ministros, está caracterizado en el artículo 123 como un segundo del Presidente y como coordinador de los demás ministros. En otras palabras, no puede ser jefe de gobierno con atribuciones tan tenues.

Ahora bien, hay que tener al mismo tiempo en cuenta el mandato del artículo 120 que dice: «*Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial*». En otras palabras, el Presidente de la República por sí solo no puede ejecutar ninguna de las atribuciones que se le conceden en este artículo. Siempre tiene que llevarlas a cabo con la firma de un ministro.

En realidad, entonces, éstas no son atribuciones exclusivas del Presidente de la República sino más bien del Poder Ejecutivo como conjunto, entendiéndolo lo que queda claro de la Constitución: que el jefe del Ejecutivo es también el Presidente como jefe de gobierno.

Ahora se comprenderá que la sistemática de la Constitución en esta parte es defectuosa pues trata en el Capítulo IV del Título IV al Poder Ejecutivo, en tanto que en el Capítulo V del mismo título trata al Consejo de Ministros. Sin embargo, como acabamos de ver, el Consejo de Ministros es parte constitutiva del Poder Ejecutivo (desde que el Presidente nada puede hacer sin firmas ministeriales) y al propio tiempo las atribuciones que figuran como del Presidente, son en realidad del Poder Ejecutivo (por la misma razón).

En nuestro criterio, una mejor sistemática consistiría en elaborar un capítulo especial de Poder Ejecutivo que tuviera tres apartados dentro de él: las normas comunes a todo el Poder Ejecutivo (entre las que estaría el actual artículo 118); las normas que corresponden al Presidente de la República, y las que corresponden al Gabinete y los ministros. En las últimas Constituciones del Perú, sin embargo, nunca se ha querido adoptar esta organización de las normas y se ha preferido el modelo con el que contamos actualmente.

Como habrá podido ser visto, nosotros tratamos de discriminar siempre entre lo que corresponde al Presidente de la República, a los ministros y al Poder Ejecutivo, porque en nuestro entender son tres instituciones susceptibles de ser diferenciadas, al menos analíticamente y desde el punto de vista de atribuciones constitucionales. En este sentido, lo que corresponde al Poder Ejecutivo es responsabilidad tanto del Presidente de la República como del ministro encargado de los asuntos por su sector. Sin embargo, también hay responsabilidades que recaen fundamentalmente en el Presidente de la República y otras fundamentalmente en los ministros. Creemos que es la manera correcta de tratar el tema.

Queremos finalmente ratificar lo que venimos sosteniendo en este análisis: estas atribuciones no son sólo competencias sometidas al libre arbitrio del Presidente y de los ministros. Son a la vez un deber del cual no pueden escapar cuando es indispensable actuar. Estas atribuciones son, en consecuencia, potestades y deberes por los que los miembros del Ejecutivo son responsables ante el pueblo (que no es lo mismo que decir que tienen responsabilidad política porque esto último es aplicable sólo a los ministros, no al Presidente).

184. Artículo 118 inciso 1

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

[...]»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El inciso del artículo de la Constitución que opera como antecedente del que ahora comentamos es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

[...].

El mandato de ambas Constituciones es idéntico.

Análisis exegetico

En el Poder Ejecutivo reside la parte más importante de la potestad ejecutiva del Estado, que es aquella que impulsa las realizaciones políticas concretas. Esta potestad ejecutiva tiene, frente a la ley, dos características dialécticas que se reflejan en este artículo:

- De un lado, debe obedecer las normas jurídicas vigentes en su actuar. La Constitución porque constituye a todos los poderes, incluido el Ejecutivo. Las leyes, porque están más allá de sus potestades ejecutivas: proceden de la potestad legislativa que corresponde al Congreso. Y debe también obedecer sus propias normas (decretos y resoluciones, según veremos en el inciso 8 de este mismo artículo) porque en un Estado de Derecho todos estamos sometidos a las reglas vigentes. Este principio es aplicable aún quienes pueden cambiarlas, mientras no decidan hacerlo.
- De otro lado, al tener la potestad ejecutiva tiene también en su mano un considerable poder coercitivo y, dado el caso, coactivo pues maneja a la fuerza pública (El Presidente de la República es Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional según el artículo 167 de la Constitución). A través de estos instrumentos es el que mejor puede garantizar la vigencia de las disposiciones legales.

Mientras más obedezca al Derecho en su actuación, más lo hará obedecer. Habrá en consecuencia, una vida más democrática y un más cabal Estado de Derecho. Por ello, la interacción de estos dos elementos es dialéctica.

Cuando decimos que el Poder Ejecutivo cumple y hace cumplir las normas jurídicas, no nos estamos refiriendo solamente a sus más altas autoridades (Presidente de la República o ministros de Estado), sino a todo el Poder Ejecutivo, que está conformado por el aparato burocrático de los ministerios y las instituciones públicas. Son todos ellos los que cumplen y hacen cumplir la ley.

Esta atribución no quiere decir solamente que el Poder Ejecutivo cumple con el Derecho. También quiere decir que lo aplica y, para ello, está en posibilidad jurídica de dictar resoluciones administrativas dentro del cumplimiento de sus funciones. Esta es la fuente de todos los procedimientos administrativos existentes en la vida del Estado.

Esta norma tiene, a su vez, un significado por contraste: el Ejecutivo no *dice* Derecho (jurisdicción), sino que lo aplica, obedece y exige. Por consiguiente, sus decisiones podrán siempre ser revisadas por el Poder Judicial que sí tiene la potestad jurisdiccional. La razón es sencilla: si el Ejecutivo debe obedecer y aplicar el Derecho, alguien siempre deberá revisar si lo hizo adecuadamente. Para ello, deberá tener la posibilidad de *decir* si en efecto el Derecho fue bien o mal aplicado. Esta potestad la tienen sólo los jueces y, por ello, al final, esta revisión judicial se tramitará mediante la acción contencioso-administrativa regulada en el artículo 148 de la Constitución.

185. Artículo 118 inciso 2

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 respecto del inciso que comentamos es la siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.

[...]”.

El mandato de ambas Constituciones es igual.

Análisis exegético

Según vimos en el artículo 110, el Presidente de la República es Jefe de Estado y personifica a la Nación. En consecuencia, es su persona la que encarna al Perú entero. Esta atribución de representar al Estado dentro y fuera de la República no es sino una consecuencia práctica de aquéllo.

Así, donde esté el Presidente de la República estará también presente el Perú y las expresiones que el Presidente tenga en nombre de nuestro país, deben ser tenidas exactamente por tales de acuerdo a este mandato constitucional.

En estos actos de representación el Presidente actúa con la autoridad que le dan ejercer la Presidencia, y este artículo: no tiene que consultar a nadie sobre los actos de representación que realice. Obviamente, los ministros responsables del ramo (el del Interior y el de Relaciones Exteriores, según los casos) serán los responsables políticos de la conducta presidencial porque, como vimos antes en el artículo 117, el Presidente es jurídicamente irresponsable por los actos que realiza durante su mandato.

186. Artículo 118 inciso 3

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

3. Dirigir la política general del Gobierno.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El inciso antecedente de éste que comentamos, en la Constitución de 1979, era el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

3. Dirigir la política general del Gobierno.

[...]”.

Las dos Constituciones tienen igual norma al respecto.

Análisis exegético

Esta atribución es la norma general que convierte al Presidente de la República en Jefe de Gobierno, porque lo autoriza a dirigir la política general del Gobierno, es decir, a conducir la actividad y las decisiones que realizan los ministros. En esto el Presidente del Consejo de Ministros es sólo un coordinador (ver el artículo 123 inciso 2 de la Constitución) y por lo tanto depende de las directivas que le imparta el Presidente. No es, por tanto él jefe de gobierno.

Sobre lo mandado en este inciso, Enrique Bernales opina lo siguiente:

Es evidente que la expresión Gobierno que usa este inciso de la Constitución de 1979, repetida en la de 1993, liga a éste con el Jefe del Estado, otorgándole responsabilidades políticas y administrativas que se refieren directamente al funcionamiento del Estado en su conjunto. Concentrar la multiplicidad de los actos administrativos en una sola persona atenta contra la idea de democracia como participación y distribución de responsabilidades; pero afecta también la eficacia de la gestión gubernamental, que debiera ser asumida por un colectivo, es decir por el gabinete, dejando al Presidente las altas funciones de la conducción del Estado (92).

Compartimos la opinión dada en la cita precedente y, como hemos ya dicho antes, consideramos equivocado convertir al Presidente en ambas cosas: Jefe de Estado y Jefe de Gobierno porque mezcla dos instituciones que deben ser cuidadosamente diferenciadas: el Derecho Constitucional lo ha mostrado así. Si no, el Presidente como Jefe de Gobierno, realiza ciertas actividades y toma ciertas decisiones que luego no le podrán ser imputadas en vía de responsabilidad porque se protege en su condición de irresponsabilidad por ser jefe de Estado. Esta situación, en nuestro criterio, debe ser modificada: el Presidente de la República debería ser en esencia un Jefe de Estado con poderes significativos (tal vez más significativos que los que tienen sus similares en el Derecho Comparado, especialmente en el Primer Mundo), y debería establecerse un jefe de gobierno independiente de él. En la parte propositiva de este trabajo abordaremos con mayor extensión y detalle estas afirmaciones.

187. Artículo 118 inciso 4

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

(92) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 479.

4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que es antecedente del inciso que ahora comentamos es la siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.

[...]”.

Las normas de las dos Constituciones son exactamente iguales.

Análisis exegetico

Según esta atribución, es responsabilidad del Poder Ejecutivo ocuparse de estos dos aspectos:

- El *orden interno* que en nuestro criterio es un concepto político-social y se refiere a aquella situación interna en la sociedad de paz y posibilidad de progreso para el conjunto y para los individuos, en la cual se cumplen el orden jurídico y la organización democrática con un espíritu de justicia y equidad.

Es un concepto político-social porque tiene que ver con el orden de la sociedad en su conjunto y no sólo con el Derecho entendido como normas imperativas (o de orden público, que en nuestro entender son conceptos equivalentes para la norma jurídica). Tiene que ver también con los fenómenos estrictamente políticos y sociales: orden en la vía pública, control de la delincuencia, defensa ci-

vil contra desastres naturales, protección contra el miedo (por ejemplo, en la etapa difícil de la agresión terrorista), regulación de la economía para que funcione adecuadamente, etc.

El orden interno es una situación, en el sentido que consiste en un determinado estado de cosas que puede variar en el tiempo: habrá mayor orden en un momento y menor orden en otro. Por consiguiente, la preservación y mejoría del orden interno requiere de una política predeterminada y aplicada constantemente para garantizar que el orden sea adecuado y, dado el caso, cada vez mejor.

Es una situación de paz y posibilidad de progreso. El orden interno no tiene significación por sí mismo. Como todo estado de cosas, obedece a una finalidad. La paz es aquella situación en la cual las personas, liberadas de presiones negativas de todo tipo (físico, psicológico y espiritual), tienen condiciones para desarrollarse en todos los sentidos en que ello es posible humanamente. El progreso es la mejora progresiva de la vida humana, tanto en términos materiales como en términos espirituales. En cierto sentido (no en el sentido pleno de la palabra), el orden interno puede ser medido también por el grado de progreso y de pacificación de la sociedad por que es determinante para lograrlos.

Paz y progreso para el conjunto y para los individuos, porque la sociedad tiene que tener estas dos dimensiones permanentemente en cuenta: lo colectivo y lo individual. No hay paz social sin paz interna individual, no hay paz individual si la sociedad es violenta. Lo propio puede decirse del progreso: sólo lo hay cuando el grupo progresa y ese beneficio llega también a cada una de las personas que lo conforman.

El orden interno tiene, en cuanto a contenido, diversos aspectos:

- a. El cumplimiento del orden jurídico, que es estrictamente hablando, el *orden público*. Por orden público consideramos aquellas normas imperativas, que no pueden dejar de ser cumplidas válidamente frente al Derecho. Son todas las reglas jurídicas que debemos obedecer, desde el Reglamento General de Tránsito hasta el respeto a los derechos funda-

mentales de la persona. En este sentido, consideramos que el orden público es una especie del orden interno pero no lo agota porque en el orden interno hay otros componentes de hecho, sobre todo sociales, que no pertenecen al orden público.

- b. La organización democrática es un conjunto de principios que comprenden, cuando menos: la participación de todos los que conforman el grupo en las decisiones; la representación de los gobernados por quienes gobiernan y, en consecuencia, el principio de la autoridad elegida; el principio de la autoridad temporal, en el sentido que nadie tiene ganado un lugar de mando por sí mismo: tiene que someterse a elecciones periódicas si quiere conservarlo, y dentro de las reglas establecidas.

Es verdad que en la organización democrática hay normas de orden público como, por ejemplo, al elegir autoridades estatales. Pero hay otros espacios en los que no hay norma jurídica clara y, sin embargo, el espíritu democrático debe primar: en las reuniones de estudiantes universitarios, en las reuniones que organizan instituciones gremiales, en las organizaciones de la sociedad civil que se rigen por sus propios estatutos, en la participación de los hijos y los parientes en las decisiones de familia extensa, etc. En estos espacios no tiene que primar jurídicamente hablando el principio democrático, y a menudo ocurre que no es aplicado, pero si lo fuera, el orden interno será mejor conducido. Este es un claro ejemplo de que es un concepto político-social y no sólo jurídico.

- c. Vigencia de la justicia y la equidad. Si bien ambos valores tienen dimensión jurídica, escapan a ella para ubicarse en el terreno de la ética que, como saben bien los juristas, es un conjunto secante al del Derecho.

Las normas jurídicas ordenan que no exista discriminación (artículo 2 inciso 2 de la Constitución). Esta es una dimensión de la justicia y la equidad que pertenece al orden público.

Sin embargo, no existe norma jurídica que ordene la promoción activa de la igualdad de razas y culturas en el Perú de manera que todos, en el futuro, seamos por lo que valemos y no por el origen que tuvimos. Es fácil ver que el Perú es un país organizado todavía bajo códigos racistas a pesar de que las normas prohíban tal actitud. De hecho, el racismo no se enseña formalmente, pero sobrevive en la familia, en las bromas de la televisión, en los avisos comerciales y en muchos otros aspectos de la cultura. Producir una política activa de superación de esos códigos de racismo para que en una o dos generaciones el Perú sea de gentes que se consideran iguales unas frente a otras, es vital para el orden interno, pero no existe norma jurídica que obligue a ello: la no discriminación es una actitud de negación de conductas, pero no es una actitud positiva de superación de imágenes ideológicas o culturales.

En el racismo se puede ver la diferencia entre el orden público como obediencia a la norma imperativa o de orden público, y orden interno como superación de fenómenos políticos o sociales.

A través de estos ejemplos, podemos ver la inmensa responsabilidad política del Poder Ejecutivo en la tarea de velar por el orden interno.

- La *seguridad exterior* de la República es una situación en la cual la sociedad política se encuentra en una relación con potencias foráneas en la que pueden impulsarse la paz y el progreso de todos los involucrados con respeto al orden jurídico nacional e internacional. Incluye, desde luego, el control de las amenazas externas a la soberanía territorial o de decisión del Estado nacional.

La seguridad exterior es una situación. Por consiguiente, puede variar en el tiempo y haber mayor seguridad en un momento y menor seguridad en otro. Como en el caso del orden interno antes analizado, es necesaria una política de seguridad exterior que lo alimente y mejore.

Es una situación de la sociedad política entendida como un fenómeno integral, es decir, del pueblo, de su territorio y de su gobierno. La seguridad exterior no es un fenómeno militar o solamente político que atañe al poder público. Tiene que ver con ellos pero, fundamentalmente, con el pueblo y la construcción política que él ha hecho como nación organizada.

La seguridad exterior se organiza en relación a potencias foráneas de todo tipo: Estado, organizaciones internacionales, fuerzas delictivas internacionales (como el narcotráfico o el terrorismo), etc. No tiene que ver sólo con los Estados que no son el peruano.

En las relaciones antedichas, deben poder impulsarse la paz y el progreso de todos los involucrados, no solamente del Estado nacional. Es un error pensar que uno puede progresar sin que lo hagan los demás. La verdadera paz duradera es aquella en la que todos se benefician de un estado de tranquilidad con la posibilidad (y mejor aún la realidad) del progreso.

La seguridad exterior se realiza con cumplimiento del orden jurídico nacional e internacional. Las relaciones entre estos dos sistemas normativos son complejas y no pertenecen al análisis que estamos haciendo. Sin embargo, muestran que en la seguridad exterior deberá haber dos tipos de políticas que se complementan entre sí:

- a. Una que consiste en promover las relaciones y los esfuerzos conjuntos de los actores del mundo internacional con los que nos relacionamos.
- b. La otra que consiste en reprimir las manifestaciones ilegales que se producen en esas relaciones internacionales para ponerlas a Derecho y, también, en controlar por la coerción y dado el caso por la coacción, las amenazas que provengan del exterior.

Son estos dos aspectos complementarios e indispensables para alcanzar una adecuada situación de seguridad exterior y sobre todos estos aspectos tiene responsabilidad el Poder Ejecutivo.

Las Fuerzas Armadas, a través del Centro de Altos Estudios Militares, han desarrollado toda una teoría de la defensa nacional, en la cual la seguridad y el bienestar son fines esenciales dentro del bien común que es, a su vez, el fin supremo del Estado. Tratamos de esto con mas detalle en la parte de Defensa Nacional y Orden Interno de la Constitución.

188. Artículo 118 inciso 5

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

5. Convocar a elecciones para Presidente de la República y para representantes a Congreso, así como para alcaldes y regidores y demás funcionarios que señala la ley.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La disposición de la Constitución de 1979 que es antecedente de la que comentamos está contenida en la siguiente regla:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

5. Convocar a elecciones para Presidente de la República y para Representantes a Congreso, así como para Alcaldes y Regidores y demás funcionarios que señala la ley

[...]”.

Las normas son iguales en las dos Constituciones respecto de este tema.

Análisis exegético

Las elecciones de autoridades del Estado tienen que ser procesos formales, con momentos definidos entre los cuales uno muy importante es la convocatoria en la medida que cumple diversas finalidades prácticas:

- Anuncia formalmente la realización de las elecciones.
- Es el plazo inicial para que los candidatos apresten sus maquinarias de elección y formalicen sus candidaturas.
- Permite que el proceso se realice en un conjunto de plazos que tienen término inicial claro y distinto.

Por todas estas razones, es adecuado que la Constitución busque dar seguridad a los procesos electorales estableciendo la obligación del Poder Ejecutivo de convocarlos. Así, él es responsable de que se realicen y que ello ocurra oportunamente.

También es adecuado que la responsabilidad sea del Poder Ejecutivo, en el nivel más alto y no de otros órganos del Estado: en él reside la potestad ejecutiva que es la que dinamiza la vida política y, además, la importancia de las elecciones en el sistema democrático amerita que sea en dicho elevado nivel en el que se ubican las responsabilidades para garantizar el buen juego democrático.

Enrique Bernales piensa de distinta manera. Dice:

[...] todo lo referente al derecho de sufragio es responsabilidad del Sistema Electoral. En esa virtud, la competencia de éste debe comenzar por la convocatoria a elecciones; así se hubiera preservado la autonomía funcional de un órgano como el JNE que por la naturaleza misma de nuestro ordenamiento constitucional requería su reforzamiento (93).

(93) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 481.

En nuestro concepto, nada impediría que sea el Jurado Nacional de Elecciones el que convoque a las justas electorales del país. Pero no vemos objeción a que lo haga el Poder Ejecutivo, norma tradicional en nuestro sistema político y que ha funcionado adecuadamente dentro de los gobiernos constitucionales (no en los de facto, desde luego).

Si el Poder Ejecutivo no convoca a elecciones, podría considerarse que el Presidente de la República impide las elecciones y, entonces, podría ser acusado durante su mandato en aplicación del artículo 117.

117

189. Artículo 118 inciso 6

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

6. Convocar a Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este inciso en el texto de la Constitución de 1979 fue el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

6. Convocar al Congreso a Legislatura Extraordinaria.

[...]’.

En ambas Constituciones se dicta la misma norma pero, atendiendo a enseñanzas de la historia, en la Carta de 1993 se consigna que el Presidente firma el decreto de convocatoria. Sin ello, se entenderá que dicha convocatoria no ha sido perfeccionada.

Análisis exegetico

Los órganos legislativos tienen, por tradición, períodos de trabajo que se denominan *legislaturas* y períodos de receso en los que no trabaja el Pleno, aunque sí lo hacen las comisiones. Sin embargo, hay circunstancias en que la vida política exige que el Pleno vuelva a reunirse para tratar algún tema de importancia y que no merece (o no puede) ser tratado en el ambiente limitado de la Comisión Permanente. Entonces se cita a legislatura extraordinaria. Según esta disposición constitucional las legislaturas extraordinarias las convoca el Presidente de la República con la firma de un Ministro para efectos de responsabilidad política.

Esta norma y la precisión de que el Presidente firmará (con un ministro) el decreto de convocatoria, proviene del incidente que ocurrió en Enero de 1991, cuando un número apreciable de parlamentarios pidieron legislatura extraordinaria para discutir aquella situación en la que el Presidente de la República había observado parte de la ley de Presupuesto y promulgado la otra. Recibidas las firmas, el Presidente del Congreso convocó a Legislatura extraordinaria amparado en la norma del artículo 168 de la Constitución de 1979 que decía: “El Congreso se reúne en Legislatura Extraordinaria a iniciativa del Presidente de la República o a pedido de por lo menos dos tercios del número legal de representantes de cada Cámara”.

El Presidente Fujimori, aparentemente, sintió que se le escapaba de las manos el control de la situación y, ya convocado el Congreso por su Presidente, él expidió un Decreto Supremo de convocatoria, promulgado el 12 de Enero de 1991, cuya parte considerativa es especialmente ilustrativa de la situación que se produjo entonces:

“Decreto Supremo 012-91-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo preceptuado en el artículo 211 inciso 6 de la Constitución Política del Perú, es atribución y obligación del Presidente de la República, convocar al Congreso a *Legislatura Extraordinaria*;

Que, el artículo 118 del Reglamento del Senado, ley de la República, dispone que «la convocatoria a *Legislatura Extraordinaria* será hecha por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo»;

Que el artículo 168 de la Carta Fundamental, dispone que el Congreso se reúne en *Legislatura Extraordinaria* a iniciativa del Presidente de la República o a pedido de por lo menos dos tercios del número legal de representantes de cada Cámara;

Que, sólo el Poder Ejecutivo puede expedir Decretos Supremos como en el caso de la presente convocatoria a *Legislatura Extraordinaria*;

Que, por oficio 138-DL del 11 de Enero de 1991, el Presidente del Senado comunica al Poder Ejecutivo y hace público a la vez, que «más de los dos tercios de representantes de cada Cámara» piden la convocatoria a *Legislatura Extraordinaria*, acompañando la relación de dichos parlamentarios;

Que, es necesario formalizar, constitucionalmente dicha convocatoria; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo Primero.- Convócase al Congreso de la República a *Legislatura Extraordinaria* la misma que tendrá lugar del día 14 al día 16 del mes en curso, inclusive, con el objeto de tratar todo lo relacionado con los artículos de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para 1991, que han sido materia de observación de parte del Poder Ejecutivo.

[...]”.

Como puede verse del texto, el Presidente de la República se apresuró a firmar la convocatoria para que el Congreso no se reuniera por sí mismo, y además hubo de dar una serie de argumentos sobre la legitimidad de su decisión ante el avance de los hechos.

En la actualidad, según el inciso 6 del artículo 118 de la Constitución, la convocatoria a legislatura extraordinaria sólo puede ser hecha a iniciativa y por firma del Presidente de la República. El Congreso ha perdido la atribución de autoconvocarse por un cierto número de firmas de representantes. En nuestro criterio, es un error limitar esta posibilidad porque, como dice Enrique Bernaldes: “[...] es una limitación a su autonomía y capacidad de regular su funcionamiento” [94].

190. Artículo 118 inciso 7.

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la primera legislatura ordinaria anual. Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República y las mejoras y reformas que el Presidente juzgue necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso. Los mensajes del Presidente de la República, salvo el primero de ellos, son aprobados por el Consejo de Ministros.

[...]».

(94) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 482.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que es antecedente del que comentamos consta en el siguiente dispositivo:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

7. Dirigir mensajes al Congreso en cualquier época y obligatoriamente, en forma personal y por escrito, al instalarse la Primera Legislatura Ordinaria anual, así como al concluir su mandato. Los mensajes presidenciales requieren previa aprobación del Consejo de Ministros. Los mensajes anuales contienen la exposición detallada de la situación de la República y las mejoras y reformas que el Presidente juzga necesarias y convenientes para su consideración por el Congreso.

[...].

La norma es la misma en ambas Constituciones salvo dos modificaciones menores consignadas en la Constitución de 1993:

- Que el primer mensaje del Presidente no tiene aprobación ministerial lo que es coherente porque lo dice al asumir el mando y, por tanto, aún no hay gabinete constituido.
- A diferencia de la de 1979, la Constitución de 1993 no establece que el Presidente dirija mensaje al Congreso al concluir su mandato.

Análisis exegético

Del propio texto del artículo puede verse que los mensajes que dirige el Presidente de la República al Congreso son del Poder Ejecutivo y no del ciudadano Presidente individualmente considerado, en la medida que deben ser aprobados por el Consejo de Ministros. Esto, como es obvio, da al Gabinete responsabilidad política por lo que diga el Presidente (Ver el artículo 128 de la Constitución). No puede serlo el primero del mandato presidencial porque a esa fecha todavía no hay Consejo de Ministros instalado.

Con la Constitución de 1979 se dio la Ley 24075 del 14 de Enero de 1985, en la que se establecía lo siguiente:

«Ley 24075, artículo 1.- El Mensaje al Congreso que dirige el Presidente de la República, en la oportunidad a que se refiere el Artículo 209 de la Constitución, es aprobado por el Consejo de Ministros en su primera sesión».

Hoy la Constitución ha dicho que el primer mensaje no es aprobado por el Consejo de Ministros y, en consecuencia, sobre él no habrá responsabilidad política. La ley 24075, por consiguiente, ha sido invalidada por la dación posterior de la norma constitucional, de rango superior.

Estos mensajes son parte esencial de la comunicación política con participación del pueblo, que debe haber en la relación entre los poderes del Estado, particularmente los dos conformados políticamente que son el Legislativo y el Ejecutivo.

El mensaje del Presidente es dado en público y luego comentado y debatido también públicamente por los diversos medios de comunicación. Permite así que el pueblo se entere de cuáles son las líneas generales de política que seguirá el Ejecutivo y cuáles serán los proyectos principales que se llevarán a cabo. También, desde luego, el mensaje podrá servir para que el pueblo constate que el Presidente de la República no tiene proyectos.

De otro lado, el mensaje presidencial sirve al Congreso para tomar en cuenta los rumbos políticos que seguirá el Ejecutivo, los proyectos de ley que se debe preparar y, también porqué no decirlo, le servirá para saber si habrá conflicto político entre el Ejecutivo y la mayoría del Legislativo.

La democracia es en esencia el desarrollo del diálogo plural para llegar a concertaciones. Normas como la del mensaje anual obligatorio del Poder Ejecutivo, en adición a los otros que estime pertinente dirigir, colaboran a dicho propósito de manera adecuada.

191 **Artículo 118 inciso 8**

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente en la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

11. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

[...]”.

Las normas de ambas Constituciones son idénticas.

Análisis exegético

Como detentador de la potestad ejecutiva, el Poder Ejecutivo tiene que aplicar las normas jurídicas. Para hacerlo, muchas veces debe también dictar disposiciones de carácter general referidas a procedimientos, formas de actuación de las personas, precisión sobre deberes y derechos, etc.

Para ello, emite tres tipos de normas:

- Reglamentos, que son normas de detalle que hacen posible la aplicación otras más genéricas y que son de rango superior. Por ejemplo, se dicta una norma estableciendo el impuesto general a las ventas, que percibirá el Gobierno Central y que tendrá una tasa de 18% del valor de las transacciones. Para hacer aplicable ese impuesto hay que decir cuando se paga, con qué formularios, cómo se entregan boletas o facturas, en qué horario se aceptan los trámites y muchas otras normas de ese tipo. Todas estas disposiciones forman parte de los reglamentos, Desde el punto de vista formal, el Poder Ejecutivo los dicta mediante Decretos Supremos.
- Decretos, que son normas de carácter general que, en el Poder Ejecutivo, emite el Presidente de la República con la firma de uno o más ministros para que tengan validez. Son disposiciones que deben ser cumplidas por todas las personas, de la misma manera que ocurre con las leyes, pero los Decretos están en un nivel de jerarquía inferior al de las leyes. Según el Decreto Legislativo 560, no pueden contener normas de carácter particular.

Los decretos, como los reglamentos, se dictan a través de Decretos Supremos. En la forma son iguales. La diferencia entre uno y otro es de fondo: el reglamento precisa disposiciones de una norma superior, normalmente una ley. El Decreto es una norma general que no reglamenta ley alguna y en ese sentido, tiene contenido autónomo.

- Resoluciones que, en rigor, debieran ser normas de aplicación a casos particulares, que dictan los ministros, con o sin la visación del Presidente. En la práctica peruana también hay resoluciones con contenido de carácter general.

Según el inciso que comentamos, todas estas disposiciones deben ser dictadas sin transgredir ni desnaturalizar las leyes, porque las normas con rango de ley dentro del orden jurídico, son superiores a los decretos, resoluciones y reglamentos. Si hubiera incompatibilidad entre estas normas y las de rango de ley primarían estas últimas por aplicación del artículo 51 de la Constitución y, ante esa situación, se abren dos caminos de solución:

- Que el juez prefiera la norma superior a la inferior incompatible con ella (artículo 138 de la Constitución); o,
- Que se interponga una acción popular contra norma de carácter general en cuyo caso, la norma inferior podría ser invalidada por los tribunales (artículo 200 inciso 5 de la Constitución).

Un análisis sistemático de la legislación peruana puede verse en nuestro comentario al artículo 51. Allí precisamos varios detalles sobre los reglamentos, decretos y resoluciones que no repetiremos aquí.

192. Artículo 118 inciso 9

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

9. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente del inciso que comentamos en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

12. Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados y requerirlos para la pronta administración de justicia.

[...]”.

El artículo 118 inciso 9 de la Constitución de 1993 es idéntico a la primera parte del artículo 211 inciso 12 de la Constitución de 1979. Sin embargo, en la Carta de 1993 no está la norma referente a que el Presidente de la República puede requerir a los tribunales para una pronta administración de justicia. Sin embargo, pensamos que el Presidente siempre puede hacer estas invocaciones en su calidad de Jefe de Estado.

Análisis exegético

Como en el caso del inciso 1 de este artículo, aquí el Poder Ejecutivo tiene dos responsabilidades complementarias:

- Cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales en lo que le imponen deberes u obligaciones. Deberes pueden ser, por ejemplo, detener a tal persona, o hacerla cumplir tal pena. Obligaciones pueden ser, por ejemplo, devolver una propiedad ilegalmente tomada por el poder público o pagar una determinada indemnización.

El Poder Ejecutivo no puede excusarse en que es poder del Estado para incumplir las decisiones judiciales que lo afecten. Muchas veces, inclusive, el Estado elude la aplicación de sentencias tomando (o no tomando) decisiones que indirectamente conducen al resultado de que la decisión judicial no se aplique. Por ejemplo: el Estado debe pagar una indemnización pero no se coloca la partida respectiva en el Presupuesto y, por consiguiente, nadie puede hacer el pago. En este caso, los tribunales pueden obligar al funcionario responsable a cumplir el pago, además de que siempre cabe la posibilidad de una acción judicial por delito contra la administración de justicia. Por supuesto, esto último sujeto a que se encuentre responsabilidad penal en la persona responsable. Ello ocurriría si, digamos, en el Proyecto de Presupuesto General no se incluye la partida que el Ejecutivo debía prever. Pero si la partida fue incluida y luego retirada en la aprobación del Presupuesto por los congresistas, allí no habría responsabilidad porque éstos son inviolables por sus votos u opiniones. No obstante, aún en este último caso habría responsabilidad en el Ministro o funcionario de inferior rango que debió asesorarlo para anunciar el problema al Congreso y no lo hizo.

- También el Poder Ejecutivo tiene la fuerza para hacer cumplir las sentencias y resoluciones, y debe prestarla al Poder Judicial en la medida de lo necesario. Esto es, esencialmente, el apoyo de la Policía Nacional para hacer cumplir por la fuerza lo que el obligado por una sentencia o resolución no quiere cumplir por propia voluntad.

De acuerdo a este inciso, el Poder Ejecutivo no puede negar constitucionalmente el concurso de la fuerza pública para hacer cumplir las decisiones judiciales. Si lo hiciera, estaría actuando inconstitucionalmente.

Aníbal Quiroga dijo respecto del inciso correspondiente en la Constitución de 1979:

«Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados y requerirlos para pronta administración de justicia».

Son las facultades de coertio y executio de la facultad jurisdiccional las que aparecen aquí graficadas. De nada valdría la fuerza del derecho material impelida por una decisión judicial si no tuviese o contase con el respaldo de la fuerza real del Estado para hacerla efectiva. El juez no cuenta con más fuerza que su decisión fundamentada en derecho y la fuerza moral vinculante con la sociedad en su tarea (legalidad y legitimidad), pero esa fuerza jurídica y moral sucumbirá ante la resistencia física de los justiciables que puedan usar en su contra ante una disconformidad, de modo que a la labor judicial debe de dotársele de una fuerza efectiva a través de la Administración del Estado para poder vencer también la resistencia física a un desacato y poder imponer con eficacia la decisión judicial cuando no sea voluntariamente aceptada.

Es por ello que la autoridad administrativa se halla en la obligación constitucional de prestar su fuerza real a la fuerza jurídica de las decisiones judiciales, con la finalidad de dotar a la Tutela Judicial de la necesaria efectividad que la caracteriza, de modo que el derecho determinado en los tribunales pueda ser materializado y no sea una mera ilusión (95).

(95) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la adminis-*

El inciso habla de sentencias y de resoluciones. Las sentencias son las decisiones finales de cada instancia sobre el proceso sometido a su decisión, en tanto que las demás resoluciones son intermedias, de asuntos no centrales sino colaterales del proceso, o de mero trámite. Todo esto es materia que se estudia en los aspectos procesales del Derecho. En un proceso penal, por ejemplo, sentencia será la que condena o absuelve. Resolución de otro tipo son por ejemplo las que emite el juez aprobando o no aprobando la realización de una declaración testimonial, u ordenando a alguna autoridad que facilite un documento importante para el proceso de que se trate.

El inciso que comentamos está vinculado al 18 del artículo 139 que establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional: «*La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida*».

193. Artículo 118 inciso 10

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

10. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

tración de justicia. VARIOS AUTORES. La Constitución diez años después. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 325.

[...]

13. Cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.

[...]'.

La norma es idéntica en referencia al Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, en la Constitución de 1993 se ha borrado la referencia explícita al Tribunal Constitucional, cosa que consideramos un error.

No obstante, el Tribunal es un órgano jurisdiccional y, como tal, se halla ya incluido en el inciso 9 del artículo 118 de la Constitución de 1993.

Análisis exegético

Las consideraciones que cabe hacer en este artículo son esencialmente las mismas que ya hicimos a propósito de los incisos 1 y 9, en cuanto atañe a las responsabilidades del Poder Ejecutivo.

Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones están caracterizadas en el artículo 181 como jurisdiccionales, esto es que *dicen derecho* en las materias allí establecidas, tanto más porque no son revisables en instancia judicial (Constitución, artículo 142). Dice el artículo 181:

«Constitución, artículo 181.- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno».

Resulta evidente la análoga situación de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones con las que emiten los jueces y por ello la misma protección e idéntica responsabilidad del Poder Ejecutivo.

No necesitamos fundamentar con mayor detalle porqué es evidente por sí mismo, que sólo el escrupuloso cumplimiento de este inciso puede

garantizar una saludable vida democrática en el país (aunque sólo ello es insuficiente para que haya verdadera democracia, desde luego).

194. Artículo 118 inciso 11

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es el siguiente inciso:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

14. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución.

[...]”.

Las normas tienen idéntico contenido, sólo que en la Constitución de 1993 se ha hecho una modificación en lo referente a firma de tratados y convenios porque su sistemática es distinta en esta materia.

Análisis exegético

Según el inciso 2 de este artículo, el Presidente representa al Estado dentro y fuera de la República y según el inciso 3 dirige la política general de gobierno. Además, según el artículo 110 es Jefe de Estado y personifica a la Nación.

Todas estas calidades hacen adecuado que sea el propio Presidente de la República el que dirija la política exterior y las relaciones internacionales. Desde luego, el funcionario con rango político responsable de los actos del Presidente será el Ministro de Relaciones Exteriores, sin cuya firma no podrá realizar el Presidente acción alguna, según manda el artículo 120 de la Constitución.

Sobre política exterior, y la diferencia con el concepto de relaciones internacionales dice Maúrtua:

Aún cuando en las ciencias sociales el concepto de relaciones internacionales difiere del concepto de política exterior, debe establecerse una equivalencia entre ambos conceptos en la redacción de los textos de las normas jurídicas, vale decir, Constitución Política y Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores. De todas formas, una precisión más acertada comenzó a plasmarse a partir de la Constitución de 1979 respecto de la Constitución de 1933, la cual en su artículo 154, inciso 16 señalaba que es atribución del Presidente de la República «Dirigir las relaciones internacionales».

Cualquier analista de las relaciones internacionales estaría en desacuerdo con esta redacción, pues de acuerdo a su ciencia el concepto de relaciones internacionales es más amplio que el de política exterior.

Las relaciones internacionales corresponden a los procesos de interacción global que involucran a dos o más sujetos del sistema internacional, mientras que la política exterior alude al comportamiento externo de un Estado en el sistema internacional. Por tanto, un jefe de Estado puede dirigir el comportamiento externo o la política exterior de su nación, pero no puede «dirigir» las relaciones internacionales, pues estas son el resultado, entre otros factores, de la interacción de las diversas políticas exteriores de cada uno de los actores del sistema internacional. En todo caso, el líder de una nación puede influir en las relaciones internacionales o en un área de las mismas, pero no puede definir el curso general que ellas adopten (96).

(96) MAURTUA DE ROMANA, Oscar. *Constitución y política exterior*. En

La distinción hecha por el embajador Maúrtua muestra que la redacción de este inciso 11 es deficiente porque mientras el texto ordena que el Presidente dirija la política exterior y las relaciones internacionales, es claro que puede dirigir la política exterior pero sólo participar (aunque activamente) en las relaciones internacionales que no son manejadas por un solo Estado. El texto, de acuerdo a este autor, debería referirse solamente a la política exterior.

Por su parte, el embajador Bákula dice:

Esta claro, entonces, que el proceso de toma de decisiones de política exterior, ha experimentado cambios, no sólo en el sentido vertical -quién toma la decisión- sino en el sentido horizontal —cómo se adopta la decisión— pues se ha ampliado y sigue ampliándose en la base del proceso el número de interesados, que, a la postre resulta —y así debe ser— el conjunto de la sociedad civil.

Si se reducen estas consideraciones a la simplicidad de un esquema, debemos entender:

- Que la acción del Estado frente al entorno exterior debe ser entendida como una diplomacia global;
- Que hay que aceptar, inexcusablemente, que la institucionalización de la política exterior debe sustituir a la improvisación, la ignorancia o el entusiasmo;
- Que la aplicación de criterios de modernidad supone el sentido de la organización; de la racionalidad en el esfuerzo; de la aceptación del riesgo; y de la necesidad de la competitividad;
- Que por la multiplicación de las relaciones de todo orden, internas e internacionales, no sólo ha aumentado el número de los agentes internacionales, sino que se ha profundizado y

Agenda Internacional. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, Año II, n° 3 Enero-julio 1995, p. 17.

diversificado el interés legítimo de las personas y de los grupos en el estudio, orientación y decisión de los temas de la agenda internacional; y, que, por lo mismo, el Estado debe:

- Satisfacer las demandas de una estructura democrática;
- Tener en cuenta los legítimos intereses de los diferentes grupos concernidos;
- Promover el estudio de la realidad interna e internacional, de las posibilidades propias y de las oportunidades externas para formar una «masa crítica» que permita una participación responsable;
- Orientar a los medios de comunicación sobre las direcciones de la política exterior;
- Tomar conciencia de las demandas y de su atención en el mediano y en el largo plazo;
- Y buscar el consenso que requiere una política exterior responsable (97).

Las recomendaciones son razonables en sí mismas y viniendo de un diplomático de larga y brillante trayectoria, no pueden menos que llamar la atención sobre las necesidades que plantea la política exterior en el Perú.

El embajador Maúrtua hace consideraciones interesantes sobre los objetivos de la política exterior peruana:

Pero aún cuando no sea posible para un actor controlar o dirigir el proceso de las relaciones internacionales, es función básica

(97) BAKULA, Juan Miguel. *La institucionalización de la Política Exterior*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, pp. 63-64.

de los órganos generadores de su política exterior el buscar que el curso que tomen las relaciones internacionales convenga en lo posible el interés nacional. En el caso del Perú los intereses nacionales, planteados también en el texto constitucional, tienen directa relación con su emplazamiento físico que lo lleva a constituirse en un país latinoamericano, andino, amazónico, antártico y ribereño del Océano Pacífico, que privilegia sus relaciones con los países vecinos y con vocación integradora. A esto deben agregarse los objetivos de la nación peruana acerca de su respeto a la intangibilidad de los tratados y al principio de no intervención; así como su tradición pacifista, de consolidación de la democracia, respeto a los derechos humanos y aceleramiento del proceso de desarrollo económico y social; sobre todo para combatir la pobreza extrema (98).

Estos y otros temas concretos son planteados como elementos importantes de la política exterior peruana:

- La importancia de la bioceanidad y la relación del Perú con los grandes bloques transnacionales es desarrollada por González Vigil:

“Resulta que las ventajas geoeconómicas de nuestro país tienen que ver con su ubicación en la parte céntrica de la América del Sur con litoral en la Cuenca del Pacífico; que la competencia geoeconómica es principalmente con aquellos países vecinos que están sobre el mismo litoral; y que las mayores complementaridades geoeconómicas existentes y potenciales están en la dirección de países como Bolivia, Brasil y el resto de MERCOSUR. Surge así un trazo transversal de bioceanidad económica, que el Perú debe construir con todo el ahínco y celeridad que su crucial prioridad estratégica amerita. Prioridad, por cierto, que no implica ni subestimación ni descuido de las relaciones con los otros países del continente.

En la medida en que el Perú implemente esta tarea de primerísimo

(98) MAURTUA DE ROMAÑA, Oscar. *Constitución y política exterior*. En *Agenda Internacional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, año II, N. 3 Enero-julio 1995, p. 18.

interés nacional, irá optimizando sus ventajas como base de negocios en Sudamérica, e irá creciendo su atractivo y poder de negociación internacionales; en especial, verá mejorarse su ubicación en la pirámide de prioridades a nivel hemisférico (con todas las implicaciones benéficas del caso para nuestras posibilidades cara al NAFTA), así como su capacidad de articularse dinámicamente con las «mega-regiones» del Asia-Pacífico y de Europa” (99).

- Basombrio plantea la necesidad de que el Perú fortalezca su capacidad de concertación en los foros internacionales para lograr una mejor actuación en las negociaciones del exterior:

“Para actuar adecuadamente en el marco de la OMC (Organización Mundial del Comercio) el Perú tiene que fortalecer su capacidad de concertación en los foros regionales. Es decir, al igual que acontece en la Unión Europea, América Latina debe procurar establecer posiciones negociadoras no sólo en los temas de alcance global sino, inclusive, en asuntos que interesen específicamente a países o subregiones de América Latina. Lo anterior es consecuencia de la limitada capacidad de influencia de los países latinoamericanos aisladamente considerados, por los reducidos niveles de participación en el comercio mundial” (100).

Lo propio dice el mismo autor de los organismos financieros multilaterales:

“Organismos financieros multilaterales. Resulta necesario fortalecer la capacidad de negociación con los organismos en los cuales el Perú participa. El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacio-

(99) GONZALEZ VIGIL, Fernando. *Opciones para el Perú frente a los procesos de integración en América Latina*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, p. 145.

(100) BASOMBRI, Ignacio. *Relacionamiento del Perú con los principales bloques mundiales*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, p. 157.

nal y el Banco Interamericano de Desarrollo deben incrementar sus niveles de operación en la región latinoamericana. Además, mejorar en términos cualitativos las características y condiciones de sus operaciones, incorporando, en el caso de los bancos, negocios con el sector privado” (101).

- En materia de Derechos Humanos, Bernaldes plantea la necesidad de una mejor imagen internacional, lo que resulta esencial para la buena inserción del país en el contexto internacional:

“Cuál es en este contexto, la responsabilidad del Estado peruano en materia de DD.HH. y democracia? La primera precisión es que el Perú en el nivel de la doctrina internacional, no podría alegar razones internas, para oponer una concepción alternativa de DD.HH. o pretender una justificación a violaciones concretas de los DD.HH., con el pretexto de que estos no son exigibles en situaciones de violencia política armada. Tal pretensión merecería el más enérgico rechazo y pondría al país en el riesgo de ser aislado, condenado y expuesto a sanciones. Algunos voceros del actual gobierno e inclusive el Jefe de Estado, se ha referido, en ocasiones, de una manera despectiva los DD.HH., o las ONGs que los defienden y a posiciones en esta materia de los organismos internacionales” (102).

- Finalmente, en materia de narcotráfico dijo Obando que era necesario diseñar con cuidado la política exterior peruana:

“En lo que al campo de la política exterior concierne, la acción internacional del Perú respecto al tema del narcotráfico será fundamental para que el Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas pueda caminar. Se necesitará la acción internacional para con-

-
- (101) BASOMBRIO, Ignacio. *Relacionamiento del Perú con los principales bloques mundiales*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, p. 158
- (102) BERNALDES, Enrique. *Derechos Humanos y democracia*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, p. 117.

seguir financiamiento tanto para el desarrollo alternativo como para la represión.- Acción internacional para buscar la colaboración de empresas privadas extranjeras. Acción internacional para combatir deuda por erradicación de cocaes vía desarrollo alternativo, y acción internacional para buscar un cambio en las actuales circunstancias bajo las que se comercializan internacionalmente de productos agrícolas. Mientras los países industrializados sigan subsidiando a sus productores agrarios en detrimento de los campesinos del Tercer Mundo, estos sólo podrán producir rentablemente coca o amapola” (103).

Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales tiene, en el contexto de la organización del Estado, las siguientes connotaciones constitucionales:

- El Servicio Diplomático tiene una vinculación directa con el Presidente de la República para el cumplimiento de estos fines, aunque debe producirse la intermediación del Ministro de Relaciones Exteriores para efectos de la responsabilidad.

Dice la Ley del Servicio Diplomático de la República aprobada por Decreto Legislativo 894 del 24 de diciembre de 1996:

“Decreto Legislativo 894, artículo 2.- El Servicio Diplomático de la República es el cuerpo profesional especializado del Ministerio de Relaciones Exteriores, organizado en carrera pública jerarquizada, que ejerce la representación diplomática y consular de los intereses del Perú y facilita la información internacional necesaria para la formulación de la política exterior y para la consecución de los objetivos del Estado”.

Y añade a continuación:

“Decreto Legislativo 894, artículo 3.- Son funciones del Servicio Diplomático de la República:

(103) OBANDO, Enrique. *Narcotráfico y terrorismo internacional*. VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI, 1995, p. 89.

- a) Cumplir las directivas que emanen del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores par la ejecución de la política exterior;
 - b) Representar al Estado ante la comunidad internacional;
 - c) Promover y cautelar los derechos e intereses del Perú en el exterior.
 - d) Proteger a los nacionales en el exterior;
 - e) Conducir o participar en las negociaciones internacionales que determine el Ministro de Relaciones Exteriores; y,
 - f) Realizar promoción comercial, proponer convenios, atraer inversiones, apoyar a delegaciones y exposiciones de carácter económico, con miras al desarrollo y crecimiento económico del Perú”.
- La iniciativa en materia de relaciones internacionales y política exterior la tiene el Presidente de la República y no órgano distinto del Estado.
 - Particularmente el Poder Legislativo, tiene una función de control en estos aspectos, pero no puede planificar ni ejecutar política alguna. Deberá ser especialmente cuidadoso de este detalle de competencias cuando apruebe leyes que puedan conducir a lo contrario. Estas leyes, en ese caso, serían incompatibles con la Constitución y podrían ser atacadas por cualquiera de las vías correspondientes: o la no aplicación del artículo 138 o la acción de inconstitucionalidad del artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

Forman parte también de este núcleo de política internacional las atribuciones mencionadas en los incisos 12 y 13 de este artículo que deben ser por tanto, concordadas entre sí.

El Poder Ejecutivo también celebra los tratados de que trata el artículo 57 de la Constitución, y ratifica tanto los de este artículo, como los del 56. Nos remitimos a los comentarios respectivos.

195. Artículo 118 inciso 12

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

12. Nombrar embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación de Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta al Congreso.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 sobre este tópico es:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

15. Nombrar Embajadores y Ministros Plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros. El nombramiento requiere la ratificación por el Senado.

[...]”.

En el ámbito del Poder Ejecutivo el trámite es el mismo en ambas Constituciones pero, en lo referente a la participación del Poder Legislativo, la Constitución de 1979 exigía ratificación de los embajadores por el Senado, en tanto que la Constitución de 1993 sólo exige dar cuenta al Congreso.

Análisis exegético

Los embajadores y ministros plenipotenciarios son representantes del Estado peruano ante sus similares extranjeros y ante los organismos internacionales. Son los funcionarios representantes a través de los cuales se ejecuta la política exterior con otros actores del mundo internacional. Al ser el Presidente de la República el responsable de la política exterior y de las relaciones internacionales, como vimos en el inciso anterior, la Constitución le da la iniciativa para proponer los nombramientos. Sin

embargo, la propia Constitución ha preferido que la decisión final corresponda al Poder Ejecutivo como conjunto y por eso requiere la aprobación del Consejo de Ministros. En este orden de cosas: el nombramiento es del Poder Ejecutivo, pero nadie sino el Presidente tiene iniciativa para proponer embajadores y ministros plenipotenciarios. Se garantiza de esta manera el control de la política exterior al Presidente pero se hace copartícipe de las decisiones (y por tanto de la correspondiente responsabilidad) al gabinete en pleno.

Del nombramiento de embajadores y ministros plenipotenciarios se da cuenta al Congreso, lo que es razonable tanto porque representan al Estado, del que el Congreso es órgano político esencial, como porque el Congreso ejercita la función de control y debe estar informado de los detalles, en los que está incluido conocer quiénes ocupan estas responsabilidades.

196. Artículo 118 inciso 13

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

13. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los cónsules el ejercicio de sus funciones.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la norma que comentamos en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

16. Recibir a los agentes diplomáticos extranjeros, y autorizar a los Cónsules el ejercicio de sus funciones.

[...].

Las normas de ambas Constituciones son idénticas.

Análisis exegético

Los agentes diplomáticos extranjeros son los representantes de sus Estados ante el Perú y corresponde al Presidente de la República recibirlos como responsable de la política exterior del Estado, de las relaciones internacionales (artículo 118 inciso 2 de la Constitución), y como Jefe de Estado y personificación de la Nación (artículo 110 de la Constitución). Es este acto formal el que habilita al representante de Estados Extranjeros a ejercitar tal representación en el Perú. Puede notarse la importancia de esta formalidad desde que, si el Presidente se niega a recibirlo, el representante no puede ejercitar tal representación y, por lo demás, el hecho será tomado como inamistoso por el gobierno del Estado correspondiente.

La función consular también representa a Estados extranjeros pero en materia de intereses y trámites comerciales y personales diversos. Por ello, sus funciones en el territorio nacional también deben ser formalmente autorizadas y es razonable que lo haga el Presidente, al tener que ver con las relaciones internacionales.

197. Artículo 118 inciso 14

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

14. Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía como antecedente la siguiente disposición:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

17. Presidir el Sistema de Defensa Nacional, y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

[...]”.

Las dos Constituciones traen la misma norma al respecto.

Análisis exegético

El Presidente de la República, según el artículo 167 de la Constitución es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. A ello corresponden las funciones de organizar, distribuir y disponer su empleo que menciona la parte final del inciso. Los procedimientos concretos, el margen de la discrecionalidad que corresponde a la decisión presidencial, y los procedimientos internos que deben existir para que el manejo de la fuerza pública sea hecho institucional y no sólo políticamente, son asuntos que merecen ser debatidos. Los tratamos al comentar el artículo 167 y a dicho comentario nos remitimos.

El Sistema de Defensa Nacional es el conjunto de órganos, normas y procesos que tienen que ver con la política de defender a la nación de las amenazas tanto internas como externas. la Defensa Nacional no es tarea privativa del Gobierno y menos aún sólo de las Fuerzas Armadas. Modernamente (y esto es decir desde hace ya varias décadas) la defensa nacional la hacen todos los integrantes de una nación determinada.

La cabeza de todo el Sistema es el Consejo de Defensa Nacional que es presidido por el Presidente de la República, lo que no es sino coherente con varias normas constitucionales, entre ellas los incisos 3, 4, 15

y 16 del artículo 118 y toda la parte referente a la Defensa Nacional y el Orden Interno que corre a partir del artículo 163.

El Sistema de Defensa Nacional tiene su propia ley que es el Decreto Legislativo 743 promulgado el 08 de noviembre de 1991.

198. Artículo 118 inciso 15

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

15. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente del inciso que comentamos, era el siguiente en la Constitución de 1979:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

18. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía en caso de agresión.

[...]”.

Las normas de ambas Constituciones son iguales salvo en lo que se refiere a la atribución presidencial de adoptar las medidas necesarias para la defensa de la soberanía. La Constitución de 1979 limitaba esta posibi-

lidad al caso de agresión. La de 1993, correctamente, elimina el requisito y, entonces, el Presidente podrá tomar provisiones en esta materia aunque no haya agresión contra el Perú. En el mundo contemporáneo es más correcta la norma de la Constitución de 1993 que la de 1979.

Análisis exegético

En este inciso se otorga una competencia específica al Presidente de la República para adoptar las medidas de emergencia que la situación requiera para las finalidades indicadas. Es una atribución coherente con los incisos 3, 4, 14 y 16 del artículo 118 de la Constitución, y con las disposiciones sobre Defensa Nacional y Orden Interno que existen a partir del artículo 163.

La particularidad de esta disposición es que permite que el Presidente ordene acciones inmediatas, sin esperar autorización de otros órganos, particularmente del Congreso. Asimismo, le permite hacer desplazamientos de tropas y autorizar la defensa activa del territorio (aún a riesgo de conflicto armado que se realice de hecho) cuando la urgencia de la situación lo amerite y con independencia de la declaración de guerra que, según el inciso siguiente, sí debe ser autorizada por el Congreso.

Las acciones de defensa territorial y de soberanía contemporáneas, tienen poco que ver con las declaraciones de guerra que existían en tiempos pasados. En la actualidad un ataque generalmente es de sorpresa y fulminante, con gran capacidad de destrucción merced al armamento moderno. Por consiguiente, la defensa debe tener exactamente el mismo patrón de comportamiento: proporcionalidad a la agresión y respuesta inmediata. Es en este contexto, y con esa *ratio legis* que se explica un inciso como éste. El Presidente de la República excedería obviamente la atribución si por esta vía, de hecho, autorizara sin intervención del Congreso la declaración de guerra. Son dos decisiones completamente distintas aunque, y esto es lo más difícil desde el punto de vista jurídico, en la realidad contemporánea el conflicto armado puede muy bien producir, en un lapso muy breve que puede llegar a ser de horas, un espectro continuo que va desde la movilización de material bélico y tropas como medida disuasiva, hasta la invasión del territorio enemigo luchando una guerra efectiva. Entran aquí en juego la prudencia y el respeto a las normas que

deben tener los distintos órganos del Estado para cumplir con la manera adecuada de tomar las decisiones.

De acuerdo al artículo 120, estas funciones presidenciales deberán tener refrendación ministerial para efectos de la responsabilidad política que, en la materia, resulta trascendental.

199. Artículo 118 inciso 16

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo dentro de la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

19. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.

[...]”.

Las dos Constituciones tienen idéntica norma en torno a esta materia.

Análisis exegetico

Las declaraciones de guerra y paz son formales, y trascendentales en las relaciones exteriores de un Estado y por ello el Presidente de la República sólo puede hacerlas con autorización del Congreso.

Sin embargo, en la vida contemporánea la inmensa mayoría de conflictos bélicos son guerras no declaradas y, sin embargo, de gran intensidad. Colabora decisivamente la modernidad del aparato bélico que hace posible un ataque fulminante en pocos minutos, casi sin desplazamiento de combatientes. A ello han contribuido decisivamente las armas con coherencia, que pueden ser disparadas desde grandes distancias y que ya están a disposición de prácticamente todos los ejércitos (y muchos movimientos armados no estatales) del mundo.

La política de defensa, por eso, debe ser integral y permanente, y la propia Constitución debe contener normas que, como el inciso 15 antes comentado, permiten respuestas menos formales pero más eficientes a las amenazas contemporáneas.

Como dijimos también en el comentario anterior, el Presidente de la República deberá tener cuidado de discriminar las medidas que autoriza el inciso 15, de la declaración de guerra que establece el inciso 16, para no viabilizar lo segundo a través de lo primero. Este es un problema que atañe al tacto político y, también y decisivamente, al respeto del orden constitucional interno y a la distribución de los poderes dentro del Estado.

Un caso particular e interesante es el siguiente: el artículo 140 de la Constitución dice: *«La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y del terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada»*.

De la historia política reciente se sabe a propósito de esta norma lo que sigue:

- La Constitución de 1979 autorizaba la pena de muerte para los delitos de traición a la patria en caso de conflicto exterior.

- El Gobierno que se instauró a partir de 1990 quiso extender la pena de muerte al terrorismo (y también quiso hacerlo el Gobierno anterior pero detuvo el proyecto respectivo y no le dio trámite definitivo).
- En este intento, el Gobierno del Presidente Fujimori se encontró con el problema de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica impide ampliar la pena de muerte a nuevos delitos.
- Entonces en el Congreso Constituyente de 1993 se elaboró la fórmula que contiene el 140: se previó la posibilidad de penar con muerte al terrorismo «conforme a los tratados de los que el Perú es parte obligada» y también al delito de traición a la patria «en caso de guerra», es decir, sin especificar si era guerra exterior o interna lo que es una ampliación de la pena de muerte contraria a la Convención de Pacto de San José.

Hoy, la posibilidad de tener que tomar una decisión respecto a estos asuntos ha disminuido con el control del fenómeno terrorista a partir de 1992, pero el problema teórico permanece y es importante: si el Gobierno decidiera instaurar la pena de muerte por guerra interior, a fin de eludir los límites de la Convención de San José: ¿tendría o no que declarar estado de guerra interna?

Constitucionalmente, el estado de guerra requiere declaración formal según establece el inciso 16 que comentamos y no hay razón alguna para discriminar entre la guerra exterior y la guerra interna. Inclusive, podría decirse que el estado de guerra interna es para las personas más importante de ser determinado, desde que pasa a formar parte de su vida cotidiana discriminando a los propios nacionales entre sí. Creemos, entonces, que el inciso 16 del artículo 118 de la Constitución, al exigir la declaración de guerra con autorización del Congreso, incluye la declaración de guerra interna que, cuando menos, sería indispensable para aplicar por esa causal la pena de muerte según el artículo 140.

200. Artículo 118 inciso 17

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

17. Administrar la hacienda pública.

[...]»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 en este tema es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

20. Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

[...]”.

La declaración es idéntica en ambas Constituciones.

Análisis exegético

La hacienda pública es el conjunto patrimonial de ingresos y egresos del Gobierno Central, así como de los bienes del Estado. Su administración corresponde al Presidente de la República en conjunción con el Ministro de Economía y Finanzas. No interviene en ella el gabinete ministerial como conjunto. Esta norma es concordante con la del siguiente inciso, que autoriza al Presidente de la República a negociar los empréstitos que, también debe entenderse, son sólo los que corresponden al Gobierno Central.

Según el artículo 77 de la Constitución, «*La administración económica y financiera del Estado se rige por el Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso*». sobre el presupuesto y sus características constitucionales, ver el comentario a dicho artículo.

Hay que distinguir la hacienda pública que administra el Presidente de la República, de las decisiones monetarias y crediticias que no forman parte de ella y que son atribución del Banco Central de Reserva (artículo 84 de la Constitución).

Tampoco el Presidente de la República administra los recursos del Estado que están asignados como rentas de manejo autónomo a ciertas entidades del Estado. Es el caso, por ejemplo, de los tres primeros incisos del artículo 193 de la Constitución. En estos casos, al igual que en el manejo de los bienes municipales, son los propios municipios los encargados de la administración de los recursos, lo que incluye su recolección, la autorización de gasto y la aprobación de los actos de adquisición o disposición de bienes. Desde luego, sí están sujetos al Sistema Nacional de Control (artículo 82 de la Constitución).

201. Artículo 118 inciso 18

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

18. Negociar los empréstitos.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente que trae la Constitución de 1979 al respecto es:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

20. Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

[..]’.

La declaración es idéntica en ambas Constituciones.

Análisis exegético

La negociación de los empréstitos corresponde también al Presidente de la República en conjunción con el Ministro de Economía y Finanzas. No interviene el gabinete ministerial como conjunto. Es una norma concordante con la función de administrar la hacienda pública establecida en el inciso anterior.

El endeudamiento del Estado es regulado por la ley anual de endeudamiento (artículo 78 de la Constitución), y por las aprobaciones legislativas establecidas en el segundo párrafo del artículo 75.

Según el tercer párrafo del mismo artículo, los municipios pueden celebrar ciertas operaciones de crédito. Ellas, por consiguiente, no serán negociadas por el Presidente y el Ministro de Economía de acuerdo a este inciso. En verdad, es un defecto de la norma que comentamos el no hacer la aclaración pertinente.

Tampoco negocia el Presidente de la República los endeudamientos a que está autorizado el Banco Central de Reserva según el artículo 85 de la Constitución. Es, nuevamente, el defecto señalado en el párrafo anterior.

202. Artículo 118 inciso 19

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente que existía en la Constitución de 1979 respecto de este inciso es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

20. Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

[...]”.

La norma de la Constitución de 1979 sobre este punto fue imprecisa y generó una aplicación concreta cuyas características, importancia y dimensión excedieron largamente el texto de la Carta.

La Constitución de 1993 ha recogido en su texto la praxis de los trece años pasados. Así, se mantiene ciertas características de la institución tal como fue recogida en la Constitución de 1979:

- Consiste en dictar medidas extraordinarias.
- La materia es económica o financiera.
- Tiene que estar involucrado el interés nacional.
- Debe darse cuenta al Congreso.

Sin embargo, la Constitución de 1993 hace, también, las siguientes precisiones importantes:

- Se trata de Decretos de Urgencia con fuerza de ley.
- El Congreso puede modificarlos o derogarlos.
- No pueden contener materia tributaria (ver el artículo 74 de la Constitución de 1993).
- Contra ellos se interpone la acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200 inciso 4 de la Constitución de 1993).

Análisis exegetico

Se permite aquí una forma de dictadura constitucional que constituye una excepción al régimen normal de separación de poderes: debido a una situación extraordinaria, se autoriza que el Poder Ejecutivo, que detenta por sí mismo la atribución ejecutiva del Estado, haga suya por sí y ante sí (con cargo de dar cuenta al Congreso) la función legislativa. Esta es una situación de dictadura porque se unifican en un solo órgano, funciones que normalmente están separadas en varios. Es dictadura constitucional porque la Constitución la legitima.

Se trata de situaciones extraordinarias de naturaleza económica y financiera, y no otras distintas. El artículo 74 de la Constitución, prohíbe que versen sobre materia tributaria. Por el tipo de norma que se autoriza a dictar, un decreto con fuerza de ley, la interpretación de cuál es situación extraordinaria o no y cual es materia económica y financiera o cual no lo es, tiene que ser necesariamente estricta y no extensiva, porque se trata de una excepción al principio general: que las normas con fuerza de ley son dictadas por el Congreso (artículo 102 inciso 1 de la Constitución).

Los decretos de que tratamos, en nuestra práctica constitucional han sido llamados *decretos de urgencia* desde la aplicación de la Constitución de 1979.

El rango de estos decretos (que se llaman tales por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo), es el de la ley. Pueden entonces modificar o derogar leyes, y podrán ser impugnados por la acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200 inciso 4 de la Constitución) y no por

la acción popular contra decretos y resoluciones de carácter general (artículo 200 inciso 5 de la Constitución).

Al dictar los decretos de urgencia, el Poder Ejecutivo deberá ameritar que se trate de normas que requiere el interés nacional. Esta calificación es de naturaleza política y puede estar mejor o peor ajustada a las circunstancias. En todo caso, se da cuenta al Congreso el que podrá volver a ameritar la situación.

Un decreto de urgencia es dictado por el Presidente de la República, pero debe contar con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según el artículo 125 inciso 2 de la Constitución.

En la medida que un decreto de urgencia es una norma formalmente constitucional pero de naturaleza dictatorial en el sentido indicado antes, se da al Congreso la oportunidad de modificar o derogar los decretos de urgencia porque el titular de la función legislativa es él de acuerdo al artículo 102 inciso y, por consiguiente, más allá de la urgencia y del criterio del Poder Ejecutivo, el Legislativo puede tener una posición distinta y, en ese caso, su decisión debe primar. La Constitución guarda, de esta forma, un adecuado balance entre la excepción y la regla general, entre la dictadura constitucional y la separación de poderes. Consideramos que la manera de legislar la institución ha sido adecuada.

Sobre el tema de la posibilidad de modificación o derogación de los decretos de urgencia por el Congreso, dice Eguiguren:

Conviene anotar que aunque la Constitución repite la fórmula de que los decretos de urgencia se dictan «con cargo de dar cuenta al Congreso», trae como novedad un agregado que dice: «El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia». Considero que sería errado interpretar esta disposición como una limitación taxativa al contenido del pronunciamiento del Congreso, excluyendo la posibilidad de que convalide los decretos (confirmando su vigencia temporal) o que los convierta en ley e, incluso, que pretenda darles definitividad. Lo que seguramente persigue la norma constitucional, es reafirmar la potestad derogatoria que asiste al Congreso, así como también que podría introducir

algunas modificaciones para subsanar o corregir deficiencias del decreto (104).

La anotación de Eguiguren es correcta: se hace énfasis en que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia, pero nada impide que los convalide, por ejemplo, convirtiéndolos en ley. Enrique Bernales enfoca el mismo aspecto desde otro punto de vista:

Un problema en la fórmula empleada en este inciso es que los decretos de urgencia han sido concebidos de tal manera que escapen al control ex post del Parlamento. Este control está previsto en otras constituciones, de tal manera que se pueda derivar la evaluación de su expedición, precisar su duración y sus efectos, e inclusive revisarlos sometidos a la ratificación parlamentaria dentro de un plazo inmediato posterior. El Inc.19 señala, simplemente, que «el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia». Pero este criterio no se refiere a trámite de control alguno sino simplemente a la función ordinaria del Congreso de dar leyes, modificarlas o derogarlas (105).

La observación de Enrique Bernales es correcta: no se ha hecho sino decir expresamente lo que ya se sabía, cuando menos en la teoría constitucional: que dentro de su potestad legislativa, el Congreso puede siempre modificar o derogar las normas con rango de ley y los decretos de urgencia están entre ellas. Lo que hubiera sido necesario según Bernales, y nosotros compartimos su opinión, es que se hubiera creado, constitucionalmente, un mecanismo expresamente destinado al control de los decretos de urgencia por el Congreso. Si bien no se halla en el texto constitucional, el procedimiento sí está considerado en el Reglamento del Congreso que establece:

(104) EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 189.

(105) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 493.

“Reglamento del Congreso, artículo 91.- El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.

c) La comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación.

d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley».

La norma, bien utilizada por el Congreso, será un sistema razonable de control de los Decretos de Urgencia porque permite, inclusive, que la promulgación del dictamen solicitando la derogación, sea hecha por el Presidente del Congreso, con la finalidad evidente de que el Ejecutivo no dilate la promulgación si la tuviera en sus manos.

Creemos que existe un vacío, sin embargo: podría ocurrir que no se necesite derogar el decreto de urgencia sino modificarlo. El Reglamento debería hablar de ello en el procedimiento, por más que la Constitución ya diga que el Congreso puede bien derogar, bien modificar. Es un deta-

lle técnico de menor importancia, pero que debiera ser considerado en modificaciones futuras.

El propio Bernalles hace recuento de un episodio parlamentario y de la necesidad de revisar la vinculación entre los decretos de urgencia y las normas presupuestales: Dice, refiriéndose a la época de vigencia de la Constitución de 1979:

El entonces Ministro de Economía y Finanzas Carlos Rodríguez Pastor pretendió que se podía modificar la Ley de Presupuesto de 1983 mediante decretos extraordinarios: «Son normas jurídicas dictadas por el Presidente de la República que tienen forma de decretos supremos, pero el contenido, la fuerza y los efectos de las leyes». La Comisión de Constitución no aceptó este criterio, señalando que la Constitución peruana no había legislado sobre decretos de urgencia. En su valioso dictamen la Comisión argumentó que «si el criterio del Poder Ejecutivo fuese válido, ninguna disposición legal o administrativa de la jerarquía que fuese quedaría en pie, ni estaría asegurada su vigencia. Al Poder Ejecutivo le bastaría invocar al inciso 20 Art. 211 de la Constitución para modificar, derogar o dejar en suspenso cualquier ley o parte de ella, y tal hecho, sin duda alguna, constituiría un desbarajuste legal que afectaría la seguridad jurídica de la Nación.

Esta interpretación era correcta y de haberse aplicado no se hubiera producido los excesos en el uso del Inc. 20 del Art. 211. Es por ello que para controlar mejor los actos del Ejecutivo y resguardar las funciones legislativas y fiscalizadoras del Congreso, en 1983 se propuso en el Senado un proyecto de ley de reforma del Inc. 20 del Art. 211, por medio del cual se planteaba la necesidad de que el Congreso ratifique las medidas extraordinarias en un plazo determinado para que éstas tengan plena vigencia. El proyecto, como muchos otros, fue desestimado por la Comisión de Constitución (106).

(106) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 490.

La Constitución actual ha establecido que los créditos suplementarios, las habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto y, durante el receso del Pleno, se tramitan ante la Comisión Permanente (parte final del artículo 80 de la Constitución). De esta manera, establecido el procedimiento de aprobación, no es posible que los decretos de urgencia modifiquen el presupuesto. Tampoco es debido desde el punto de vista institucional porque una de las reglas de oro del manejo de los Estados consiste en que el Ejecutivo proponga y ejecute y el Legislativo apruebe. Si además el Ejecutivo puede hacer aprobaciones totales o parciales mediante decretos de urgencia, se elimina toda posibilidad de control sobre dichas decisiones y eso no coincide con la concepción del Estado de Derecho y, más específicamente, con la forma en que deben manejarse los recursos públicos según las reglas generalmente reconocidas.

203. Artículo 118 inciso 20

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

20. Regular las tarifas arancelarias.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente que contenía la Constitución de 1979 en este aspecto es el siguiente:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

22. Regular las tarifas arancelarias.

[...].

Las normas de ambas Constituciones son iguales.

Análisis exegético

Las tarifas arancelarias son tributos que pagan los importadores por el internamiento al país de productos elaborados en el exterior.

Si bien los tributos deben ser aprobados por ley (artículo 74 de la Constitución), las tarifas arancelarias se conceden en atribución al Presidente de la República con el Ministro de Economía y Finanzas. Se aprueban por Decreto Supremo. El Consejo de Ministros no es instancia de aprobación obligatoria de estas disposiciones.

La razón de incorporar las tarifas arancelarias en la potestad ejecutiva y no en la legislativa consiste en que ellas son, en el mundo actual, mucho más un instrumento de política macroeconómica que uno de recolección de recursos para el Estado (aunque, desde luego, lo que se recauda por ellos es significativo).

En otras palabras, en la decisión de fijar tarifas arancelarias, tan o más importante que el criterio de cuánto se recaudará, es el de permitir o no permitir el ingreso de ciertos productos extranjeros al país. La mayor o menor apertura a la importación dependerá de muchos factores, entre ellos el grado de protección que se quiere dar a la producción interna, y la política global de importaciones, con las medidas concretas y coyunturales que se decida tomar frente a maniobras discriminatorias comerciales de otros Estados (y que han sido autorizadas por el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución).

Armando Zolezzi, a propósito de la fijación de tasas y tarifas arancelarias por el Poder Ejecutivo (asunto que se trata tanto en el primer párrafo del artículo 74 como en este inciso que ahora comentamos), hace la siguiente crítica y la correspondiente sugerencia:

Existen diferencias, en relación con la Constitución de 1979, que vale la pena destacar:

Se agrega a las facultades propias del Poder Ejecutivo de regular el arancel, a los tributos denominados tasas. Ello, sin duda es positivo.

Sin embargo, debe tenerse presente que lo que se regula no es el arancel ni las tasas, sino la tarifa del arancel de aduanas y la cuantía de las tasas del Gobierno Central e Instituciones Públicas, lo que debió expresarse en esos términos.

Por el contrario, si lo que se pretendía es que sea el Poder Ejecutivo el que ejerza en toda su amplitud la potestad tributaria respecto del arancel de aduanas y los tributos denominados tasas, con lo que estoy plenamente de acuerdo, lo que debió expresarse es algo como: «salvo el arancel de aduanas y las tasas, los cuales son competencia del poder Ejecutivo y se aprobarán por Decreto Supremo» (107).

Consideramos que lo que el constituyente quiso fue, efectivamente, que el Poder Ejecutivo regulara no sólo las tarifas arancelarias sino el arancel mismo. Creemos que la expresión de este inciso es por tanto equívoca y que debiera ser corregida. También consideramos que la propuesta hecha por Zolezzi es adecuada y que debiera recogerse en el texto constitucional en una próxima modificación.

204. Artículo 118 inciso 21

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

(107) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 145.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente en la Constitución de 1979 es:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

23. Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley.

[...]”.

La Constitución de 1979 preveía que la ley limitara la atribución presidencial de indultar y conmutar penas. Si bien la ley puede mantener los límites, aún cuando la Constitución haya eliminado esta parte del texto, hubiera sido técnicamente más correcto mantenerlo en el plano constitucional, para que no quepa posibilidad de discusión sobre la validez de dichos límites.

La Constitución de 1993 añade una norma inexistente en la de 1979, dando posibilidad al Presidente de la República de ejercitar el derecho de gracia y sacar de prisión a los procesados cuya instrucción se haya extendido al doble de sus plazo más el ampliatorio.

Análisis exegetico

El indulto es una gracia que otorga el Estado a los condenados y que consiste en el perdón de la pena. Esto equivale a decir que el reo indultado termina por el indulto de cumplir la pena que se le había impuesto: si debía estar preso sale libre; si se le había producido una inhabilitación recupera su plena capacidad, etc. Por su propia naturaleza, el indulto es una gracia personal, es decir, hecha a la persona individual del condenado.

Raúl Ferrero hace una pertinente diferenciación entre los procesados y los condenados respecto del indulto:

El indulto suprime la represión el hecho punible. La amnistía y el indulto dejan subsistentes las acciones de reparación civil. Así pues define el indulto como la supresión de la represión del hecho punible.

Al utilizar el Código la palabra represión se está refiriendo necesariamente a la pena. Esto significa que el indulto únicamente suprime la pena. En efecto, la represión del hecho punible (el delito), vale decir, el acto de reprimir, no es otra cosa que la pena impuesta.

No puede extenderse el significado de la palabra represión para que también comprenda al proceso, ya que éste alcanza a todo aquel al que se le imputa la comisión de un delito. Es así que personas inocentes son procesadas y justamente a través del proceso se comprueba su inocencia. Insinuar que el proceso es parte de la represión del hecho punible sería sostener que personas inocentes pueden sufrir represión.

Siendo por lo tanto el indulto la supresión de la pena, sólo puede otorgarse a aquellas personas a las cuales se les ha impuesto ésta. No es posible, jurídicamente, extenderla a los procesados (108).

Y luego, a propósito de una experiencia concreta añade:

El D.S. 017-91-JUS pretendió consagrar la figura del indulto para procesados que, otorgado por el presidente, se convertía en una amnistía ejercitada por el poder ejecutivo.

En efecto, otorgar el indulto a un procesado, resultaría una

(108) FERRERO COSTA, Raúl. *Indulto y Amnistía, crítica al D.S. 017-91-JUS*. En *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992. pp. 213-214.

transgresión abierta de nuestro ordenamiento constitucional, pues sustraería al procesado del ámbito del poder judicial e invadiría el ámbito de facultades del parlamento, único poder con atributos para otorgar amnistías y cortar procesos (109).

Coincidimos con la opinión de Raúl Ferrero: desde que el indulto considera cumplida la pena, debe existir pena que se cumpla. No se puede indultar a un procesado porque eso es equivalente a una amnistía, es decir, a olvidar el delito que, por consiguiente, ni siquiera merecerá ser condenado. De esa forma, el Ejecutivo invadiría el terreno de las atribuciones del Legislativo, que es el que ejerce la gracia de la amnistía según el artículo 102 inciso 6 de la Constitución.

La diferencia entre la amnistía y el indulto ha sido establecida claramente en el artículo 89 del Código Penal que dice:

“Código Penal, artículo 89.- La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta”.

El indulto es una gracia porque depende del poder del Estado otorgarla o no. Nadie tiene el derecho de ser indultado, ni adquiere dicho derecho por causa alguna. Sin embargo, sí tiene el derecho de pedirlo en ciertas circunstancias:

- El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su acápite 6: “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente».
- Por su parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su acápite 4: “Toda persona condenada a

(109) FERRERO COSTA, Raúl. *Indulto y Amnistía, crítica al D.S. 017-91-JUS. En Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992, p. 214.

muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”.

La concesión del derecho de solicitar el indulto en estos casos es indiscutible a partir de estas normas. Si bien la autoridad no está obligada a concederlo, sí lo está a recibir la solicitud y contestarla como ejercicio del derecho de petición (ver el artículo 2 inciso 20 de la Constitución).

En el Perú existe el Decreto Supremo 007-95-JUS del 23 de Junio de 1995 que contiene el Reglamento de la Comisión Permanente de Calificación de Indultos. El artículo 7 de dicho Decreto establece las funciones de la Comisión:

«Decreto Supremo 007-95-JUS, artículo 7.- Son funciones de la Comisión:

- a) Evaluar los expedientes y proponer el indulto de los internos sentenciados;
- b) Desestimar los expedientes sobre indultos que no cumplan con los requisitos establecidos;
- c) Solicitar la actualización de los documentos presentados, relativos a la situación jurídica de los internos propuestos para el indulto;
- d) Visitar los establecimientos penitenciarios y entrevistarse con los sentenciados que hayan solicitado el indulto, cuando el caso lo requiere; y,
- e) Las demás que le correspondan de acuerdo a ley».

Por otro lado, queda claro que ninguna propuesta de la Comisión obliga al Presidente de la República quien, de acuerdo a la Constitución, es el magistrado que a su criterio concede los indultos:

«Decreto Supremo 007-95-JUS, primera disposición complementaria.- La propuesta para concesión de indulto de la Comisión no

obliga al señor Presidente de la República, ni la opinión desfavorable o la ausencia de ésta impide su concesión».

Durante los años de represión del terrorismo, se condenó a penas graves a una serie de personas, de cuya inocencia hubo cada vez mayores pruebas. Lo drástico del procedimiento que se estableció para sancionar los delitos de terrorismo impidió en muchos casos ejercitar una adecuada defensa y los tribunales militares no son recintos en los cuales personas de sólida formación jurídica puedan discernir con conciencia formada sobre la inocencia o culpabilidad de las personas, así como sobre los demás elementos del Derecho Penal aplicables en estas circunstancias.

La presión para lograr la libertad de estos inocentes creció y obligó al Estado a tomar cartas en el asunto. El rol de la naciente Defensoría del Pueblo fue trascendental en este problema y, así, se dictó la ley 26655 del 16 de Agosto de 1996 que creó la comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas condenadas por delito de terrorismo o traición a la patria. Sus principales disposiciones fueron las siguientes:

«Ley 26655, artículo 1.- Créase una comisión Ad hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas».

«Ley 26655, artículo 2.- La comisión también propondrá al Presidente de la República, en forma excepcional, el ejercicio del derecho de gracia a que se refiere el artículo 118 inciso 21) de la Constitución Política del Perú, para quienes se encuentren procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas».

«Ley 26655, artículo 7.- Además de las funciones contempladas en los artículos 1 y 2, la Comisión podrá recomendar un procedimiento

extraordinario de revisión de las sentencias condenatorias en los delitos de terrorismo o traición a la patria, de acuerdo a ley, cuando a criterio de la Comisión subsistan dudas sobre la vinculación que los *condenados* hubieran podido tener con elementos, actividades u organizaciones terroristas. Asimismo, podrá recomendar medidas legislativas para afianzar el respeto de los derechos humanos en los procesos por terrorismo y traición a la patria».

Gracias a esta ley, varias decenas de condenados han salido ya en libertad. Hay que notar que el artículo 2 reincide en el error de considerar que se puede indultar a quien se haya aún sometido a proceso y no condenado.

Destaca también la posibilidad de revisar sentencias establecida en el artículo 7, que es muy importante en estos casos porque, como puede verse, se indulta aún cuando las personas son tenidas por inocentes ante la falta de pruebas. En rigor, lo que debiera proceder en estos casos es la revisión de las sentencias para corregir los errores y borrar los delitos, no por la amnistía, sino por la corrección del error en la sentencia condenatoria.

La conmutación de penas consiste en la gracia de convertir una pena más grave en una menos grave. Por ejemplo, en convertir la pena de muerte en una de privación de la libertad. Tampoco hay quien adquiera el derecho a la conmutación de penas y el Poder no está obligado a hacerlo en ningún caso, al menos jurídicamente hablando. Sin embargo, como hemos visto inmediatamente antes, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorgan a las personas el derecho a solicitar conmutación de pena cuando han sido condenadas a muerte. El Poder del Estado no está obligado a conmutar, pero deberá tratar este pedido como ejercicio del derecho de *petición*, tal como dijimos a propósito de la solicitud de indulto (ver el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución).

Ni el indulto ni la conmutación de penas son interferencia del Poder Ejecutivo en los asuntos del Poder Judicial porque están expresamente autorizados por la Constitución. Además el inciso 2 del artículo 139 de la propia Constitución establece que las disposiciones sobre la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional «no

afectan el derecho de gracia» que es precisamente el que venimos tratando.

Finalmente, el inciso establece un derecho adicional que es ejercer la gracia del indulto sobre procesados penales cuando la etapa de instrucción haya excedido el doble del máximo tiempo permitido por las leyes procesales (que son su plazo y su ampliatoria). Se ha dictado esta norma porque en la etapa de instrucción se sigue presumiendo la inocencia del inculpaado y, si se mantiene la detención por más del doble del tiempo permitido para la instrucción, en realidad se le estará reteniendo privado de la libertad aún cuando todavía no se le puede considerar jurídicamente culpable. (El literal e. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución establece que *«Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad»*).

Además de estas gracias otorgadas por el Poder Ejecutivo, está la de la amnistía, que corresponde al Poder Legislativo (artículo 102 inciso 6 de la Constitución).

205. Artículo 118 inciso 22

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

22. Conferir condecoraciones en nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 en este punto era:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

24. *Conferir condecoraciones a nombre de la Nación, con acuerdo del Consejo de Ministros.*

[...]”.

La norma es la misma en las dos Constituciones.

Análisis exegetico

Las condecoraciones son reconocimientos públicos hechos a nombre del Estado, en beneficio de personas e instituciones distinguidas. Tienen sus propios reglamentos en los que se indican las razones por las que las personas pueden ser premiadas con ellas, el procedimiento a seguir para otorgarlas y los grados en que se otorgan. Para que el Poder Ejecutivo pueda entregar condecoraciones en nombre de la Nación, tiene que haber acuerdo del Consejo de Ministros, como dice la parte final del inciso.

206. Artículo 118 inciso 23

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...].

23. Autorizar a los peruanos para servir en un ejército extranjero. Y

[...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía el siguiente antecedente sobre el tema:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

25. Autorizar a los peruanos para servir en ejército extranjero.

[...].

Las dos Constituciones han establecido exactamente la misma norma respecto de este punto.

Análisis exegetico

Muchas veces los peruanos que viven en el extranjero se ven sometidos a las reglas del servicio militar obligatorio del país en el que residen y puede presentarse el problema de que luego sean sancionados en nuestro país por ingresar al servicio del ejército extranjero. Para evitar estos problemas, el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Defensa, puede dar estas autorizaciones.

En realidad, la autorización de que tratamos pierde relativa importancia en la actualidad cuando la ley de la nacionalidad permite que se tenga doble nacionalidad y que se cumpla con la nacionalidad del país de residencia sin perder la peruana ni sus derechos. (ver las referencias a esta ley de la Nacionalidad 26574, en nuestro comentario a los artículos 52 y 53 de la Constitución).

207. Artículo 118 inciso 24

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

[...].

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de esta materia en la Constitución de 1979 es:

“Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

[...]

26. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan”.

Es un inciso de estilo que no sufre modificación de una a otra Constitución.

Análisis exegético

Busca incorporar entre las funciones del Presidente de la República o del Poder Ejecutivo las que hayan sido establecidas en el resto de la Constitución (como por ejemplo la del artículo 137, no mencionada en estos incisos), o en las leyes.

TITULO IV

CAPITULO V

CONSEJO DE MINISTROS

208. TITULO IV, CAPITULO V: CONSEJO DE MINISTROS

En realidad, los aspectos esenciales del Consejo de Ministros y de los ministros por separado están ya tratados en el análisis del Poder Ejecutivo dentro del encabezamiento que hemos hecho al comentario del capítulo anterior. Esto se debe a que el Poder Ejecutivo es un órgano complejo del que el Consejo de Ministros es parte fundamental. Lo que ocurre es que la Constitución trata deficientemente esta parte desde el punto de vista sistemático, al dar la impresión de que el capítulo IV es el que corresponde al Poder Ejecutivo y el V al Consejo de Ministros. En verdad, debería haber una reagrupación estableciendo un capítulo de Poder Ejecutivo en el que hubiera dos secciones: una correspondiente al Presidente de la República y otra al Consejo y los ministros.

Sin embargo, vale la pena hacer un resumen de los aspectos más saltantes, tanto del Consejo como de los ministros.

En primer lugar, hay que decir que cada ministro es un órgano distinto al Consejo de Ministros del que forma parte. Tienen funciones y responsabilidades que son claramente distinguibles dentro del orden institucional del Estado.

El Consejo de Ministros es un órgano colegiado que tiene ciertas atribuciones específicamente encargadas y que se hallan contenidas en el artículo 125, pero también en los artículos 71; 118 incisos 7, 12 y 22; 119; 133; 137 y 206. El acuerdo favorable del Consejo de Ministros en

estos asuntos es indispensable para que las decisiones sean constitucionalmente válidas.

Correspondientemente, los integrantes del Consejo de Ministros asumen responsabilidad política según los términos del segundo párrafo del artículo 128 de la Constitución de 1993.

A su vez, cada ministro es un órgano del Estado que tiene las funciones que le establece el artículo 119 y, además, que controla al Presidente de la República porque sin su firma, los actos presidenciales son nulos por lo establecido en el artículo 120 de la misma Constitución de 1993. Cada ministro es también responsable individualmente por sus propios actos y por los del Presidente de la República que refrende. La norma que establece esta responsabilidad se halla en el primer párrafo del artículo 128 de la Constitución de 1993.

Dos modificaciones entre la Constitución de 1979 y la de 1993 son a nuestro juicio importantes de resaltar en esta parte:

- Se ha dicho expresamente lo que ya era una práctica anterior: que el personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional puede ocupar cargos de Ministro de Estado.
- Que el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros, deben concurrir periódicamente a las sesiones plenarios del Congreso para la estación de preguntas. Esto favorece el diálogo entre Ejecutivo y Legislativo, y entre Gobierno y oposición, que es importante para el sistema democrático.

209. Artículo 119

«Artículo 119.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 estableció la existencia de tres ministros de Estado y los grandes elementos de su función dentro del departamento respectivo:

«Constitución de 1823, artículo 82.- Habrá tres Ministros de Estado: uno de Gobierno y Relaciones Exteriores, otro de Guerra y Marina, y otro de Hacienda».

«Constitución de 1823, artículo 85.- Los Ministros son el órgano del gobierno en los departamentos de su dependencia, debiendo firmar las órdenes que emanen de este poder».

La Constitución de 1826 se refirió a los *secretarios del despacho*, y estableció que habría cuatro de ellos:

«Constitución de 1826, artículo 92.- Habrá cuatro secretarios del despacho, que despacharán bajo las órdenes inmediatas del vicepresidente».

La Constitución de 1828 innovó de la siguiente manera el tema de los ministros:

«Constitución de 1828, artículo 95.- Los negocios del gobierno de la República se despacharán por los ministros de Estado, cuyo número designará la ley».

La Constitución de 1834 trajo norma similar en contenido a la de 1828.

Según el inciso 8 del artículo 30 de la Constitución de 1837, el Protector de la Confederación Perú-Boliviana nombraba a los ministros de Estado y, se entiende, los removía. Las normas específicamente dirigidas a ellos son las siguientes:

«Constitución de 1837, artículo 31.- El Protector creará los Ministerios de Estado que juzgue necesarios para el servicio de la confederación».

«Constitución de 1837, artículo 32.- En caso de ausencia, enfermedad ó muerte del Protector, le reemplazará el Consejo de Ministros, presidido por la persona que él designe, ó por el Ministro más antiguo si no lo hubiere hecho. Por muerte del Protector el Consejo convocará inmediatamente al Congreso extraordinario para la elección del sucesor. Si el Congreso no lo hiciere en los tres primeros días siguientes a su instalación los verificará el Presidente del Senado».

La Constitución de 1839 volvió a referirse escuetamente a cuatro ministros de Estado:

«Constitución de 1839, artículo 89.- Habrá a lo más cuatro Ministros de Estado para el despacho de los negocios de la administración pública».

La Constitución de 1856, establece nuevamente una definición global y deja al rango de ley determinar el número de ministros y los ramos en los que ejercerán sus funciones, disposición que es seguida por el artículo 97 de la Constitución de 1860; el artículo 89 de la Constitución de 1867; 125 de la Constitución de 1920 y 156 de la Constitución de 1933. El texto de 1856 fue el siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 91.- Los negocios de la administración pública se despachan por los Ministros de Estado: el número de estos y los ramos que á cada uno correspondan, se designarán por una ley».

La Constitución de 1933 estableció una norma innovadora en lo que se refiere a la sujeción de cada ministro a la política general del Ejecutivo:

«Constitución de 1933, artículo 178.- Cada Ministro dirige, de acuerdo con la política general del poder Ejecutivo los asuntos que competen a su respectivo Ministerio».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 212.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas a los Ministros en los asuntos que competen al ministerio de su cargo”.

Ambas Constituciones tienen el mismo contenido esencial en referencia al tema, pero la Constitución de 1993 añade correctamente que algo de la gestión de los servicios públicos está también confiado al Consejo de Ministros porque, en el Poder Ejecutivo, los ministros actúan tanto individualmente como reunidos en Consejo según la materia de que se trate.

Análisis exegético

El artículo caracteriza a los ministros individualmente y formando colectivamente el Consejo de Ministros, como directores y gestores de los servicios públicos. Los ministros serán responsables tanto colectivamente por los actos que realicen bajo forma de Consejo de Ministros, como individualmente por los actos que puedan atribuirse a cada uno de ellos.

En nuestro criterio es acertado dar la dirección y gestión de los servicios públicos al plano ministerial. La dirección porque supone el diseño y la orientación general. La gestión, porque en el ministro existe también la responsabilidad de que lo que se ejecute sea adecuado para las personas, que son las últimas destinatarias de los servicios públicos.

Sin embargo, creemos que esa caracterización es insuficiente porque, además de administración pública, los ministros son gobernantes, en la medida que conforman con el Presidente de la República, el Poder Ejecutivo: según el artículo 120 el Presidente no puede realizar acto válido sin refrendación ministerial, y según el artículo 125, entre otros, el Consejo de Ministros debe aprobar buena parte de los actos importantes del Presidente. Por consiguiente, hay una clara dimensión política en cada ministro y en el Consejo, que no se refleja adecuadamente en el artículo 119. En otras palabras, para ser cabal definición del ministro y del Gabinete, el artículo debería además de lo que dice, señalar que el Ministro y el Consejo, cada uno en su ámbito, son políticamente responsables.

En nuestro criterio, estaba ya mejor elaborado el Decreto Legislativo 560, promulgado el 28 de Marzo de 1990, que contiene la Ley del Poder Ejecutivo:

«Decreto Legislativo 560, artículo 37.- El Ministro es responsable político y está a cargo del Sector o Sectores que se le confían. Es titular del respectivo pliego presupuestal. Establece los objetivos y orienta, formula, dirige y supervisa las políticas de su competencia, en armonía con las disposiciones constitucionales, la política general y los planes de gobierno. Tiene a su cargo la regulación de los servicios públicos que competen a los Sectores de su competencia.

Supervisa la aplicación de la política sectorial por parte de los órganos y organismos correspondientes del Gobierno Regional.

Refrenda los actos presidenciales que atañen al Sector o Sectores a su cargo. Expide resoluciones ministeriales y resuelve, en última instancia administrativa, las reclamaciones interpuestas contra órganos dependientes de él, salvo en los casos que la ley exige Resolución Suprema.

Podrá delegar las facultades y atribuciones que no sean privativas a su función de Ministro de Estado».

Esto no hace sino ratificar lo que dicen ya otras normas de la Constitución, particularmente el artículo 132: *«El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza»*. Hubiera sido mejor que se pensara con mayor detenimiento el artículo 119 de la Constitución y se introdujeran en él estos elementos que, como vemos, ya estaban a disposición.

Por lo dicho, consideramos que el Ministro, y a su turno el Consejo de Ministros, son los órganos del Poder Ejecutivo que tienen la responsabilidad política y la máxima responsabilidad administrativa de los asuntos que corresponden a su sector o al Poder Ejecutivo en su conjunto, respectivamente. Consideramos que el artículo 119 debería ser modificado en el sentido que hemos indicado en estos párrafos.

Como puede apreciarse de este artículo, por otro lado, la responsabilidad de los asuntos públicos recae directamente en el Ministro o en el Consejo como colectivo. Esto es importante porque en el Perú estamos acostumbrados a hablar de la responsabilidad y la competencia de los *ministerios* como si estos organismos fueran detentadores de responsabilidades. En realidad, los ministerios no son sino aparatos burocráticos que sirven al ministro en la tarea de su cartera (o de su sector, como se dice modernamente). Sin embargo, el órgano político y administrativo es el Ministro.

El uso del término *Ministerio* en vez de *Ministro* es tan frecuente, que inclusive la Constitución usa equivocadamente uno por otro en el artículo 79 cuando dice: «*En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas*». Es evidente que quien hará el informe no es el *Ministerio* sino el *Ministro*. Y, como es obvio, si el informe está mal hecho o induce a error al Congreso al votar la norma, la responsabilidad por el informe se le exigirá al Ministro interpeándolo o censurándolo. En general debemos ser cuidadosos en discriminar el órgano político llamado *Ministro*, del aparato burocrático denominado *Ministerio*. El constituyente, por su lado, no debería incurrir en errores de concepto serios como el del artículo 79, norma cuya redacción debiera ser corregida oportuna y rápidamente.

Los ministerios han sido caracterizados de la siguiente forma en el Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo:

«Decreto Legislativo 560, artículo 19.- Los Ministerios son los organismos administrativos del Poder Ejecutivo que formulan, en coordinación con los Gobiernos Regionales, las políticas sectoriales de su competencia.

Les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central de Gobierno, bienes y servicios sectoriales; así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente. Asimismo ejecutan las acciones e inversiones en los casos que le son reservados al Gobierno Nacional».

En la definición puede verse que el ministerio es un organismo administrativo. No es un ente político ni de conducción de políticas. Esto compete al ministro en cada ramo de la gestión del Ejecutivo. En este sentido, el Ministerio ejecuta labores por las cuales sus funcionarios pueden ser administrativamente responsables de acuerdo a ley. Sin embargo, la responsabilidad política por la actuación de los funcionarios del ministerio, siempre recaerá, y sólo recaerá, en el Ministro, a quien corresponden las grandes decisiones de conducción del sector correspondiente.

Finalmente, en este artículo es importante comentar que ni el Consejo de Ministros ni los ministros individualmente, fijan de manera autónoma las líneas directrices de su gestión. Según el artículo 118 inciso 2 ya comentado, es el Presidente el que dirige la política general de gobierno, lo que lo convierte en Jefe de Gobierno. Por consiguiente, las políticas de cada sector y del Ejecutivo en su conjunto, tienen que ser coordinadas por los ministros con el Presidente. Este tiene sobre los ministros el inmenso poder de nombrarlos y removerlos (artículo 122 de la Constitución), lo que reduce aún más la autonomía de quien ejerce el cargo ministerial. Este es un asunto complejo, que desarrollamos al tratar dicho artículo 122.

210. Artículo 120

«Artículo 120.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Ya la Constitución de 1823 estableció la necesidad de la firma ministerial para la validez de los actos del Presidente de la República:

«Constitución de 1823, artículo 73.- Todos los actos de su administración serán suscritos por el Ministro de Estado en el despacho respectivo. El que careciere de esta circunstancia se reputará como no dimanado de este poder».

La Constitución de 1826 incluyó entre los requisitos la firma del vicepresidente:

«Constitución de 1826, artículo 93.- Ningún tribunal ni persona pública dará cumplimiento a las órdenes del Ejecutivo que no estén firmadas por el vice-presidente y secretarios del despacho del departamento correspondiente».

La Constitución de 1828 estableció un texto que fue seguido, con ligeras modificaciones de redacción, por las siguientes Constituciones: 1834 en su artículo 93; 1839 en su artículo 90; 1856 en su artículo 92; 1860 en su artículo 99; 1920 en su artículo 127, y 1933 en su artículo 166. El texto de 1828 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1828, artículo 97.- Los ministros firmarán los decretos y órdenes del presidente, cada uno en su respectivo ramo, sin cuyo requisito no serán obedecidos».

La Constitución de 1867 incluyó algunas otras normas no consignadas anteriormente, en especial las referidas a los ministros censurados:

«Constitución de 1867, artículo 88.- El Presidente no puede despachar en ningún departamento de la administración pública, sin la concurrencia oficial de Ministros responsables. Tampoco puede despachar en ningún departamento con el Ministro contra quién el Congreso haya emitido voto de censura».

«Constitución de 1867, artículo 91.- Las órdenes y decretos del Presidente se firmarán por los Ministros en sus respectivos ramos, sin cuyo requisito no serán obedecidos».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente al 120 de la Constitución de 1993, es el 213 de la Constitución de 1979 cuyo texto dice:

“Artículo 213.- Son nulos los actos del Presidente de la República que no tienen refrendación ministerial”.

Con un mínimo cambio de redacción, las dos Constituciones tienen el mismo significado normativo.

Análisis exegético

El Presidente de la República es irresponsable por sus actos, característica que comparte con los Jefes de Estado de todos los sistemas políticos occidentales significativos. Sólo puede ser procesado por muy contados delitos establecidos taxativamente en los textos constitucionales. En el nuestro se hallan en el artículo 117 de la Constitución.

Por eso, y para garantizar que en toda decisión del Poder Ejecutivo haya un responsable político, es que se exige que un ministro refrende los actos del Presidente para darles validez. Como resulta obvio, esta norma busca establecer un sistema de control de los ministros para con el Presidente: si no firman él no puede hacer nada. Por consiguiente, es el sentido de la norma, el Presidente deberá armonizar sus decisiones con los ministros.

El Estado de Derecho, desde la aparición de las Constituciones en el sentido contemporáneo del término, ha desarrollado una serie de mecanismos de control del poder. Algunos son denominados *interórgano* porque son los que realiza un órgano del Estado a otro. Por ejemplo, el Congreso puede censurar a los ministros. Sin embargo, también hay sistemas de control *intraórgano* que son aquellos que se producen en el proceso de generar las decisiones. A veces es conveniente el control interórgano pero muchas otras, y con mayor razón dentro del Ejecutivo que asume tantas funciones y ejecuta tantas actividades de manera permanente, es necesario un control intraorgánico, de manera que el procesamiento de la decisión suponga discusión y elaboración adecuadas.

El refrendo ministerial a los actos presidenciales tiene esta doble función por tanto: dar la responsabilidad de los actos presidenciales al ministro firmante y al mismo tiempo permitir que, por ello mismo, pueda ocurrir un diálogo esclarecedor de las decisiones entre el Presidente y los ministros, individual o colectivamente considerados, según cada circunstancia.

En la práctica ocurre usualmente lo contrario: como el Ministro es persona de confianza del Presidente, suele ser dúctil frente a sus decisiones. En el Perú los Ministros más que sentirse «Ministros de Estado» se han sentido (y a menudo lo han dicho en público), «Ministros del Presidente». Con esta actitud, el control intraórgano que pretende este artículo 120 casi no podrá funcionar eficientemente. Es necesario un cambio en la autopercepción de los ministros y, probablemente también, en la forma como son nombrados o mantenidos en el cargo. Sólo si los ministros pueden efectivamente cogobernar con el Presidente habrá un Poder Ejecutivo sólido. En caso contrario, el personalismo presidencial primará en detrimento del trabajo de equipo (como ha ocurrido preferentemente hasta ahora).

211. Artículo 121

«Artículo 121.- Los ministros reunidos, forman el Consejo de Ministros. La ley determina su organización y funciones.

El Consejo de Ministros tiene su Presidente. Corresponde al Presidente de la República presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o cuando asiste a sus sesiones.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El artículo 83 de la Constitución de 1823 se refirió genéricamente al régimen interior de los ministerios que elaboraría un reglamento aprobado por el Congreso. Sin embargo, en el artículo 84 habló de las resoluciones que adoptarían en común, lo que si bien no da la impresión de un gabinete acabado, si anuncia el trabajo conjunto e integrado en un cuerpo:

«Constitución de 1823, artículo 83.- El régimen interior de los ministerios depende del reglamento que hiciere el Congreso».

«Constitución de 1823, artículo 84.- Son responsables in solidum

los Ministros por las resoluciones tomadas en común, y cada uno en particular por los actos peculiares a su departamento».

La Constitución de 1828 tuvo una norma similar al artículo 83 de la Constitución de 1823, en su artículo 101.

El Consejo de Ministros aparece nombrado en la Constitución de 1856, con un texto que será luego seguido por el artículo 100 de la Constitución de 1860 y por el artículo 92 de la Constitución de 1867. El artículo de 1856 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 93.- Habrá un Consejo de Ministros cuya organización y procedimientos se detallarán por la ley».

Sobre la creación del Consejo de Ministros en esta Constitución dice Villarán:

La creación del Consejo de Ministros en la Convención de 1855-56 se realizó sin resistencia. El Comercio en su extracto de la sesión del 27 de marzo de 1856, dice que la creación del Consejo de Ministros fue motivo de «un largo y reñido debate». La reforma quizás habría fracasado sin la influencia de José Gálvez que sostuvo la necesidad del Consejo para dar armonía a los actos del Ministerio y hacer efectiva su responsabilidad (110).

Y añade luego, que ya existía de hecho anteriormente bajo forma de costumbre:

El Consejo de Ministros como cuerpo consultivo existió por costumbre algún tiempo antes de ser creado oficialmente. El General Mendiburu, defendiendo el proyecto de la ley de Ministros de 1862, decía: «En el período anterior de S.E. el Presidente (Castilla) desempeñé dos ministerios y puedo asegurar que no existiendo entonces Consejo de Ministros, el Presidente reunía a éstos en todos los casos y para todos los asuntos que se puntualizan

(110) VILLARAN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. ¿Lima? Colegio de Abogados de Lima, 1994, p. 40.

en el artículo 22 del proyecto. Recuerdo mucho que el nombramiento de Prefectos, de Vocales de la Corte, de miembros del cuerpo diplomático, presentación de Obispos, etc., los contratos, los negocios graves diplomáticos, los proyectos de ley, el mensaje, el presupuesto, las memorias de los Ministros, todo se consultaba y acordaba con el Ministerio reunido. Esto mismo se hace actualmente. No hay asunto de los mencionados en esta ley que no se trate y discuta en Consejo, fuera de otros negocios que no se han tenido presentes en el proyecto». (D.D. Cong. Ord. 1860-61, p. 1378) (111).

La Constitución de 1920 repitió la norma anterior pero añadió otros dispositivos también importantes, que no existieron en los textos de las Constituciones anteriores:

«Constitución de 1920, artículo 128.- Los Ministros de Estado reunidos forman el Consejo de Ministros, cuya organización y funciones se detallarán por la ley. No podrá haber Ministros interinos. En caso de necesidad puede el Presidente encomendar a un Ministro el despacho de otro ramo por impedimento del titular, sin que este encargo se prolongue más tiempo del que fija la ley”. (La ley 4038 estableció que las vacantes eran cubiertas el mismo día, en todo caso dentro de los 30 días de producida).

La Constitución de 1933 completó aún más el tratamiento del tema:

«Constitución de 1933, artículo 157.- Los Ministros de Estado, reunidos, forman el Consejo de Ministros. Su organización y sus funciones son determinadas por la ley. El Consejo de Ministros tiene su Presidente».

«Constitución de 1933, artículo 163.- El Presidente de la República convoca extraordinariamente y preside el Consejo de Ministros, y tiene el

(111) VILLARAN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. ¿Lima?, Colegio de Abogados de Lima, 1994, pp. 40-41.

derecho de presidirlo cuando ordinaria o extraordinariamente es convocado por el Presidente del Consejo.

Todo acuerdo del Consejo requiere el voto conforme de la mayoría de sus miembros».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente del artículo que tratamos, dentro de la Constitución de 1979, era el siguiente:

“Artículo 215.- Los Ministros reunidos forman el Consejo de Ministros. La ley determina su organización y funciones.

El Consejo de Ministros tiene su Presidente. Corresponde al Presidente de la República presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o asiste a sus sesiones”.

Las disposiciones de ambas Constituciones tienen el mismo significado normativo en este asunto.

Análisis exegético

El Consejo de Ministros reúne dentro de sí al Presidente de la República que lo preside cuando asiste, y a todos y cada uno de los ministros. Es un órgano del Poder Ejecutivo que cogobierna en muchos asuntos significativos con el Presidente de la República. Sus atribuciones principales, no las únicas, están en el artículo 125 y de ellas se puede ver su importancia.

El Consejo de Ministros tiene su presidente denominado Presidente del Consejo de Ministros aunque en el habla política peruana suele llamársele *Primer Ministro*. No lo es en absoluto porque sólo tiene funciones formales, como ésta de presidir el Consejo de Ministros cuando no asiste el Presidente de la República caso en el cual, por lo demás, el Consejo de Ministros no tomará ninguna decisión significativa, por el peso decisorio del Presidente de la República.

Las funciones del Presidente del Consejo de Ministros se hallan

establecidas en el artículo 123 de la Constitución y, como veremos al comentarlas, no son propiamente de gobierno sino de coordinación y de control intraórgano. El *Primer Ministro* jefe de gobierno en otros países, es verdaderamente quien conduce la vida política, relegando al Presidente o al Rey (según los Estados) a un papel de Jefe de Estado. En nuestro caso, como ya viene dicho el Presidente de la República es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Con ello, no queda espacio para una Presidencia del Consejo de Ministros verdaderamente directiva del Poder Ejecutivo.

Inclusive, el Presidente del Consejo de Ministros, es removido a voluntad del Presidente de la República. Por consiguiente sus decisiones dependen de las de él. Esto hace que el Presidente del Consejo de Ministros en el Perú tenga muy poca capacidad de decisión y, sin embargo, se halle cargado de muchas responsabilidades con las cuales, en realidad, no puede cumplir cabalmente. Particularmente, se lo trata como responsable de la política del Gobierno sin que verdaderamente lo sea. Por ello, tiene que presentarse ante el Congreso al iniciar sus funciones (Constitución, artículo 130), y debe concurrir periódicamente al Congreso a responder preguntas (artículo 129). El verdadero responsable y líder de todo ello es el Presidente de la República.

Desde luego, el Presidente del Consejo puede negarse a avalar una decisión Presidencial. En ese caso, sin embargo, será removido y se colocará a otro que sí acepte las órdenes presidenciales. En la historia nunca hubo un Presidente que no hallara siempre un ciudadano dispuesto a colaborar con él en un ministerio, no importando cuáles fueran las decisiones que dicho Presidente estaba proclive a tomar.

212. Artículo 122

«Artículo 122.- El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Todas las Constituciones del Perú establecieron que el Presidente de la República nombra y remueve a los ministros de Estado (Constitución de 1823, artículo 80; Constitución de 1826, artículo 83; Constitución de 1828, artículo 90; Constitución de 1834, artículo 85; Constitución de 1837, artículo 30; Constitución de 1839, artículo 87; Constitución de 1856, artículo 89; Constitución de 1860, artículo 94; Constitución de 1867, artículo 85; Constitución de 1920, artículo 121).

La Constitución de 1933 establece normas más complejas y desarrolladas al respecto:

«Constitución de 1933, artículo 158.- El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. Nombra y remueve a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo».

«Constitución de 1933, artículo 159.- El Presidente del Consejo refrenda su propio nombramiento y los nombramientos de los demás Ministros».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 216.- El Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo. También nombra y remueve a los demás Ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo”.

Las normas de ambas Constituciones tienen muy pequeñas diferencias de redacción. Sin embargo, el significado normativo es idéntico en las dos.

Análisis exegético

El artículo hace depender exclusivamente del Presidente de la

República el nombramiento y la remoción del Presidente del Consejo de Ministros. Luego, a su propuesta y con su acuerdo, nombra y remueve a los demás ministros. Este juego de potestades hace que el Presidente del Consejo dependa íntegramente del Presidente de la República, y que el nombramiento de los demás ministros dependa del Presidente de la República y del Consejo. Es fácil ver en esta cadena que todo depende del Presidente de la República.

Villarán explica esta circunstancia de la siguiente manera:

Si la Constitución da al Presidente de la República la facultad de nombrar a sus Ministros decía acertadamente el senador Irigoyen, es con el objeto de que escoja a los individuos con quienes crea que podrá regir mejor los elevados destinos que le están encomendados. El Presidente de la República, no sólo busca, pues, en un Ministro capacidad, ilustración y probidad, sino también y de un modo particular homogeneidad de ideas políticas y de plan gubernativo. Si desgraciadamente un Ministro no tiene esta última cualidad, no puede dar un paso y su permanencia en el Ministerio llega a ser imposible. Cuando hay, desacuerdo entre el Presidente de la República y uno de sus Ministros, sobre algún punto grave en el que ninguno de los dos pueda ni deba sacrificar sus convicciones ni su conciencia, no hay otro remedio de salvar la dificultad que la separación del Ministro (112).

En otros sistemas constitucionales el origen del poder de los ministros, o en todo caso su remoción, no ocurren de esta forma, sino de manera que el ministro tenga una mayor autonomía del Presidente de la República, entre otras razones, para que pueda ejercer mejor el control intraórgano que está previsto. Por ejemplo, puede suceder que el Presidente nombre pero que el Congreso, al dar el voto de confianza (que existe en el Perú según el artículo 130 de la Constitución) haga ya imposible que el Ministro sea removido por exclusiva decisión del Presidente y que, en este caso, sólo pudiera haber remoción por el Congreso, o por una decisión conjunta de ambos. Las formas de solución

(112) VILLARAN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. ¿Lima?, Colegio de Abogados de Lima, 1994, p. 54.

de este asunto son muchas, pero lo importante es que se garantice la independencia suficiente a los ministros, para que puedan controlar efectivamente los actos del Presidente. Con las normas que tiene esta Constitución, los ministros sólo pueden tender a ser «ministros del presidente», no «ministros de Estado». A esta misma conclusión llegaba ya Villarán en su tiempo:

Esta situación es inherente al régimen presidencial, que otorga autoridad suprema y personal a la cabeza del Ejecutivo. Un gabinete que el Presidente puede separar carece de medios para sobreponerse a la voluntad presidencial. Para intentarlo no tiene en que apoyarse. En vano apelaría a las Cámaras, nada lo autoriza para pedirles amparo. Las Cámaras no lo han formado y no tienen fuerza legal ni política para sostenerlo si el Presidente quiere desprenderse de él.

Nuestra constitución y costumbres crean, pues, un Presidente fuerte y un Gabinete débil (113).

Es de destacar que no sería problema que los ministros fueran en realidad secretarios del Presidente. Pero para que ello sea posible, muchas otras cosas de la relación entre Ejecutivo y Legislativo tendrían que cambiar.

213. Artículo 123

«Artículo 123.- Al Presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde:

- 1. Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno.*
- 2. Coordinar las funciones de los demás ministros.*

(113) VILLARAN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. ¿Lima?, Colegio de Abogados de Lima, 1994, p. 54.

3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Esta norma no tiene antecedente directo en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La Constitución ha establecido un Presidente de Consejo de Ministros que tiene características distintas a las que le correspondían en constituciones anteriores y que lo perfilan mejor como una autoridad del Estado con espacio propio. Estas características son:

- Participa en el nombramiento y remoción de los demás ministros junto con el Presidente de la República (artículo 122 de la Constitución). Ya era así de acuerdo a la Constitución de 1979.
- Puede ser un ministro sin cartera, es decir, un Ministro cuya función es coordinar el trabajo del gabinete (artículo 123 primer párrafo). Esta norma no existía en la Constitución de 1979 que indicaba que el Presidente del Consejo era uno de los ministros, con lo que debía tener necesariamente una cartera a su cargo. La manera como trata este punto la Constitución vigente, caracteriza al Presidente del Consejo con una fisonomía más clara como el primero entre los ministros (que, como bien se sabe de la historia, particularmente de la inglesa del siglo XVIII, es muy distinto a ser un *Primer Ministro*).
- Preside el Consejo de Ministros cuando no asiste el Presidente de la República (artículo 121 de la Constitución). También existía en la Constitución de 1979.
- Presenta mensaje al Congreso al iniciar su gestión y debe pedir voto de confianza (artículo 130). Esta regla no existía en la Constitución anterior. En la teoría constitucional, este voto de confianza tiene por finalidad lograr que el Gabinete no dependa en

su remoción sólo del Presidente de la República, en la medida que el Congreso también lo hace suyo. Sin embargo, en nuestra Constitución el voto de confianza es simplemente un voto habilitador para gobernar: si lo obtiene seguirá en funciones; si no, debe renunciar.

- Después del Presidente de la República, es portavoz autorizado del Gobierno (artículo 123 inciso 1 de la Constitución), lo que quiere decir que expresa la posición del Gobierno de manera oficial, ante el pueblo, ante otros órganos del Estado y también para el exterior, aunque siempre teniendo en cuenta que quien dirige las relaciones internacionales es el Presidente de la República con el Ministro de Relaciones Exteriores (artículo 118 inciso 11).
- Coordina las funciones de los demás ministros (artículo 123 inciso 2 de la Constitución). La función de coordinación no es de mando y supraordinación. Más bien lo pone en condición de un colaborador cercano y de primer nivel del Presidente de la República, quien como Jefe de Gobierno puede despachar con cada uno de los ministros directamente, y así lo hace.
- Refrenda los decretos que tienen rango de ley (legislativos y de urgencia) como Presidente del Consejo de Ministros (artículo 123 inciso 3), organismo éste que debe aprobarlos como se ve en el inciso 2 del artículo 125 porque son normas dictadas por el Poder Ejecutivo integralmente considerado.

El inciso 3 del artículo 123 también establece que firma los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley, lo que constituye una norma de carácter hermenéutico, para reconocer la autoridad que está dispersa en varias normas, como una de carácter constitucional para el Presidente del Consejo de Ministros.

Por esta caracterización, el Presidente del Consejo de Ministros tiene tareas y responsabilidades propias que no estaban en las Constituciones anteriores, pero no es en absoluto un Primer Ministro con características de Jefe de Gobierno, calidad que es claramente atribuida al Presidente de la República

214. Artículo 124

«Artículo 124.- Para ser ministro de Estado, se requiere ser peruano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 exigió, para ser ministro, las mismas calidades que para ser Presidente de la República y legisló todo ello en una cadena de normas bastante poco técnica que se repetirá en varias Cartas:

«Constitución de 1823, artículo 86.- Para ser Ministro se requieren las mismas calidades que se exigen en la persona que administra el poder ejecutivo».

Tales requisitos se hallaban en el artículo 75 que establecía:

“Constitución de 1823, artículo 75.- Para ser Presidente se requiere:

- 1.- Ser ciudadano del Perú por nacimiento.
- 2.- Reunir las mismas calidades que para ser diputado. Supone además esta magistratura la aptitud de dirigir vigorosa, prudente y liberalmente una República”.

Los requisitos para ser diputado fueron los siguientes:

“Constitución de 1823, artículo 43.- Para el grave encargo de representante es necesario:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Ser mayor de 25 años.
- 3.- Tener una propiedad ó renta de ochocientos pesos cuando menos, ó ejercer cualquiera industria que los rinda anualmente, ó ser profesor público de alguna ciencia.

4.- Haber nacido en la provincia, ó estar vecino en ella diez años antes de su elección, pudiendo recaer esta en individuos del colegio electoral”.

La Constitución de 1826 estableció los siguientes requisitos:

«Constitución de 1826, artículo 96.- Para ser secretario de Estado se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Tener treinta años cumplidos.
- 3.- No haber sido jamás condenado en causa criminal».

La Constitución de 1828 estableció lo siguiente:

«Constitución de 1828, artículo 96.- Para ser ministro de Estado se requieren las mismas calidades que para presidente de la República».

Los requisitos para ser Presidente de la República eran los siguientes:

“Constitución de 1828, artículo 85.- Para ser presidente ó vicepresidente se requiere haber nacido en el territorio del Perú, treinta años de edad, y las demás calidades que exige esta Constitución para Senador”.

Y, siempre según la Constitución de 1828, para ser senador se requería lo siguiente:

“Constitución de 1828, artículo 29.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- La edad de cuarenta años cumplidos.
- 3.- Tener una propiedad territorial que rinda mil pesos de producto líquido al año, ó un capital que produzca anualmente mil pesos, ó una renta de igual cantidad, ó ser profesor público de alguna ciencia.
- 4.- No haber sido condenado legalmente en causa criminal que traiga consigo pena corporal ó infamante”.

Debe entenderse, por tanto, que la edad aplicable para ser presidente era de treinta y no de cuarenta años. Sí era exigible lo demás señalado en el artículo 29 de la Constitución de 1828.

La Constitución de 1834, en sus artículos 30, 68 y 88, estableció los mismos requisitos y la de 1839, en su artículo 91, dijo que se requería las mismas calidades que para ser senador. Estas calidades se hallaban en su artículo 38:

“Constitución de 1839, artículo 38.- Para ser Senador se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento.
- 2.- Ciudadano en ejercicio.
- 3.- Tener cuarenta años cumplidos de edad.
- 4.- Tener una renta de setecientos pesos procedente de bienes raíces, ó una entrada de mil pesos al año, comprobada con los documentos que señale la ley de elecciones”.

La Constitución de 1860 estableció una norma muy simple:

«Constitución de 1860, artículo 98.- Para ser Ministro de Estado se requiere ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio».

La de 1867 estableció los siguientes requisitos:

«Constitución de 1867, artículo 90.- Para ser Ministro de Estado se requiere haber nacido en el Perú, tener diez años de residencia en la República y ser ciudadano en ejercicio».

La Constitución de 1920 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1920, artículo 126.- Para ser Ministro de Estado se requieren las mismas calidades personales que para ser Diputados».

Los requisitos que ella estableció para ser diputado fueron:

“Constitución de 1920, artículo 74.- Para ser Diputado Nacional o Regional se requiere:

- 1.- Ser Peruano de nacimiento;
- 2.- Ciudadano en ejercicio;
- 3.- Tener veinticinco años de edad;
- 4.- Ser natural del Departamento a que la provincia pertenezca o tener en él dos años de residencia debidamente comprobada”.

La Constitución de 1933 estableció requisitos y prohibiciones:

«Constitución de 1933, artículo 160.- Para ser Ministro de Estado se requieren las mismas calidades personales que para ser Diputado».

«Constitución de 1933, artículo 161.- No pueden ser nombrados Ministros de Estado los miembros del Poder Judicial y los miembros del Clero».

Según la Constitución de 1933 los requisitos para ser diputado fueron los siguientes:

“Constitución de 1933, artículo 98.- Para ser Diputado se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio, haber cumplido veinticinco años de edad, y ser natural del departamento a que pertenece la respectiva circunscripción electoral o tener en él tres años de residencia continua [...]”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente en la Constitución de 1979 fue el 217 que establece:

“Artículo 217.- Para ser Ministro de Estado, se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano y haber cumplido veinticinco años de edad”.

La primera parte del artículo 124 de la Constitución de 1993 es equivalente normativamente hablando, al artículo 217 de la Constitución de 1979. Sólo se ha añadido que para ser ministro hay que ser ciudadano *en ejercicio*, lo que en verdad estaba ya contenido sin decirlo expresamente en el texto de 1979.

La segunda parte del artículo 124 de la Constitución de 1993 no

hace sino declarar expresamente que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros lo que, desde luego, siempre ocurrió en los gobiernos constitucionales que tuvo el Perú.

La Constitución de 1993 no distingue entre el personal en servicio activo o no activo, por lo que hay que entender que se refiere a ambas categorías (según la Ley de Situación Militar aprobada por Decreto Legislativo 752, promulgado el 08 de noviembre de 1991, las situaciones son tres: de actividad, de disponibilidad y de retiro).

Análisis exegético

Los peruanos por nacimiento son quienes están descritos en el artículo 52 primer párrafo de la Constitución:

«Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad».

El ejercicio de la ciudadanía lo tienen todos los peruanos mayores de dieciocho años. A la edad que se requiere para ser ministro, quienes no tienen dicho ejercicio son:

- Quienes no están inscritos en el registro electoral (artículo 30 de la Constitución).
- Quienes no gozan de su capacidad civil que son todos aquellos que han sido interdictados por el procedimiento civil pertinente (artículo 31 tercer párrafo e inciso 1 del artículo 33 de la Constitución).
- Quienes cumplen sentencia con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de los derechos políticos (Artículo 33 incisos 2 y 3 de la Constitución).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad (Artículo 34 de la Constitución). Sin embargo, ellos están

expresamente autorizados para ser Ministros de Estado por este artículo, de manera que esta inhabilitación no se aplica aquí (como sí se aplica para impedirles postular a cargos de congresista o Presidente de la República según vimos al comentar los artículos 90 y 110 respectivamente).

La Ley 24028, promulgada el 14 de diciembre de 1984 estableció lo siguiente:

«Ley 24028, artículo 1.- Adiciónase al Artículo 3 del Decreto Ley 20765 los siguientes párrafos:

a) Los Generales de División del Ejército, los Vicealmirantes de la Marina y los Tenientes Generales de la Fuerza Aérea en actividad, cuando sean designados Ministros de sus respectivos institutos así como Comandantes Generales de los mismos, tendrán la denominación distintiva de Generales de Ejército, Almirantes y Generales del Aire y ostentarán los distintivos correspondientes.

b) La disposición anterior no tratándose de ascensos, no conlleva mayor remuneración ni beneficio adicional de ningún tipo con respecto a las remuneraciones y beneficios que gozan los Generales de División, Vicealmirantes y Tenientes Generales. Sólo tiene aplicación para efectos de la jerarquía militar y de su representatividad».

El Decreto Legislativo 752 dice lo siguiente sobre el tema:

“Decreto Legislativo 752, artículo 6.- [...]”

a) A los Generales de División del Ejército, los Vicealmirantes de la Marina de Guerra y los Tenientes Generales de la Fuerza Aérea cuando sean designados Ministros del Sector Defensa o Comandantes Generales de sus respectivos Institutos y sólo mientras desempeñen tal cargo, se les otorgará la denominación distintiva de Generales de Ejército, Almirantes y Generales del aire y ostentarán los distintivos correspondientes;

b) Esta disposición sólo tiene aplicación para efectos de la jerarquía militar y de su representatividad; no constituye un ascenso, consecuentemente, no conlleva mayor remuneración ni beneficio adicional de

ningún tipo con respecto a las remuneraciones y beneficios que gozan los Generales de División, Vicealmirantes y Tenientes Generales”.

215. Artículo 125

«Artículo 125.- Son atribuciones del Consejo de Ministros:

1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso.

2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley.

3. Deliberar sobre asuntos de interés público. Y

4. Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de la Constitución de 1979 para la norma que comentamos es el siguiente:

“Artículo 218.- Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta.

Son atribuciones del Consejo de Ministros:

1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente somete a las Cámaras.

2. Aprobar los decretos legislativos que dicta el Presidente de la República.

3. Deliberar sobre todos los asuntos de interés público. Y

4. Las demás que le otorgan la Constitución y la ley”.

A las funciones genéricas que establecía la Constitución de 1979 para el Consejo de Ministros, la Constitución de 1993 ha añadido las siguientes:

- Aprobar los decretos de urgencia.
- Aprobar los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley.

Además, desde luego, la Constitución de 1993 ha repetido todas las atribuciones que ya contenía la Constitución de 1979 sobre el tema. Hay que tener en cuenta que el Consejo de Ministros tiene otras atribuciones señaladas en los siguientes artículos de la Constitución de 1993: 71; 118 incisos 7, 12 y 22; 119; 133; 137 y 206.

Análisis exegético

El Poder Ejecutivo está conformado en su más alto nivel por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros (pues, como hemos visto antes, también actúa el Poder Ejecutivo a través de los actos presidenciales con refrendación ministerial según el artículo 120).

El Consejo de Ministros, de esta manera, cogobierna con el Presidente de la República y, además, asume la responsabilidad política que le corresponde según el artículo 132 de la Constitución. En algunos casos, actúa como asesor del Presidente en las decisiones importantes que le toca tomar. En otros, tiene la función de aprobar determinados actos del Poder Ejecutivo, sin cuyo acuerdo esos actos no pueden existir constitucionalmente hablando.

Estas funciones provienen del tipo de voto que puede tener el Consejo de Ministros y que está consignado en la Ley de Ministros de 1862 que, a despecho del siglo y un poco más que dista de entonces a ahora, sigue vigente pues ninguna norma la ha derogado o sustituido integralmente. Dice Villarán al respecto:

La ley de Ministros de 1862 sancionó el carácter de cuerpo consultivo que la costumbre había dado al Consejo de Ministros. La de 1863 hizo del Consejo algo más que un órgano de consulta; le confirió una función de autoridad consistente en dar o rehusar su

acuerdo a ciertos actos del Presidente de la República. Esta ley distinguió la «opinión ilustrativa», el «voto consultivo» y el «voto deliberativo» del Consejo. «El Presidente de la República, dice el artículo 2 de la ley de 1863, puede consultar al Consejo de Ministros, los asuntos que a su juicio, lo mereciesen. La opinión del Consejo en tales casos es solamente ilustrativa, y el Presidente de la República o el Ministro del ramo a que pertenezca el asunto consultado, son libres para resolver sobre su propia responsabilidad». Esta consulta no es pues obligatoria, puede o no hacerla el Presidente y una vez emitida la opinión del Consejo, puede o no seguirla. El llamado voto consultivo es obligatorio, en el sentido de que el Presidente debe ineludiblemente tomar en ciertos asuntos la opinión del Consejo, pero una vez conocida, el Presidente y el Ministro del ramo son libres para apartarse de ella. Existe por último el voto deliberativo. Se diferencia del consultivo en que además de la obligación de oír al Consejo, el Presidente debe proceder de acuerdo con la opinión de éste, o de la mayoría de sus miembros, y si no hay acuerdo el gabinete debe dimitir (Ley de 1862 Art. 25, Ley de 1863 Arts. 4 y 6). El voto deliberativo es pues la aprobación o acuerdo del Consejo de Ministros para el acto de gobierno que se trata. Si ocurre desacuerdo y es insalvable, el acto presidencial que lo motiva no puede ejecutarse hasta que, retirado el gabinete, se constituya otro que opine como el Presidente de la República (114).

En el inciso 1 se indica que aprueba los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso. Se trata aquí de la iniciativa en materia legislativa establecida en el artículo 107 de la Constitución. A pesar de que el artículo asigna dicha atribución al Presidente de la República, de este inciso puede verse claramente que la atribución es del Poder Ejecutivo porque el Presidente, sin la aprobación del Consejo de Ministros, no puede enviar proyecto alguno de ley al Congreso.

El inciso segundo establece que aprueba los decretos de rango de

(114) VILLARAN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. ¿Lima?, Colegio de Abogados de Lima, 1994, p. 41.

ley que dicte el Presidente (legislativos y de urgencia), con lo que también estas atribuciones son del Poder Ejecutivo y no privativas del Presidente (exclusivamente ejecutadas con la firma del ministro correspondiente).

La parte final del segundo inciso es una norma hermenéutica que busca dar rango constitucional a todas las otras atribuciones de aprobación que estén en diversas leyes y en la misma Constitución (por ejemplo, entre estas últimas, está la aprobación de los estados de excepción establecidos en el artículo 137 de la Constitución).

En el inciso tercero se le da la atribución de discutir y emitir normas generales sobre todos los asuntos de interés público que estime pertinente tratar. *Deliberar*, según el *Diccionario de la Lengua Española* quiere decir: «*Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos. // 2. Resolver una cosa con premeditación*».

A su turno, define deliberante así: «*Se dice de las juntas o corporaciones, cuyos acuerdos, tomados por mayoría de votos, trascienden a la vida de la colectividad con eficacia ejecutiva*».

En la medida que aquí tratamos de un organismo (Consejo de Ministros), que delibera, estamos hablando no de quien sólo discute como se usa entender el término, sino de quien discute para aprobar medidas que se dirigen con eficacia ejecutiva (y por tanto obligatoria) hacia la colectividad.

Evidentemente, al deliberar de esta manera, el Consejo de Ministros actúa dentro de las atribuciones que la Constitución da al Poder Ejecutivo en el inciso 8 de la Constitución: «*Corresponde al Presidente de la República: [...] 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones*». Los actos deliberantes del Consejo de Ministros, según esta atribución, no pueden caer en incompatibilidad con la ley (ni por supuesto con la Constitución). En dichos casos primarán estas normas superiores y se podrá utilizar tanto la vía de la no aplicación (artículo 138 de la Constitución), como la acción popular contra normas de carácter general (artículo 200 inciso 5 de la Constitución).

El último inciso, nuevamente, tiene carácter hermenéutico: da reconocimiento a todas las demás atribuciones que tenga el Consejo de Ministros. En realidad, este último inciso hace innecesaria la parte final del inciso 2. Ambas disposiciones se repiten con poca técnica.

216. Artículo 126

«Artículo 126.- Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta.

Los ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.

Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sólo las Constituciones de 1920 y 1933 trataron diversos detalles contenidos en el texto que ahora comentamos:

- En referencia a la incompatibilidad con otras funciones, el artículo 131 de la Constitución de 1920 estableció que la condición de diputado o senador quedaba suspendida mientras el representante desempeñaba un ministerio. Por su parte, el artículo 175 de la Constitución de 1933 dijo que las funciones de representante no se suspendían mientras se ejercitaba el ministerio. En otras palabras, cada Constitución estatuyó lo opuesto que la otra. Sin embargo, la Constitución de 1933 estableció incompatibilidades entre la función ministerial y otras. Las reglas fueron:

«Constitución de 1933, artículo 176.- Los Ministros no pueden ejercer ninguna otra función pública ni ninguna actividad profesional.

No intervendrán directa ni indirectamente en la dirección o gestión de ninguna empresa ni asociación privada».

- En relación a los votos que podía realizar el Consejo de Ministros, la Constitución de 1933 trajo dos disposiciones:

«Constitución de 1933, artículo 164.- El Consejo de Ministros tiene voto deliberativo y voto consultivo en los casos que señala la ley».

«Constitución de 1933, artículo 165.- El Presidente de la República dirime, con el voto consultivo del Consejo, los conflictos de competencia entre los Ministros. Su decisión es refrendada por el Presidente del Consejo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que son antecedentes del 126 de la Constitución de 1993 tienen el siguiente texto:

“Artículo 218.- Todo acuerdo del Consejo de Ministros requiere voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros, y consta en acta (...)”.

“Artículo 219.- Los Ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa.

Los Ministros no pueden ejercer actividad lucrativa ni intervenir, directa ni indirectamente, en la dirección o gestión de empresa ni asociación privadas”.

El primer párrafo del artículo 126 de la Constitución de 1993 es de idéntico significado normativo que el primer párrafo del artículo 218 de la Constitución de 1979.

También es igual en ambas Constituciones la regla de que los ministros no pueden ejercer otra función pública que no sea la legislativa.

El último párrafo del artículo 126 de la Constitución de 1993, hace varios cambios al segundo párrafo del artículo 219 de la Constitución de 1979 y, a pesar que la versión de 1993 parece más detallada, la de 1979

es a nuestro juicio mucho más clara: el ministro no ejerce actividad lucrativa ni interviene en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas. En esta versión no existen ambigüedades: el ministro está prohibido de toda intervención en favor de intereses privados (incluidos los suyos propios).

En la Constitución de 1993 no se le prohíbe expresamente la intervención indirecta, lo que es un error de magnitud porque la norma ya existía en la Constitución de 1979 y fue eliminada.

Sin embargo, aunque creemos que hubiera sido mejor mantenerla de manera expresa, es evidente que está incluida en el texto cuando dice que no pueden *intervenir en la gestión de empresas o asociaciones privadas*. Al no hacerse la distinción están incluidas todas las especies de intervención.

Análisis exegetico

Mezcla antitécnicamente, este artículo, el primer párrafo que es de naturaleza administrativa, con las incompatibilidades entre el cargo de ministro y otras actividades, que es asunto de moralidad y de naturaleza esencialmente política.

La regla sobre los acuerdos tiene dos aspectos:

- El voto aprobatorio de la mayoría de los miembros del Consejo, que debe entenderse es la mayoría legal, no la de asistentes, y
- La necesidad de que los acuerdos consten en acta, lo que en verdad es indispensable para tener prueba indubitable de que las decisiones se tomaron (y se tomaron en fecha determinada), porque son importantes para la vida del país y hay que tener certeza escrita y documental de ellas.

Se prohíbe a los ministros ejercer otra función pública salvo la legislativa cuando son congresistas. En este sentido, la parte final del primer párrafo del artículo 129 autoriza a los congresistas que asisten a los debates parlamentarios como ministros, a ejercer el voto.

Por función pública debe entenderse actividad vinculada al poder o la administración del Estado. De acuerdo a esta interpretación, entonces, el Ministro sí podría dedicar parte de su tiempo a la enseñanza, que no es función de poder o de administración, aunque también tiene una dimensión de Derecho Público. Para esta interpretación recurrimos en concordancia a las normas establecidas en la parte final del primer párrafo del artículo 40 que también consideramos aplicables en este caso: *«Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente»*. Desde luego, puede ser difícil que un Ministro tenga tiempo de enseñar, pero no encontramos imposibilidad jurídica para que lo haga.

En el último párrafo se establecen las incompatibilidades del cargo ministerial. Todas ellas son perfectamente explicables porque, con el poder que tiene el Ministro dentro del Estado, podría torcer las decisiones a su favor, además de beneficiarse de información a la que accede por razón de su cargo y para el bien común no para su bienestar individual.

Todas las limitaciones son claras en nuestro criterio y no necesitan mayor explicitación. Tal vez lo único que habría que aclarar es la prohibición de ejercer actividad lucrativa que, en nuestro criterio, se refiere a que no debe dedicar parte de su trabajo a dichas actividades. Esto, sin embargo, no impide que si el Ministro tiene rentas propias que se producen al margen de su trabajo, él pueda continuar recibéndolas. Lo que no podrá tener, en todo caso, es cargo o gestión en las instituciones a las que pertenece, o que sean de su propiedad.

217. Artículo 127

«Artículo 127.- No hay ministros interinos. El Presidente de la República puede encomendar a un ministro que, con retención de su cartera, se encargue de otra por impedimento del que la sirve, sin que este encargo pueda prolongarse por más de treinta días ni transmitirse a otros ministros.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente que hemos registrado de este artículo está en la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 162.- No hay Ministros interinos. El Presidente de la República puede, a propuesta del Presidente del Consejo, encomendar a un Ministro que, con retención de su Ministerio, desempeñe otro en el caso de vacancia o por impedimento del que lo sirve, sin que este encargo pueda prolongarse por más de treinta días, ni transmitirse sucesivamente a los otros Ministros».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 220 de la Constitución de 1979 es el antecedente de éste que cometamos ahora. Dice:

“Artículo 220.- No hay Ministros interinos. El Presidente de la República puede encomendar a un Ministro que, con retención de su cartera, desempeñe otra por impedimento del que la sirve, sin que este encargo pueda prolongarse por más de cuarenta y cinco días ni transmitirse a otros Ministros”.

El único cambio normativo que la Constitución de 1993 trae en relación a la de 1979 es que el interinato de un ministro antes podía durar cuarenticinco días y ahora solamente treinta.

Análisis exegetico

El ministro no es sólo un gestor y director de servicios públicos, como ya dijimos en la crítica del artículo 119. También es un órgano político que tiene como finalidad gobernar en un determinado aspecto de las competencias del Poder Ejecutivo, y finalmente es uno de los mecanismos de control que la Constitución prevé frente al poder que tiene el Presidente de la República (pues sin la firma del Ministro, los actos del Presidente son nulos según el artículo 120 de la Constitución).

Todas estas responsabilidades, como puede fácilmente deducirse, son incompatibles con la transitoriedad en el cargo. Por ello, es ya

tradicción que no se acepte la existencia de ministros interinos. El trámite de encargar una cartera a un ministro que ya tiene otra y la retiene, se utiliza para períodos cortos que pueden ser problemas transitorios de salud o de viaje que impidan realizar normalmente las funciones ministeriales al titular. Sin embargo, se prohíbe que este encargo dure más de treinta días o se encargue a otros ministros. En caso que estos límites sean alcanzados, tendrá que retornar a sus labores el ministro titular, o ser sustituido por otro ministro titular.

Las previsiones constitucionales, sin embargo, fueron superadas por los hechos a propósito de la toma de rehenes en la Embajada del Japón el día 17 de Diciembre de 1996. Como se sabe, aquí permanecieron secuestrados dos ministros de Estado, varios miembros de la Corte Suprema y otros altos funcionarios durante más de los treinta días que menciona la Constitución.

Se encontró el Estado en la situación de tener que aplicar la norma de este artículo y la posibilidad emergente era la de remover a los ministros cautivos y sustituirlos, luego del período de treinta días. Sin embargo, por diferentes razones todas ellas muy atendibles, no pareció ésta la mejor solución. Así, se dictó la ley 26747, promulgada el 24 de Enero de 1997, cuya norma aplicable al tema que venimos desarrollando es la siguiente:

“Ley 26747, artículo 1.- Conforme al principio establecido en la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución Política del Perú, el cómputo del plazo previsto en el artículo 127 de la norma constitucional se suspende cuando un Ministro de Estado se encuentra impedido de manifestar libremente su voluntad, como consecuencia de un delito o acto de violencia cometidos dentro o fuera del territorio nacional”.

Pareció evidente, y compartimos esa opinión, que era impropio cesar a ministros que estaban en condición de rehenes porque precisamente tenían responsabilidad ministerial. Las medidas de fuerza cuando son comprobables, como en el caso de la casa del Embajador del Japón, producen una situación que es propia del *Estado de Naturaleza*, en el cual no rige el Derecho porque no tiene la posibilidad material de imponer su autoridad. Cuando ello ocurre, hay que regirse por las reglas

generales de conducta que prescriba la sana razón. Los autores clásicos llaman a ello las *reglas naturales*. Es decir, las reglas tópicas de lo adecuado y razonable. Indudablemente, en el artículo 1 de la Ley 26747 existe razonabilidad y, aunque salga del marco literal de la Constitución, parece adecuada por regular con corrección una situación en la que la materialidad de los hechos supera las posibilidades formales del Derecho. Por ello, estimamos constitucional la norma y los efectos que produjo en la vida política: ministros que ejercitaron el interinato por más de treinta días.

218. Artículo 128

«Artículo 128.- Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

«Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La responsabilidad de los ministros es un elemento tradicional del sistema constitucional. La Constitución de 1823 la expresó de la siguiente manera:

«Constitución de 1823, artículo 84.- Son responsables in solidum los Ministros por las resoluciones tomadas en común, y cada uno en particular por los actos peculiares a su departamento».

La Constitución de 1826 dijo lo siguiente:

«Constitución de 1826, artículo 94.- Los secretarios del despacho serán responsables con el vice-presidente, de todas las órdenes que autoricen contra la Constitución, las leyes y los tratados públicos».

La Constitución de 1828 estableció una disposición que fue transcrita al artículo 94 de la Constitución de 1834. Decía:

«Constitución de 1828, artículo 100.- Los ministros son responsables de los actos del presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes».

El artículo 95 de la Constitución de 1834 abordó, además, el problema del enjuiciamiento de los ministros:

«Constitución de 1834, artículo 95.- Los ministros, además de los casos contenidos en el artículo 23, pueden ser acusados por cualquier individuo, por razón de los perjuicios que se les hayan inferido injustamente por algún acto del Ministerio; entonces se procederá con arreglo a la ley».

La Constitución de 1839 autorizó a hacer efectiva la responsabilidad durante el ejercicio del cargo ministerial:

«Constitución de 1839, artículo 95.- Los Ministros son responsables de los actos del Presidente que autoricen con sus firmas contra la Constitución y las leyes, pudiendo hacerse efectiva esta responsabilidad durante su cargo».

La Constitución de 1856 estableció una disposición que fue seguida luego por el artículo 104 de la Constitución de 1860, por el artículo 96 de la Constitución de 1867 y por el artículo 132 de la Constitución de 1920. Dijo:

«Constitución de 1856, artículo 97.- Los Ministros son responsables solidariamente por las resoluciones dictadas en Consejo, si no salvarsen su voto; é individualmente, por los actos peculiares a su departamento».

La Constitución de 1933 innovó el texto constitucional de la siguiente manera:

«Constitución de 1933, artículo 179.- Los Ministros son responsables civil y criminalmente por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrenden.

Todos los Ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos, o infractorios de la Constitución y de las leyes, que cometa el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 antecedente de la norma que comentamos es el siguiente:

“Artículo 221.- Los Ministros son responsables, individualmente, por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

Todos los Ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerdan en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente”.

La norma del primer párrafo del artículo de cada una de las dos Constituciones es equivalente. En la del segundo párrafo, la Constitución de 1979 establecía responsabilidad para los ministros *por actos delictuosos o infractorios* que cometiera el Presidente contra la Constitución o las leyes. La Constitución restringe esta responsabilidad exclusivamente a los actos delictivos, no en general a los infractorios. Por esta razón, consideramos mejor la fórmula de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Este artículo trata de dos responsabilidades completamente distintas entre sí y que merecerían figurar en sendos artículos para evitar confusiones interpretativas:

- El primer párrafo trata de la responsabilidad administrativa y política que corresponde a los ministros por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrenden por el mandato contenido en el artículo 120 de la Constitución.

La responsabilidad administrativa tiene sus propias reglas de

tratamiento, que pertenecen al Derecho Administrativo y no a un comentario exegético de disposiciones constitucionales como éste. Por consiguiente, nos restringiremos en nuestro comentario a la responsabilidad política, a la que nos hemos referido en varios momentos del tratamiento del Poder Ejecutivo, y que queda consagrada en esta norma para los ministros.

La responsabilidad política por los actos propios se entiende claramente. La responsabilidad por los actos del Presidente es una forma de establecer un control intraórgano dentro del Poder Ejecutivo: como el Ministro debe firmar los actos presidenciales para que tengan validez, y como el Ministro será responsable político de dichos actos, entonces no firmará aquellos que acarreen una responsabilidad negativa. En muchos casos, sin embargo, este control es puramente nominal porque, debido a la sujeción e incondicionalidad que el sistema de nombramiento y remoción de ministros impone, son pocos los casos en los que se ve que el ministro verdaderamente se enfrenta al Presidente ejercitando control. Además, cuando lo hace en casos límite, siempre el Presidente tiene la facilidad de poder removerlo, por sí mismo, o con el acuerdo del Presidente del Consejo. En síntesis, desde el punto de vista sistemático de organización del Poder Ejecutivo, las normas concretas que buscan el control intraórgano que hemos tratado, deberían ser fortalecidas.

La responsabilidad política es *objetiva* en el sentido de que para exigirla, no se toma en cuenta sólo la subjetividad del Ministro al actuar, o su buena fe. Si hay un error mayor, o un resultado político adverso, aunque se haya tomado todas las previsiones del caso, la responsabilidad política podrá ser exigida válidamente. No es necesariamente una sanción a la persona del ministro (aunque también puede llegar a serlo); más bien, es una decisión política de cambio de rumbo. No son pocos los casos en los que un Ministro que asume responsabilidad política y renuncia (o inclusive es censurado), sale del cargo dignamente y con alto reconocimiento del pueblo y de los propios congresistas que lo censuraron. (Un caso clásico de esto que decimos fue la dimisión del Canciller alemán Willy Brandt, quien renunció a tal cargo cuando se descubrió que en su equipo personal había espías de Alemania del

Este. De allí en adelante, hasta su muerte, fue una personalidad con reconocimiento y alto respeto en todo el mundo. Asumió muchas tareas de alto valor para la paz y la justicia en el mundo, que le valieron un reconocimiento generalizado. Curiosamente, su figura se fortaleció y elevó por la honestidad que esgrimió al asumir la responsabilidad política en el caso de los espías).

- El segundo párrafo trata de la responsabilidad delictiva o violatoria de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República. También, y nuevamente, es distinta de la responsabilidad por los actos delictivos o violatorios de la Constitución y las leyes que se acuerden en el Consejo de Ministros. En este último caso no basta que salven su voto: deben renunciar inmediatamente para no incurrir en la responsabilidad impuesta.

Esta responsabilidad se rige estrictamente por los cánones penales de seguridad para el sospechoso y, por consiguiente, por el principio de presunción de inocencia y la necesidad de demostrar el dolo o la culpa, entre otros elementos, según la naturaleza del delito. Es, por consiguiente, muy distinta a la responsabilidad política comentada en el párrafo anterior.

219. Artículo 129

«Artículo 129.- El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas.

Concurren también cuando son invitados para informar.

El Presidente del Consejo o uno, por lo menos, de los ministros concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tema de la relación de los ministros con el Congreso fue ya abordado en la Constitución de 1826. Como ya hemos dicho, ella habló de *secretarios de Estado* y dio mucha importancia al vicepresidente:

«Constitución de 1826, artículo 63.- El vice-presidente y los secretarios de Estado pueden asistir a las sesiones, y discutir las leyes y los demás asuntos; más no podrán votar».

El artículo 98 de la Constitución de 1828, el 89 de la Constitución de 1834, el 92 de la Constitución de 1839, el 94 de la Constitución de 1856, 101 de la Constitución de 1860 y 93 de la Constitución de 1867, establecieron que al abrirse las sesiones, cada Ministro informaría al Congreso del estado de su respectivo ramo y de lo que se les solicite.

La Constitución de 1834 estableció una norma específica para el Ministro de Guerra, y habilitó la concurrencia de los ministros a las sesiones del Congreso:

«Constitución de 1834, artículo 91.-El Ministro de Guerra presentará anualmente a las Cámaras un estado de la fuerza pública de mar y tierra, con expresión del número de generales, jefes oficiales y tropa, y del pié en que se hallen los parques y armamentos».

«Constitución de 1834, artículo 92.- Los Ministros de Estado pueden concurrir a los debates de cualquiera de las Cámaras, y se retirarán antes de la votación».

Norma semejante se incorporó en los siguientes dispositivos: artículo 94 de la Constitución de 1839; artículo 96 de la Constitución de 1856; artículo 130 de la Constitución de 1920.

La Constitución de 1860 añadió una disposición innovadora en relación a lo precedente:

«Constitución de 1860, artículo 103.- Los Ministros pueden presentar al Congreso, en todo tiempo, los proyectos de ley que juzguen convenientes; y concurrir a los debates del Congreso, ó de cualquiera de

las Cámaras; pero deben retirarse antes de la votación. Concurrirán, igualmente, a la discusión, siempre que el Congreso, ó cualquiera de las Cámaras los llame; y tanto en este caso, como en el anterior, contestarán a las interpelaciones que se les hicieren».

Esta norma fue repetida en el artículo 95 de la Constitución de 1867.

En referencia a la información de los ministros al Congreso, las Constituciones de 1920 y de 1933 establecieron ciertas variantes a la forma cómo fue tratado el tema en las Constituciones anteriores. Aquí sus normas:

«Constitución de 1920, artículo 129.- Cada Ministro presentará al Congreso Ordinario, al tiempo de su instalación, una Memoria en que exponga el estado de los distintos ramos de su despacho, y en cualquier tiempo los informes que se le pidan. El Ministro de Hacienda presentará además la cuenta general de la República correspondiente al año anterior y el presupuesto del siguiente con la aprobación del Consejo de Ministros.

La presentación de ambos documentos debe efectuarse precisamente en el mes de agosto de cada año y su omisión hará responsable a todo el Gabinete».

«Constitución de 1933, artículo 168.- El Consejo de Ministros en pleno, o los Ministros separadamente, pueden concurrir a las sesiones del Congreso o de las Cámaras y participar en sus debates».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 222 de la Constitución de 1979 es el antecedente de éste que tratamos ahora. Su texto:

“Artículo 222.- El Consejo de Ministros en pleno o los Ministros separadamente, pueden concurrir a las sesiones del Congreso o de las Cámaras y participar en sus debates. Concurrerán también cuando son invitados para informar”.

Los párrafos primero y segundo del artículo 129 de la Constitución de 1993 son esencialmente iguales a lo normado en el artículo 222 de la Constitución de 1979. Sólo se añade, correctamente a nuestro juicio, que los ministros participan, en cuanto a voz, con las mismas prerrogativas que los congresistas y, que votarán o no según sean o no miembros representantes ante el Congreso.

El segundo párrafo del artículo 129 de la Constitución de 1993 es una adición que pretende que la presencia en el Congreso del Presidente del Consejo, o de los ministros, desarrolle el diálogo entre *Legislativo* y *Ejecutivo* y, particularmente, entre gobierno y oposición.

Análisis exegético

El artículo promueve la instauración de un debate permanente entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, en el recinto de éste. Es muy importante porque la democracia es un sistema político en el que la pluralidad de opiniones y el debate son verdaderamente consustanciales. Una democracia sin debate se vuelve tiranía.

El artículo abre tres vías de discusión entre estos dos poderes de la manera que hemos dicho:

- El Consejo o los ministros tienen la atribución de concurrir a las sesiones del Congreso y participar en los debates como si fueran congresistas, salvo que no pueden votar si en realidad no lo son (y sí pueden votar si lo son). El ministro no tiene que ser formalmente invitado para poder participar del debate. Se instala en la sesión y, para efectos del derecho de voz, tiene todas las atribuciones que reconoce a los congresistas el Reglamento del Congreso.

El texto de la Constitución parece referirse sólo a las sesiones del Pleno pero, en verdad, no hace diferencia entre el trabajo en Pleno y en comisiones. En relación a esto mismo, es preciso indicar que el último párrafo de este artículo sí se refiere específicamente a las sesiones plenarias. Por todo ello, entendemos que los ministros quedan habilitados por el primer párrafo a asistir tanto a las reuniones plenarias como a las de comisiones.

- Los ministros o el Consejo son invitados para informar al Congreso. En tal caso, la visita es imperativa. Normalmente habrá una agenda y temas predeterminados en torno a los cuales girará la discusión entre el Ministro visitante y los congresistas que participarán en la sesión. El Ministro podrá ser invitado tanto al Pleno como a las comisiones. Si el invitado es el Consejo de Ministros, basta con que vaya su Presidente.

El Reglamento del Congreso establece las siguientes reglas al respecto:

«Reglamento del Congreso, artículo 84.- La invitación a los ministros para informar en forma individual ante el Pleno del Congreso se acuerda mediante moción de orden del día tramitada en forma simple, y se hace efectiva mediante oficio de invitación y transcripción de la parte resolutive de la moción aprobada.

La invitación para informar en las comisiones se acordará en el seno de la comisión y se hará efectiva mediante oficio del Presidente de la Comisión refrendado por el secretario de la misma y dando cuenta a la Mesa Directiva del Congreso. En ella se aplicarán las mismas normas establecidas para el Pleno, en lo que fueran aplicables».

«Reglamento del Congreso, artículo 85.- Las preguntas al Gobierno se entregarán por escrito a la Oficialía Mayor, seis días antes de la sesión y serán incluidas en la lista respectiva, en orden de ingreso. El rol de las preguntas por escrito será enviado a la Presidencia del Consejo de Ministros con una anticipación de cuatro días a la sesión a fin de que sean conocidas por el Ministro que concurra al Pleno para responder.

a) Cada pregunta debe contener la escueta y escrita formulación de una sola cuestión relativa a asuntos públicos en general, interrogando sobre un hecho, una situación o una información, sobre si el gobierno ha tomado o va a tomar alguna medida en relación con un asunto de interés público concreto, o si el gobierno va a remitir al Congreso algún documento o informarle acerca de algún asunto en particular.

b) No pueden formularse preguntas de interés personal de quien las formula o de cualquier otra persona singularizada. El Ministro no estará obligado a responder preguntas que supongan consulta de índole estrictamente jurídica o que exijan la recopilación de datos estadísticos muy complejos, pero sí puede comprometerse a responder al congresista preguntante en un plazo razonable o correr traslado de la pregunta al Ministro correspondiente o sugerir el modo como se puede obtener respuesta rápida y satisfactoria.

c) El total de las preguntas previstas para ser formuladas en una sesión no deberán superar treinta minutos repartiéndose dicho tiempo en proporción a los grupos parlamentarios.

d) Abierta la estación de preguntas se dará lectura a las preguntas por el relator, salvo que el preguntante exprese su deseo de leerla personalmente. El Ministro las responderá una por una empleando para cada cual un tiempo no mayor de tres minutos. Si se agotan las preguntas antes del tiempo prefijado para la estación, el Presidente puede conceder repreguntas orales a quienes participaron en la primera rueda. La pregunta deberá ser breve y la respuesta extenderse en no más de dos minutos.

e) Ningún congresista puede ser respondido en dos preguntas en una misma sesión.

f) Las preguntas no respondidas en una sesión por falta de tiempo, se contestan en la siguiente, salvo que su mentor las retire.

g) Los congresistas ausentes cuando les toque su turno perderán su derecho a la pregunta.

h) El ministro no volverá a referirse a ninguna pregunta ya respondida, salvo se tratase de una pregunta».

Las disposiciones dadas son claras y nos eximen de mayor comentario.

- Finalmente, la Constitución invoca a que el Presidente del Consejo o los ministros concurren periódicamente a las sesiones plenarias

del Congreso para la estación de preguntas, con la finalidad de que el Ejecutivo pueda ser interrogado, y además exponer, sus puntos de vista sobre determinados temas importantes de la política, tanto de corto como de largo plazo. Como puede notarse, aquí sí se hace hincapié en las sesiones del Pleno, a diferencia de los otros dos párrafos precedentes. Para este caso, el Reglamento del Congreso establece lo siguiente:

«Reglamento del Congreso, artículo 51.- [...] Por lo menos en una de las sesiones que realice al mes el Pleno, se destinarán hasta dos horas para la estación de preguntas a que se contrae el tercer párrafo del artículo 129 de la Constitución Política.

[...]».

La norma no es excesivamente generosa en materia de tiempo para este trabajo democrático pero, en la medida que se trata de un mínimo, puede ser razonable. El Congreso debería prestar atención especial a estas presentaciones por su significado democrático, y por la posibilidad de contacto que da al Gobierno con la oposición. No hay que olvidar que el diálogo es consustancial a la democracia.

TITULO IV

CAPITULO VI

RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO

220. TITULO IV, CAPITULO VI: RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO

En las partes referentes al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, hemos visto las formas de control intraórgano que ha establecido la Constitución. Sin embargo, también existen formas de control interórgano, es decir, mutuamente ejercitadas entre estos dos órganos políticos del Estado. Es lo que se denomina el mecanismo de *pesos y contrapesos*.

A pesar de que estos mecanismos de control están concentrados en este capítulo, hay algunos elementos que se hallan ubicados fuera de él. Parece oportuno, aquí, dar una visión integrada de todos ellos.

Así, en la relación de pesos y contrapesos entre Legislativo y Ejecutivo, el Congreso tiene las siguientes atribuciones:

- Da confianza al Consejo de Ministros, sin la cual no puede investirse de sus funciones. En efecto, el artículo 130 de la Constitución de 1993 indica que el Presidente del Consejo concurre al Congreso con los demás ministros para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión, y que en esta oportunidad plantea cuestión de confianza.
- Puede invitar, interpelar y censurar a los ministros por separado o a todo el Consejo de Ministros. Las normas se hallan en los artículos 129 segundo párrafo, 131 y 132 de la Constitución. La invitación y

la interpelación son formas de discusión entre Congreso y Gabinete o ministros que resultan compulsivas y ocurren a iniciativa del Congreso. No suponen por sí mismas sanción. La censura ministerial es un voto que supone hacer efectiva la responsabilidad política del Consejo o del ministro. Lo obliga a renunciar y el Presidente de la República debe aceptar la dimisión.

- Pregunta e investiga sobre todo asunto de interés público. Esto permite que el Congreso pueda llevar adelante de manera efectiva su labor de fiscalización. Los funcionarios a los que se hace llegar las preguntas, o a los que se cita a las comisiones de investigación, tienen obligación de colaborar con el Congreso bajo responsabilidad. Las normas se hallan en los artículos 96 y 97 de la Constitución de 1993.
- Acusa a los altos funcionarios en los que encuentra la posibilidad de comisión de delito, para que sean procesados. Es el trámite del antejuicio político y se halla contenido en los artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993.
- Puede destituir funcionarios acusados e inhabilitarlos para la función pública hasta por diez años (artículo 100 de la Constitución de 1993).
- Una función muy importante que no se halla en esta parte de la Constitución es la que obliga a que el Congreso apruebe las normas presupuestales (artículo 77 de la Constitución de 1993). Es una manera de controlar las decisiones del Ejecutivo que, sin autorización del Congreso, no puede utilizar recursos fiscales para sus proyectos.

A su vez, el Ejecutivo tiene las siguientes atribuciones de control sobre el Congreso:

- Puede disolverlo si se ha censurado a dos Consejos de Ministros. Las normas y sus limitaciones se hallan en el artículo 134 de la Constitución de 1993.
- Detenta exclusivamente la iniciativa de gasto presupuestal (artículos 78 y 79 de la Constitución de 1993), salvo en materia de Presupuesto del Congreso, que es determinada por este mismo órgano (artículo 94 de la Constitución de 1993). Esta atribución es muy importante porque impide al Congreso disponer unilateralmente de los recursos fiscales y, también, balancea su atribución exclusiva de aprobar las normas presupuestales.

- El Presidente de la República es Jefe de Estado y es políticamente irresponsable (artículos 110 y 117 de la Constitución de 1993). Esto permite al propio Presidente y al Poder Ejecutivo por extensión, una capacidad de actuación y de presentación de posiciones ante el pueblo, que no tiene ningún otro magistrado ni órgano del Estado, incluido el Poder Legislativo. Desde luego, esta atribución apunta más a proteger al Presidente en el ámbito del enfrentamiento puramente político, pero precisamente de lo que se trata el uso del poder del Estado, es de la confrontación política de acuerdo a las reglas democráticas. Esta irresponsabilidad política, en consecuencia, puede ser utilizada extensamente por el Presidente de la República para exigir respaldo popular a sus posiciones frente a cualquier otro órgano del Estado, particularmente el Congreso, en situaciones de tensión. Hay que recordar que el pueblo es el árbitro definitorio en asuntos de poder dentro del sistema democrático y que, en esta Constitución, ha sido además reforzado en su capacidad de decisión por determinados mecanismos de democracia directa, particularmente los que menciona el artículo 31 de la Constitución de 1993.

Los cambios más significativos que puede encontrarse en estos aspectos de la constitucionalidad entre las Cartas de 1979 y 1993 son los siguientes:

- La necesidad del voto de confianza del Congreso al Consejo de Ministros. No existía en la Constitución de 1979.
- El hecho de que el Presidente de la República puede disolver el Congreso cuando se ha censurado a dos Consejos de Ministros. La Constitución de 1979 requería tres Consejos censurados.

221. Artículo 130

«Artículo 130.- Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.»

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente se halla en la Constitución de 1933 que dice lo siguiente:

«Constitución de 1933, artículo 167.- El Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurrirá a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros y expondrá la política general del Poder Ejecutivo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 224 es el antecedente del que ahora tratamos:

“Artículo 224.- El Presidente del Consejo concurre a las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiere su gestión.

La exposición no da lugar a voto del Congreso”.

El propósito en común de ambas Constituciones consiste en que el Gabinete se presente ante el Congreso a exponer y debatir el programa de gobierno del Ejecutivo y las medidas que estima necesario se aprueben. La Constitución de 1979 no ponía plazo para dicha presentación. La de 1993 exige que sea dentro de los treinta días siguientes a la asunción de funciones.

Lo que varía fundamentalmente el tratamiento constitucional de la presentación del Gabinete ante el Congreso al inicio de sus funciones es que en la Constitución de 1979 no cabía voto del Congreso, en tanto que en la Constitución de 1993 el Presidente del Consejo de Ministros plantea cuestión de confianza que debe ser votada.

Añade finalmente el artículo 130 de la Constitución de 1993 que si

el Congreso está en receso, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria para la presentación del Gabinete. La norma es correcta.

Análisis exegetico

El propósito de este artículo consiste en que el Gabinete ministerial nombrado por el Presidente de la República debata con el Congreso y obtenga su confianza para poder gobernar. Dice Delgado al respecto:

La investidura es facultad y es acto. Como facultad es el reconocimiento de la capacidad y competencia constitucional que tiene el Parlamento para participar en el proceso de formar y controlar al gobierno. Como acto es a la vez el procedimiento, la decisión y el documento a través de los cuales y en los cuales queda constancia del trámite y del sentido en el que ejercita la facultad de investir.

La investidura es la facultad de la Asamblea para comprometer su apoyo a un Gabinete, a base de la confianza que ella le otorga para que ejecute un programa político durante su mandato. Su fin es fundar el gobierno con la confianza del Parlamento.

Qué tipo de acto es la investidura? Es una declaración unilateral de conocimiento, de voluntad y de deseo del Parlamento.

Es un acto de dirección (indirizzo) en cuanto con la investidura, o la no investidura, del Gabinete, además de formar el gobierno (Regierungsbildung), se define la orientación política del país y sus principales políticas públicas.

Es también un acto de control que el Parlamento ejercita frente al gobierno (Regierungskontrolle). El Parlamento debe escuchar, debe conocer qué orientación propone para el país el Gabinete escogido por el Presidente de la República. Pero el Parlamento no sólo escucha pasivamente. Su participación es activa” (115).

(115) DELGADO GUEMBES, César. *La investidura: ¿Confianza en la política del gobierno, o en el presidente de la República?* En LANDA, César y

Este artículo establece el deber del Consejo de Ministros de asistir al Congreso al inicio de su gestión, y en el plazo señalado, para realizar lo siguiente:

- Exponer y debatir la política general del gobierno. El Consejo de Ministros, como hemos visto en las páginas anteriores, es uno de los elementos esenciales del Poder Ejecutivo y esta parte del artículo no hace sino ratificarlo: el Presidente del Consejo y los ministros presentarán al Congreso los grandes lineamientos de la política nacional que se inicia con su gestión.
- El Consejo de Ministros debe presentar las principales medidas que requiere su gestión, es decir, las modificaciones legislativas y las nuevas leyes en las que deberá trabajar el Congreso. Es una parte de la presentación del Consejo de Ministros, que adelanta el tipo de vínculo que existirá entre Ejecutivo y Legislativo: colaboración, consenso discrepancia, enfrentamiento, etc.
- Finalmente, el Presidente del Consejo de Ministros debe plantear cuestión de confianza. Quiere esto decir que si el Congreso no aprueba tal cuestión, el Consejo de Ministros no puede seguir en funciones y que tiene que venir un nuevo gabinete.

Es evidente que si la mayoría del Congreso es oficialista aprobará el voto de confianza sin dudas ni vacilaciones. Si la mayoría del Congreso es opositora, en cambio, la cuestión de confianza que tratamos se vuelve un instrumento de negociación entre Legislativo y Ejecutivo, por el cual el Consejo de Ministros propondrá lo que el Congreso quiere aprobar como voto de confianza, o no habrá gabinete. En otras palabras, conduce o al enfrentamiento total de ambos poderes o a la concertación. A veces se tomará uno de los caminos y a veces otro. Hay que recordar que el Presidente de la República podrá disolver al Congreso si niega confianza a dos consejos de ministros. Sin embargo, y como esta disolución puede no ocurrir

FAÚNDEZ, Julio (editores). *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1966, p. 104.

porque es potestativa, también podría presentarse un enfrentamiento prolongado que puede ser fatal para el sistema democrático porque, un Estado sin Consejo de Ministros, puede entrar en colapso y facilitar una toma del poder por la fuerza, sobre todo en realidades políticas como la nuestra.

El Reglamento del Congreso establece lo siguiente sobre la presentación del Gabinete:

«Reglamento del Congreso, artículo 82.- Dentro de los treinta días naturales de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo de Ministros debe concurrir ante el Pleno del Congreso reunido en período de sesiones ordinario o extraordinario, acompañado de los demás ministros, para:

- a) Exponer la política general del Gobierno;
- b) Debatir la política general del Gobierno;
- c) Debatir las principales medidas que requiere su gestión.

Si el Congreso se encontrara en receso, el Presidente de la República convocará de inmediato a legislatura extraordinaria.

Al inicio de su exposición, el Presidente del Consejo de Ministros entrega la versión completa a cada uno de los congresistas.

La cuestión de confianza que plantee el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto, será debatida y votada en la misma sesión o en la siguiente, según lo que acuerde en forma previa el Consejo Directivo o en el acto el Pleno del Congreso.

El resultado de la votación será comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los Vicepresidentes. Si el Pleno negara su confianza al Consejo de Ministros, el Presidente de la República aceptará la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato».

En nuestro concepto, las normas establecidas por el Reglamento respetan lo dicho en la Constitución y establecen reglas adecuadas tanto

para la presentación del Gabinete, como para la actuación del Congreso en lo que atañe a sus deberes especiales para el caso.

El segundo párrafo establece que el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria si, cuando el Consejo de Ministros debe presentarse, no está en sesiones el Pleno del Congreso. El Consejo de Ministros no puede ir exclusivamente a la Comisión Permanente. Por la trascendencia de la reunión, y por el hecho de requerir cuestión de confianza, tendrá que haber legislatura extraordinaria. Como hemos visto antes, estas legislaturas son convocadas por el Presidente de la República (artículo 118 inciso 6).

222. Artículo 131

«Artículo 131.- Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos.

La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos del quince por ciento del número legal de congresistas. Para su admisión, se requiere el voto del tercio del número de representantes hábiles; la votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión.

El Congreso señala día y hora para que los ministros contesten la interpelación. Esta no puede realizarse ni votarse antes del tercer día de su admisión ni después del décimo.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente en los textos constitucionales se halla en la Constitución de 1933 que estableció:

«Constitución de 1933, artículo 169.- Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros o de cualquiera de los Ministros, siempre que el Congreso o cualquiera de las Cámaras los llame para interpelarlos».

«Constitución de 1933, artículo 170.- La interpelación se formulará por escrito. Para su admisión se requiere no menos del quinto de los votos de los representantes hábiles».

«Constitución de 1933, artículo 171.- El Congreso o la Cámara, señalará día y hora para que los Ministros contesten las interpelaciones».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 225 de la Constitución de 1979 es el antecedente del 131 de la de 1993 que comentamos ahora. Su texto dice:

“Artículo 225.- Es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros o de cualesquiera de los Ministros, cuando la Cámara de Diputados los llama para interpelarlos.”

La interpelación se formula por escrito. Debe ser presentada por no menos del quince por ciento del número legal de Diputados. Para su admisión, se requiere el voto de no menos del tercio del número de representantes hábiles. La Cámara señala día y hora para que los Ministros contesten la interpelación. Esta no puede realizarse antes del tercer día de su admisión”.

El procedimiento es similar con los cambios correspondientes al unicameralismo.

Los plazos han variado de la siguiente manera:

- En la Constitución de 1993 se señala oportunidad de la votación de la admisión de la interpelación en la siguiente sesión a la presentación del pliego. En la Constitución de 1979 no había plazo para ello.
- La interpelación debe realizarse entre el tercero y décimo día posteriores a su admisión. La Constitución de 1979 ponía el plazo mínimo pero no el máximo.

Análisis exegetico

La interpelación consiste en un pliego de preguntas que el Ministro o el Consejo de Ministros en pleno interpelado, debe responder. Por su forma, procedimientos y requisitos, la interpelación es un derecho de las minorías: se la permite con un número de solicitantes que es el de un tercio de los representantes hábiles; habilita para la presentación de un pliego de preguntas y obliga al Gobierno a responderlas. La interpelación no es en sí misma una sanción, sino un interrogatorio aunque, sí es verdad, puede conducir a la censura.

Dice Chirinos Soto:

La práctica señala que un gabinete interpelado es un gabinete herido de muerte, aun si cuenta con mayoría parlamentaria. Tal fue el caso del gabinete Ulloa en el segundo gobierno de Belaunde y del gabinete Villanueva en el gobierno de Alan García. Interpelados, ambos gabinetes tuvieron a poco que dimitir, a pesar de que la mayoría parlamentaria les otorgó la confianza (116).

Para ello existen una serie de requisitos procesales establecidos en el artículo que comentamos:

- Se formula por escrito. Los congresistas que promueven la interpelación elaboran un pliego de preguntas que luego el Ministro responderá. Las preguntas pueden ser elaboradas de muchas maneras, pero la práctica parlamentaria prefiere preguntas abiertas que un formato semejante al de un interrogatorio ante el Juez. En teoría, sin embargo, cabe uno u otro, con sus posibles formas intermedias.
- La interpelación es presentada por lo menos por el quince por ciento del número legal de congresistas y para ser admitida requiere que voten el tercio del número de representantes hábiles.

(116) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 267.

Puede verse que no se necesita mayoría para presentar ni para aprobar las interpelaciones. La democracia es pluralismo y diálogo, particularmente dentro del Congreso y, por consiguiente, los grupos minoritarios que tengan significación, pueden reunir fuerzas y pedir la presencia del Gobierno para dialogar con él públicamente.

- Se señala día y hora para que el ministro conteste. La contestación no puede realizarse ni votarse antes del tercer día de la admisión (para permitir que el Ministro se prepare pues, a veces, los pliegos interpelatorios son sumamente extensos), ni después del décimo día para que no se burle el derecho de interpelación colocándolo demasiado lejos en el tiempo con lo que el pliego interpelatorio puede perder razón de ser por el cambio de la coyuntura política u otras razones equivalentes.

Sobre estos plazos dice Enrique Bernaldes:

“Es exigencia de la Constitución que la interpelación no se efectúe antes del tercer día de su admisión, ni después del décimo. Esto último con el objeto de otorgarles a los ministros un tiempo prudencial -pero que a la vez no es ad infinitum- para sustentar su defensa.” (117).

El Reglamento del Congreso trae las siguientes normas al respecto:

«Reglamento del Congreso, artículo 83.- El procedimiento de interpelación al Consejo de Ministros en pleno o a cualquiera de los ministros, se desarrolla de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El pedido de interpelación se formula mediante moción de orden del día, firmada por no menos del quince por ciento del número legal de congresistas y acompañada del respectivo pliego interpelatorio.

b) Para la admisión de la moción de interpelación se requiere el voto de

(117) BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 522.

por lo menos el tercio de congresistas hábiles. La votación se efectúa indefectiblemente en la sesión siguiente a la del debate de la admisión.

c) El Pleno del Congreso acuerda día y hora para que los ministros contesten la interpelación lo que les será comunicado con anticipación, acompañando el pliego respectivo. Si lo estimara conveniente, la Mesa Directiva podrá coordinar y proponer la fecha y hora al Pleno. En todo caso, la interpelación no puede realizarse ni votarse antes del tercer día posterior a su admisión ni después del décimo».

Sobre la experiencia de uso de la interpelación ministerial en gobiernos pasados, dice Bernales:

«En cuanto al recurso de la interpelación hay un contraste interesante. Bajo el primer gobierno del Presidente Belaunde (1963-68), la oposición apro-odriísta controlaba la mayoría y la aprovechó para interpelar y censurar a Ministros hasta el exceso. En su segundo mandato el Presidente contó con mayoría y ningún ministro fue censurado. La minoría, por su parte logró interpelar una vez a todo el gabinete y en dos ocasiones a Ministros. Bajo el gobierno del Presidente García que también ha contado con el respaldo de mayoría parlamentaria, el gabinete en pleno ha sido interpelado dos veces (Alva Castro y Larco Cox), pero tampoco se ha producido ninguna censura. Esto pareciera indicar que el uso que se le da a la interpelación está en relación directa con la composición de mayoría y minoría y no con la gestión ministerial que debe ser fiscalizada por el Parlamento. Se sostiene, y con razón, que la interpelación es un derecho de las minorías. Ahora bien, este criterio no puede significar sin embargo que una mayoría leal al gobierno está obligada a ser cómplice de una gestión ministerial desacertada, al punto de constituirse en un impedimento a la fiscalización. Si las lealtades partidarias se llevan a este extremo, es obvio que los Ministros pueden durar, pero el costo lo paga el Parlamento y más aún la propia credibilidad del pueblo en las instituciones democráticas» (118).

(118) BERNALES B., Enrique. *El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años*

Compartimos el criterio expresado por el autor: una mayoría oficialista debe diferenciar su apoyo político al gobierno de su incondicionalidad al mismo al margen de sus errores o deficiencias. El Legislativo es un órgano que tiene funciones propias dentro del Estado y que deben ser cumplidas para balancear adecuadamente los poderes y controlar los excesos. En esto, cualquiera que sea la mayoría, tiene que haber espíritu institucional y no sólo político.

223. Artículo 132

«Artículo 132.- El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar.

El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes.

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.»

después. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 148.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1867 estableció:

«Constitución de 1867, artículo 88.- El Presidente no puede despachar en ningún departamento de la administración pública, sin la concurrencia oficial de Ministros responsables. Tampoco puede despachar en ningún departamento con el Ministro contra quién el Congreso haya emitido voto de censura».

Por su parte, la Constitución de 1920 se refirió al voto de falta de confianza y la permanencia del ministro:

«Constitución de 1920, artículo 133.- No pueden continuar en el desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales alguna de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza».

Fue la Constitución de 1933 la que reguló extensivamente la censura ministerial:

«Constitución de 1933, artículo 172.- El voto de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los Ministros, puede ser presentado por sólo un Diputado o Senador, y se votará en la misma sesión».

«Constitución de 1933, artículo 173.- El Ministro censurado debe dimitir. El Presidente de la República aceptará la dimisión».

«Constitución de 1933, artículo 174.- La no aprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que hubiese hecho de la aprobación una cuestión de confianza».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo precedente en la Constitución de 1979 era el siguiente:

“Artículo 226.- La Cámara de Diputados hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los Ministros por separado mediante el voto de censura o de falta de confianza. Este último sólo se produce por iniciativa ministerial.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros o contra cualesquiera de los Ministros debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de Diputados. Se debate y vota por lo menos tres días después de su presentación. Su aprobación requiere el voto conforme de más de la mitad del número legal de Diputados.

El Consejo de Ministros o el Ministro censurado debe renunciar.

El Presidente de la República acepta la dimisión.

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza”.

En los aspectos de fondo las dos Constituciones tienen el mismo contenido normativo. En los detalles, sin embargo, la Constitución de 1993 trae los siguientes cambios:

- Adapta las normas de la bicameralidad a la unicameralidad.
- Establece un plazo máximo, inexistente en la Constitución de 1979, para votar la moción de censura.
- Establece un plazo de 72 horas para que el Presidente de la República acepte la dimisión del Ministro censurado. La Constitución de 1979 no contenía plazo al respecto.

Análisis exegético

La primera parte del artículo trata del voto de censura o de la no aprobación de la cuestión de confianza que el Congreso decide contra el Consejo de Ministros en pleno o contra uno o más ministros individualmente.

El voto de censura hace efectiva la responsabilidad política y es una sanción de naturaleza también política que el Congreso impone al Ministro o al Consejo de Ministros, porque está en desacuerdo con su línea, o con alguna decisión tomada por él, o por algún evento ocurrido dentro de su sector y sobre el cual se le atribuye responsabilidad.

Plantear el voto de censura es derecho de las minorías, pero apro-

barlo es de la mayoría. La finalidad de esta estructura es, por un lado, dar participación a las minorías en el debate político con una medida trascendental; por el otro, es garantizar la continuidad del trabajo del Poder Ejecutivo, salvo que la mayoría del Congreso esté en contra del Ministro o del Consejo para el que se haya pedido la censura. Por ello, para presentar la censura se requiere el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, en tanto que para aprobarla se requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

El efecto de una censura ministerial es que el Ministro debe renunciar inmediatamente al cargo y que el Presidente debe aceptar la dimisión dentro de las setentidós horas siguientes. Es decir, la persona que venía ocupando el cargo deja inmediatamente de hacerlo.

El Reglamento del Congreso trae disposiciones respecto de la censura ministerial:

“Reglamento del Congreso, artículo 86.- El Congreso hará efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado mediante la moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza; de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) La moción de censura la pueden plantear los Congresistas luego de la interpelación, de la concurrencia de los ministros para informar, o debido a su resistencia para acudir en este último supuesto o luego del debate en que intervenga el Ministro por su propia voluntad. La deben presentar no menos del veinticinco por ciento del número legal de Congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Las faltas reglamentarias o los errores de forma que cometan los miembros del Gabinete durante su participación en las sesiones del Pleno del Congreso no dan lugar a censura, salvo que se trate de alguna ofensa al Congreso o a sus miembros.
- b) El Consejo de Ministros o los ministros censurados deben renunciar. El Presidente de la República debe aceptar la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes.

[...]”.

Las causales que establece el inciso a) son correctas y obedecen a la necesidad de que la censura sea un procedimiento previsible. Si pudiera ser solicitada en cualquier momento, podría desestabilizarse el sistema político, sobre todo ante una enconada lucha entre Ejecutivo y Legislativo.

En relación al plazo de debate y votación de la censura dice Bernales:

La censura se debate y vota a partir del cuarto día de su presentación. Esto último da tiempo al ministro cuestionado y al régimen que lo apoya, a que eventualmente ejerzan presión política sobre el conjunto de los representantes. La Constitución Francesa fija un mínimo de 48 horas. A nuestro juicio el plazo no debiera sobrepasar las 24 horas. Finalmente está el requisito de la aprobación de la censura, que sólo puede viabilizarse con los votos de más de la mitad del número de miembros del Congreso. Creemos que esta previsión es adecuada, puesto que a nuestro entender lo enriquecedor de la censura es el debate público en torno a ella, que permite a la opinión pública fijarse elementos de juicio sobre la actuación del gabinete o de cualquier ministro. La práctica política enseña que quien pierde un debate público en el que se ha demostrado su incompetencia para el cargo, debe dimitir. Pero la dimisión debe ser producto del debate esclarecedor y no de odios y prebendas personales; por eso se exige para su procedibilidad mayoría calificada (119).

Creemos que Bernales tiene razón en esta apreciación: no existe ninguna razón para que el plazo de debate y votación sea tan amplio. Las veinticuatro horas que propone son en nuestro criterio suficientes y un plazo excesivo puede producir maniobras que suelen dañar la democracia por el tipo de conductas que al final quedan involucradas en ellas.

(119) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 524.

La norma de que las faltas reglamentarias o errores no dan lugar a censura salvo ofensas al Congreso o a sus miembros es correcta también, porque dichas causas no son políticas y no corresponden, por tanto, a la efectivización de responsabilidad política, que es la razón de ser de la censura. Esto, desde luego, no impide que el Presidente del Congreso llame al orden a los ministros que incumplen las normas reglamentarias. Si el ministro no hiciera caso de los requerimientos del Presidente del Congreso y persistiera en conductas irregulares, esto podría ser considerado una ofensa al Congreso y podría dar lugar a la censura, desde que nadie puede incumplir normas como los reglamentos del Congreso, luego de conminado a hacerlo mostrándosele el error cometido: las reglas de juego democrático y legal deben ser respetadas siempre y, muy especialmente, en el recinto del Congreso.

En el Derecho comparado existe una forma distinta de censura ministerial, que ocurre en los sistemas parlamentarios. Dicen Ferreira y Goretti:

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, los sistemas parlamentarios han introducido un mecanismo tendiente a evitar la inestabilidad de los gabinetes: el voto de censura constructiva. Este mecanismo, instaurado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn y adoptado, entre otras, por la Constitución Española de 1978, exige que la moción de censura de un gabinete esté acompañada con la propuesta de un candidato para ocupar la jefatura de gabinete (120).

Nohlen añade lo siguiente:

La moción de censura constructiva limita en cuatro aspectos el tradicional voto de censura parlamentario, que implica la destitución del individuo o cuerpo colegiado contra el cual se dirige el voto. La primera limitación es de tipo personal: la moción de cen-

(120) FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. *La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?. Contribuciones 1/1995*. Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 73.

sura puede dirigirse solamente en contra del canciller federal y no en contra de los ministros federales. La segunda limitación es de tipo material y se refiere a la constitucionalidad del voto: la moción de censura es exitosa solamente cuando por mayoría de los miembros del parlamento se produce la elección de un sucesor, paralelamente a la solicitud de revocación del canciller en ejercicio. La tercera limitación se refiere al procedimiento: existe sólo posibilidad de votación única no hay ninguna vuelta electoral. La cuarta y última limitación es de tipo temporal: establece la exigencia de un periodo de reflexión de la Dieta Federal antes de que ésta interponga la moción de censura contra el Gobierno Federal» (121).

Evidentemente, esta censura constructiva es propia de los sistemas parlamentarios en los que la elección del Jefe de Gobierno está ligada a la existencia de una mayoría parlamentaria. En sistemas como el peruano, en los que la elección corresponde al Presidente de la República, la propuesta de un candidato alternativo por el Congreso sería un injerto no aceptable y que produciría conflicto difícil de procesar dentro de la relación de los poderes: como el Congreso debe dar confianza al gabinete, si el Presidente de la República no elige al Presidente del Consejo de Ministros que propone el Congreso, no recibirá la confianza que necesita. En otras palabras, la elección de Presidente del Consejo de Ministros la habrá hecho el Congreso y eso no es sistemático dentro de nuestra Constitución.

El artículo concluye diciendo que la desaprobación de una iniciativa ministerial no equivale formalmente a una censura o a un retiro de la confianza del Congreso: a pesar de ella, el ministro puede seguir ejercitando válidamente sus funciones. Sin embargo, si planteó cuestión de confianza y se rechaza lo pedido, debe renunciar porque sí se le ha retirado el apoyo del Congreso.

La cuestión de confianza es una presión política impuesta por el Ejecutivo sobre el Legislativo y que fuerza la solución de un conflicto

(121) NOHLEN, Dieter. *Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas. Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 54.

que, para llegar a este grado, tiene que ser profundo. El Poder Legislativo sabe que si rechaza la confianza habrá crisis ministerial. Tiene entonces que medir su decisión: o abdica de sus posiciones irreconciliables con el Ministro y aprueba lo que él le ha planteado bajo confianza, o se sumerge en el camino de la crisis y sustitución del Ministro o del Consejo de Ministros involucrado. Planteada la cuestión de confianza, éste es exactamente el dilema del Congreso.

Por el dramatismo que pone la cuestión de confianza en la vida política y en la relación entre los poderes, la Constitución (como a su turno hace la doctrina constitucional), establece que la cuestión de confianza sólo puede plantearla el Ministro o el Consejo de Ministros: no puede exigirla el Congreso. Si éste quiere deshacerse de ellos, lo que deberá hacer es censurarlos. Censura y cuestión de confianza pasan, como se ve, por el mismo trance político pero son distintas por su causa eficiente: la censura la promueve el Congreso contra el Ministro y la cuestión de confianza la promueve el Ministro para dejar al Congreso con dos alternativas: transigir o generar la crisis ministerial.

El Reglamento del Congreso trae las siguientes normas sobre la cuestión de confianza:

“Reglamento del Congreso, artículo 86.- El Congreso hará efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado mediante la moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza; de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

- c) La cuestión de confianza sólo se plantea por iniciativa ministerial y en sesión del Pleno del Congreso. Puede presentarla el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto o cualquiera de los ministros. Será debatida en la misma sesión que se plantea o en la siguiente.
- d) La Mesa Directiva rechazará de plano cualquier proposición de confianza presentada por Congresistas.
- e) Si la cuestión de confianza es presentada por el Presidente del Con-

sejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto y ésta le fuera rehusada, se producirá la crisis total del Gabinete Ministerial, aplicándose la regla prevista en el literal b) precedente”.

En nuestro criterio, las normas del Reglamento son consistentes con las disposiciones constitucionales, y adecuadas para la operación de la institución del voto de confianza.

224. Artículo 133

«Artículo 133.- El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El voto de falta de confianza fue tratado en la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 133.- No pueden continuar en el desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales alguna de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza».

Por su parte, la cuestión de confianza se trató en la siguiente norma de la Constitución de 1933:

“Constitución de 1933, artículo 174.- La no aprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que hubiese hecho de la aprobación una cuestión de confianza”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Esta norma no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Hemos ya dicho en el comentario anterior que la cuestión de confianza es un instrumento que tiene el Poder Ejecutivo para presionar políticamente al Congreso cuando existe un enfrentamiento entre ellos y dejándole sólo dos alternativas: o el Congreso acepta las proposiciones del Ejecutivo y abdica de las suyas, o no acepta la cuestión de confianza y genera la crisis ministerial.

Este artículo autoriza al Presidente del Consejo de Ministros a plantear cuestión de confianza al Congreso en nombre del Consejo, es decir, que pone al Congreso en la situación de aceptar lo pedido por el Ejecutivo o dejar al país sin gabinete ministerial.

Son los instrumentos que el Derecho Constitucional moderno acepta como válidos y civilizados para solucionar los conflictos de fondo. La democracia no es ausencia de conflicto sino canalización del mismo por cauces civilizados de lucha y de solución. La cuestión de confianza es un asunto de lucha, pero una lucha bastante pacífica y que llevará a una solución incruenta, dentro del sistema democrático mismo aunque, definitivamente, al término de ella habrá un vencedor y un derrotado.

225. Artículo 134

«Artículo 134.- El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Hubo norma sobre inamovilidad de los Senadores en la Constitución de 1837:

«Constitución de 1837, artículo 15.- Los Senadores son inamovibles, y solo dejarán de serlo por destitución del cargo, ó por haber sido condenados a pena corporal ó infamante en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, todo conforme a las leyes».

La Constitución de 1826 dio atribución al Presidente de la República de disolver el Congreso de la siguiente manera:

“Constitución de 1837, artículo 30.- Son atribuciones del Protector:

[...]

22. Disolver el Congreso General en la época de sus sesiones, cuando manifiesta é indudablemente se apodere de las Cámaras un espíritu de desorden que amenace la paz interior de la confederación. En tal caso, se harán nuevas elecciones de representantes y el nuevo Congreso se reunirá cinco meses después de la disolución, sobre la que informará fundadamente el Protector en el mensaje de su apertura”.

Por su parte el artículo 83 de la Constitución de 1856 y el 79 de la Constitución de 1867 consideraron la disolución del Congreso como una causal de vacancia de hecho de la Presidencia de la República. También, los artículos 65 de la Constitución de 1860, el artículo 96 de la Constitución de 1920 y el artículo 150 de la Constitución de 1933, consideran la disolución del Congreso como causal de acusación al Presidente de la República durante su período. El artículo 88 de la Constitución de 1860, el artículo 115 de la Constitución de 1920 y el artículo 144 de la Constitución de 1933, consideraron que si se emitía sentencia condenatoria contra el Presidente por estos delitos, vacaba el cargo.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo 134 de la Constitución de 1993 tiene antecedente en los siguientes artículos de la Constitución de 1979:

“Artículo 227.- El Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros”.

“Artículo 228.- El decreto de disolución expresa la causa que la motiva. Incluye la convocatoria a elecciones en el plazo perentorio de treinta días, de acuerdo con la ley electoral en vigor al tiempo de la disolución.

Si el Presidente no cumple con llamar a elecciones dentro del plazo señalado o las elecciones no se efectúan, la Cámara disuelta se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades constitucionales y cesa el Consejo de Ministros, sin que ninguno de sus miembros pueda ser nominado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial.

La Cámara elegida extraordinariamente completa el período constitucional de la disuelta”.

“Artículo 229.- El Presidente de la República no puede disolver la Cámara de Diputados durante el estado de sitio ni de emergencia. Tampoco puede disolverla en el último año de su mandato. Durante ese término, la Cámara sólo puede votar la censura del Consejo de Ministros o de cualesquiera de los Ministros con el voto conforme de por lo menos dos tercios del número legal de diputados.

El Presidente de la República no puede ejercer la facultad de disolución sino una sola vez durante su mandato”.

Según ambas Constituciones puede haber disolución del Congreso. En el caso de la Constitución de 1993 se puede disolver la cámara única y en el de la Constitución de 1979 se podía disolver a la Cámara de Diputados. La Constitución de 1993 exige que se haya censurado a dos consejos de ministros y la de 1979 exigía que se hubiera censurado a tres.

El decreto de disolución, en ambas Constituciones, debe convocar a nuevas elecciones parlamentarias. La Constitución de 1979 daba para dichas elecciones un plazo de treinta días. La de 1993 da cuatro meses.

Según la Constitución de 1979 el Decreto de disolución expresaba la causa. La de 1993 no establece requisito semejante.

La Constitución de 1979 prohibía disolver la Cámara de Diputados durante el último año de mandato o cuando habían sido declarados los estados de emergencia o de sitio. La Constitución de 1993 sólo prohíbe disolución en el último año de mandato y bajo estado de sitio. Hay que concluir, por tanto, que sí lo permite en estado de emergencia.

La Constitución de 1993 establece que la Comisión Permanente no puede ser disuelta, lo que corresponde a la unicameralidad vigente (en la Constitución de 1979 el Senado no podía ser disuelto).

La referencia que la Constitución de 1993 hace a que fuera de la disolución no hay otras formas de revocación del mandato parlamentario *no tiene en absoluto que ver con la Constitución de 1979 (en la que no cuenta con antecedente)*, sino con las nuevas normas establecidas en sus artículos 31 y 2 inciso 17. Constituye una excepción al principio de revocabilidad de los cargos de representación popular.

La Constitución de 1993 no ha recogido mayoría más estricta para aprobar la censura ministerial en el último año de mandato. Sí la establecía la Constitución de 1979 (dos tercios del número legal de diputados, según su artículo 229, parte final).

Análisis exegetico

Correlativa a la atribución de censurar ministros, es la otorgada al Poder Ejecutivo de disolver el Congreso unicameral en nuestro caso.

La disolución del Congreso debe producirse cuando existe una incompatibilidad abierta entre las posiciones del Poder Ejecutivo y las del Poder Legislativo, de manera que no sólo no pueden concordar entre sí, sino que se enfrentan abiertamente. El sistema de separación de poderes que tenemos en la Constitución no soporta un enfrentamiento prolongado

y agudo del Poder Ejecutivo y del Legislativo porque, en realidad, lleva a la paralización política del país.

Por ello, tal vez, el párrafo inicial establece la posibilidad de disolver el Congreso si ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. Pensamos que si el Poder Ejecutivo ha de tener esta atribución, debe ejercitarla en base a su convicción política de que no puede trabajar con él. Así es en la inmensa mayoría de los países en que la disolución del Parlamento existe. Exigir que se censure a dos Consejos de Ministros permite que el Congreso mida su agresividad para con el Ejecutivo censurando un gabinete y luego a tantos ministros como quiera pues mientras no se cumpla el requisito de los gabinetes no habrá posibilidad de aplicar la norma. En otras palabras, en los hechos, la posibilidad de disolver al Congreso depende de las decisiones que él mismo tome. Eso quita eficiencia a la institución y debería corregirse.

Se deberá dictar un decreto de disolución. Como no hay la exigencia de que lo apruebe el Consejo de Ministros (omisión verdaderamente enojosa en el contexto de la Constitución), bastará la firma del Presidente de la República y la de algún ministro, probablemente el Presidente del Consejo de Ministros. En el mismo decreto de disolución debe convocarse a elecciones para un nuevo Congreso dentro del plazo establecido. Esta convocatoria es esencial porque, en verdad, la función de la disolución del Congreso es forzar una nueva elección parlamentaria en la cual el pueblo defina a quién da la razón: si a la mayoría parlamentaria hoy disuelta que se oponía al Ejecutivo, o sí a este último, eligiendo una nueva mayoría parlamentaria oficialista. Es, en este sentido, una solución democrática y popular a un problema de quienes detentan el poder en la superestructura del Estado.

La parte final del segundo párrafo establece que no puede cambiarse el sistema electoral preexistente y la razón es muy simple: no se debe cambiar la correlación de fuerzas electorales previa. Si así se hiciera, en realidad tendría que darse un Decreto gubernativo que modificara la Ley electoral y eso sería violatorio de la equidad en la resolución del conflicto por la vía del voto popular.

Los tres últimos párrafos establecen normas de seguridad para casos especiales:

- El Congreso no puede ser disuelto durante el último año de su mandato porque, en realidad, sería sustituir la próxima elección regular por una elegida a dedo por el Poder Ejecutivo y eso no es equitativo.
- La Comisión Permanente no puede ser disuelta porque mantiene la continuidad del Congreso cuando se halla recesado. Con mayor razón cuando, como en estos casos, está disuelto. Simplemente, habrá una recomposición total de miembros cuando se reúna el nuevo Congreso elegido.
- El Congreso no puede ser disuelto bajo estado de sitio (ver el inciso 2 del artículo 137) porque dada la gravedad de las restricciones de derechos que en dicho estado se impone a la población, el Congreso debe estar vigilante del cumplimiento cabal de las responsabilidades del Estado, particularmente en defensa de las personas a las que sus derechos sean agraviados injustificadamente.

El penúltimo párrafo del artículo 134 está mal ubicado aquí. Debiera figurar en el artículo 2 inciso 17 ó en el 31, de manera que se sepa claramente que no hay revocación parlamentaria por el pueblo.

226. Artículo 135

«Artículo 135.- Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario.

En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Este artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegetico

Entre la dación del decreto de disolución y la reunión del nuevo congreso elegido, existe un período de dictadura en que el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia. Los comunica a la Comisión Permanente con el único fin de que, reunido el nuevo Congreso, los eleve al Pleno.

Enrique Bernales dice al respecto:

El nuevo plazo significa que el Presidente de la República puede gobernar por cuatro meses sin Congreso, lo cual es un exceso, pues la Constitución estaría autorizando una concentración de poderes en el Presidente de la República por ese período. En cuatro meses se puede cambiar radicalmente el sistema jurídico interno y dictar medidas extraordinarias en todos los campos del acontecer nacional. A estas medidas el Art. 135 denomina decretos de urgencia. Pero el solo hecho de obligar a una débil dación de cuenta a la Comisión Permanente no garantiza un freno suficiente. Lo anterior podría agravarse si, como lo hemos anotado en capítulos anteriores, la Comisión Permanente se convierte -como efectivamente ha sucedido- en un órgano disminuido y sin capacidad de juego político, debido a sus propias limitaciones constitucionales. Además, la Comisión Permanente no está en capacidad de modificar los decretos de urgencia, de los que sólo toma nota y eleva al nuevo Congreso instalado (122).

El plazo, en efecto, parece demasiado largo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que deberá haber inscripción de listas parlamentarias y campaña en todo el país, además de la necesidad de preparar el proceso electoral en sí mismo.

Consideramos que esto requiere no menos de tres meses para hacerse debidamente. En tal sentido, tal vez lo razonable es entender el

(122) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 529.

plazo de cuatro meses como un máximo y disminuirlo lo más posible para no estirar demasiado el período sometido a dictadura constitucional.

Desde luego, en la medida que la Constitución ha elegido la modalidad de Decretos de Urgencia para viabilizar la legislación del período, habrá que entender que el Presidente no tiene una atribución indeterminada de regulación durante el período entre la disolución y la reunión del nuevo Congreso: está limitado por el mandato constitucional de que los Decretos de Urgencia sólo se refieren a medidas extraordinarias en materia económica y financiera, siempre que lo requiera el interés nacional. Extender la atribución legislativa a otros campos sería caer en tiranía, es decir, en usurpación de funciones y ello haría nulos los actos legislativos en virtud del artículo 46 de la Constitución, en su parte final.

Hay que destacar que si el constituyente hubiera considerado la conveniencia de que el Ejecutivo legisle sobre todas las materias del rango de ley, hubiera autorizado a dictar Decretos Legislativos sin autorización del Congreso (como ya lo ha hecho en los artículos 80 y 81 de la misma Constitución). Es el haber elegido los Decretos de Urgencia en vez de los Decretos Legislativos lo que hace válida, a nuestro juicio, esta interpretación.

Por lo demás, sería poco razonable que existiendo un conflicto entre Ejecutivo y Legislativo, la Constitución permitiera la disolución del Congreso y, a la vez, total libertad al Ejecutivo para legislar. El período de cuatro meses corresponde a la necesidad de organizar un nuevo proceso electoral e instalar al nuevo Congreso, no al establecimiento de un período de dictadura porque él es conveniente. Por consiguiente, entendemos que no deberá producirse una situación de transformación legislativa por Decreto sino que, respetándose el orden establecido, debe regularse las situaciones económicas o financieras que lo requieran. Si no sucediera así, siempre, aún en el *interregno* de que habla la Constitución, se podría impugnar la validez constitucional de los decretos de urgencia que extralimiten la materia para la cual existen en la Carta, y en este artículo 135 en particular.

Este problema ha sido visto también por Francisco Eguiguren, aunque su interpretación es algo diversa (no necesariamente contraria) a la nuestra:

Finalmente, debe tomarse nota que cuando la Constitución regula la disolución del Congreso, dispone que «...en ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale» (art. 135, segundo párrafo).

Al margen de lo poco efectiva que resulta esta remisión de la norma a la Comisión Permanente de un Congreso disuelto, la referencia que aquí se hace a los decretos de urgencia se presta a confusiones. En efecto, si los decretos de urgencia, por mandato constitucional, sólo pueden tratar sobre materia económica y financiera, es difícil suponer que las funciones legislativas que asuma el Ejecutivo, mientras el Congreso anterior esté disuelto y el nuevo aún no se haya instalado, se restrinjan exclusivamente a dichos ámbitos. Más propiamente esta función normativa se cumpliría a través de «decretos-leyes», categoría no tratada por la Constitución. A menos que aceptemos, aunque ello resulta ciertamente poco riguroso, la existencia de una «modalidad especial» de decretos de urgencia propia de los períodos de disolución del Congreso, carentes de restricción en su competencia material y «diferente» de los DU «ordinarios»” (123).

De esta cita se puede notar que el problema de la determinación de los decretos de urgencia verdaderamente existe. La diferencia entre Eguiguren y nosotros consiste en que él piensa que el gobierno debería seguir dictando normas con rango de ley en el período entre Congreso y Congreso y, nosotros, que la legislación producida con este rango debe estar limitada a los problemas económicos y financieros.

El nuevo Congreso puede tener conformación favorable a la mayoría parlamentaria opositora al Ejecutivo, o puede tenerla favorable al Ejecutivo. En el primer caso, el pueblo dio la razón a la mayoría del

(123) EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 190.

Congreso disuelto y, al regresar, podrá negar la cuestión de confianza que plantee el gabinete cuando asista al Congreso. Si por el contrario el pueblo vota mayoritariamente a favor de los partidarios del Poder Ejecutivo, es obvio que permanecerá la composición que el Poder Ejecutivo tenía antes de la disolución.

El artículo obliga al Presidente del Consejo de Ministros a asistir a la sesión del nuevo Congreso para exponer los actos que el Poder Ejecutivo ha realizado entre el decreto de disolución y la reinstalación. Es una medida saludable que permitirá, según los casos, censurar al gabinete o ratificarle la cuestión de confianza, en función del resultado electoral.

227. Artículo 136

«Artículo 136.- Si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y destituye al Consejo de Ministros. Ninguno de los miembros de éste puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del período presidencial.

El Congreso extraordinariamente así elegido sustituye al anterior, incluida la Comisión Permanente, y completa el período constitucional del Congreso disuelto.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de la norma que comentamos se hallan en el artículo 228 de la Constitución de 1979:

“Artículo 228.- El decreto de disolución expresa la causa que la motiva. Incluye la convocatoria a elecciones en el plazo perentorio de treinta días, de acuerdo con la ley electoral en vigor al tiempo de la disolución.

Si el Presidente no cumple con llamar a elecciones dentro del plazo señalado o las elecciones no se efectúan, la Cámara disuelta se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades constitucionales y cesa el Consejo

de Ministros, sin que ninguno de sus miembros pueda ser nominado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial. La Cámara elegida extraordinariamente completa el período constitucional de la disuelta”.

El artículo 136 de la Constitución de 1993 reproduce las normas contenidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 228 de la Constitución de 1979, realizando sólo los cambios que hacía indispensables el unicameralismo.

Análisis exegético

Tenemos dos normas que corresponden a dos hipótesis de hecho distintas:

- El primer párrafo regula el caso en que las elecciones para elegir al Congreso que sustituya al disuelto no se realizan en el plazo que establece el artículo 134, o en el menor que señale el Decreto de disolución que contiene la convocatoria. Entonces, el Congreso disuelto se reúne y vuelve a existir plenamente. El Consejo de Ministros es destituido con las prohibiciones de nombramiento que se indiquen.

Las normas que comentamos tienen por finalidad evitar que, bajo la forma de una disolución de Congreso y la postergación de la fecha de elección del nuevo, se instaure en realidad una tiranía, bajo la excusa de una ausencia de plazos terminantes. Hay que recordar que la finalidad de la disolución es que se produzca una nueva elección de inmediato, en la que el pueblo respalde a una de las posiciones contendientes: o al Ejecutivo que disolvió al Congreso dándole mayoría en el nuevo a elegir, o a la mayoría del Congreso disuelto, con lo que caerá el Consejo de Ministros según el artículo 135. Lo que no puede ocurrir es que se disuelva el Congreso y no se realicen las elecciones para el nuevo, porque eso sería trastocar totalmente el sentido de la institución y darle un uso abiertamente inconstitucional y antidemocrático.

- El segundo párrafo se pone en la hipótesis de que disuelto el Congreso, se hayan producido las elecciones y exista ya un nuevo Con-

greso en funciones. Las reglas son que sustituye al anterior, incluida la Comisión Permanente que había subsistido durante el período que transcurre entre la disolución y la instalación del nuevo Congreso según el tercer párrafo del artículo 134, y los nuevos congresistas no asumen un mandato de cinco años, sino que completan el que corresponde a los del Congreso disuelto. De esta manera, se mantendrá el principio de que las elecciones ordinarias para Presidente de la República y para Congreso, se realizan simultáneamente cada cinco años. Esta decisión es correcta, porque es siempre deseable por razón de equilibrio político, que la renovación electoral de Ejecutivo y Legislativo se haga en el mismo momento (más allá de que, eventualmente, se acepte una elección para renovación parcial del Congreso en algún momento intermedio del mandato. Esto, que se anunció como proyecto antes de aprobar esta Constitución, fue finalmente descartado por la mayoría del Congreso Constituyente aunque, en sí mismo, es un buen mecanismo de participación electoral del pueblo).

Consideramos que por técnica legislativa, hubiera sido bueno separar estas dos normas en sendos artículos, de manera que no haya la impresión de que se trata de la misma hipótesis cuando se hace una revisión somera del texto.

TITULO IV

CAPITULO VII

REGIMEN DE EXCEPCION

228. TITULO IV, CAPITULO VII: REGIMEN DE EXCEPCION

El denominado régimen de excepción es una circunstancia que en la doctrina se conoce como *dictadura constitucional* y se produce cuando el Poder Ejecutivo amerita que ciertos sucesos de la realidad exigen un recorte del ejercicio de los derechos constitucionales para garantizar el orden interno y la tranquilidad pública. Es *dictadura* porque se reúnen en manos del Poder Ejecutivo (y fundamentalmente en manos de la fuerza pública), ciertos poderes que no tiene en circunstancias de normalidad y que van dirigidos a intervenir en los derechos constitucionalmente reconocidos, vulnerándolos sin que pueda ejercitarse defensa de ellos, cuando dicha vulneración es proporcional y razonable (ver al respecto el artículo 200 de la Constitución en sus párrafos finales). Es una *dictadura constitucional* porque está reconocida expresamente en el texto de la Carta y, en consecuencia, si se ha seguido las formas del caso, es perfectamente legítima.

La dictadura como forma legítima se conoce desde Roma. En su organización constitucional existía siempre la posibilidad de nombrar un Dictador por plazo (seis meses) el que juntaba en sus manos todas las atribuciones de las magistraturas romanas para conducir la vida política en ciertos momentos de máxima necesidad como, por ejemplo, el transcurso de una guerra. Concluido su mandato como Dictador, el ciudadano retornaba a su condición de simple miembro de la sociedad política. Esto tenía la doble función de darle todo el poder cuando era ne-

cesario, y retirárselo completamente al poco tiempo. De esa manera, se suponía que ejercería la máxima autoridad con tino y responsabilidad.

El régimen de excepción está ampliamente reconocido en el constitucionalismo contemporáneo. Inclusive los pactos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica tiene normas respecto de él. A propósito de esta convención, es importante decir que contiene norma según la cual ciertos derechos no pueden ser nunca suspendidos bajo este régimen. Los mencionamos a propósito del comentario exegético del artículo 137 de la Constitución de 1993.

Nuestro régimen de excepción tiene dos formas: una que es el Estado de Emergencia, que restringe sólo ciertos derechos y el Estado de Sitio, que puede restringir una amplísima gama de ellos y que procede en circunstancias más graves. En ambos casos, la determinación de la existencia de la situación excepcional corresponde al Poder Ejecutivo con aprobación del Consejo de Ministros. Sólo la prórroga del Estado de Sitio requiere aprobación del Congreso. No la del Estado de Emergencia.

Las normas de las Constituciones de 1979 y 1993 son prácticamente iguales respecto de este punto. Sin embargo, es preciso señalar que hay una diferencia importantísima no ubicada en esta parte sino en la de las garantías constitucionales: el último párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993 dice lo siguiente:

“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

Es decir, la Constitución de 1993 ha establecido que las acciones constitucionales de protección de derechos permanecen vigentes aún bajo régimen de excepción, y que será la discrecionalidad del juez la que permita defender o no dichos derechos cuando sean conculcados por la autoridad. La norma nos parece correcta y no existía en la Constitución de 1979, razón por la cual la ley 23506 estableció que las acciones de Hábeas corpus y amparo no funcionaban durante la dictadura constitucional.

229. Artículo 137

«Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1826 dijo al respecto:

«Constitución de 1826, artículo 123.- Sin en circunstancias extraordinarias la seguridad de la República exigiere la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo, podrán las Cámaras decretarlo. Y si estas no se hallasen reunidas, podrá el Ejecutivo desempeñar esta misma función, como medida provisional, y dará cuenta de todo en la próxima apertura de las Cámaras, quedando responsable de los abusos que haya cometido».

«Constitución de 1826, artículo 150.- Los poderes constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que corresponden a los Peruanos, sino en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión».

La llamada suspensión de garantías en el pasado, era aprobada el Congreso. Generalmente fue autorizada en casos de guerra o de peligro extraordinario. El tratamiento fue diverso pero, en su estructura básica, siguió el mismo patrón general. Las normas referentes a este tema son las siguientes: Constitución de 1826, artículo 30; Constitución de 1828, artículo 48; Constitución de 1834, artículo 51; Constitución de 1839, artículo 55; Constitución de 1956, artículo 55; Constitución de 1860, artículo 59; Constitución de 1867, artículo 59.

La Constitución de 1920, originalmente prohibió la suspensión de las garantías. Luego fue modificada:

«Constitución de 1920, artículo 35.- Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad”.

Este artículo fue modificado por la ley Nro. 5470 de 28 de Setiembre de 1926 en la siguiente forma:

“Artículo 1.- Adiciónase el artículo 35 de la Constitución con el párrafo siguiente. «Solo en los casos en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, podrán suspenderse por el término máximo de treinta días las garantías consignadas en los artículos 24, 30, 31 y 33»”.

«Constitución de 1920, artículo 36.- El Congreso dictará en casos extraordinarios, en que peligre la seguridad interior o exterior del Estado, las leyes y resoluciones especiales que demande su defensa; pero sin que en los juicios de excepción a que hubiese lugar se pueda sentenciar a los inculpados. Estas leyes y resoluciones no pueden estar en desacuerdo con el artículo 35.

Este artículo fue modificado por la ley Nro. 5470 de 28 de Setiembre de 1926 en la siguiente forma:

“Artículo 2.- Modificase el artículo 36 en los siguientes términos: «En caso de guerra exterior, el Congreso podrá dictar leyes y resoluciones especiales, restringiendo las garantías individuales y sociales, como lo requiera la defensa nacional»».

En la Constitución de 1933 hay que ver al respecto, también, el artículo 83 tal como quedó redactado luego de la modificación introducida por la 5470 de 28 de Setiembre de 1926, modificatoria del inciso 21.

La Constitución de 1933 dio nueva forma al tratamiento del régimen de excepción y encargó la decisión correspondiente al Poder Ejecutivo:

«Constitución de 1933, artículo 70.- Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 62, 67 y 68. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ella.

El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto.

La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente del artículo 137 de la Constitución de 1993 está en el inciso artículo 231 de la Constitución de 1979:

“Artículo 231.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los Estados de excepción que en este artículo se contemplan:

- a. *Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que se contemplan en los incisos 7, 9 y 10 del artículo 2 y en el inciso 20-g del mismo artículo 2. En ninguna circunstancia, se puede imponer la pena de destierro. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. La prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República.*
- b. *Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.*

Las normas de ambas Constituciones tienen el mismo sentido normativo con dos cambios:

- La Constitución de 1979 suspendía *las garantías constitucionales* relativas a los derechos. La de 1993 permite *restringir o suspender el ejercicio de los derechos*. El significado normativo es algo distinto y lo discutimos en el análisis exegético de este artículo.
- Se modifica la norma de la Constitución de 1979 cuando decía, a

propósito del estado de emergencia, que *en ninguna circunstancia, se puede imponer la pena de destierro* por la fórmula de: *en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie*. Opinamos que las dos disposiciones son técnicamente incorrectas: si hubiera habido proceso regular y la pena existe, sí se podría imponer (y ejecutar) la pena de destierro. Lo que se quiere evitar es que se aplique una medida dictatorial de destierro durante el estado de emergencia, lo que sería teóricamente posible porque se ha suspendido el derecho que da garantía, precisamente, contra el destierro. Sin embargo, estando bien la intención de las normas, la forma de hacerlo ha sido deficiente en las dos Constituciones. El significado normativo, no obstante, puede ser deducido sin mayor dificultad.

230. Artículo 137

«Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: [...]».

Análisis exegetico

Los estados de excepción son circunstancias de dictadura constitucional en las cuales, por graves razones, se autoriza la restricción o suspensión de derechos constitucionales, quedando la fuerza pública en libertad de no observar los derechos suspendidos a las personas, y sin la posibilidad que éstas se defiendan utilizando las garantías establecidas (siempre que se den los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad a criterio del juez).

Son circunstancias de dictadura constitucional porque se reúnen en una mano, poderes que normalmente están distribuidos entre los distintos órganos del Estado, y ello ocurre por decisión del que acumula más autoridad durante el régimen especial: el Poder Ejecutivo.

Los poderes que reúne son el de actuar como fuerza pública, que le pertenece, pero también el de decidir por sí mismo si una persona determinada debe ser privada o no de sus derechos fundamentales. Esta última decisión es judicial en el curso normal de la vida constitucional. La mezcla de estos dos poderes, da al Ejecutivo una significativa capacidad de represión, que es precisamente la que se utiliza para conjurar las situaciones en las que el estado de excepción debe ser declarado.

Los instrumentos internacionales reconocen que en ciertas circunstancias debe restringirse el ejercicio de los derechos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27.-

1.- En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones, que en la medida y por el tiempo estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2.- La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3.- Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos trae la siguiente norma: -

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.-

1.- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2.- La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3.- Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

Puede verse que al tiempo que ambos instrumentos internacionales reconocen la posibilidad de restringir ciertos derechos, también señalan un núcleo que no puede nunca ser tocado. La Convención Americana los menciona expresamente y, los aludidos en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto son los siguientes: derecho a la vida (artículo 6); prohibición de tortura y maltratos (artículo 7); prohibición de la esclavitud (artículo 8, párrafo 1); prohibición de la servidumbre (artículo, 8 párrafo 2); prohibición de prisión por deudas (artículo 11); exigencia de los derechos esenciales penales de no hay delito ni pena sin ley y no hay pena sin debido proceso (artículo 15); derecho a la personalidad (artículo 16), y derechos al libre pensamiento, conciencia y religión (artículo 18).

De hecho, ninguno de los derechos protegidos de esta manera por

la Convención y el Pacto, pueden ser suspendidos en el Perú, ni siquiera en estado de Sitio que es el más grave de los dos, ya que ambos instrumentos tienen valor jurídico y rango constitucional en el Perú, de acuerdo con las reglas hermenéuticas de aplicación de los instrumentos de Derechos Humanos que hemos ya fundamentado antes.

En estado de emergencia, estas capacidades represivas consisten en detener o inmovilizar personas, prohibirles reunirse e ingresar a sus domicilios a realizar inspecciones e investigaciones. En estado de Sitio las posibilidades de represión son mayores aún y se refieren no sólo a las personas mismas sino también a sus bienes, los que pueden ser utilizados, reconociendo indemnización, para solucionar las emergencias existentes (por ejemplo, la incautación legítima de muebles e inmuebles para ser utilizados por las Fuerzas Armadas en caso de guerra). En general, se busca dar a la acción represiva la mayor capacidad de operación compatible con la vida social humana y digna, para solucionar los problemas que origina la emergencia.

Las razones por las cuales se establecen los estados de excepción están señaladas en los incisos 1 y 2 de este. Aquí sólo queremos decir dos cosas sobre ellas:

- Son circunstancias que alteran o amenazan con alterar el orden interno de manera seria, eliminando de la sociedad las condiciones de paz y progreso que hemos definido al tratar el inciso 4 del artículo 118 de la Constitución. El objetivo central del estado de excepción es hacer retornar la vida social y política a los cauces del orden interno. Para ello, se supone que hay que tomar ciertas medidas de represión excepcionales y por eso se suspende o restringe el ejercicio de los derechos constitucionales de que se trate.

Sobre la guerra, que es una de las causas de declaración de régimen de excepción, dice García Belaunde:

“Guerra: es una contingencia del derecho internacional que consiste en el empleo de la violencia como última ratio, cuando en caso de conflicto frente a la amenaza a la soberanía o a los intereses vitales de un determinado país, han resultado ineficaces o insuficientes los recursos y procedimientos de solución pacífica. Debe distinguirse

cuando la guerra se lleva a cabo en el propio territorio y cuando se combate en territorio extranjero. Por lo general las disposiciones en estado de guerra afectan a los combatientes cuando se hallan en estado enemigo; y a todos, civiles y militares, cuando la guerra se desarrolla en territorio propio. Algunos problemas se vinculan con la presencia de la jurisdicción militar sobre la civil, el régimen de los extranjeros y de sus respectivas propiedades, y el ejercicio de sus derechos, que deben, en términos generales, respetarse, aún cuando los ejemplos de las dos últimas guerras mundiales no son muy halagueños (124).

Sobre los desórdenes internos dice:

“Desórdenes internos: ésta es una categoría muy elástica: insurrecciones, motines, rebeliones, guerra civil interna, terrorismo, guerrillas, inundaciones, catástrofes naturales (terremotos, maremotos, etc.). Hay que destacar que estos desórdenes (algunos por mano del hombre y otros como consecuencia de actos de la naturaleza) tienen diferentes formas de manifestarse: así en un régimen constitucional de protección a los derechos humanos, se tendrá una mayor tolerancia y respeto que el existente, en términos generales, en un gobierno de facto que carezca la legitimidad (en este supuesto, la represión se hará más necesaria).

En general los desórdenes internos más caracterizados tienen un claro origen político, que se da más acentuadamente en el seno de regímenes autoritarios y también en las democracias constitucionales subdesarrolladas, que por lo general no tienen un eficiente manejo de las situaciones anómalas que se les presentan; o cuando existe un porcentaje alto de marginados que no se benefician del sistema social, y en consecuencia no tienen ningún inconveniente en cuestionarlo (125).

(124) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas*. VARIOS AUTORES. *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, p. 85.

(125) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Regímenes de excepción en las Consti-*

- La calificación de si son suficientemente significativas para declarar el estado de excepción, es competencia privativa del Poder Ejecutivo. Ningún otro órgano del Estado tiene competencia para intervenir en ello, salvo la prórroga del estado de sitio según el inciso 2 del artículo 137. En relación a la exclusividad de competencia del Poder Ejecutivo sobre esta materia, es importante concordar el artículo que venimos examinando con la parte pertinente del inciso 6 del artículo 200 de la Constitución que dice: «[...] *No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio*».

A pesar de que la declaración de estado de excepción es atribución privativa del Poder Ejecutivo, la Constitución manda que de ella se de cuenta al Congreso y si el Pleno está en receso, que se de cuenta a la Comisión Permanente. Es obvio que este dar cuenta tiene que ver con que la labor de control político típica del Congreso se ponga en alerta para escrutar la manera como se pone en ejecución la medida y, sobre todo, para que en toda circunstancia el Congreso cumpla con la atribución que le da el inciso 2 del artículo 102: «*Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores*».

Porque es competencia del Poder Ejecutivo como órgano colegiado, el estado de excepción se dicta por el Presidente de la República (mediante Decreto Supremo), con aprobación del Consejo de Ministros.

También porque es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo de acuerdo a este artículo constitucional, nadie puede impugnar el Decreto Supremo respectivo interponiendo acción contra él, y ni siquiera el mismo Congreso puede aprobar una ley que condujera las cosas por camino distinto del que decida el Ejecutivo. El mandato constitucional está por encima de todos ellos.

tuciones latinoamericanas. VARIOS AUTORES. Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, p. 86.

Durante el estado de excepción, las personas ven restringidos o suspendidos sus derechos. Es importante precisar el significado de esta disposición porque puede llevar a equivocaciones graves para el Estado de Derecho. La pregunta correcta, a nuestro juicio, es la siguiente: cuando se ha decretado un estado de excepción ¿Las personas tienen o no tienen los derechos cuyo ejercicio ha sido suspendido o restringido?

Nuestra respuesta es que las personas sí tienen esos derechos. En rigor, entonces, no son suspendidos los derechos, sino que puede restringirse o suspenderse el *ejercicio* por *acto de hecho* de la autoridad, sin que la persona perjudicada pueda defenderse por las vías normales que el Derecho facilita para estos casos, siempre que haya razonabilidad y proporcionalidad en la actuación de la fuerza pública.

Esto es importante por lo siguiente: si durante el estado de excepción no se tiene derecho de reunión, los actos que las personas celebren reunidas (como por ejemplo formar una asociación), podrían ser declarados inválidos, pues tendrían como fuente una situación no autorizada en la medida que no hay derecho de reunión y, sin ejercitarlo, no hay asociación posible. Por ello, sostenemos que los derechos se tienen siempre, aún en estado de excepción. Lo que sucede es que en circunstancia de dictadura constitucional, el acto de autoridad que suspende o restringe el derecho, no es jurídicamente atacable. Pero son dos situaciones claramente distintas frente al Derecho que no deben ser confundidas porque pueden traer graves perjuicios a la vida social y política.

Otro argumento que refuerza esta posición, es que en realidad las garantías constitucionales quedan inermes para proteger los derechos, sólo en tanto la suspensión o restricción del derecho esté directamente vinculada a la causa de la declaración del estado de excepción. Es muy importante en este sentido el texto del inciso 6 del artículo 200 que transcribimos:

«[...] El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con

derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo [...]».

Al comentar el artículo 200 nos extendemos en el tratamiento de esta norma, pero aquí diremos que queda claro que el juez podrá siempre considerar que el acto de autoridad que restringe o suspende el derecho ha sido no razonable o desproporcionado y, en tanto tal, podrá restablecer el ejercicio del derecho en cuestión. Esto es indicio claro de lo que hemos dicho: que el derecho siempre se tiene, pero que su vulneración por acto de autoridad, vinculado a la causa de declaración del estado de excepción, podrá ser inatacable jurídicamente por el perjudicado.

La idea de que los derechos permanecen vigentes es sostenida también en este pasaje debido a Abad:

La Ley 25398 adopta una posición, a nuestro juicio correcta, y distingue las garantías constitucionales (hábeas corpus y amparo) de los derechos fundamentales, precisando que durante el Régimen de Excepción quedan suspendidos los derechos constitucionales y en consecuencia las garantías gozan de plena y absoluta vigencia.

Debe precisarse, siguiendo a Prieto Sanchís, que la suspensión no significa la pérdida temporal de la vigencia de un derecho, como podría aventurarlo una interpretación basada en el lenguaje común, pues para el derecho:

«La suspensión no implica en ningún caso la desaparición del derecho, sino la sustitución de su regulación ordinaria por otra extraordinaria, pero que sigue siendo una regulación, esto es, un régimen normativo o de legalidad; [...]. En otras palabras, los derechos suspendidos son derechos transformados» (126).

En realidad, estimamos que lo que está mal es la manera de

(126) ABAD YUPANQUI, Samuel B. *La ley 25398 sobre hábeas corpus y amparo: ¿una nueva ley de reformas?* VARIOS AUTORES, *Lecturas sobre temas constitucionales* 8. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 211.

expresar las cosas. Mientras el Derecho diga que *se suspenden los derechos*, está utilizando una expresión que indica que las personas se quedan sin derechos. Esto es lo que hay que cambiar. Debería establecerse, por ello, una redacción que incluya todos estos elementos:

- Que los derechos se restringen en el sentido que la autoridad pública puede restringir o eliminar su disfrute proporcional y razonablemente, pero que siempre las personas tienen todos sus derechos.
- Que siempre existe la posibilidad de proteger los derechos mediante las garantías constitucionales, en base a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, valorados por el juez en cada caso.

Una fórmula para expresarlo podría ser la siguiente: “En las circunstancias [...] las personas mantienen sus derechos constitucionales pero su ejercicio podrá ser restringido o eliminado en casos individuales por la autoridad pública, la que deberá actuar en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, que serán valorados por el juez cuando se interponga una garantía constitucional en favor de la persona perjudicada”.

Por estas mismas razones, la doctrina sostiene que no se debe suprimir las garantías constitucionales que protegen a los derechos:

En este sentido, reconociendo el carácter y contenido histórico de los derechos constitucionales y la validez doctrinaria de los regímenes de excepción, puede resultar legítimo suspender ciertos derechos personales pero de ninguna manera las garantías. Estas son, precisamente, los instrumentos procesales que el ciudadano puede utilizar para que se examine judicialmente la razonabilidad y, en general, la legitimidad de determinadas medidas adoptadas dentro del marco de un estado excepcional. En otras palabras, son las acciones de garantía el mecanismo para que la rama jurisdiccional del Estado pueda conocer si una medida concreta está bien o mal aplicada pudiendo determinar, eventualmente, los abusos de poder en los que se haya incurrido (127).

(127) GARCIA-SAYAN, Diego. *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*.

Trejo comenta el tema en los mismos términos y con una fundamentación consistente:

Conforme con el análisis original de los derechos y garantías, éstos resultan inmanentes a la persona humana y siendo el Estado la organización política encargada de tutelarlos, mal podría el mismo Estado ordenar su suspensión. En los estados excepción por causas determinadas, lo más que podría el Estado sería ordenar la restricción temporal de su ejercicio, pero no puede suspenderlos, dado que resulta inconcebible una sociedad sin derechos. De allí que sea contrario a la esencia del hombre y de la sociedad, sostener dentro de una norma legislativa la inadmisibilidad de las acciones o recursos de protección o de amparo por causa de la vigencia de los estados de excepción, pues si los derechos no pueden ser suspendidos, nunca podrá suspenderse el derecho a la defensa de los mismos derechos; ya que es justamente en los estados de excepción donde se crean condiciones favorables para que personas, investidas o no de autoridad, lesionen, limiten, violen o constriñan el ejercicio de las facultades del hombre (128).

Como ya hemos visto, y comentaremos más extensamente a propósito del artículo 200, nuestra Constitución mantiene vigentes las garantías constitucionales durante el régimen de excepción y sujeta las actuaciones de la fuerza pública a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El estado de excepción sólo se decreta por plazo limitado porque se supone que la dictadura constitucional no es un estado permanente de vida política y social. Sin embargo, puede ser renovado tantas veces como sea necesario. A partir de 1980, en el Perú hay zonas apreciables

Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1988, p. 28.

(128) TREJO, Marcos Avilio. *La limitación de la vigencia de los derechos y garantías en los estados de excepción. Análisis comparativo latinoamericano*. COMBELLAS, Ricardo (coordinador). *El Nuevo Decreto Constitucional Latinoamericano*. Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996, (Vol. II), p. 1022.

del territorio que han vivido permanentemente en estado de excepción por aplicación de las sucesivas estrategias contrasubversivas que existieron.

En el decreto que establece el estado de excepción debe decirse expresamente si la norma es aplicable en todo el territorio nacional o solo en parte de él y, en este último caso, debe establecerse con precisión el territorio cubierto. La referencia se hace en virtud de la demarcación política: regiones si están constituidas, departamentos, provincias o distritos.

231. Artículo 137 inciso 1

«Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

[...]».

Análisis exegético

El estado de emergencia es el de menor gravedad de los dos. Sólo se restringe los siguientes derechos:

- La inviolabilidad del domicilio, permitiendo que la fuerza pública pueda ingresar en él a realizar investigaciones o registros sin autorización de quien habita. Desde luego, permanece en vigencia la posibilidad de que quienes no son fuerza pública puedan ingresar sin permiso de quien habita y sin mandato judicial, cuando exista flagrante delito o peligro grave de su perpetración.
- La libertad de tránsito que supone el derecho de entrar y salir del territorio nacional, de permanecer en un lugar de terminado y de desplazarse dentro del territorio. Cualquiera de estos derechos puede ser restringido en el sentido de que la fuerza pública podría impedir la entrada a quien está fuera del país, o salir al exterior, o cambiar de lugar su residencia, o permanecer en la que tiene. El inciso, sin embargo, establece en su parte final que no se puede desterrar a nadie, es decir, que entre las restricciones a los derechos no está la de permitir que alguien sea por razón del estado de emergencia, expulsado al exterior (sí podrá serlo por razones de sanidad, por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería, como en situación de normalidad, según lo permite el propio inciso 11 del artículo 2 de la Constitución, pues el estado de emergencia no restringe las atribuciones ordinarias del poder, sino que en todo caso, le otorga facultades extraordinarias).
- El derecho de reunirse pacíficamente. Las reuniones pueden ser prohibidas o dispersadas.
- El derecho de no ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. Las personas pueden ser detenidas por la autoridad pública si ésta sospecha de alguna manera razonable y proporcionada, que están vinculadas a la alteración del orden interno de que trata la declaración de estado de emergencia.

El plazo del estado de emergencia es de sesenta días pero puede ser prorrogado indefinidamente por trechos sucesivos de la misma duración.

La Constitución establece que en Estado de Emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. Esto, que en la Constitución es sólo una posibilidad, en los últimos años de agresión terrorista, se convirtió en la regla: en las zonas declaradas bajo estado de emergencia, se instauró unos Comandos Político-militares al mando del jefe militar de la zona que, con diversa normatividad a lo largo del tiempo, fueron en realidad la autoridad política y militar. Su poder se acentuó con las disposiciones dictadas el año 1991 como parte de la estrategia antiterrorista global que fue implantada en el país.

La intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno fue originalmente regulada por la ley 24150 del 06 de Junio de 1985, posteriormente fue modificada en parte por el Decreto Legislativo 749 del 08 de noviembre de 1991. La síntesis de las normas más importantes de ambos cuerpos legislativos se halla en los siguientes artículos:

«Ley 24150, artículo 4.- El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un comando Político Militar que está a cargo de un oficial de alto rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República».

Como puede verse, este artículo convierte en regla general lo que en la Constitución (tanto en la de 1993 como en la de 1979) era una posibilidad sujeta a la determinación del Presidente de la República: que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. Las atribuciones de estos comandos políticos militares figuran en el artículo 5 de la Ley 24150, modificado por el Decreto Legislativo 749:

«Ley 24150 modificada por el Decreto Legislativo 749, artículo 5.- Son atribuciones del Comando Político Militar:

- a. Asumir el Comando de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que se encuentran en su jurisdicción y/o las que le sean asignadas.
- b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para asegurar la participación de los sectores público y privado ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la pacificación nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y del narcotráfico.
- c. Conduce las acciones de Desarrollo en las zonas bajo su jurisdicción. Para tal efecto las Autoridades Políticas, las de los organismos Públicos, las de los Gobiernos Regionales y Locales, pondrán a disposición de éste, los recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros que sean necesarios para el cumplimiento de su misión, orientados a lograr la erradicación de la subversión terrorista y el tráfico ilícito de drogas, a fin de asegurar la pacificación del país».
- d. Concertar acciones con los diferentes sectores público y privado para el cumplimiento de los planes de pacificación y desarrollo aprobados para las Zonas bajo su jurisdicción».
- e. Solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de las autoridades políticas y administrativas de su jurisdicción en caso de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones.
- f. Orientar, coordinar y supervisar las acciones de movilización y Defensa Civil, concernientes al estado de emergencia;
- g. Proponer al Poder Ejecutivo las medidas que aseguren el mejor cumplimiento de los planes y directivas de emergencia;
- h. Publicar las disposiciones político administrativas aprobadas por el Poder Ejecutivo para el desenvolvimiento de las actividades de la población, mediante bandos que son difundidos por los medios de comunicación social estatales y privados, avisos y carteles fijados en lugares públicos;

- i. Ejecutar y ejercer, según el caso, las acciones y funciones que le señale la presente ley; y, las que deriven de su cumplimiento;
- j. Tener bajo su Comando a los miembros de la Policía Nacional del Perú que presten servicios en las zonas de su respectiva jurisdicción, quienes cumplirán las instrucciones y disposiciones que en materia de lucha contra el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas emita el Comando Político Militar».
- k. Ingresar a los recintos universitarios con la finalidad de restablecer el principio de autoridad, asegurar el derecho de los alumnos a que las clases se desarrollen con normalidad e impedir la acción de grupos terroristas infiltrados mediante la violencia y el amedrentamiento ocasionen daños en las instalaciones y equipos e impidan que las universidades cumplan los fines para los que fueron creadas; así como asegurar que el uso de los comedores y residenciales universitarios sea hecho en función de las necesidades reales de los estudiantes y no utilizados por los grupos terroristas infiltrados.
- l. Participar en trabajos de Acción Cívica a fin de que las Universidades recobren su prestancia como centros superiores de enseñanza y cuenten con los ambientes adecuados para desarrollar su labor académica”.

Como puede apreciarse de estas atribuciones, el jefe político militar es en realidad el que dirige la tarea de gobierno en la zona y actúa como autoridad tanto civil como militar. Sin embargo, es una labor para la que no ha sido preparado profesionalmente y, entonces, en las zonas con jefes político militares, se privilegia lo militar sobre lo político, con muy pocas excepciones que se deben más a las calidades personales del oficial a cargo que a su entrenamiento para la tarea.

Eguiguren dice lo siguiente al respecto:

Consideramos que la existencia de un comando político-militar a cargo de personal de la FF.AA., no representa la mejor alternativa para hacer frente a la acción subversiva y contribuir al restablecimiento de la paz en las zonas de emergencia. Menos aún la propuesta de ampliar las atribuciones de dicho CPM, cuya labor debe limitarse exclusivamente al control del orden interno.

En reemplazo del CPM se debe constituir un comité de emergencia, integrado por las principales autoridades políticas, civiles, militares, policiales y administrativas de la localidad, pues las tareas que compete realizar exceden lo estrictamente militar. De allí que la jefatura de este comité debe estar a cargo de una autoridad civil, representante del Poder Ejecutivo y especialmente designado por éste, por ser a quien -de acuerdo con la Constitución y los fundamentos de un Estado democrático- compete la responsabilidad política de garantizar el orden interno y la formulación de las estrategias de emergencia destinadas a restablecer la paz (129).

César Valega opina lo siguiente:

Que la intervención de la Fuerza Armada en el control del orden interno en los casos de los Estados de Excepción, deberá ser compatible con el ejercicio de la jurisdicción de las autoridades civiles, resulta de indispensable prescripción. Esta norma debe fijarse porque aún cuando no existan discusiones teóricas al respecto, en la experiencia cotidiana se han producido conflictos que es necesario prevenir (130).

Consideramos que es necesario que el Gobierno sea realizado, en todos los niveles de organización del Estado, por las autoridades civiles correspondientes. En el caso de las zonas de emergencia se trataría de los prefectos. Desde luego, el Estado deberá proveer que los cargos de esta naturaleza sean ocupados por gobernantes de experiencia y condiciones necesarias para manejar debidamente las situaciones. Dentro de este contexto, las Fuerzas Armadas obedecerían al poder establecido por la Constitución y el Estado de Derecho tendría debida existencia. Al propio

(129) EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 286.

(130) VALEGA GARCIA, César. *Algunas propuestas de modificación al articulado sobre defensa nacional de la Constitución*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992., p. 81.

tiempo, se garantizaría una mejor combinación de medidas militares y políticas frente a la situación actual, crecida en las primeras y disminuida en las últimas. Sería bueno restablecer el principio de que quienes gobiernan son las autoridades civiles y que lo que el texto constitucional da como una posibilidad, no debe convertirse en la regla general. En este sentido, convergemos en opiniones con los autores antes señalados.

Sobre el problema de la relación entre las autoridades civiles y las militares en las zonas declaradas en emergencia, existe un fallo que en su oportunidad tuvo significación. Es el siguiente.

El caso se origina en la demanda de hábeas corpus que interpone Virginia Ugarte en favor de su hijo Nolberto Durán Ugarte y de su hermano, Gabriel Pablo Ugarte Rivera, alegando que “han sido secuestrados en la ilegal intervención de los penales efectuada por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales a partir del día dieciocho del presente sin que hasta la fecha conozca el paradero y la suerte corrida por mi hijo y mi hermano”. No invoca ninguna norma específica pero aduce que no conoce ni el paradero ni la situación de sus parientes y que está impedido el acceso a dicho penal sin que medie orden judicial.

El texto de la parte considerativa general y resolutive del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre esta situación es el siguiente:

“A fojas dieciséis corre un oficio, su fecha veintisiete de junio, en que se da cuenta de que el juez instruyente no ha podido constituirse; para las investigaciones del caso, en el Penal San Juan Bautista, porque en el Muelle Dársena del Callao, textualmente, «dijeron que no había lancha para dicho penal por cuanto... estaba bajo cargo del Comando Conjunto al haber sido declarado zona militar» [...] Al someterse la causa a votación, los señores Eguren Bresani, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla y Diez-Canseco Yáñez, emitieron su voto en el sentido de que no procedía la casación, por los fundamentos que aparece agregados a estos actuados, los señores Silva Salgado y Aguirre Roca, por las razones que expresan en sus votos singulares adjuntos, se pronuncian en el sentido de la procedencia de la casación; que, estableciendo el artículo octavo de la ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, que el «Tribunal resuelve los recursos de casación con un mínimo de cinco votos conformes», el Tribunal de Garantías Constitucionales se limita a declarar que permane-

ce inalterable al resolución de la Corte Suprema de Justicia venida en casación y subsistente el derecho del demandante de replantear la acción”. (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 28 de octubre de 1986 en el hábeas corpus interpuesto por Virginia Ugarte a favor de Nolberto Durán Ugarte y otro contra el Instituto Nacional Penitenciario y otros).

El voto singular por la no casación de los magistrados Eguren Bresani y Rodríguez Mantilla dijo:

“Que de la investigación practicada por el Juez del Primer Juzgado de Instrucción de la Provincia Constitucional del Callao, se comprueba que los referidos inculcados Durán Ugarte y Ugarte Rivera, no sufren detención arbitraria, ni han sido privados de su libertad indebidamente, sino que su detención deriva de un procedimiento judicial regular.

Que la acción de Hábeas Corpus tiene por finalidad esencial proteger la libertad individual en cualquiera de sus manifestaciones; por lo que, no dándose la figura jurídica de violación de la libertad la acción de Hábeas Corpus deviene infundada; por lo que: nuestro Voto es porque no procede casar la Resolución de la Corte Suprema de trece de agosto del año en curso, que declara no haber nulidad en la de vista de quince de julio de mil novecientos ochentiséis, que confirmando la apelada declara improcedente la acción de Hábeas Corpus planteada”.

A su turno, el voto del magistrado Pelaez Bazán por la no casación tuvo entre otros los siguientes fundamentos: “[...] el gobierno declaró, por Decreto Supremo número cero cero seis-ochentiséis-JUS de diecinueve de junio antedicho, «Zona Militar restringida», bajo la competencia y jurisdicción del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, a los establecimientos indicados mientras durara el Estado de Emergencia, prorrogado por Decreto Supremo número cero doce-ochentiséis-IN; que en el afán de alcanzar aquellos fines, la Fuerza Armada encontró el más ciego rechazo y la más dura agresión de parte de los sediciosos terroristas, lo que lógicamente desencadenó el empleo de sus armas y los desmanes recíprocos consiguientes; que semejante situación explica que por la fuerza inevitable de las graves circunstancias, se hayan producido ciertas restricciones en el régimen penitenciario de dicho establecimiento, y que hoy se trate de aprovechar para formular acciones como la presente, y no

obstante que el día treinta del mismo mes, sofocado que fue el motín, el propio Presidente de la República condenó los excesos que se habían producido y anunció su exhaustiva investigación con el fin de establecer las más severas sanciones contra los responsables; que a pesar de las circunstancias anotadas aún reinantes por la restricción militar declarada, el juez encargado de la verificación del Hábeas Corpus planteado, alcanzó a obtener, a través de las diligencias de fojas seis a catorce, –sobre todo las de fojas nueve y diez–, todo lo que fue necesario y legal –y posible– para conocer la condición jurídica de los presuntos accionantes Durán Ugarte y Ugarte Rivera; que, como queda demostrado, estos presuntos accionantes se encontraban pues detenidos en el penal aludido como consecuencia del proceso por terrorismo que se les había instaurado en marzo antedicho y en momentos que por los motivos anotados aquel estaba comprendido dentro de la «Zona Militar Restringida»; que siendo esta la verdad no podemos ni debemos desconocer que el juez hizo todo lo posible por cumplir con los deberes que le señala la ley en estos casos y pudo así santificarlos en la medida que las circunstancias de fuerza mayor se lo permitieron. De modo que no sería racional ni justo pretender rebasar los límites de una exigencia de necesaria prudencia y buen juicio”.

El magistrado Diez-Canseco Yáñez votó por la no casación por los siguientes considerandos: “[...] que por Decreto Supremo número cero cero seis-ochentiséis-JUS, de diecinueve del mismo mes y año, dictado en «estado de necesidad», «que alude a situaciones gravísimas y excepcionales, donde está en juego la supervivencia del Estado como cuerpo político o la suerte de la sociedad toda», al decir del eminente constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés; se declaró zona militar restringida bajo la competencia y jurisdicción del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, los establecimientos penitenciarios en los cuales se habían producido los amotinamientos; que la ley veinticuatro mil ciento cincuenta, promulgada el seis de junio de mil novecientos ochenticinco, reglamentaria del artículo doscientos treintiuno de la Carta Fundamental, sobre el régimen de excepción, hace posible que el Presidente de la República, dando cuenta al Congreso, cumpla con las atribuciones y obligaciones que le señalan los incisos cuatro y diecisiete del artículo doscientos once de la misma Constitución Política, o sea, «velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República» y «presidir el Sistema de Defensa nacional y organizar, distribuir y disponer, el empleo

de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales»; que el mencionado Decreto Supremo número cero cero seis-ochentiséis-JUS, concordante con el «estado de necesidad» y las disposiciones citadas, tiene por ello, el carácter de decreto-ley de jure, de «necesidad y urgencia» por el que «el Poder Ejecutivo legisla por vía de decreto, asumiendo por sí mismo competencias legiferantes atribuidas por la Constitución al Parlamento, sin consentimiento previo de éste», sigue diciendo el ilustre profesor Sagüés (Buenos Aires, Ed. La Ley, 1985, pp. 42-45); que esta doctrina es aplicable al derecho peruano, pues la Constitución la contempla en los artículos doscientos once, inciso veinte y doscientos treintiuno, dando cuenta al Congreso; que en consecuencia, al plantearse la acción de hábeas corpus sub júdice con fecha veintiséis de junio del mismo año; por disposición de autoridad de orden público, se encontraba en suspenso provisional los dispositivos legales del Código de Ejecución Penal y su Reglamento sobre seguridad interior de los establecimientos penitenciarios amotinados, por sus graves implicancias relativas a la desestabilización del estado de derecho; seguridad que se encomendó al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el que tenía sobre otros la comunicación de los procesados detenidos en ellos y, siendo de aplicación en ese caso el artículo décimo de la Ley veinticuatro mil ciento cincuenta, que los sujeta al Código de Justicia Militar que es posterior a la ley de hábeas corpus, y señala su fuero, en concordancia con el artículo doscientos ochentidós de la Carta; que por tratarse de un Decreto Supremo de «necesidad y urgencia» con fuerza de ley temporal, dejado sin efecto por el número cero once-ochentiséis-JUS, de treintiuno de julio del presente año- y, dictado al amparo de la Carta Fundamental «hace excepción transitoria al principio de división de los poderes» (Miguel S. Mriehoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo primero, pp. 247 y siguientes); que se han cumplido las disposiciones constitucionales y legales; que por todo lo expuesto no cabe casarse la venida en revisión, que no obstante ello, debe establecerse el paradero o desaparición de los dos procesados detenidos; por lo que debe dejarse expresamente a salvo, el derecho de la demandante, para hacer valer, a su vez, el derecho a la vida e integridad personal de los mismos, en la vía que corresponda.

Por todo lo expuesto mi voto es porque se declare infundada la casación”.

El voto singular del magistrado Silva Salgado por la casación tuvo, entre otros, los siguientes fundamentos:

“Que, de acuerdo con su historia, naturaleza y fines específicos, la acción de hábeas corpus persigue que «se presente el cuerpo» de la persona a cuyo favor se ejercita al juez que conoce el proceso, por lo que éste no puede concluir sino con la presentación del cuerpo o la declaración de que ello es imposible porque ha desaparecido la persona;

Que, si bien el director del penal, en el acta de la visita que la Comisión de Paz y otras autoridades realizaron a la Isla al mediodía del dieciocho de junio de mil novecientos ochentiséis, que transcrita corre a fojas seis, y el entonces Presidente del Instituto Nacional Penitenciario, en la declaración prestada en otro hábeas corpus, que en fotocopia certificada corre a fojas treintidós han expuesto las circunstancias por las que ignora la situación y el paradero de las personas a que se refiere el hábeas corpus, de esos mismos actuados judiciales resulta con quienes pueden continuarse las investigaciones que conduzcan a determinarlos; mi voto es porque se declare fundado el recurso de casación por haberse hecho en la recurrida falsa aplicación de la ley”.

Finalmente, el voto singular por la casación del Magistrado Aguirre Roca decía:

“Fluye de autos que el penal San Juan Bautista (ex-Frontón), a partir del dieciocho de junio del corriente y hasta el momento de tramitarse la presente acción, ha estado bajo el control y la jurisdicción de la autoridad militar; que, en consecuencia, el juzgado de instrucción debió comprender, en la diligencia y actuaciones preceptuadas en los artículos décimoctavo y concordante de la ley veintitrés mil quinientos seis, a los representantes y jefes correspondientes de la autoridad militar, tal como, por lo demás, se ha hecho en otros casos semejantes llegados a este Tribunal; que, como no lo hizo, se da el supuesto casatorio clásico de la «inobservancia de las formas prescritas» que, de modo meridiana-mente claro, señalan los artículos cuarentitrés, inciso tercero, y cuarentiséis, penúltimo párrafo, de la Ley Orgánica de este Tribunal [...] Debe tenerse presente, por otro lado, que no todo el complejo de derechos constitucionales invocados en la demanda está comprendido en el grupo de los susceptibles de suspenderse por virtud del estado de emer-

gencia que definen los artículos doscientos treintiuno, inciso a) y reglas concordantes de la Carta Magna”.

De la larga transcripción de argumentos, que en buena cuenta habla por sí misma, se puede extraer sin embargo el problema central que consiste en que al juez instructor encargado del trámite del hábeas corpus se le ha impedido apersonarse en el penal declarado zona militar restringida y, por consiguiente, no ha podido tomar conocimiento directo de la autoridad encargada, sobre la situación de aquellos en favor de los cuales se ha interpuesto la acción.

En la parte de antecedentes se ha indicado que la accionante no hace mención de artículo alguno de la Constitución pero es evidente que, ante los hechos que en ese entonces ya se sabía existían, el reclamo era por el derecho a la vida y la integridad física de los detenidos.

Ante estas circunstancias, consideramos que no estaba en discusión ni la seriedad ni la posibilidad de actuación que en los hechos tenía el juez encargado de las diligencias. Tampoco estaba en discusión el evidente derecho de la accionante de “hacer valer, a su vez, el derecho a la vida e integridad personal de los mismos, en la vía que corresponda” como dice el voto del magistrado Diez-Canseco. Lo que se discutía era si las autoridades militares establecidas podían impedir que un juez ordinario que tramita un hábeas corpus, se apersonara al lugar donde debía realizar las diligencias, y si lo que había que defender era la libertad individual de las personas o, en este mismo hábeas corpus, buscar hasta donde fuera posible la protección de su vida o su integridad física.

Desde luego, un asunto es el deber ser lógico-jurídico y otro distinto es el de lo posible en los hechos. Probablemente el Juez instructor encargado de las diligencias no iba a ser embarcado por la Fuerza Armada al Penal de El Frontón, pero el Tribunal de Garantías Constitucionales, a nuestro juicio, no debía fijarse en lo posible sino en lo debido, sobre todo en un caso límite como éste.

En nuestra opinión, el declarar una zona militar restringida no abole las atribuciones que sobre ella puedan detentar las magistraturas del Estado reconocidas constitucionalmente, en la medida que la propia

Constitución les da dichas atribuciones con generalidad y sin hacer excepción para el caso en que la Fuerza Armada asuma el control del orden interno. Por consiguiente, un magistrado judicial no puede ser impedido de realizar diligencias donde lo llame la naturaleza del caso que tiene entre manos. La consecuencia para este caso es evidente: el juez debió recibir el apoyo necesario de la Fuerza Armada para estar presente en El Frontón y cumplir la diligencia que tenía que llevar a cabo. Al no serle permitido, se actuó en nuestro criterio inconstitucionalmente.

Consecuencia irremediable de ello, para nosotros, era la necesidad de casar la resolución recurrida y ordenar que se verificaran las diligencias necesarias. Al no haberse hecho, creemos que se desprotegió los derechos.

Desde luego, salvar el derecho de la actora de pretender protección para la vida y la integridad de estas personas, era en realidad absurdo, no sólo por economía procesal perfectamente aplicable a este caso, sino porque en los hechos (creemos que no en el Derecho), el Tribunal de Garantías ya estaba coonestando que una declaración de zona militar restringida inhabilitaba el acceso de los jueces a ella para cumplir sus funciones. En este sentido, la argumentación que hemos transcrito textualmente del voto singular del magistrado Peláez Bazán, nos parece más un alegato de naturaleza política en defensa de la actuación del Ejecutivo, que un conjunto de considerandos elaborado desde el punto de vista técnico-jurídico que es el que en nuestra opinión corresponde a un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Por las razones antedichas, y por tratarse aquí de un problema de principio, estimamos que la jurisprudencia constitucional debe apartarse de este fallo y en el futuro declarar, primero, que ninguna atribución de control del orden interno a las Fuerzas Armadas, inhabilita a las magistraturas constitucionales de ejercitar sus funciones dentro del territorio del caso y, segundo, que en casos como éste, el hábeas corpus interpuesto (y no una acción futura) es la vía dentro de la cual hay que proteger hasta donde se pueda, la vida y la integridad física de las personas. Esta conclusión, a nuestro juicio, es coherente no sólo con la actual Constitución de 1993, sino que lo fue perfectamente dentro del marco normativo de la de 1979 en base a la cual se resolvió el presente caso.

232. Artículo 137 inciso 2

«Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

[...]

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.»

Análisis exegético

El estado de sitio se decreta en las situaciones de mayor alteración del orden interno y, como puede verse de la redacción del inciso, está fundamentalmente vinculado con eventos armados de gran magnitud.

Estas son las situaciones que en el pasado eran más conocidas como de aplicación de la *ley marcial*, esto es, restricción de derechos y asunción de la autoridad por el jefe militar. El caso típico de ley marcial era la ciudad asediada, que para defenderse del sitio puesto por los enemigos, tenía que utilizar absolutamente todos sus recursos en la defensa de la plaza.

Corresponde por definición al estado de Sitio el control militar de la sociedad:

«Ley 24150, artículo 6.- Es inherente al estado de sitio la intervención de las Fuerzas Armadas en los casos de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan».

«Ley 24150, artículo 8.- En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar, adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: La ejecución de las actividades de Movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial; y la acción de gobierno y control político administrativo. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares».

En estos casos, la situación de los derechos constitucionales es inversa que en el estado de emergencia: aquí sólo subsisten intocados los derechos que expresamente se mencione en calidad de tales. Todos los demás podrán ser restringidos o suspendidos. En rigor, el texto del inciso da una idea jurídicamente equivocada sobre esto pues, como ya vimos antes, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, prohíben que determinados derechos sean suspendidos en circunstancia alguna.

El plazo de vigencia del estado de sitio puede ser de cuarenticinco días. Es menor que el de emergencia porque es más drástico. Asimismo, la prórroga no es ya atribución exclusiva del Ejecutivo. Según la parte final del inciso requiere aprobación del Congreso.

En estado de sitio se reúne el Congreso de pleno derecho, esté o no en sesiones, sea o no convocado a legislatura. El decreto correspondiente habilita la reunión del Congreso. La razón es que por lo severa que es la dictadura constitucional con él, debe haber una permanente vigilia sobre el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, tarea privilegiada para el Congreso como lo dice el inciso 2 del artículo 102 de la Constitución.

La misión del Congreso en este aspecto específico consistirá en investigar y supervisar, determinar las irregularidades que se cometan en perjuicio ilegítimo de las personas, y perseguir que se sancione a los responsables. Todas estas atribuciones corresponden a lo establecido en el incisos del artículo 102 citado inmediatamente antes.

*ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993. TOMO IV*

de Marcial Rubio Correa

Este libro se terminó de imprimir en el mes de
marzo de 1999, en los talleres gráficos de

Editorial e Imprenta DESA S.A.

(Reg. Ind. 16521)

General Varela 1577, Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

EDITH ARANDA DIOSES

Del diseño del orden a la imagen trizada (Talara: de ciudad cerrada a ciudad abierta). 1998. 215 p.

PILAR GARCIA-JORDAN (Editora)

Fronteras, colonización y mano de obra en la Amazonía Andina. 1998. 544 p.

GORKI GONZALES MANTILLA

Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú. 1998. 168 p.

TONG GYU HWANG

Posada de nubes y otros poemas. 1998. 136 p.

RENE ORTIZ CABALLERO

Universidad y modernización en el Perú en el siglo XX. Biblioteca de Derecho Político. Vol. III. 1998. 124 p.

ANTONIO PEÑA JUMPA

Justicia comunal en los Andes, 1998, 350 p.

ORLANDO PLAZA

Desarrollo rural. Enfoques y métodos alternativos. 1998, 418 p.

GONZALO PORTOCARRERO

Razones de sangre. 1998, 304 p.

MIRIAM SALAS

Estructura colonial del poder español en el Perú. Huamanga (Ayacucho) a través de sus obrajos, siglos XVI-XVIII. 1998 Tomo I, 612 p. Tomo II, 572 p. Tomo III Anexos.

MANUEL VICENTE VILLARAN

Lecciones de derecho constitucional. 1998. 716 p.

ELENA VIVAR MORALES

La Inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú. 1998. Tomos I y II, 684 p.