



CENTRO DE CAPACITACIÓN Y ESTUDIOS PARLAMENTARIOS



CUADERNOS PARLAMENTARIOS

Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios

CUADERNOS PARLAMENTARIOS

**Revista especializada del Centro de
Capacitación y Estudios Parlamentarios**

CUADERNOS PARLAMENTARIOS

**Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios
(CCEP) del Congreso de la República del Perú**

Año 4, Número 16, 2015

CONSEJO DIRECTIVO

Pablo Lévano Veliz, jefe del CCEP

Yimy Reynaga Alvarado, especialista parlamentario

Aldo Celiz Castillo, profesional parlamentario

Angela Yanac Bustamante, profesional parlamentario

JEFE DEL CENTRO DE CAPACITACIÓN Y ESTUDIOS PARLAMENTARIOS

Pablo Lévano Veliz

EDICIÓN

Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios

SUPERVISIÓN DE REDACCIÓN

Hugo Arbieto Sarmiento, jefe del Departamento de Redacción del Diario de los Debates

FOTO DE CARÁTULA

César Cox, fotógrafo del Congreso de la República.

CARÁTULA

Palacio del Congreso de la República

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Silvia Vásquez Trujillo, diseñadora del Congreso de la República

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2013-07303

**CENTRO DE CAPACITACIÓN Y
ESTUDIOS PARLAMENTARIOS**

Edificio Complejo Legislativo
Av. Abancay 251, oficina 204, Lima - Perú
Telf. 311-7777, anexo 7688
ccep@congreso.gob.pe
<http://www.congreso.gob.pe/ir/ccep.html>



PRESENTACIÓN

El Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios (CCEP) del Congreso de la República alcanza a sus lectores la revista Cuadernos Parlamentarios, en su decimosexta edición, tanto en su versión impresa como en formato digital.

El presente número conmemora nuestro VI aniversario de creación, pues con fecha 4 de mayo de 2010, mediante Acta de la 40.º sesión de la Mesa Directiva del Congreso de la República del Perú, correspondiente al período anual de sesiones 2009- 2010, bajo la presidencia del señor Luis Juan Alva Castro, Presidente del Congreso de la República, y con la asistencia de los congresistas Cecilia Isabel Chacón De Vettori, Primera Vicepresidenta, y Antonio León Zapata, Tercer Vicepresidente, se adoptó el Acuerdo N.º 194-2009-2010/MESA-CR, por el cual se aprobó la creación del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios.

El CCEP es un órgano encargado de la formación y especialización académica de alto nivel en temas referidos al quehacer parlamentario, la realización de actividades académicas de investigación y publicaciones del Congreso de la República.

Este número contiene los artículos de diferentes expositores que brindan sus aportes en torno a diversas materias de nuestra realidad parlamentaria.

En la sección I, Víctor García Toma, expresidente del Tribunal Constitucional, exministro de Justicia y exjuez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presenta el artículo denominado: «Poder Constituyente, acto de creación o enmienda». En este trabajo expone los fundamentos doctrinarios más relevantes en el proceso de fundación, refundación o reforma del cuerpo político y su formalización jurídica a través de un texto constitucional.

Acompaña a la presente edición la colaboración de Javier La Rosa Calle, abogado y magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien presenta el estudio titulado: «La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo». Aquí se desarrolla el contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y se analiza su origen en el derecho internacional, la manera como ha sido recogido en el ordenamiento jurídico nacional por el legislador y los tribunales, así como el desarrollo del debate producido en el último periodo legislativo.

También tenemos el aporte de Roberto Tarazona Palma, secretario técnico asignado a la Tercera Vicepresidencia del Congreso de la República, a través del artículo: «El proceso de ordenamiento normativo peruano: acciones y propuestas para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico». En este texto se describen los esfuerzos que viene realizando el Perú desde 1997 hasta la actualidad, tanto en el Congreso de la República como en el Poder Ejecutivo, para ordenar su sistema normativo mediante la creación de la Comisión de Simplificación Legislativa y Reglamento del Congreso; asimismo, expone las propuestas de actividades y normas a desarrollar para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico peruano.

De igual modo, Fernando Paredes Núñez, especialista parlamentario del Congreso de la República, presenta su ponencia «Sistemas electorales en el nivel intermedio: Asambleas legislativas y consejos regionales», muestra dos casos de sistema electoral del órgano legislativo del nivel intermedio, dando cuenta de sus características en materia de circunscripción y fórmula electoral. La reflexión está enfocada en el sistema electoral de los gobiernos regionales peruanos y la referencia a las comunidades autónomas españolas tiene la utilidad de realidad de contraste.

Adicionalmente, esta edición presenta el artículo «La iniciativa legislativa ciudadana en el Perú», escrito por Giovanni Forno Flórez, secretario técnico del Congreso de la República. El autor analiza la eficacia de las iniciativas legislativas ciudadanas en el Perú.

Por su parte, Yon Javier Pérez Paredes, secretario técnico del Congreso de la República, en su artículo «Hacia una nueva forma de controlar el poder político: ¿necesidad? de rediseñar un macrosistema de control que tenga como eje al control parlamentario», expone que los casos de corrupción política descubiertos en los gobiernos descentralizados no responden al mismo proceso de descentralización; por el contrario, obedecen a la ausencia de un sistema de control del poder político que tenga como eje central al Congreso de la República (control parlamentario).

Asimismo, Carlos Humberto Camba Barreto, especialista en redacción del Congreso de la República, nos brinda el artículo denominado: «El principio de publicidad de la actividad parlamentaria y el Diario de los Debates», en donde desarrolla el principio de publicidad de la actividad parlamentaria, enfatizando la trascendencia del Diario de los Debates en

tanto expone el quehacer parlamentario sin interpretar, sin discriminar, sin establecer jerarquías o preferencias ni mucho menos manifestar opiniones o hacer juicios de valor.

Este número incluye el artículo: «Acercándonos a una metodología de análisis costo-beneficio ad hoc para los proyectos de ley», redactado por Patricia Durand Vásquez, especialista parlamentaria del Congreso de la República. Aquí, partiendo de la premisa del insuficiente desarrollo del análisis costo beneficio (ACB) en los proyectos de ley, se busca generar un debate y reflexión para seguir avanzando hacia el objetivo principal de la Institución Parlamentaria: mejorar la calidad de las leyes.

Pablo Ernesto Lévano Véliz, jefe del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República, nos brinda el artículo titulado «La prueba indiciaria, el thema probadum y la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia, en la formación de la convicción judicial», en el que desarrolla aspectos referidos a la definición de la prueba indiciaria, su valoración en una sentencia, su inferencia y el marco constitucional y el de derechos humanos que lo implica.

De otro lado, en la sección II, Parlamento: Camino al Bicentenario, Fernando Ayllón Dulanto, jefe del Museo del Congreso y de la Inquisición, nos ofrece el artículo «José Matías Manzanilla Barrientos», en el cual desarrolla un interesante recorrido por la vida de este abogado, jurista, catedrático universitario y político peruano.

Finalmente, Leny Palma Encalada, asesora de grupo parlamentario, en su artículo titulado «Breve balance sobre los efectos de la Constitución Política del Perú de 1993. Más de 23 años de vigencia», expone la estructura, características, innovaciones, crítica al contenido y reformas constitucionales a la referida Carta Magna.

En la sección III, Misceláneas, resaltamos la Conferencia magistral «Control de la Constitucionalidad: modelo peruano», a cargo del doctor Víctor García Toma, expresidente del Tribunal Constitucional y exjuez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sección IV, Novedades Bibliográficas, recoge las reseñas de tres textos publicados por el Fondo Editorial del Congreso de la República.

En la sección V, denominada Leyes y Resoluciones Legislativas, incluimos los instrumentos normativos publicados del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2015.

Lima, mayo de 2016

Hugo Rovira Zagal

Oficial Mayor del Congreso de la República del Perú

CONTENIDO

SECCIÓN I: ARTÍCULOS	11
- PODER CONSTITUYENTE, ACTO DE CREACIÓN O ENMIENDA Víctor García Toma Ex Presidente del Tribunal Constitucional, ex Ministro de Justicia y ex juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	13
- LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Javier La Rosa Calle Abogado y magister en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú	49
- EL PROCESO DE ORDENAMIENTO NORMATIVO PERUANO: ACCIONES Y PROPUESTAS PARA MEJORAR LA CALIDAD DE LAS LEYES Y LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Roberto Tarazona Palma Secretario técnico asignado a la Tercera Vicepresidencia del Congreso de la República del Perú	67
- SISTEMAS ELECTORALES EN EL NIVEL INTERMEDIO: ASAMBLEAS LEGISLATIVAS Y CONSEJOS REGIONALES Fernando Paredes Núñez Especialista parlamentario del Congreso de la República del Perú	91
- LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA EN EL PERÚ Giovanni Forno Flórez Secretario técnico del Congreso de la República del Perú	113
- HACIA UNA NUEVA FORMA DE CONTROLAR EL PODER POLÍTICO: ¿NECESIDAD? DE REDISEÑAR UN MACROSISTEMA DE CONTROL QUE TENGA COMO EJE AL CONTROL PARLAMENTARIO Yon Javier Pérez Paredes Secretario técnico del Congreso de la República del Perú	123

-	EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA Y EL DIARIO DE LOS DEBATES	147
	Carlos Humberto Camba Barreto Redactor del Diario de los Debates	
-	ACERCÁNDONOS A UNA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO AD HOC PARA LOS PROYECTOS DE LEY	161
	Patricia Durand Vásquez Especialista parlamentaria del Congreso de la República del Perú	
-	LA PRUEBA INDICIARIA, EL THEMA PROBADUM Y LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN LA FORMACIÓN DE LA CONVICCIÓN JUDICIAL	175
	Pablo Ernesto Lévano Veliz Jefe del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios	
	SECCIÓN II. PARLAMENTO: CAMINO AL BICENTENARIO	185
-	JOSÉ MATÍAS MANZANILLA BARRIENTOS	187
	Fernando Ayllón Dulanto Historiador y jefe del Museo del Congreso y de la Inquisición	
-	BREVE BALANCE SOBRE LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. MÁS DE 23 AÑOS DE VIGENCIA	205
	Leny Palma Encalada Asesora del Grupo Parlamentario Fuerza Popular en el Congreso de la República del Perú	
	SECCIÓN III. MISCELÁNEAS	215
-	Cursos y conferencias magistrales del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios	217
-	Clausura del Curso de Formación para Formadores Online (primera edición)	220
	SECCIÓN IV. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	223
-	LIBROS EDITADOS POR EL FONDO EDITORIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EN EL ÚLTIMO TRIMESTRE	225
	SECCIÓN V. LEYES Y RESOLUCIONES LEGISLATIVAS PUBLICADAS	227
-	LEYES Y RESOLUCIONES LEGISLATIVAS PUBLICADAS Del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2015	229

SECCIÓN I

ARTÍCULOS

Los artículos que se publican en la revista *Cuadernos Parlamentarios* son de exclusiva responsabilidad de sus autores, poseen el carácter de opinión y no generan ningún efecto vinculante.

Poder constituyente, acto de creación o enmienda

VÍCTOR GARCÍA TOMA¹

Ex presidente del Tribunal Constitucional, ex ministro de Justicia y ex juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



SUMARIO

I. Introducción.- II. La noción general del Poder Constituyente.- III. El Poder Constituyente originario.- 3.1. Los alcances del Poder Constituyente originario.- 3.2. La tipología del Poder Constituyente ordinario.- 3.3. La actividad constituyente originaria.- 3.4. La función, la titularidad y el ejercicio del Poder Constituyente originario.- 3.5. La legitimidad del Poder Constituyente originario.- 3.6. Las características del Poder Constituyente originario.- 3.7. La justificación del Poder Constituyente originario.- 3.8. El íter político del Poder Constituyente originario.- 3.9. Los límites del Poder Constituyente originario.- 3.10. El fenómeno constituyente originario en la historia.- 3.11. El Poder Constituyente originario y los poderes constituidos.- IV. El Poder Constituyente derivado o constituido y la reforma constitucional.- 4.1. Los alcances del Poder Constituyente derivado.- 4.2. Las características del Poder Constituyente derivado.- 4.3. La justificación de la reforma constitucional.- V. La relación entre el Poder Constituyente originario y el Poder Constituyente derivado.- VI. El proceso de reforma constitucional.- 6.1. El proceso de reforma constitucional como medio para el cambio de Constitución. Bibliografía.

¹ Ha sido asesor del Fiscal de la Nación (1986 - 1989); supervisor del Proyecto de la Agencia Interamericana de Desarrollo (AID) y el Ministerio Público (1987); jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de la Presidencia (1987); delegado de la Comisión Presidencial (1988); asesor secretario de la Junta de Fiscales Supremos (1989); secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros (1989); miembro del Directorio del Banco de Comercio (1989 - 1990); magistrado del Tribunal Constitucional (2002 - 2007); presidente del Tribunal Constitucional (2005 - 2006); director del Instituto de Economía Social de Mercado de la Universidad de Lima (2007 - 2009); decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (2008 - 2010); juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008 - 2009); ministro de Estado en la cartera de Justicia (2010); desde el 2011 es socio de Benites, Forno & Ugaz.

El presente trabajo expone los fundamentos doctrinarios más relevantes en el proceso de fundación, refundación o reforma del cuerpo político y su formalización jurídica a través de un texto constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de un Estado es el resultado de una obra constituyente. Esta implica –de conformidad con lo expuesto por Carlos Sánchez Viamonte [*Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz, 1964]– la interrelación de tres elementos: el acto constituyente, el poder constituyente y la Constitución.

El *acto constituyente* es el conjunto de hechos súbitos y extraordinarios a través de los cuales se manifiesta la voluntad política de constituir y estructurar una sociedad política de una determinada manera.

Es decir, comprende una pluralidad de sucesos o acontecimientos históricos de naturaleza política, que exteriorizan una voluntad «hacedora» y que por tales son necesarios para la formación o reestructuración de un Estado.

Como bien recuerda Carlos Sánchez Viamonte, este concepto –establecido por Emilio Boutmy– contiene tres notas esenciales: la existencia de un territorio ocupado por un grupo humano; la expresión de una voluntad política dirigida a constituir o refundar un Estado; y la concreción de esta manifestación determinativa mediante la forja de instituciones políticas, jurídicas y administrativas.

Esta voluntad política «constitutiva» de un Estado puede surgir por la vocación de un puñado o del grupo en su conjunto.

Ahora bien, el acto constituyente supone la presencia –así sea incipiente e inorgánica– de un poder constituyente.

El *poder constituyente* alude a la aptitud o cualidad para «crear» una sociedad política. Implica la efectiva capacidad de dominio y la existencia de una energía institucionalizadora para establecer una organización político-jurídica.

La *Constitución* alude al conjunto de principios, valores y normas que describen y regulan la organización política y el orden jurídico de la sociedad política «constituida».

En la *praxis* histórica el *acto constituyente* de la sociedad política y la vigencia de una *Constitución* no son necesariamente coincidentes en el tiempo. Entre ellas media la distancia que existe entre el fenómeno político y el fenómeno jurídico; empero entre ambas siempre está presente, como medio de ligazón, el *poder constituyente*. Al respecto es citable el lapso que transcurrió en nuestro país entre el 28 de julio de 1821 (fecha de la declaración de independencia) y el 12 de noviembre de 1823 (fecha de promulgación de la primera Constitución republicana).

II. LA NOCIÓN GENERAL DEL PODER CONSTITUYENTE

Dicha noción fue primordialmente formulada por el abate Emmanuel Sieyès en su obra *¿Qué es el tercer Estado?*

Consiste en la exposición primaria de la energía social de una sociedad, con el objeto de establecer una organización política y jurídica con vocación de perennidad, mediante la dación de un texto normativo fundamental denominado Constitución. En suma, expresa una potencia y energía política capaz de ordenar e institucionalizar un «modo de vivir» en un Estado.

Dicha fuerza o energía política constitutiva o reconstitutiva de una comunidad política representa, como bien afirma Sergio Díaz Ricci [*Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004], la potencia generatriz de una Constitución, habida cuenta que dicho acto creador o recreador supone el establecimiento de un ordenamiento fundamental.

Néstor Pedro Sagüés [*Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001] expone que la expresión poder constituyente alude tanto a la facultad o aptitud para establecer una Constitución (poder-función) como al órgano que ejerce esa facultad (poder-persona). De allí que plantee que en la práctica se habla tanto de «ser» como «tener» poder constituyente. Así, por ejemplo, en relación a un Congreso, Convención o Asamblea puede afirmarse que esta ejerce el poder constituyente; así como que ella misma es el poder constituyente.

Ernst Bockenforde [Citado en: *Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú*, de fecha 21 de enero del 2002 (Expediente N° 00014-2002-AI/TC). Lima, 2002] refiere que se trata de una fuerza y autoridad política capaz de crear, sustentar o cancelar una Constitución; por consiguiente, es su fuente de creación. Asimismo, señala que dicho poder no es idéntico al que posee el Estado, ya que al de este lo precede y por cierto lo establece y condiciona en su actividad.

Javier Pérez Royo [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000] sostiene que una Constitución supone ante todo la presencia de un poder constituyente. Afirma que ambas nociones están unidas indisolublemente como *el creador a la criatura*.

En ese sentido, sostiene que el poder constituyente, desde la lógica y la historia, deviene en una necesidad para la existencia del Estado y, por ende, también de la propia Constitución. Ambas no pueden ser pensadas racionalmente si no es a partir de esa facultad o potencia instauradora, fundadora o hacedora.

El poder constituyente es el instrumento mediante el cual se decide la creación, recreación o reforma del cuerpo político y su Constitución. Este expone la presencia de un centro de energía institucionalizadora.

En efecto, se trata de una voluntad política dotada de la fuerza y energía suficiente capaz de establecer un modo y forma de existencia institucional; la cual se manifiesta a través de la creación de un orden normativo supremo.

Dicho poder es aquel que instituye el texto fundamental de la comunidad política; es decir, «arropa» su decisión política de fórmulas jurídicas.

Dicha expresión de energía supone el origen mismo del poder, que por tal es previo al derecho, en la medida que este último no es más que un instrumento de convalidación y ordenación de aquel.

En ese orden de ideas, el sistema jurídico de un Estado es la expresión subsecuente del poder constituyente. Por ende, el legislador ordinario es impotente jurídicamente hablando para modelar relaciones coexistentiales contrarias al sentido directriz e inspirador de la obra constituyente.

El proceso de creación, recreación o enmienda de las normas básicas del Estado derivado del poder constituyente se formaliza en la elaboración o reforma de la Constitución. Ello procesalmente se lleva a cabo por procedimientos distintos y más complejos que los que se realizan para la dación de la legislación ordinaria. En ese sentido, tal como expone Ignacio de Otto [*Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999]:

El resultado a que eso conduce es que tanto en su génesis como en su ulterior preeminencia la Constitución aparece como una norma que ni procede del propio legislador ni queda a su disposición.

Este poder constituyente puede ser clasificado en originario y derivado.

III. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Desde una perspectiva histórica, se suele atribuir los modelos doctrinarios de la teoría del poder constituyente originario a las experiencias políticas anglosajona y francesa de los siglos XVII y XVIII, así como a la *praxis* residual de la doctrina del derecho divino (sea de carácter sobrenatural o providencial).

Los creyentes de las Iglesias presbiterianas de Inglaterra y Escocia tenían establecida una peculiar estructura eclesiástica. Este grupo religioso –que no reconocía autoridades episcopales– fue creado por el reformador e inicial seguidor de Calvino, reverendo John Knox (1505-1572).

En la teoría presbiteriana de la alianza o pacto *convenant*, los creyentes se obligaban mutuamente a mantener sus propias convicciones y a convenir por sí mismos las reglas de su modélica *constitución eclesiástica*. Esta teoría tendría utilidad práctica durante la confrontación política entre el rey Carlos I y las huestes militares de Oliverio Cromwell.

Así, ante el intento del rey Carlos I de imponer la liturgia anglicana en Escocia, los nacionales presbiterianos se rebelaron y en 1638 suscribieron un documento que será conocido como *The solemn league and covenant* (Los ligados por el solemne pacto). Ello, en un esfuerzo por proteger la religión reformada.

En ese contexto, a los escoceses presbiterianos se les conocería como los *convenanters*.

La teoría del *covenant* presbiteriano será adoptada por los insurgentes cromwellianos a través de la dación del *Acuerdo del Pueblo* de 1647, el mismo que consolidaba la idea fundamental de que este *compromiso* tenía una valoración o legitimidad que trascendía al propio Parlamento inglés, ya que su basamento se hallaba en el pueblo mismo.

El *Acuerdo del Pueblo* servirá posteriormente de inspiración al *Instrumento de Gobierno* promulgado por el propio Cromwell en 1653, documento considerado por algunos como el antecedente más cercano al concepto de Constitución.

Dicho texto estableció claramente los campos de acción del Parlamento como poder constituido y por tal sometido a sus *comitentes*.

Posteriormente, a finales del siglo XVIII en Nueva Inglaterra –actualmente Estados Unidos–, los textos constitucionales de Maryland, Pennsylvania, Carolina del Norte, Connecticut, Rhode Island (1777), Massachussets (1780) y New Hampshire (1784) también mostrarían la influencia de los *convenants*, al fijar que el poder constituyente originario correspondía al pueblo, no cabiendo que este fuere unilateralmente ejercitado por medio de meros representantes. Por ende, el referéndum se convirtió en el método típico de aprobación de las constituciones estatales de Norteamérica.

Debe recordarse que Nueva Inglaterra fue ocupada por presbiterianos rígidos –conocidos como *puritanos*–, a consecuencia de la persecución de la que fueron objeto por parte de los reyes Estuardo.

Como señala Rubén Hernández Valle [«El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de la reforma constitucional». En: *El Jurista*, N° 11 y 12. Lima, 1995]:

Siguiendo la idea de la Iglesia puritana, según las cuales la fundación de una determinada congregación era el resultado de un contrato en que se estatúan las reglas administrativas del culto, los primeros colonos norteamericanos trasladaron ese esquema al ámbito político. De allí surgieron los convenants, que fueron auténticos contratos sociales suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus allegados, y en los que se establecían las reglas que regirían el comportamiento.

De allí se deriva el criterio de que el poder constituyente debe ser ejercido directamente por el pueblo, por tratarse de una potestad inalienable. En función de lo expuesto, cualquier proyecto de Constitución elaborado por una convención debía ser sometido

necesariamente a la ratificación ulterior de los *Town-meetings*, o sea, del pueblo reunido en asamblea general.

El propio Rubén Hernández Valle [*ob. cit.*] refiere que, una vez dictada la Constitución, el poder constituyente originario desaparece, dando lugar al surgimiento de los poderes constituidos, que encuentran su legitimación y fuente de validez en la propia Constitución. En tal contexto, el poder constituyente y el poder constituido preservan, cada uno para sí, una competencia propia y específica que ejercitan de manera exclusiva y excluyente.

En lo que se refiere a la clásica experiencia francesa, fueron fundamentales los planteamientos del abate y cofundador del «Club de los Jacobinos», Emmanuel Sieyès (1748-1836), durante la revolución burguesa. Así, en su libro *¿Qué es el tercer Estado?*, elaborado en 1788, señaló que ninguna clase de poder delegado puede cambiar la condición de lo establecido por el poder delegante; así, las reglas fundamentales son obra de la voluntad nacional y no del poder constituido por esta.

En la noción de Sieyès se sustituye el concepto de soberanía popular –implícitamente planteado por los anglosajones– por el de soberanía de la Nación.

Como afirma Rubén Hernández Valle [*ob. cit.*]:

De esa forma se establecían las bases doctrinales y prácticas para la introducción posterior de la democracia representativa.

En atención a que la Nación es un ente abstracto, la potestad constituyente se realiza a través del mecanismo de la representación. De esa forma, se evoluciona de un mecanismo de expresión directa del pueblo a uno ejercido por un supra congreso, asamblea o dieta, ente en el cual la Nación delega su competencia.

Al respecto, Emmanuel Sieyès [*¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires: Losada, 1993] consignará lo siguiente:

La Nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ellas solo existe el derecho natural [...]. La voluntad nacional [...] es el origen de toda legalidad.

Puesto que una Nación no puede reunirse en realidad cada vez que pudieran exigirlo las circunstancias fuera de lo común, necesita confiar a unos representantes extraordinarios, los poderes necesarios en esas ocasiones [...]. Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de la Nación [...]. Están situados en lugar de la propia Nación para modificar la Constitución.

Por otro lado, como residuo teórico de la Edad Moderna, se fundamenta también en que el poder constituyente originario proviene de Dios, ya sea por vía expresa o providencial.

La *praxis* del monarquismo absolutista esgrimirá que el ejercitante del poder constituyente originario es un procurador divino. Tal delegación puede provenir de una designación directa o como consecuencia de una disposición del Supremo Hacedor a través de un cúmulo de acontecimientos históricos que no pueden ser desviados de su cauce y que promueven que dicho poder recaiga finalmente en alguna o algunas personas predeterminadas. En relación a esto último, la voluntad divina es mediata, pero visible e irresistible.

En suma, sea por designación directa o providencial, el poder constituyente originario respondería –según esta concepción– a una volición divina.

3.1. LOS ALCANCES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Dicho poder es aquella capacidad o energía que permite cumplir un fin o alcanzar una meta de naturaleza política. En este contexto, el poder constituyente deviene en la capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para estructurarlo y organizarlo política y jurídicamente.

El poder constituyente originario es una facultad de acción que deriva del atributo ínsito de una colectividad o de alguna(s) persona(s) en nombre de ella, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica a través del dictado de una Constitución, la cual deviene en norma fundamental. Representa la *asociación de la voluntad con la fuerza*, para adoptar una decisión sobre el modo y forma de existencia política.

Guillermo Calandrino [«Reforma constitucional». En: *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2001] sostiene que «rememora la primigenia voluntad fundamental de una sociedad, que apunta a la sanción de un ordenamiento jurídico como modo de encauzar y ordenar el agrupamiento político [...] en el que voluntariamente se encuentra sumida».

Los elementos constitutivos del poder constituyente originario son: la voluntad y la efectividad política.

La voluntad política debe expresar una acción dotada de fuerza, potencia o energía encaminada a crear o recrear la existencia de un Estado; para lo cual establece un orden normativo fundamental.

La efectividad política debe expresar que dicha acción debe orientar una capacidad de operar y regular en y sobre la realidad. Por ende, aspira a alcanzar una capacidad de obediencia interna y de respeto externo.

El poder constituyente originario puede ser observado como fundacional o refundacional.

Es *fundacional* cuando genera e instituye por primera vez la Constitución de un naciente Estado. Es el caso de los Estados Unidos en 1787, Argelia en 1963, Croacia en 1990, etc.

Es *refundacional* cuando genera e instituye una Constitución a la que antecede otra u otras de un mismo Estado. Implica el cambio de un texto fundamental por otro. Es el caso de Francia –cuya primera Constitución data de 1791–, que hoy tiene una posfundacional que data de 1958; del Perú –cuya primera Constitución republicana se gesta en 1823–, que cuenta hoy con una posfundacional que data de 1993; de España –cuya primera Constitución se gesta en 1812–, que tiene vigente una posfundacional que data de 1978, etc.

Como bien expresa Sigifredo Orbegozo Venegas [*Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales, 2002], «el poder constituyente es aquel que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. En tales supuestos actúa ya sea como una fuerza de *creación* o de *transformación*».

Es dable consignar que ya sea que actúe bajo una premisa fundacional o refundacional actuará siempre libre de ataduras jurídicas ya que su comportamiento siempre será *legibus solutus* (desligado y al margen del derecho). En ese sentido, es aplicable lo señalado por Pedro de Vega [*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985] en el sentido de que se trata de un poder prejurídico –*res factis, non juris*–, ya que el contenido de su voluntad y la forma de su ejercicio carecen de restricción legal alguna.

3.2. LA TIPOLOGÍA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El poder constituyente originario puede ser clasificado como interno o externo, y como monocrático o policrático.

3.2.1. El poder constituyente originario interno

Esta expresión atañe a una situación concebida como normal o usual. Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional es producto de la energía político-social proveniente de los miembros del naciente o reestructurado Estado. Es el caso de Portugal (1976), España (1978), Brasil (1988), etc.

3.2.2. El poder constituyente originario externo

Esta expresión atañe a una situación concebida como excepcional o inusual. Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional es

producto de la energía político-social proveniente de un Estado o centro de impulsión política distinto al que lo acepta o recibe como suyo.

Tal acción «constitutiva» puede generarse de manera total o parcial. Igualmente, puede gestarse por acción directa o bajo influencia no resistible. Al respecto, Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] ofrece los ejemplos de la acción política externa de Inglaterra (acción externa directa) y de los Estados Unidos (acción externa por influencia no resistible).

Asimismo, como corolario de situaciones recientes, cabe incluir también a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Acción externa directa

Canadá:

En el siglo XVI, Francia establece una colonia en Quebec. Entre 1756 y 1763 se produce la histórica «Guerra de los Siete Años» entre dicho país e Inglaterra. A través del Tratado de París suscrito en 1763, el rey Jorge III consolida la conquista de Canadá.

El 20 de marzo de 1867, el Parlamento británico, mediante la famosa Acta de Constitución de la América Británica del Norte, establece la confederación canadiense.

Australia:

En 1770, Inglaterra establece colonias penitenciarias al sudoeste de Asia.

El 1 de enero de 1901, a las colonias de Nueva Gales del Sur, Australia Meridional, Australia Occidental, Queensland, Victoria y Tasmania, ubicadas al sudoeste de Asia, se les permite la constitución de un Estado independiente, vía la creación de la Comunidad Británica de Australia. Para tal efecto, el Parlamento británico se encarga de dictar el Acta de Constitución de Australia.

Sudáfrica:

En 1899 se establece la supremacía británica en el extremo meridional de África, a través del Tratado de Verseninging, luego de la victoria sobre los boers (colonos de origen holandés).

En 1910, el Parlamento inglés, vía el Acta de Sudáfrica, crea el dominio de la Unión Sudafricana y unifica los territorios de Orange, Transvaal, El Cabo y Natal, ubicados en el extremo meridional de África, y para tal efecto dicta una Constitución.

Jamaica:

En 1665, la isla descubierta por Cristóbal Colón es conquistada por Inglaterra.

En 1962, el Parlamento inglés, vía la Comunidad Británica de Jamaica, le confiere su autonomía política, para tal efecto le dicta una Constitución.

Kosovo:

En 1990, la población albanesa decide constituir una organización política independiente del Estado serbio. Tras el agravamiento del conflicto con la intervención de la OTAN en 1999, el presidente Slobodan Milosevic se ve obligado a aceptar la autonomía del Kosovo bajo vigilancia de la Organización de las Naciones Unidas; la cual, en el 2001, le aprueba una Constitución provisional.

Namibia:

En 1990 culmina el proceso de independencia de Sudáfrica, con el apoyo expreso de la Organización de los Estados Americanos se auspicia el proceso constituyente.

Bosnia Herzegovina:

En 1992, poblaciones croata-musulmanas y serbio-bosnias deciden constituir una organización independiente del Estado serbio. Tras la Declaración de Dayton (1995, Ohio, Estados Unidos), la Organización de las Naciones Unidas le aprueba una Constitución provisional (situación similar se planteó en los casos de Macedonia y Montenegro).

b) Acción externa por influencia no resistible

Japón:

En 1945, los Estados Unidos lanzan bombas atómicas sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, en los estertores de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia de ello, Japón capitula y su territorio es ocupado por las fuerzas aliadas.

En 1946, bajo impulso del general Douglas Mac Arthur y de la Suprema Comandancia de las Fuerzas Aliadas (SCAP), el Japón aprueba una Constitución inspirada en la ideología liberal-democrática.

Al respecto, Giuseppe De Vergottini [Derecho constitucional comparado. Madrid: Espasa-Calpe, 1985] señala que el borrador de dicha Constitución fue elaborado por los asesores del Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas de Ocupación en el Japón.

Filipinas:

En 1898, Estados Unidos derrota a España, la cual se ve obligada a firmar un tratado donde cede el archipiélago situado al sudeste del continente asiático (Filipinas).

En 1946, Filipinas proclama su independencia y dicta su Constitución bajo la tutela norteamericana.

Islas Marshall:

En 1947, la Organización de las Naciones Unidas reconoce la condición de territorio tutelado de esta isla del Pacífico, bajo la administración de Estados Unidos.

En 1979 se establece la independencia política de la isla y se aprueba una Constitución vía referéndum. La elaboración de su texto estuvo sujeta a una evidente influencia política de los Estados Unidos.

c) El poder constituyente monocrático

Este modelo se caracteriza por el hecho político de que el ejerciente u operador del poder constituyente originario es una sola persona. Pueden citarse los casos siguientes:

Mónaco:

En 1308, la familia Grimaldi –de origen genovés– compra el pequeño principado de Mónaco a la República de Génova. Desde entonces, dicha familia ha continuado reinando casi ininterrumpidamente en dicho Estado (con excepción del breve período de 1793 a 1815, en que Francia lo anexionó).

La actual Constitución de Mónaco data de 1962, fruto de la decisión del príncipe Rainiero III.

Al respecto, en la fórmula de promulgación de dicho texto, aparece lo siguiente:

Rainiero III, por la Gracia de Dios, Príncipe Soberano de Mónaco. Considerando que las instituciones del Principado deben ser perfeccionadas tanto para responder a las necesidades de una buena administración del país como para satisfacer las nuevas necesidades suscitadas por la evolución social de su población. He acordado dotar al Estado de una nueva Constitución, la cual, por ser esta MI Voluntad Soberana, será considerada en lo sucesivo como Ley Fundamental del Estado y solo podrá ser modificada en las formas que he decretado.

Bahrein:

Entre 1507 y 1622, Portugal ocupa el archipiélago de Bahrein (sudoeste asiático, frente a las costas de la península arábiga). Posteriormente es ocupado por Irán y Arabia.

En 1861, deviene en protectorado británico. En 1971, Inglaterra reconoce la independencia de Bahrein, imponiéndose la casa real de los Sahman Al Califa.

En 1973, el emir Al Califa dicta la primera Constitución del país.

Kuwait:

En 1576 se funda una comunidad política ubicada en el noreste de la península arábiga y al noroeste del golfo Pérsico.

En 1898, deviene en protectorado británico. En 1961, Kuwait alcanzará su independencia política, reconociéndose como familia monárquica a la casa real de Al Sabah (cuya presencia histórica data del siglo XVIII).

En 1962, esta casa real dicta la Constitución fundacional de Kuwait.

Libia:

En 1951 –luego de la Segunda Guerra Mundial y de un período de administración francesa–, Libia proclama su independencia bajo el mandato del soberano Mohamed Idriss Senoussi.

En 1969, como consecuencia de un golpe militar, el coronel Muamar Al Gadafi asume el poder, quien en 1977 dicta la Constitución actualmente vigente.

d) El poder constituyente policrático

Este modelo se caracteriza por el hecho político de que el ejerciente u operador del poder constituyente originario está constituido por una pluralidad de personas. Siendo así, en este modelo el poder constituyente originario emana:

- De una asamblea o congreso de origen popular; tal el caso de los Estados Unidos (1787), Colombia (1991), México (1917), etc.
- De un partido político, movimiento revolucionario o institución militar; tal el caso del Partido Comunista de Cuba (Constitución de 1976, con enmiendas en 1994); del Partido Comunista de Laos (1991); de los Khmer Rojos, quienes proclamaron una nueva Constitución para Camboya (1975) bajo la denominación de República Popular de Kampuchea.

En ese mismo sentido son consignables los casos del gobierno militar argentino denominado «Revolución Libertadora», encabezado por Eugenio Aramburu (1955), el cual abrogó la Constitución de 1949 y «revivió» los alcances de la Constitución de 1853; y el del Comité Nacional en la actual Eslovaquia, encargado de dictar la primera Constitución de la entonces naciente República de Checoslovaquia (1918), como consecuencia de la desintegración política del Imperio Austro-Húngaro.

A guisa de ejemplo, cabe señalar el caso de la Junta Militar de Gobierno de Humberto Castelo Branco (Brasil), la cual, el 9 de abril de 1964, se declara «revolución triunfante investida del ejercicio del poder constituyente». Asimismo, es citable la Junta Militar de Gobierno de Juan Carlos Onganía (Argentina), la cual, el 8 de julio de 1966, expone que a efectos de cumplir los objetivos de la revolución, ejerce el poder constituyente y estatuye [...].

En suma, la experiencia histórica acredita que el poder constituyente originario puede emanar de una monarquía, de una autocracia, de un grupo revolucionario, de la voluntad popular manifestada en una asamblea o congreso constituyente.

3.3. LA ACTIVIDAD CONSTITUYENTE ORIGINARIA

Como afirma Néstor Pedro Sagüés [*ob. cit.*], las actividades del poder constituyente originario se concretan en lo siguiente:

3.3.1. Imposición de una Constitución

Se refiere a la acción de instituir una determinada forma de estructuración y organización de la sociedad política.

Dicho reemplazo puede generar la creación de un nuevo orden, la profundización del existente o una mera actualización del precedente.

3.3.2. Cambio de una Constitución

Se refiere a la sustitución de un texto fundamental por otro.

3.3.3. Inaplicación de una Constitución

Se refiere a la suspensión o no vigencia temporal de la totalidad o parte del texto constitucional. Esto se produce cuando el propio poder constituyente originario establece taxativa y normativamente dicha posibilidad, o cuando, por acción revolucionaria, se imponen parcial o totalmente los alcances de un documento constitutivo sobre el texto de la Constitución. Es el caso del Primer Congreso Constituyente peruano, cuando –en fecha del 12 de noviembre de 1823– el propio órgano constituyente originario declaró en suspenso la Constitución de 1823, en tanto el Libertador Simón Bolívar ejerciese la suprema autoridad de la República. Igualmente, es el caso del documento constitutivo conocido como «Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada» de 1968, por el cual el Gobierno militar peruano suspendió la Constitución de 1933 en todas aquellas partes en que incurriese en incompatibilidad con el referido estatuto.

3.3.4. Extinción de una Constitución

Se refiere a la desaparición total y definitiva de un texto fundamental. Puede producirse cuando el propio texto constitucional establece una fecha o circunstancia precisa de autoabrogación. Es el caso de la Constitución de la República Árabe Unida de 1964, que fijaba su vigencia hasta que la Asamblea Nacional elaborase un texto fundamental definitivo; así como del documento constitutivo nacional conocido como «Estatuto Provisorio de 1855» dado por la Convención Nacional, vigente hasta que se aprobara la nueva Constitución (texto de 1856).

3.4. LA FUNCIÓN, LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

La función constituyente *in totum* hace referencia al conjunto de atribuciones para elaborar y/o modificar un texto constitucional.

La *titularidad* del poder constituyente originario hace referencia a la persona, grupo o pluralidad *in totum* de personas en quienes formalmente reside la potestad constituyente. Designa a quien o quienes se les imputa o atribuye la decisión de establecer el texto fundamental del Estado.

Como bien afirma Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000], «la titularidad del poder constituyente está determinada por la idea política dominante en la sociedad». Como es obvio colegir, la función constituyente supone siempre a un o unos sujetos constituyentes que por consiguiente representa o representan la unidad de voluntad política, premunida ideológicamente de la capacidad de acción y decisión.

En una sociedad orientada por las teorías teocráticas, absolutistas o monárquicas de viejo cuño, *la titularidad* del poder constituyente recaerá necesariamente en la persona del gobernante o de aquellos a quienes él delegue dicha potestad.

En una sociedad orientada por la teoría democrática, la *praxis* de la titularidad se ejercitará independientemente mediante la elección de los representantes a la Asamblea o Congreso Constituyente y/o mediante la ratificación popular, vía referéndum.

A su vez, *el ejercicio* del poder constituyente originario implica el desempeño de la actividad efectiva o experiencia directa y específica del uso del poder constituyente originario. Es decir, alude a los autores concretos de la Constitución.

La imputación de dicha titularidad es ideológicamente asignable a quien o quienes teóricamente aparecen como los «amos» o «señores» del poder constituyente. En cambio, el o los ejercientes del poder constituyente son los alarifes reales y efectivos que en nombre del o los titulares redactan y aprueban dicho texto.

Como señala Néstor Pedro Sagüés [*ob. cit.*]:

En el ámbito de las realidades, la diferenciación entre titularidad y ejercicio [...] es una estrategia de legitimación del comportamiento de quienes elaboran la Constitución y la establecen. Si el 'titular' del poder constituyente se limita a elegir a quien lo 'ejercita' sin poder controlarlo luego, es evidente que su titularidad es un derecho relativo, y que el poder constituyente de modo efectivo recae en el ejercitador.

3.5. LA LEGITIMIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Dicha noción esencialmente política está determinada por la sociedad imperante en ella. Así, tendrá legitimidad todo aquello que es aceptable y coherente con la idea política predominante.

En consecuencia, hace referencia a la fundamentación y consentimiento social que debe obtenerse en el proceso de manifestación de la voluntad política de organizar una sociedad política. En tal sentido, el poder constituyente originario debe satisfacer una triple justificación: una legitimidad de origen, una legitimidad de ejercicio y una legitimidad de obra.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.5.1. La legitimidad de origen

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando la titularidad y el ejercicio del poder constituyente concuerdan con los «mandatos» de la ideología dominante. Así, ello se acredita en el caso de un poder constituyente originario de base democrática, a través de un proceso electoral transparente y amplio; y en el caso de un poder constituyente originario de base monárquico-absolutista, mediante el respeto de las reglas, usos y tradiciones reales.

3.5.2. La legitimidad de ejercicio

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando se verifica cumplimiento veraz de las reglas políticas fijadas por el propio órgano constituyente para aprobar una Constitución. Asimismo, se liga con la fidelidad a las propuestas preconstituyentes ofertadas al electorado.

3.5.3. La legitimidad de obra

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando la Constitución aprobada refleja cabalmente las convicciones, aspiraciones y necesidades más sentidas de la sociedad, amén de haber establecido la forma de organización y demás mecanismos institucionales para satisfacerlas.

Como bien señala Gregorio Badeni [*ob. cit.*]:

Una Constitución carente de legitimidad es una construcción jurídica precaria destinada al fracaso por estar desprovista del consenso social indispensable.

3.6 LAS CARACTERÍSTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Entre las principales características del poder constituyente originario se encuentran las siguientes: la inicialidad, la autonomía, la incondicionalidad, la inmanencia y la temporalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.6.1. La inicialidad

Expresa el hecho de la presencia de una voluntad político-jurídica constitutiva y principal. Sobre él no preexiste ni se permite la presencia de ningún otro poder. Señálese además que no acepta la vigencia de ninguna norma jurídica, en razón de que esta no rige ni «vive». Por ende, ningún otro poder o forma de organización puede, en estricto, ejercer la función que aquel desempeña.

Esta voluntad aparece en un momento de convulsión o crisis política, lo que origina la creación o transformación de una comunidad política.

3.6.2. La autonomía

Expresa el hecho de que ningún individuo o grupo puede invocar mérito o título alguno para «sujecionar» al ejerciente del poder constituyente originario y mucho menos substituirlo.

3.6.3. La incondicionalidad

Expresa el hecho de que el ejerciente del poder constituyente originario es libre de pronunciarse según las formas, modalidades y contenidos de su actuación; habida cuenta de que solo él está calificado para fijar sus parámetros procedimentales y sustanciales.

3.6.4. La inmanencia

Expresa el hecho de un atributo inherente e intransferible del propio poder constituyente originario, de crear o recrear la estructura y organización política de un Estado naciente o reconstituido, mediante la dación de una Constitución.

3.6.5. La temporalidad

Expresa el hecho de que dicho poder se hace efectivo por un lapso breve y para un fin determinado: formular un texto fundamental. Cumplido dicho propósito, se inactiva política y jurídicamente. En esa perspectiva es históricamente comprobable que actúa en momentos extraordinarios.

Por ende, se trata de una acción cronológicamente intermitente y discontinua.

Juan Donoso Cortéz [*Lecciones de derecho político*. Madrid, 1836-1837] alegóricamente refiere que el poder constituyente «parece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue».

Pedro de Vega [*ob. cit.*] señala que elaborada la Constitución, el poder constituyente desaparece, cediendo su espacio a los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y a los mandatos por él establecidos en el texto por él creado.

3.7. LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El poder constituyente originario se justifica por sí mismo; su potestad es prejurídica y suprema frente al derecho. Se le aprecia con una inevitable significación política.

La autoridad que este poder posee o encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

Dicho poder es intocable e inmutable; esta potestad es unitaria, indivisible y no susceptible de enajenación, absorción o consunción.

Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación de acción política de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad social premunida de idoneidad creadora para forjar un orden político-jurídico.

El poder constituyente originario pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi [*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976] denomina «etapa de la primigeneidad». Su estudio pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología.

Se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda competencia; por eso mismo no es creada ni regulada por el derecho.

La expresión *poder* no está referida a la competencia o jurisdicción del derecho, sino a la potestad en cuanto fuerza, energía política y vigor social.

Cabe señalar que la creación o recreación de un orden no proviene de las reformas constitucionales ni del marco político anterior, sino que el orden político-jurídico se crea *ex novo*.

Su ejercicio se expresa a través de criterios no reglados jurídicamente y que permiten *per se* justificar la *sui generis* creación de normas constitucionales.

Como bien afirma Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992]:

Su legitimidad trasciende al orden jurídico escrito. Invoca una categoría de valores superiores a la ley. Se apoya en necesidades históricas que el marco de las normas

jurídicas positivas es insuficiente para comprender. Como consecuencia de ello la legitimación del poder constituyente [...] debe hallarse en los principios históricos, sociológicos y morales subyacentes a todo orden jurídico, principios que están situados más allá de la gramática de las leyes y en virtud de las cuales estas cobran validez.

3.8. EL ÍTER POLÍTICO DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Desde una perspectiva histórica, el poder constituyente originario se ha manifestado por una pluralidad de vías, entre las que destacan las siguientes: la Asamblea o Convención Constituyente, el Congreso Constituyente, la Decisión Regia, la Decisión Revolucionaria y la Decisión Externa.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.8.1. La Asamblea o Convención Constituyente

El ejerciente de este poder es un cuerpo representativo especial y exclusivamente convocado para elaborar una Constitución. Este puede conformarse en su totalidad por elección, o bien una parte por elección y otra por designación.

Al respecto, son citables la Convención Constitucional de Filadelfia (Estados Unidos, 1787), la Asamblea Nacional Constituyente (Francia, 1789) y la Asamblea Constituyente (Perú, 1978).

3.8.2. El Congreso Constituyente

El ejerciente de este poder es el propio Parlamento, el mismo que cumple simultáneamente una doble tarea: la elaboración de la Constitución y el ejercicio de funciones propias de un ente legislador ordinario.

Al respecto, son citables el Congreso Constituyente de 1933 (Perú) y el Congreso Constituyente Democrático (Perú, 1993).

3.8.3. La Decisión Regia

El ejerciente del poder constituyente originario es un monarca absoluto que le otorga a su colectividad política una forma de estructuración y organización político-jurídica. En el lenguaje constitucional tradicional, el texto regio se conoce con el nombre de *Carta*.

Al respecto, es citable el texto constitucional dictado por Luis XVIII (Francia, 1814). En este se expone que «Voluntariamente y por el libre ejercicio de mi autoridad real consiento, conceder otorgar a mis súbditos y a los actuales así como a sus sucesores, y para siempre, la siguiente Carta Constitucional».

3.8.4. La Decisión Revolucionaria

El ejerciente de este poder es un grupo insurgente que, en atención a su indoblegable capacidad de determinación y eficacia, dicta un texto constitucional.

Al respecto, es citable la presencia de grupos comunistas en la elaboración de la Constitución Bolchevique de 1918 (Rusia), la Constitución de Kampuchea de 1975 y la Ley Fundamental de 1959 (Cuba).

3.8.5. La Decisión Externa

Al respecto, es citable la Constitución de Japón (Fuerzas Aliadas, 1945).

El ejerciente del poder constituyente originario es un Estado o grupo de estados, que, en atención a determinadas circunstancias políticas, decide crear o recrear un cuerpo político; y para tal efecto le dicta su Constitución.

En muchos casos el *iter* político para dar una Constitución debe ser ratificado por el propio pueblo vía el referéndum. Fue el caso peruano en 1993, cuando, luego de aprobarse un texto fundamental a través de un Congreso Constituyente, se acudió al designio popular para ratificarle validez y vigencia.

3.9. LOS LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como se ha afirmado, el estudio de los límites del poder constituyente originario pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología, en razón de que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica que se encuentra más allá de toda competencia. Por consiguiente, es justificable aludir a su *ilimitación*.

Esta *ilimitación* es permanente y positiva, ya que consiste en el no reconocimiento de parámetros provenientes del derecho, puesto que el poder constituyente originario se encuentra ubicado fuera del ámbito jurídico.

En cambio, pertenecientes a los predios de las disciplinas precedentemente mencionadas, se encuentran «topes» que no reposan en órganos o procedimientos jurídicos, sino básicamente en la realidad circundante, en la conciencia del hombre y en las convicciones de la comunidad. En este sentido, Julio Cueto Rúa [«¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?», en *Justicia*. Reproducción de la Revista La Ley, tomo 36, Argentina. Bolivia, Colegio de Abogados de Bolivia, 1993] afirma que «la más firme y sólida garantía de que una regulación constitucional repugnante a nuestros valores no se impondrá, está en el hombre mismo y no fuera de él, ya que normalmente el constituyente se sentirá apresado por vallas invisibles de las que no podrá escapar porque él no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales: su existir es un coexistir con lo demás en el tiempo».

Así pues, esta ilimitación jurídica no puede consentir el absurdo, la irracionalidad y la asociabilidad, por lo que el poder constituyente originario queda ligado al norte de la ética, los valores y las reales posibilidades de proyección del acto de creación.

Los topes que actúan «sobre» el ejerciente del poder constituyente originario son los ideológicos, los estructurales, los axiológicos y los internacionales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.9.1. Los topes ideológicos

Hacen referencia a la percepción totalizadora de una concepción del mundo; es decir, a una cosmovisión de la existencia y coexistencia humana; amén del conjunto de creencias o valores que se ligan con una actitud de compromiso de comportamiento subjetivo e intersubjetivo.

En esa perspectiva nociones como justicia, libertad, igualdad, fraternidad, seguridad, paz, etc., dejan de ser meras indicaciones líricas para concretarse en guías para la actividad constituyente.

3.9.2. Los topes estructurales-institucionales

Hacen referencia a los ámbitos económico, social y político circundantes al proceso constituyente.

En esa perspectiva el sistema productivo, los grupos sociales, los lobistas, los grupos de presión y los factores reales exponen la gama de intereses y expectativas que orientan fácticamente la acción constituyente.

3.9.3. Los topes axiológicos

Hacen referencia al ámbito ético-político a que se contrae el ejerciente o ejercientes de dicho poder. Evidentemente, es inaceptable la consumación de la arbitrariedad y la vulneración de la dignidad humana, en razón de que dichas «acciones» romperían la propia racionalidad ordenadora de todo texto constitucional.

3.9.4. Los topes internacionales

Hacen referencia al conjunto de acuerdos y compromisos existentes entre los estados u organismos internacionales; los cuales generan efectos políticos y económicos expansivos a aquellas comunidades no adscritas a ellos.

3.10. EL FENÓMENO CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN LA HISTORIA

El proceso constituyente en la vida de las naciones en lo relativo a la creación o refundación de estados, se ha desarrollado diacrónicamente por grandes oleadas derivadas

de efervescencias ideológicas, procesos revolucionarios o conflagraciones bélicas de gran alcance.

A nuestro modo de ver, dicho proceso consta de cinco etapas, a saber:

3.10.1. La primera etapa

Dicho proceso se gestará a partir del último cuarto del siglo XVIII bajo la hegemonía de las ideas liberales en contra del absolutismo monárquico. Así, como consecuencia de ello aparecerá el concepto de Estado de Derecho y se reconocerán los derechos civiles y políticos.

El epicentro político jurídico se ubicará simultáneamente en parte de la Europa Occidental, Meridional y Nórdica, así como en América del Norte y América Latina.

Allí aparecerán las constituciones de Estados Unidos (1787), Francia durante la I República (1791, 1793 y 1795), Suecia (1809), España (1812) y Noruega (1814).

En América Latina son citables las constituciones de Venezuela (1814), México (1814), Colombia (1814), Perú (1823) y Argentina (1826).

3.10.2. La segunda etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de las revoluciones de carácter social y nacionalista en la Europa de 1830 y 1850. Su influencia se extenderá hasta América Latina.

Es de verse que en 1830, en Francia, se producirán las históricas jornadas del 27, 28 y 29 de julio conocidas como «las tres gloriosas», en donde obreros, estudiantes y periodistas se alzaron contra las ordenanzas del rey Carlos X, relativas a la mordaza contra la libertad de prensa, la disolución de la Cámara de Diputados, la modificación de la ley electoral en beneficio de los grandes latifundistas y la fijación de nuevas elecciones parlamentarias.

La ocupación popular de los palacios de Bambeu y Louvre generará la caída del rey. Por aclamación cívica ocupará el mando de la Nación su primo el duque de Orleáns, con el nombre de Luis Felipe I (Luis Felipe «Igualdad»). La influencia liberal y el modelo político británico servirán de impronta.

En dicho proceso se concederá el voto a los varones mayores de veinticinco años que pagaren doscientos francos como impuestos; se asegurará la igualdad en materia religiosa; el Estado asumirá la responsabilidad de la organización del sistema educativo; etc.

Posteriormente, en 1848 una serie de revoluciones conmocionarán a Europa. Impulsados por las razones ya citadas, una pluralidad de pueblos se alzarán en nombre de la libertad.

El 24 de febrero de 1848 se instalará en Francia la II República bajo el liderazgo de Luis Napoleón Bonaparte. Aquí se suprimirá la esclavitud; se abolirá la condena de muerte

para los reos políticos; se implantará el sufragio universal; y se crearán por parte del gobierno los «talleres nacionales» como paliativo para combatir el desempleo.

En la península Itálica aparecerá el movimiento liberal «Risorgimiento» (renacimiento o resurrección) al influjo del republicanismo francés. Para poner fin a los desórdenes, el rey de Nápoles, el duque de Toscana y el papa Pío IX aceptarán otorgar una Constitución a sus súbditos. En Roma, el filósofo Giuseppe Manzini proclamará la República bajo el lema «Dios, el pueblo y la humanidad».

En Austria estallará una revolución de corte liberal. Así, los checos reclamarán su autonomía y los húngaros se levantarán alcanzando transitoriamente su independencia.

En Alemania aparecerán numerosos movimientos de corte liberal y nacionalista, consiguiéndose la abolición de las cartas feudales y la promulgación de varias constituciones.

Son expresiones expansivas de este período las constituciones de Bélgica (1831), Holanda (1848), el Estatuto Albertino, que llegará a regir incluso después de la unificación italiana (1848), Suiza (1848) y Dinamarca (1849).

En América Latina se aprobarán las constituciones de Uruguay (1830), Chile (1833), Argentina (1853) y México (1857).

3.10.3. La tercera etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de la conclusión de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) con la victoria de las Fuerzas Aliadas (Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Italia). Ello provocará la caída de los imperios centrales (Alemania y Austria-Hungría) y posibilitará la creación de los nuevos estados en Europa Central y Oriental; amén del reconocimiento de los denominados derechos sociales (educación, salud, previsión social, etc.).

Contribuirán a dicho proceso la instauración de la ideología marxista en el otrora imperio zarista tras la victoria bolchevique en 1917; la revolución mejicana (1910-1917); la instauración en Alemania de la denominada República de Weimar y hasta la influencia nazi-fascista.

Son expresiones expansivas de este período las constituciones de México (1917), URSS (1918), Alemania (1919), Portugal (1933), y Austria (1934). En la experiencia fascista de la Italia de Benito Mussolini y en la España de Francisco Franco aparecerá un constitucionalismo disperso.

3.10.4. La cuarta etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) con la victoria de las Fuerzas Aliadas (Francia, Inglaterra, Estados Unidos).

Ello promoverá la lucha abierta entre las ideas democráticas y el auge del marxismo leninismo.

Los horrores del nazismo motivaran el reconocimiento y la protección plenaria de los derechos humanos; se afirmará el rol tuitivo del Estado; y se gestarán los procesos de descolonización tras el principio de libre determinación de los pueblos.

Los países derrotados refundarán sus estados y se consolidarán las denominadas democracias populares.

Son expresiones expansivas de este período en la Europa Occidental, las constituciones de Francia (1946 y 1958), Italia (1947), Alemania Federal (1949), Yugoslavia (1953 y 1963), Polonia (1952) y Hungría (1949).

En el África se aprobarán las constituciones de Marruecos (1972), Argelia (1963), Tunicia (1957), Senegal (1963), Gambia (1970), etc.

En el Asia se aprobarán las constituciones de Vietnam (1955), Laos (1949) y Singapur (1965).

3.10.5. La quinta etapa

Dicho proceso se gestará en el último cuarto del siglo XX a raíz de la disolución de los regímenes autocráticos en Europa y América Latina. Particular relevancia tuvo la «Caída del Muro de Berlín» y con ello la hegemonía comunista en la Europa Central. Igualmente, es importante destacar la aparición del fundamentalismo islámico de clara tendencia antioccidental.

Añádase, finalmente, que los enfrentamientos interétnicos promoverán una diáspora estatista en la Europa Balcánica.

Son expresiones expansivas de este período en la Europa Occidental, las constituciones de Portugal (1975), Turquía (1982), Grecia (1975) y España (1978).

En la Europa Central y Oriental se aprobarán las constituciones de la República Checa (1992), Eslovenia (1991), Estonia (1992), Lituania (1992), Eslovaquia (1992), Rumania (1991), Rusia (1993) y Kazajstán (1993).

En la Europa Balcánica se aprobarán las constituciones de Croacia (1990), Macedonia (1991), etc.

En América Latina se aprobarán las constituciones del Perú (1979 y 1993), Chile (1980), Ecuador (1978), Brasil (1988) y Colombia (1991).

En Oriente Medio se aprobarán las constituciones de Irak (1970), Irán (1979) y Libia (1977).

3.11. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

El poder constituyente es una facultad de acción que deriva del atributo originario de una colectividad, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica, a través del dictado de una Constitución. Representa la asociación de la voluntad con la fuerza, para adoptar una decisión, en conjunto, sobre el modo y forma de existencia política.

Como expresa Jaime Araujo Rentería [*Principios de derecho constitucional*. Bogotá: McGraw-Hill, 1999], dicho poder no encuentra su razón de ser en el orden de cosas existentes, sino que, por el contrario, lo desconoce y ataca. A lo sumo puede fundamentarse en la libre determinación de los pueblos, la dignidad humana, la revolución, etc.

Esta noción se justifica por sí misma; su potestad es prejurídica y suprema frente al derecho.

Los poderes constituidos son aquellos instituidos por el poder constituyente; manifestándose, por tanto, dentro de la Constitución creada por este.

Como bien refiere Carlos Sánchez Viamonte [*ob. cit.*], estos poderes nacidos y subordinados al poder constituyente –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– constituyen el gobierno del Estado.

Al respecto, Segundo Linares Quintana [*Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977-1987] afirma que los poderes constituidos son los establecidos por una Constitución, que por tal los limita y regula; encontrándose, por consiguiente, en una jerarquía institucional inferior al del poder constituyente.

En suma, el poder constituyente es aquel que crea y organiza el Estado, en tanto que los poderes constituidos son los poderes organizados por aquel a efectos de asegurar su dirección. En esa perspectiva, la actuación de estos últimos debe concretarse dentro del marco de las limitaciones impuestas por el primero de los citados.

Guillermo Calandrino [*ob. cit.*] expone que los poderes constituidos tienen como límites de su accionar aquellos que se derivan del cumplimiento de las pautas competenciales establecidas por el texto constitucional.

En lo genérico, la presencia de un poder constituido supone siempre una *competencia*, es decir, la facultad legal para realizar o confirmar actos jurídicos. La naturaleza de ese poder, así como su extensión, la modalidad de su ejercicio, etc., se encuentran determinadas por una regla anterior, de modo tal que dicho poder se liga armoniosamente con el derecho.

En cambio, en el caso del poder constituyente, a este se le aprecia con una inevitable potencia, fuerza o dominación de naturaleza política. La autoridad que posee o

encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

La distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos permite plantear las dos sustentaciones teóricas siguientes:

- a) Los poderes que la Constitución crea y regenta –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– se encuentran subordinadas a ella. Por ende, permite afirmar el principio de la supremacía de la Constitución.
- b) La Constitución tiene validez incondicionada en virtud de proceder de quien tiene el poder de darla, el mismo que a su vez no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes.

Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación del accionar político de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad nacional premunida de idoneidad creadora para forjar un nuevo orden jurídico.

Este poder se caracteriza por ostentar una prerrogativa superior, creativa, originaria y preexistente, respecto a los otros poderes conocidos doctrinariamente como constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Esto es así porque el poder constituido solo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por la labor del legislador constituyente. El marco constitucional es intocable e inmutable.

IV. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O CONSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Jaime Araujo Rentería [*ob. cit.*] afirma «que el poder de reforma constitucional [...] formal es un poder integrado a un cuerpo que existe y obra gracias a la Constitución y que por lo mismo es un cuerpo constituido, no constituyente, delegado, no originario». Sostiene que su legalidad y legitimidad deriva de la creación normativa del poder constituyente originario: la Constitución.

En efecto, la autoridad del poder constituyente derivado se encuentra en la propia Constitución que reforma, en razón a que el texto supra expresamente se lo permite. Así, recibe tal denominación por ser una competencia extraordinaria «derivada» de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, el poder constituyente derivado o constituido se gesta en 1791, con las diez primeras enmiendas establecidas en la Constitución americana (1787).

La noción de poder constituyente derivado pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] denomina «etapa de la continuidad». Su estudio corresponde exclusivamente al derecho, por ser típicamente un concepto de naturaleza jurídica.

Al respecto, Rubén Hernández Valle [ob. cit.] señala:

Cuando el poder constituyente se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado.

La presencia de un poder constituyente derivado o constituido supone siempre una *competencia extraordinaria*.

Este poder solo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por el poder constituyente originario.

4.1. LOS ALCANCES DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

La actividad del poder constituyente derivado o constituido se expresa en la reforma de la Constitución.

La reforma constitucional se entiende como aquella facultad extraordinaria otorgada a un órgano estatal –usualmente el Parlamento– y que está destinada a promover la revisión y enmienda del texto fundamental establecido por el poder constituyente originario. Tal proceso se lleva a cabo con los textos constitucionales escritos y rígidos, e implica un conjunto de solemnidades que deben cumplirse para los efectos de sustraer la revisión y enmienda, del mecanismo común u ordinario de la legislación infraconstitucional.

Es evidente que mientras un texto constitucional en atención a su propia naturaleza normativa manifiesta una pretensión de perdurabilidad, la praxis política y la realidad social experimentarán cambios constantes.

Como señala Luis Carlos SÁCHICA [Citado por Luis Pérez Chávez. *El poder constituyente en el Perú*. Tesis. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres, 1995]: *El poder de reforma tiende a la conservación de la Constitución mediante actualizaciones que captan el cambio en la realidad*.

En puridad, implica una técnica de defensa del texto fundamental contra los desajustes que sufre en su aplicación ante la concreta realidad espacio-temporal. Ella impide que las normas fundamentales queden reducidas a fórmulas sin proyección histórica.

En efecto, se trata de un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del cuerpo político; ello en razón a que a pesar del cambio de Constitución mantiene su «identidad» pero gana en presencia y ejecutabilidad.

Al respecto, James Madison [Citado por Samuel Eliot Morrison, Henry Steele Commager y William Leuchtenburg. *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997] ha señalado que la reforma ha servido para proteger «por igual contra las facilidades que hacían a la Constitución demasiado variable y contra la perpetuación de sus manifiestos defectos».

Siendo la realidad política *dinámica*, esta exige que la Constitución se acople a dicho tránsito; con ello se asegura la continuidad jurídica del texto fundamental.

El poder de la reforma constitucional consiste en aquella actividad dirigida a modificar parcialmente una Constitución escrita y rígida, utilizándose para tal efecto un procedimiento especial jurídicamente preestablecido. Se trata de una competencia extraordinaria o excepcional, por cuanto se encuentra indicada por el propio ordenamiento constitucional (creado por el poder constituyente originario), a efectos de conseguir una modificación o redistribución de las demás competencias ordinarias del Estado. En su caso no existe una solución de continuidad, tanto en su actuar como en su proceder.

Esta potestad derivada o instituida es la expresión de un orden ya existente, que se manifiesta mediante ciertos procedimientos de reforma constitucional contemplados en la ley fundamental.

La facultad de reforma o revisión solo puede considerarse como una forma propuesta, de obrar, al poder constituyente derivado; es decir, como una técnica oportuna, pero nunca como una regla inexorable.

Es una verdad de perogrullo que toda Constitución necesita recoger permanentemente los recados emanados de la vida social, para ello se ha creado la institución de la revisión orgánica. La reforma constitucional se encuentra ligada al proceso social, que, por tal, es siempre dinámico y cambiante. Esa relación entre norma y realidad es en muchos casos esquiva e inexistente; ya Vladimir Ilich Uliánov, «Lenín», censuraba al lirismo jurídico sosteniendo que no debe olvidarse que «los hechos son más testarudos que la ley». El propio general Charles de Gaulle planteaba en sus memorias que «lo que está escrito, aunque sea sobre un pergamino, solo vale por su aplicación».

La revisión contiene una situación de aplicación del derecho por las vías del derecho mismo. Así, nace de la propia Constitución y, por tanto, está comprendida en la especie de las normas constitucionales, dado que se rige por una de ellas. Más aún, mediante dicho procedimiento la consagra y transforma en ley suprema.

La revisión, como noción jurídica, es un aporte más del derecho constitucional norteamericano. Así, al influjo de hombres de la talla de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, se insertó en el artículo V de la Constitución de 1787 la idea de que los cambios en su texto deberían producirse de manera especial y reflexiva, antes que por

el súbito y violento paroxismo legislativo. Ellos esperaban (y acertaron) que las llamadas «enmiendas» preservaran, al gobierno, de la excitación y turbulencia popular.

La aplicación de esta histórica concepción demuestra la vitalidad y lozanía permanente del texto fundamental de nuestros vecinos del norte. Ellas provienen de las veintisiete enmiendas efectuadas a lo largo de dos siglos, que son las que han permitido encontrar adaptabilidad a las condiciones sociales imperantes a lo largo de dicho tiempo.

La robustez de la Constitución americana no proviene del texto de 1787; ella es la emanación de otra fuente que nosotros conocemos con el nombre de *reforma*. Este poder se mueve al interior del orden jurídico preexistente, opera dentro de una legalidad constitucional y es oriundo de un derecho ya establecido. Su adecuación deviene de su validez y eficacia.

4.2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Entre las principales notas connotativas que presenta el poder constituyente derivado o instituido, como ente con capacidad de reformar el texto fundamental, están las siguientes: la legitimación, la limitación y la eficacia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

4.2.1. La legitimación

El accionar de dicho poder deriva de la misma Constitución que habrá de reformar. Esta es la base de su propia fundamentación y consentimiento político.

Paolo Biscaretti di Ruffia [*Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1984] señala que se trata de una actitud normativa que se despliega sobre la del particular procedimiento establecido por la propia Constitución.

4.2.2. La limitación

El accionar de dicho poder parte de presupuestos establecidos por el poder constituyente originario; es decir, se encuentra subordinado al *orden establecido* en cuanto a su actuación y alcances de su labor. Más aún, operan sobre aquel los topes extrajurídicos.

Pedro de Vega [*ob. cit.*] señala que «el poder de reforma, en la medida que aparece reglado y ordenado en la Constitución se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad en revisión no puede ser entendida como una actividad soberana y libre».

Dicha limitación establece la distancia que separa la acción legal de la acción revolucionaria.

Gonzalo Ramírez Cleves [*Límite de la reforma constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Externado, 2005] expone que el poder reformador permite a través del cambio adecuar la norma básica a los tiempos y las necesidades de la sociedad; garantizando así su permanencia y estabilización política.

La doctrina establece que los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser formales y materiales.

Los límites formales se refieren a la totalidad de requisitos objetivamente establecidos por la Constitución para que el proceso de reforma prospere, a saber:

- La individualización del órgano estadual con competencia para ejercer dicha potestad.
- El *íter* procedimental.
- La ratificación ciudadana del proceso de reforma (opcional).

Los límites materiales se refieren a algunos contenidos de la Constitución. Con ellos se indica la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

Dichos límites aseguran los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa y asienta el sistema político.

El cumplimiento de dichos límites son verificables ante la jurisdicción constitucional.

4.2.3. La eficacia

El accionar de dicho poder tiene como fundamento el afirmar un vínculo armonioso entre el texto constitucional y la realidad política y social.

Siguiendo en parte a Pedro de Vega García [*ob. cit.*], consideramos que la reforma constitucional cumple las funciones siguientes:

- a) La posibilidad de reordenar la realidad jurídica a la dinámica realidad política. Mediante ella se libra al texto fundamental de quedar reducida a una simple fórmula jurídica sin proyección histórica ni aplicación práctica. En esa hipótesis se entiende que la reforma no debe ser entendida como un instrumento de agresión sino de defensa de la Constitución, en la medida en que su accionar permite su pervivencia armónica con la realidad.
- b) La posibilidad de llevar a cabo el proceso de adecuación sin quebrantamiento del sistema constitucional; sino más bien con la congruencia, gracia y anuencia de este.

4.3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La razonabilidad de la reforma constitucional se explica en razón a lo siguiente:

- a) Por la constatación de una imperfecta acción constituyente originaria; es decir, por la existencia de omisividad, defectuosidad o error por parte del legislador constituyente en la elaboración del texto fundamental.
- b) Por la presencia de cambios en la sociedad política, lo que implica el surgimiento de un «desfase» entre la norma y la voluble realidad.

V. LA RELACIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Entre ambos poderes existe una ligazón irrompible. Al respecto, debe señalarse que no se trata de poderes de distinta sustancia, sino de un entroncamiento de género a especie, que se presenta en dos momentos de la vida institucional: en el primero como creación o recreación de un orden constitucional; en el segundo como reforma del mismo.

Sergio Díaz Ricci [*ob. cit.*] expone que el poder constituyente originario «hace referencia [...] a aquella potestad que dicta una Constitución, o sea que elabora normas constitucionales», mientras que el poder constituyente derivado «responde al supuesto de una Constitución existente que se modifica a través de la actuación de un procedimiento previsto por ella misma».

A manera de síntesis, Alberto Spota [*Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1991] distingue conceptualmente el ejercicio de ambos poderes de la manera siguiente:

El *poder constituyente originario* es el que organiza y da asiento jurídico, por primera vez o nuevamente, a una comunidad. Su base de poder es de naturaleza política.

El *poder constituyente derivado o constituido* es la consecuencia de una norma constitucional que faculta o permite la reforma del texto magno; por ende, dicho poder tiene un origen estrictamente jurídico. Así, cuando una Constitución anuncia la factibilidad y el procedimiento para su propia reforma, el poder que surge de ello tiene el carácter de constituido o instituido; o sea, es una potestad cuyo asiento tiene base legislativa.

El *poder constituyente originario* es una expresión que alude a potencia, fuerza o dominación política.

El *poder constituyente derivado o constituido* se asocia con los conceptos de competencia, facultad, atribución o capacidad jurídica. Se encuentra condicionado por la decisión inicial del legislador constituyente y su legitimidad radica en la legalidad de la función

regulada por la Constitución. En otras palabras, la autoridad de dicho poder se encuentra en el texto básico del Estado, y funda la validez de su actuación y su eficacia en el respeto a los parámetros procedimentales y sustanciales establecidos por el poder constituyente originario en la Constitución.

Al respecto, Javier Pérez Royo [*ob. cit.*] expone que una vez que el poder constituyente originario cumple con elaborar la Constitución ipso facto deja de existir. A partir de ese momento todos los poderes son constituidos.

La reforma constitucional es definida como poder constituyente derivado o constituido en razón a que como expresión *constituyente* se coloca en el lugar otrora ocupado por el operador o ejerciente originario; pero como expresión *derivada* o *constituida* actúa en función a un ordenamiento jurídicamente preestablecido.

VI. EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Como se ha referido, el *poder constituyente derivado* es estudiado por la ciencia del derecho, ya que expresa con claridad un concepto jurídico. La atribución de la reforma es expresión de una competencia extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede modificar o redistribuir las demás competencias ordinarias del Estado.

Al respecto, Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universitaria, 1970] señala que la competencia para reformar el texto fundamental no es una atribución normal, sino, más bien, una prerrogativa de carácter extraordinario y limitado.

La facultad de reforma prescrita por una norma constitucional significa que una o varias reglas del texto fundamental pueden ser sustituidas u objeto de adiciones, reducciones o enmiendas, pero bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un «todo».

Dicha facultad no se explica por sí misma; la competencia para ejercerla no implica la utilización de una facultad usual (como dar leyes, conocer procesos judiciales, realizar actos administrativos), sino que se trata de una acción singular con límites y objetivos muy precisos.

En razón de lo expuesto, la potestad de enmendar contiene, pues, tan solo la atribución de practicar reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero con la restricción de mantener la fisonomía del texto. Para Carl Schmitt, la Constitución es intangible en aquello que es sustancial; en suma, la reforma de esta no acarrea su destrucción.

Mediante la reforma se puede modificar pero no destruir la Constitución; en caso contrario, también se enerva su legitimidad como poder de revisión. Como tal, dicho tipo de poder promueve la «conservación» del texto magno mediante su permanente actualización con la realidad.

La Constitución intenta ser la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado. De allí que se pueda, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Esta perdurará en la medida que armonice con los procesos reales; por ende, debe asumirlos y acomodarse a ellos. Los cambios formales la afectan, pero al integrarlos en su seno se renueva y así continúa viva y lozana. De lo contrario, cuando es desbordada por la realidad y es incapaz de «asumirla», se abre paso a la revolución o a la dación de un nuevo texto.

Es conveniente subrayar que la reforma tiene un carácter esencialmente integrador, en la medida en que intenta «acomodar» las normas a la realidad. El poder constituyente derivado es la potestad transformadora con sentido de reafirmación y continuidad.

Sin embargo, para que esa dimensión integradora sea cabal existen límites que conforman la denominada *la fórmula basilar*; la cual no puede ser cambiada por la reforma constitucional. En caso contrario, se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se origina un proceso revolucionario.

La existencia de estos límites es indispensable para el mantenimiento mismo de la Constitución, a efectos de que conserve su identidad pese a las modificaciones realizadas en su contenido. De manera que, aunque se hayan reformado partes íntegras, se mantendrá la continuidad de la misma en tanto se hayan respetado tales límites.

La fórmula basilar de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal, democrático, socialista, fascista, etc.), está ajustada a una fórmula económica (capitalismo privado, capitalismo de Estado, etc.), se adscribe al influjo de determinados principios de organización estadual (federalismo, república, monarquía, etc.), régimen político (presidencialismo, parlamentarismo, etc.) y catálogos de derechos fundamentales.

La fórmula basilar es obra exclusiva del poder constituyente originario; su alteración configuraría una expresión revolucionaria, razón por la que queda fuera de la competencia del poder de reforma.

La tarea del intérprete del derecho constitucional consiste en establecer la fórmula basilar.

A nuestro entender, la reforma total, que equivale al «cambio» de la Constitución, no sería doctrinariamente posible desde el momento mismo en que la propia ley fundamental prevé su enmienda y corrección, pero no su sustitución. En vía de excepción cabe señalar el caso del constituyente originario que autoriza expresamente al poder constituido a la revisión *in totum* de su obra.

El *poder constituyente originario* es inalienable, no enajenable e intransferible, de lo que resulta que este no consiente que se le reemplace posteriormente en su titularidad primigenia. Al ser inalienable, no puede admitir su propia destrucción o aniquilamiento. Desde una perspectiva jurídica, el texto fundamental solo puede ser abolido en su totalidad, o en su fórmula basilar, mediante otro acto del poder constituyente originario o con expresa autorización de este.

La facultad de reforma, prevista en una norma fundamental, no encuentra el privilegio de su cambio; por ello, la Constitución –fuente del poder reformador– no nace, a su vez, del texto fundamental. Como señala Carl Schmitt [*ob. cit.*]:

Que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto.

Como afirma Luis Carlos SÁCHICA [citado por Luis Pérez Chávez. *ob. cit.*], quien está legitimado para reformar la Constitución tan solo puede «conservar en lo esencial aquello que reforma, sin alterar ni sustituir su entidad propia, su sustancia. Podrá variar, modificar parcialmente la forma, suprimir lo adjetivo, adicionar lo necesario, rectificar lo contradictorio, pero siempre siguiendo los lineamientos, en trazos maestros que hacen de un ser lo que es [...]».

A guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino [*ob. cit.*] expone que «el poder constituyente originario es aquel que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas) en tanto que el poder constituyente derivado es aquel que se utiliza para modificar el orden con que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una nueva puerta)».

Más aún, un análisis desde el punto de vista histórico acredita que la capacidad transformadora de cambios políticos de los pueblos por medio de sus representantes legales ordinarios es poco viable. Por razones ajenas al derecho, los pueblos prefieren el misterioso encanto de la ruptura, y lo imprevisible que permita operar ese cambio.

El encauzamiento de los nuevos conceptos sociales en el andamiaje constitucional ofrece un ejercicio exitoso en los casos de enmiendas parciales, mas no en los casos de una negada renovación total.

Es falsa aquella tesis de que la imposibilidad jurídica de la reforma total sea una invitación a la excitación temeraria de quienes sostienen la necesidad de la revolución. En períodos de eclosión histórica, la factibilidad de dicho cambio por medio del consenso es solo una atribución lírica.

La historia constitucional peruana ofrece la verificación de que la transformación constitucional ha emanado de la revolución y no de la reforma, ello hasta el extremo, incluso, de que el cambio parcial ha sido un instrumento jurídico exótico y despreciado.

6.1. EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO MEDIO PARA EL CAMBIO DE CONSTITUCIÓN

La posibilidad de la dación de una nueva Constitución por la vía del proceso de reforma constitucional, solo es posible cuando el propio poder constituyente originario de manera expresa autoriza al legislador ordinario a *convertirse* en recreador del orden constitucional.

Al respecto, son citables los casos establecidos en las constituciones de Suiza, España, Austria, Argentina, Nicaragua, Uruguay, Venezuela, Cuba y Mónaco.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO RENTERÍA, Jaime

1999 *Principios de derecho constitucional*. Bogotá: McGraw-Hill.

BADENI, Gregorio

2000 *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo

1984 *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.

BORJA, Rodrigo

1992 *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica.

CALANDRINO, Guillermo

2001 «Reforma constitucional». En: *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.

CUETO RUA, Julio

1993 «¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?». En: *Justicia*. Reproducción de la Revista La Ley, tomo 36, Argentina. Bolivia, Colegio de Abogados de Bolivia.

DE OTTO, Ignacio

1999 *Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*. Barcelona: Ariel.

DE VEGA, Pedro

1985 *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

DE VERGOTTINI, Giuseppe

1985 *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe.

DÍAZ RICCI, Sergio

2004 *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

DONOSO CORTÉZ, Juan

1836-1837 *Lecciones de derecho político*. Madrid.

ELIOT MORRISON, Samuel; STEELE COMMAGER y LEUCHTENBURG, William

1997 *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén

1995 «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de la reforma constitucional». En: *El Jurista*, N.º 11 y 12. Lima.

LINARES QUINTANA, Segundo

1977-1987 *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra.

ORBEGOZO VENEGAS, Sigifredo

2002 *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales.

PÉREZ CHÁVEZ, Luis

1995 *El poder constituyente en el Perú*. Tesis. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres.

PÉREZ ROYO, Javier

2000 *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo

2005 *Límite de la reforma constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Externado.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1997 *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

2001 *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos

1964 *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz.

SCHMITT, Carl

1970 *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universitaria.

SIEYÈS, Emmanuel

1993 *¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires: Losada.

SPOTA, Alberto

1991 *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma.

VANOSSI, Jorge Reynaldo

1976 *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

La incorporación del derecho a la consulta previa en el procedimiento legislativo



JAVIER LA ROSA CALLE¹

Abogado y magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico internacional.- 2.1. Estándares de acuerdo a las normas y principios del Convenio 169 de la OIT.- 2.2. Estándares de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y según las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.- 2.3. Estándares de acuerdo a las directrices del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.- III. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Ordenamiento Jurídico Nacional.- IV. El derecho a la consulta previa sobre medidas legislativas.- V. Identificación de la medida legislativa.- VI. ¿En qué momento del procedimiento legislativo se realiza la consulta previa?- VII. Naturaleza de los acuerdos vinculantes en la consulta previa.- VIII. Memoria del debate legislativo desarrollado en el periodo legislativo 2011-2016 y los desafíos pendientes.- IX. Conclusiones.- Bibliografía.

El presente trabajo expone los fundamentos doctrinarios más relevantes en el proceso de fundación, refundación o reforma del cuerpo político y su formalización jurídica a través de un texto constitucional.

¹ Abogado y magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha seguido un Diplomado en “Derechos Humanos y Procesos de Democratización” en la Universidad de Chile, Ha realizado estudios de especialización en la American University de EE. UU. y una pasantía de investigación en la Universidad de Salamanca en España. Es profesor asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el periodo legislativo 2011-2016 se ha desempeñado como asesor principal de la Comisión de Constitución y Reglamento y asesor parlamentario en el Congreso de la República.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú existe desde 1995 el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevea una medida legislativa o administrativa que pudiese afectarlos, como consecuencia de haber ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Posteriormente se aprobó, en setiembre del 2011, la Ley 29785 (Ley de Consulta Previa), la misma que ha permitido desarrollar algunos procesos de consulta por parte del Ejecutivo. Sin embargo, a nivel del Congreso de la República hasta la fecha no ha sido posible someter una iniciativa legislativa a este mecanismo, lo que ha generado la postergación de algunos proyectos de ley importantes, mientras que en otros casos se habría incumplido este deber.

En el presente trabajo se desarrolla el contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, se analiza su origen en el derecho internacional, la manera cómo ha sido recogido en el ordenamiento jurídico nacional por el legislador y los tribunales, y, finalmente, se detalla el desarrollo del debate legislativo producido en el último periodo legislativo.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

El derecho de consulta previa de los pueblos indígenas ha sido materia de abordaje en diversas normas internacionales tanto a nivel universal como regional. Existe por lo tanto una serie de estándares vinculantes para los Estados que comprenden tratados y convenios internacionales así como una vasta jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales que en el caso peruano hemos aceptado. A continuación revisaremos las normas y directrices más relevantes que deben orientar la legislación interna.

2.1. ESTÁNDARES DE ACUERDO A LAS NORMAS Y PRINCIPIOS DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales —en adelante Convenio 169— es la principal norma del sistema universal de derechos humanos que se refiere al derecho a la consulta previa. Se trata de una norma aprobada en 1989 que buscó establecer una clara diferencia con lo que hasta ese momento había venido siendo la regulación internacional de los pueblos indígenas.

En este sentido, el preámbulo de esta norma es ilustradora de este enfoque cuando establece en su cuarto párrafo que dada la evolución del derecho internacional desde

1957² y por los cambios producidos en *la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores*; (subrayado es nuestro).

Con lo cual queda reafirmado que las normas que se aprobaban tendrían una dimensión axiológica contraria a lo que había venido rigiendo hasta ese momento en la OIT y en los diversos países, de suerte que el Convenio 169 tendría que ser interpretado e implementado bajo estas consideraciones que reconocían el derecho de los pueblos indígenas y tribales a dirigir sus propias formas de desarrollo, preservando su identidad y con el derecho a participar y ser consultados sobre las decisiones que los Estados adoptasen y que los afecten.

Por ende, son bajo estas consideraciones que debe leerse el artículo 6 del Convenio 169 cuando obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se propongan medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente.

Al respecto, la Comisión de Expertos, que resulta ser uno de los órganos de control de la OIT, ha enfatizado que uno de los desafíos fundamentales en la aplicación del Convenio 169 es «i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblo indígenas y tribales; [...]».³

Es por tanto importante entender que los Estados tienen la obligación de establecer los mecanismos que permitan la participación y consulta previa de los pueblos indígenas y tribales como una forma de dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de esta norma, debiendo seguirse lo señalado por la Comisión de Expertos en el año 2008 cuando afirma que este derecho es «la piedra angular» del Convenio 169.⁴

Se trata entonces de una disposición normativa singular que genera a los países que suscriben el Convenio 169 una serie de obligaciones para adecuar sus disposiciones internas a las orientaciones que establece la norma internacional, debiendo relievase la incorporación de la perspectiva intercultural en todas las políticas públicas que los Estados planeen realizar ya que de ese modo se asumiría una «vía democrática para solucionar la situación de postergación social, económica y jurídica en que se encuentra los pueblos».⁵

² Fecha en que se aprueba el Convenio N.º 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales.

³ OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica – Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 64.

⁴ Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio 169, 79º reunión, 2008.

⁵ PINTO, Vladimir y RIVERO, Ramón. *La Consulta Previa: Desarrollo Normativo Internacional y Comparado y su aplicación en el Perú*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), Lima, 2012, p. 20.

2.2. ESTÁNDARES DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SEGÚN LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Principalmente ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos («la Corte») la que ha establecido los estándares más relevantes para determinar los alcances del derecho a la consulta previa a partir de la jurisprudencia emanada de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada de forma concordada con los avances producidos en una serie de normas del derecho internacional.

De este modo, son las sentencias desarrolladas en los casos de los pueblos Saramaka con Surinam y el pueblo Sarayaku con Ecuador las principales referencias de cómo el Sistema Interamericano entiende la concreción de este derecho. Adicionalmente, para efectos interpretativos ilustra mucho el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado «Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales».

Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, que se origina, en primer lugar, a partir de la interpretación del artículo 23 de la CADH referido al derecho a la participación en todos los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. A partir de ello la CIDH ha señalado: «En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho de participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres, y formas de organización».⁶

En segundo lugar, se desprende del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al artículo 21 de la CADH, estableciendo un «concepto de propiedad diferente para los pueblos indígenas y tribales, fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma y su estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos».⁷

Asimismo, se desprende del derecho del derecho a la identidad cultural por «la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio, el cual tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones,

⁶ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*. Organización de Estados Americanos, 2010, párrafo 274.

⁷ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima, 2011, p. 15.

que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática».⁸

Es por ello que puede señalarse que desde la Corte IDH está claramente delimitado el estándar de la consulta previa como una obligación del Estado que debería consultar al menos acerca de los siguientes seis asuntos:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo afectado.
2. El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva de las organizaciones representativas indígenas.
3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que incidan en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos colectivos indígenas (subrayado nuestro).
4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
5. Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental.
6. En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten sus territorios.⁹

Se trata entonces de un conjunto de normas y principios que establecen obligaciones y orientaciones para que los Estados realicen procesos de consulta previa de buena fe a través de mecanismos de diálogo intercultural que tengan como objetivo alcanzar un acuerdo o el consentimiento del pueblo indígena consultado.

⁸ CORTE IDH, *Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrafo 159.

⁹ CORTE IDH, *Caso del Pueblo de Saramaka con Surinam*. Sentencia del 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 16. En: YAÑEZ Nancy y SILVA, Hernando. El derecho a la consulta a los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional. Informe 19 IWGIA – 2014 Observatorio Ciudadano, Santiago, 2014, pp. 14-15.

2.3. ESTÁNDARES DE ACUERDO LAS DIRECTRICES DEL RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS

En su último informe sobre el Perú, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas señala los aspectos positivos que contiene la Ley de Consulta Previa, aprobada en setiembre del 2011, en tanto que reconoce los estándares internacionales en la materia, como es el caso que las consultas deban realizarse de forma previa, de buena fe, en el idioma de los pueblos indígenas afectados, con información oportuna, dentro de un plazo razonable y a través de un proceso de diálogo intercultural.¹⁰

También se señala que, más allá de los aspectos positivos de la legislación aprobada por el Perú, el desafío ahora consiste en «implementar la consulta previa de modo que se instrumentalice y se salvaguarde todo el espectro de derechos humanos de los pueblos indígenas. [...] De modo que la consulta debe funcionar como una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las industrias extractivas realizadas en sus territorios y no solo un mecanismo para lograr la autorización de la medida legislativa o administrativa consultada».¹¹

Finalmente, hay todo un énfasis en la importancia de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas consultados que en determinados contextos puede significar que de no alcanzarse esta finalidad se produzca una prohibición de la medida o el proyecto.¹² Al respecto, ya desde el 2007 la Corte IDH ha establecido en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam que «cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones». Dicho en otras palabras, ha sido regulado de modo pretoriano la obligación de obtener el consentimiento a la que alude la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹³

¹⁰ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*. 7 de mayo del 2014, en A/HRC/27/52/Add.3 párrafo 33. Disponible en línea: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/072/47/PDF/G1407247.pdf?OpenElement>> (revisado el 25 de mayo del 2015)

¹¹ Ibid, párrafo 35

¹² RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio del 2009, A/HRC/12/34, párrafo 43.

¹³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. «Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas». En: BOGDANDY, Armin von y otros (ed.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucional commune en América Latina?* Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2010, p. 40.

III. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

En el caso del Perú se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en febrero de 1993. La vigencia de este tratado empezó el 2 de febrero de 1995, por lo que desde esa fecha ha estado incorporado en el ordenamiento interno el derecho a la consulta previa.

Posteriormente, la conjunción de una serie de factores como desconocimiento, desidia y omisión estatal respecto al cumplimiento de este derecho generaron que en el Estado peruano no se llevaran a cabo procesos de consulta previa, lo cual generó, entre otros efectos, que las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas incorporasen dentro de sus demandas la aprobación de una ley que implementase la consulta previa. Más adelante, una serie de protestas sociales entre los años 2008 al 2010 crearon las condiciones para que se aceptase la idea de una regulación legislativa que desarrollase lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

De este modo en el 2011, en el presente periodo legislativo, se adoptó, en uno de sus primeros actos, la aprobación, desde el 7 setiembre del 2011, de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa.¹⁴ Consecutivamente, desde el Poder Ejecutivo se ha expedido el reglamento de dicha norma, el Decreto Supremo 001-2012-MC, aprobado el 3 de abril de 2012. En el primer caso, la ley de consulta previa recoge los principales aportes que hicieron llegar las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas que el Congreso de la República incorporó en su totalidad. En el caso del reglamento de esta ley, si bien fue sometido a un proceso de consulta previa, ha sido materia de críticas por parte de las organizaciones antes mencionadas porque no se respetaron los acuerdos arribados con los representantes estatales, aprobándose un texto que recogía parcialmente los consensos establecidos.

Adicionalmente es importante resaltar una norma de carácter reglamentario que establece la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios – Directiva N° 003-2012-MC,¹⁵ en la que se establecen los criterios objetivos y subjetivo para determinar si se acredita la condición de pueblo indígena. A raíz de ello se ha publicado una lista de 54 pueblos indígenas existentes en todo el país.¹⁶

A nivel jurisprudencial lo desarrollado en el Tribunal Constitucional aún resulta exiguu, sin embargo, es posible identificar algunos aportes en sus sentencias:

¹⁴ La Ley 29785 entró en vigencia en diciembre del 2011. El contenido del texto y su reglamento puede revisarse en: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/compendio-normativo.pdf>>

¹⁵ Puede verse en: <<http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2012/06/resoluciones-ministeriales/1359.pdf>>

¹⁶ La lista de los pueblos indígenas puede verse en: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas.pdf>>

1. La sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera).

Ella desarrolla principalmente la idea del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT. A nuestro modo de ver, es una de la más importante no sólo por tratarse de un pronunciamiento del TC que por primera vez aludía al derecho a la consulta previa, sino también porque establecía una serie de consideraciones que debían ser tomadas en cuenta para entender la diversidad étnica y cultural del país. De otro lado, exhortaba al Congreso de la República a desarrollar una legislación sobre consulta previa.¹⁷

2. La sentencia recaída en el expediente N° 0022- 2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama I).

Es hasta el momento el pronunciamiento más claro y progresista del colegiado que establece reglas sobre las etapas del proceso de consulta; asimismo, señala los principios que deben orientar la realización de la consulta: buena fe, flexibilidad, la finalidad de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación oportuna del proceso de consulta; se hace también un explicación sobre lo que diferencia al derecho a la consulta y el derecho a veto; finalmente, destaca que se haya reconocido la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas.

3. La sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep I).

Este pronunciamiento no tiene los avances de la sentencia anterior ni la suficiente rigurosidad jurídica, sin embargo destaca que se haya señalado que resultan nulos todos los actos administrativos que no hayan sido consultados desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Tiene además como puntos cuestionables que sólo se mencione la importancia de la seguridad jurídica de las empresas que habrían actuado de buena fe cuando el Estado les aprobó las concesiones.

4. La sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-TC (Caso Aidesep II).

De este pronunciamiento resulta interesante que se ratifique la fuerza normativa de las disposiciones con rango constitucional que tendrían aplicación inmediata, y en tanto el Convenio 169 de la OIT tiene esta categoría, puede sostenerse que debe aplicarse sin necesidad que haya una ley de desarrollo; asimismo, se ordena al Ministerio de Energía y Minas aprobar una regulación reglamentaria sobre consulta previa, lo cual realizó esta entidad en mayo del 2011 cuando aprobó

¹⁷ Es importante la fecha en que se publica esta sentencia, en febrero del 2009, antes de las protestas que se dieron en la Amazonía de Peruana, antes de los sucesos de Bagua.

el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en actividades minero energéticas.

5. La sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama II).

Este pronunciamiento se manifiesta en sentido contrario de las anteriores sentencias, estableciendo que una disposición de naturaleza forestal no afecta a los pueblos indígenas y, por lo tanto, no tendría por qué ser consultada; mientras que un segundo aspecto crítico es el desconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de los derechos al territorio y a los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas, al establecer que pertenecen al Estado.

6. Resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC.

Esta resolución es probablemente el pronunciamiento más deplorable que ha tenido el tribunal peruano al sostener que el Convenio 169 de la OIT es exigible en el ordenamiento jurídico interno a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI/TC, es decir, desde el 9 de junio del 2010, y no desde 1995, cuando fue la fecha que el Perú ratificó dicho tratado internacional.

7. La sentencia recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama III)

Aquí se corrige la anterior resolución aclaratoria señalando que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el 2 de febrero de 1995, fecha que inició su vigencia en el Perú. Sin embargo, tiene otros aspectos cuestionables, como el hecho de que se señale en este pronunciamiento que el agua no es un recurso natural relevante para los pueblos indígenas dentro de su territorio y que por lo tanto no tiene que ser sometido a un proceso de consulta previa.

8. La sentencia recaída en el expediente N° 00026-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama IV).

Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Legislativo N° 1083) porque se había producido sustracción de la materia, al haberse ya derogado esa norma.

9. La sentencia recaída en el expediente N° 00027-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama V).

Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1020 referido a crédito agrario. Se señala que dicha medida no afecta directamente a los pueblos indígenas.

10. La sentencia recaída en el expediente N° 00028-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama VI).

Esta sentencia es declarada improcedente porque la demanda se plantea contra la Ley que crea el Sistema Hídrico Nacional, la cual fue derogada posteriormente por la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338).

11. La sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama VII).

Esta sentencia se refiere al caso de fomento de inversiones en tierras eriazas que al no ser tituladas podrían ser enajenadas por el Estado. Los demandantes sostenían que en los territorios de las comunidades nativas existían varios casos de falta de titulación, por lo que la disposición de estas tierras afectaba de modo directo su propiedad, de allí que esta medida debía haberse consultado. Fue declarada improcedente porque se señaló que no se trataba de una medida que afectaba directamente.

Es posible afirmar entonces que tenemos un marco normativo interno que reconoce la vigencia del derecho a la consulta previa desde 1995, habiéndose precisado desde setiembre del 2011 un procedimiento cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

IV. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS

Sin lugar a dudas, la obligación estatal de realizar procesos de consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas que afecten de modo directo a los pueblos indígenas irradia también al Congreso de la República. Esta obligación, que se desprende del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Ley 29785 –Ley de Consulta Previa, establece una serie de efectos que deben dilucidarse para el desarrollo de la vía procedimental que permita implementarla.

Uno de esos efectos tiene que ver con la adopción de la vía más adecuada que permita insertar dentro del procedimiento legislativo las distintas etapas de la consulta previa, tal como se ha previsto en la Ley 29785. En este sentido, conforme señala la Defensoría del Pueblo en el Informe N° 001-2014-DP/AMASPPI,¹⁸ elaborado por el Programa de Pueblos Indígenas, se sugiere que la norma que se legisle tome en cuenta el procedimiento

¹⁸ Con fecha 30 de abril del 2014, mediante oficio N° 0188-2014-DP, la Defensoría del Pueblo envió a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República el Informe N° 001-2014-DP/AMASPPI-PPI.

ya vigente, de modo que a nivel estatal existan criterios uniformes sobre la aplicabilidad de este mecanismo.

En tal sentido, se trata de reconocer lo establecido en el artículo 8 de la Ley 29785, que señala siete etapas mínimas que todo proceso de consulta debe considerar:

1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
4. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
7. Decisión.

Por ello, en el caso del Congreso de la República corresponderá dilucidar a sus integrantes cuál es la instancia pertinente que reúne las condiciones de especialidad, de legitimidad y de legalidad para asumir esta función.

V. IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA LEGISLATIVA

En primer lugar, es necesario establecer cuándo un proyecto de ley debe ser sometido a un proceso de consulta previa, ya que ello es uno de los asuntos ineludibles en la configuración del procedimiento legislativo. Al respecto, resulta útil lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 0022-2009-PI/TC cuando señala que pueden distinguirse tres clases de medidas legislativas que pueden ser sometidas o no a consulta previa:¹⁹

1. Normas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria;
2. Normas de alcance general para todos los ciudadanos y ciudadanas que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa no es obligatoria;

¹⁹ TC. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC párrafo 21.

3. Normas de alcance general que tienen en su contenido medidas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Aquí la consulta previa es obligatoria.

A partir de lo cual se desprende que el criterio determinante es el de *Afectación Directa*, que puede ser definida a partir de lo señalado en el artículo 3, literal b), del Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley de Consulta Previa: «Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos».

En segundo lugar, corresponde examinar cuál sería la instancia responsable del Congreso de la República encargada de realizar esta identificación. Al respecto, es claro que esta función tendría que estar a cargo de un ente que tenga el más alto nivel jerárquico y que reúna las características de especialización técnica y de pluralidad, que son elementos necesarios para legitimar las decisiones que allí se adopten.

VI. ¿EN QUÉ MOMENTO DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO SE REALIZA LA CONSULTA PREVIA?

Sostenemos que el establecimiento del momento en el que debe realizarse la consulta previa, como parte del procedimiento de aprobación de una medida legislativa, debe efectuarse en base a consideraciones de legitimidad y de pertinencia, de modo que la medida consultada pueda ser aprobada o desestimada de forma razonable y recogiendo los intereses y necesidades de los pueblos indígenas consultados.

Es por ello que, tomando en cuenta lo propuesto por las diversas iniciativas legislativas presentadas en el último quinquenio, creemos que el momento más adecuado es después de efectuarse la primera votación del dictamen correspondiente (artículo 78 del Reglamento del Congreso). De este modo, la propuesta consultada tendría el respaldo suficiente al haber recibido la aprobación mayoritaria del Pleno del Congreso (legitimidad), mientras que dicho procedimiento de consulta se realizaría en la etapa del procedimiento legislativo más adecuada porque la medida sometida a consulta ya se encuentra en la etapa final del mismo (pertinencia).

Adicionalmente, las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas han manifestado en diversas oportunidades su adhesión a la fórmula que propone establecer el momento para la consulta previa después de realizada la primera votación del dictamen correspondiente, siendo esta manifestación de voluntad decisiva para la adopción de una fórmula normativa.

VII. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS VINCULANTES EN LA CONSULTA PREVIA

De conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785 – Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, el acuerdo obtenido entre la entidad estatal y el pueblo indígena consultado es obligatorio para ambas partes. Se trata de una decisión de la máxima importancia que posibilita el respeto a un diálogo de carácter genuino que por su naturaleza permite arribar a dicha conclusión.

En el caso del Congreso de la República, el asunto a dilucidar es la naturaleza de los acuerdos suscritos por una comisión parlamentaria que luego deberá ser sometido a la votación del Pleno Legislativo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 93 de la Constitución, los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, lo cual podría interpretarse como que no les resultan vinculantes los acuerdos que pudiesen haber adoptado otros parlamentarios como parte del procedimiento de consulta previa.

Frente a ello sostenemos que las prerrogativas establecidas en el citado artículo 93, que buscan asegurar un adecuado desempeño legislativo, tienen que ser consideradas a la luz de lo establecido en otras normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual, ponderándose estas situaciones, debe concluirse que el no estar sujetos a mandato imperativo de los legisladores y la inviolabilidad del voto tiene como límite el respeto a un derecho constitucional, que en este caso, siendo la consulta previa un procedimiento que permite arribar a un acuerdo, el mismo tendría que ser respetado por todos los suscribientes que actúan en representación de los pueblos indígenas por un lado y del Congreso de la República por otro lado. No razonar de este modo llevaría a un despropósito en el sentido de originar una situación irregular mediante el cual los congresistas desconocen un acuerdo vinculante que se origina en una norma legal y en un tratado internacional.

VIII. MEMORIA DEL DEBATE LEGISLATIVO DESARROLLADO EN EL PERIODO LEGISLATIVO 2011-2016 Y LOS DESAFÍOS PENDIENTES

Hemos señalado que en el último periodo parlamentario ha habido diversas iniciativas legales para incorporar el mecanismo de la consulta previa al procedimiento legislativo, sin que se haya podido aprobar la reforma necesaria para estos propósitos. A raíz de ello hasta la fecha no ha sido posible someter una iniciativa legislativa a este mecanismo, con lo cual continúa postergando algunos proyectos de ley importantes, mientras que en otros casos se habría incumplido este deber.

Uno de los casos más significativo que no ha podido ser sometido a la consulta previa es el referido a la *Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia*, la misma que fue dictaminada y aprobada por unanimidad en la Comisión de Pueblos Andinos,

Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología luego de consensuar una propuesta normativa con las organizaciones nacionales indígenas y campesinas del denominado Pacto de Unidad.

Mientras que en el caso concreto de las propuestas para hacer modificaciones en el Reglamento del Congreso que permitiesen incorporar el mecanismo de consulta previa se ha llegado a promover hasta cuatro proyectos de ley:

- El proyecto de resolución legislativa 1183/2011-CD presentado por el grupo parlamentario Acción Popular-Frente Amplio, a iniciativa de la congresista Verónica Mendoza Frisch;
- El Proyecto de Resolución Legislativa 2391/2012-CR presentado por el grupo parlamentario Alianza por el Gran Cambio (PPC), a iniciativa de la congresista María Soledad Pérez Tello;
- El Proyecto de Resolución Legislativa 3088/2013-CR presentado por el grupo parlamentario Nacionalista Gana Perú, a iniciativa del congresista Eduardo Nayap Kinin;
- El Proyecto de Resolución Legislativa 3807/2014-CR presentado por el Grupo Parlamentario Dignidad y Democracia, a iniciativa de la congresista Claudia Faustina Coari Mamani.

Es interesante señalar que ha sido la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) la que llegó a elaborar y aprobar un dictamen que recogió los aspectos más relevantes de las iniciativas mencionadas. Adicionalmente, cabe resaltar que el texto incorporaba las propuestas que las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas propusieron, alcanzándose un consenso mínimo al respecto.

Dicho texto establece seis cambios significativos en la parte correspondiente del Reglamento del Congreso:

1. Por un lado, se determina que cuando una comisión ordinaria dictamine un proyecto de ley que afecte los derechos de los pueblos indígenas, se solicitará opinión a sus organizaciones, dependiendo del alcance de la medida y el ámbito territorial. De este modo se cautela el derecho de participación establecido en el Convenio 169 de la OIT;
2. Se señala que no podrá ser exceptuada del procedimiento legislativo (exoneración de comisiones) cuando se pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas. De modo tal que se asegure un buen debate al interior de las comisiones, evitando la afectación de algún derecho colectivo de los pueblos indígenas;

3. Se establece que cada vez que se presente un proyecto de ley se deberá acompañar, cuando corresponda, un comentario sobre la posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Salvaguardándose de este modo las implicancias directas que puedan haber sobre los colectivos indígenas a través de un análisis que relacione la medida legislativa impulsada con dichos grupos;
4. Se propone que los proyectos de ley que puedan afectar a los pueblos indígenas sean derivados a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos como comisión principal para efectos de elaborar el dictamen. De esta forma se asegura la especialidad de la comisión dictaminadora;
5. Asimismo, se establece el momento del procedimiento legislativo en el que se realizaría la consulta previa, después de la primera votación, delegándose a la CPAAAAE la realización de este procedimiento, debiendo este grupo parlamentario diseñar el plan de consulta con la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas cuyos derechos podrían verse afectados. Con ello la propuesta sometida a consulta tendría la legitimidad necesaria para ser debatida con los pueblos indígenas;
6. De otro lado, se establece que el Pleno del Congreso, en segunda votación, no podrá modificar aquellos aspectos que hayan sido acordados con las organizaciones indígenas de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT. Con lo cual se toma en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0022-2009-PI/TC respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa:« i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y iii) la garantía de los acuerdos arribados en la consulta» [...] (subrayado nuestro).

Finalmente, se establecen disposiciones complementarias para asegurar los recursos presupuestales, el asesoramiento técnico y la conformación de un Comité Consultivo integrado por representantes de las organizaciones indígenas.

Se trató entonces de una propuesta normativa que buscó avanzar en el reconocimiento de la significación política de los pueblos indígenas a través de una modificación legislativa que incorporaba el derecho consulta previa en el Reglamento del Congreso de la Republica.

IX. CONCLUSIONES

Alguna de las explicaciones que diversos académicos brindan para comprender las debilidades de nuestro Estado de derecho tiene que ver con la distancia que las

instituciones estatales mantienen con la ciudadanía, lo que en muchos casos significa brechas enormes para el cumplimiento de derechos y con ello de deterioro de la calidad de la democracia. Precisamente, una de estas falencias ha sido el no reconocimiento estatal de los derechos de los colectivos indígenas ubicados en los distintos lugares de nuestra geografía.

El Congreso de la República no debería ser ajeno a esta problemática y tiene el enorme desafío de estar lo más cercano posible a las necesidades ciudadanas. Pero además, en el caso de población históricamente excluida, se requiere la adopción de medidas que remedien esta situación y establezcan una nueva manera de relacionarse con estos colectivos. Es por eso que la incorporación de una etapa de consulta previa en el procedimiento legislativo es un imperativo necesario que debería buscar atenderse en el próximo periodo legislativo, aprobando las disposiciones que hagan posible que cada vez que se busque aprobar una medida legislativa que pudiese afectar a los pueblos indígenas sea consultado con estos con la mayor buena y con el propósito de arribar a un acuerdo.

Los pasos entonces deberían ir en la línea de recoger el avanzado debate al que se pudo llegar en el pasado periodo parlamentario, teniendo en cuenta que se consensuó un texto con las propias organizaciones indígenas, retomando la discusión y aprobar de una vez por todas una reforma en el Reglamento del Congreso que complete el marco normativo regulatorio de los derechos de los pueblos indígenas. Se requería además adaptar la organización parlamentaria a estos nuevos requerimientos, de manera que cumpla con criterios de especialidad y de razonabilidad.

Creemos que las condiciones existen, faltaría la voluntad para hacerlo, que esperamos pueda materializarse lo más pronto posible.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo

2010 «Emergencia de un derecho constitucional común en materia e pueblos indígenas». En: BOGDANDY, Armin von y otros (ed.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucionales commune en América Latina? Tomo II*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2010 «Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos». Organización de Estados Americanos.

LA ROSA CALLE, Javier

2012 «El Derecho a la Consulta Previa y su implementación en el Perú según las Reglas Legislativas y del Tribunal Constitucional». En: *Revista de la Asociación Derecho y Sociedad* N.º 39. Lima.

OBSERVATORIO CIUDADANO

2014 «El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis Comparado del Derecho Nacional, Internacional y Comparado». Observatorio Ciudadano, Santiago.

PADILLA RUBIANO, Guillermo.

2014 «Los pueblos indígenas y la consulta previa: ¿normativización o emancipación? Una mirada desde Guatemala». En *Revista Colombiana de Sociología*, Bogotá.

PINTO, Vladimir y RIVERO, Ramón

2012 «La Consulta Previa: Desarrollo Normativo Internacional y Comparado y su aplicación en el Perú». Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), Lima.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo

2014 «De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia». Universidad del Rosario, Bogotá.

DOCUMENTOS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Informe Final del Grupo de Trabajo de Implementación de la Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas u Originarios del Congreso de la República,

conformado en la Legislatura 2011-2012 en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION y OXFAM

«El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú». Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC.

GRUPO DE TRABAJOS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

«Análisis Crítico de la Consulta Previa en el Perú». Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima.

MINISTERIO DE CULTURA

«Derecho a la Consulta Previa. Guía Metodológica para la Facilitación de Procesos de Consulta Previa». Ministerio de Cultura.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO-OIT

«Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica – Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT». Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

El proceso de ordenamiento normativo peruano: acciones y propuestas para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico



ROBERTO TARAZONA PALMA¹

Secretario técnico asignado a la Tercera Vicepresidencia del Congreso de la República del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. El problema de la proliferación legislativa en el Perú.- III. El Congreso de la República y la problemática de la proliferación legislativa.- IV. El Poder Ejecutivo y la problemática de la proliferación legislativa.- V. El Manual de Técnica Legislativa.- VI. Actividades a desarrollar para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico.- VII. Propuesta de normas a desarrollar para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico.- VIII. Conclusiones.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios del derecho más importantes para lograr la plena convivencia social y promover las inversiones en un Estado, es el principio de seguridad jurídica. A

¹ Es abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha realizado una maestría en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos en la Universidad Complutense de Madrid y estudios de maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima. Tiene más de 20 años de experiencia en asesoría parlamentaria en despachos congresales y diversas comisiones ordinarias y de investigación en el Congreso de la República del Perú. Es secretario técnico del Departamento de Comisiones del Congreso de la República del Perú al haber ganado una plaza mediante concurso público de méritos. Ha sido jefe del Centro de Investigación, Análisis Temático y Estadística y también jefe del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria. Actualmente, se desempeña como secretario técnico asignado a la Tercera Vicepresidencia del Congreso de la República del Perú y es coautor del libro *Reglamento del Congreso de la República Concordado*.

este respecto, el profesor español Aurelio Menéndez señala que lo que el derecho debe garantizar siempre es la seguridad jurídica; es decir, un sistema normativo que asegure el ámbito de nuestra libre convivencia y nos defienda de la arbitrariedad².

Debido a la intervención estatal en todos los niveles de gobierno, este principio está siendo afectado en mayor o menor intensidad, dependiendo del país que se trate, por un fenómeno conocido como «proliferación legislativa»³ o «contaminación legislativa», entre otros nombres, el cual genera desorden normativo y resta coherencia al sistema jurídico, pero sobre todo dificulta que los ciudadanos y operadores del derecho puedan identificar con facilidad y claridad el marco legal que necesitan con criterio de certeza respecto a su vigencia.

El profesor Antonio Martino indica que la falta de certeza provoca desconfianza de los ciudadanos respecto de la ventaja de la ley para solucionar sus problemas y los motiva hacia otras formas de solución que no excluyen la corrupción y la justicia por mano propia⁴.

El Perú no es ajeno a este problema, tomó conciencia y comenzó a afrontarlo en 1997⁵ al crearse en el Congreso de la República la Comisión de Simplificación Legislativa y Reglamento del Congreso,⁶ cuando ejercía la presidencia de este poder del Estado el destacado jurista Carlos Torres y Torres-Lara.

El presente trabajo describe, por un lado, los esfuerzos que viene realizando el Perú, tanto en el Congreso de la República como el Poder Ejecutivo, desde ese año hasta la actualidad con la finalidad de ordenar su sistema normativo, el cual comprende, hasta el momento, dos grandes etapas de trabajo.

La primera, que a su vez tiene dos líneas de acción, fue: a) establecer los lineamientos normativos para la elaboración, la denominación y la publicación de las leyes con el objeto de sistematizar la legislación a efectos de lograr su unidad y coherencia, lo cual se logró con la dación de la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa; y b) recopilar, registrar y organizar todas las normas con rango de ley en una base de datos denominada «Archivo Digital de la Legislación del Perú», sistema que tiene un acceso informático y de recuperación de información sencillo para toda la ciudadanía y los operadores del Derecho.

² MENENDEZ, Aurelio 2003. *Sobre la proliferación legislativa*. Revista de prensa. Madrid, 18 de noviembre. Consulta 13 de enero de 2015.

³ Según el autor mexicano Sergio J. González, los expertos indican que este fenómeno consiste en una explosión del número de leyes que además muestran baja calidad (eficiencia pobre) y son verdaderas intrusas en el entramado jurídico por su forzada inserción.

⁴ MARTINO, Antonio 1977. *La contaminación legislativa*. Separata del anuario de sociología y psicología jurídica. Barcelona. Consulta 13 de enero de 2015.

⁵ Ello se dio durante la legislatura 1997-1998, que va de agosto de 1997 a julio de 1998.

⁶ Esta comisión en las legislaturas 1997-1998 y 1998-1999 se denominó Comisión de Simplificación Legislativa y Reglamento del Congreso, luego sólo se denominó Comisión de Simplificación Legislativa.

La segunda etapa de este largo proceso tiene que ver con la tarea de eliminación o depuración de las normas, lo cual se viene ejecutando progresivamente con la dación de las leyes 29477, 29563, 29629 y 29744, las cuales han excluido del ordenamiento jurídico vigente hasta el momento 14 403 normas con rango de ley, entre otros motivos, por haber cumplido su objetivo o finalidad o estar derogadas.

Una tercera etapa en este importante proceso, aún no decidido políticamente, y que tendrá que darse luego de culminarse el proceso de depuración de las leyes, tiene que ver con la forma de organizar las normas que se encuentran vigentes. Un buen ejemplo a considerar lo constituye el Digesto Jurídico Argentino⁷.

El presente trabajo de investigación también desarrolla las propuestas de actividades y normas a desarrollar para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico peruano; así, entre las actividades, planteamos: continuar con el proceso de depuración normativa; elaborar el Digesto Jurídico Peruano; crear la Oficina de Evaluación de las Leyes; mejorar el «Archivo Digital de la Legislación del Perú»; crear el Área de Técnica Legislativa en el Departamento de Comisiones; promover los textos consolidados, refundidos y la codificación en materias relevantes; y cumplir con asignar una numeración especial a las leyes orgánicas.

En cuanto a las propuestas normativas, planteamos: autorizar al Ministerio de Justicia para que actualice y publique anualmente las modificaciones a los códigos, leyes orgánicas y leyes tributarias; y modificar el artículo I del Título Preliminar del Código Civil para que sólo se permitan las derogaciones o modificaciones expresas y no las tácitas, pues éstas crean inseguridad jurídica y repercuten en las inversiones.

II. EL PROBLEMA DE LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ

El profesor español José María Corona Ferrero expresaba, en el Primer Congreso de Derecho Parlamentario realizado en Lima el 2005, que en los Estados modernos no hay una sola fuente de elaboración de leyes, sino una diversidad de fuentes que generan leyes con todos los problemas que de ello se derivan, como el tema de la «inflación legislativa». Es decir, no sólo hay muchas fuentes de ley, no solamente hay muchas leyes diferentes, sino también hay muchísimas leyes.

Para graficar la «barbaridad» del problema —según sus palabras—, Corona Ferrero mencionó algunos datos: «En Italia en este momento hay más de doce mil leyes en vigor; en Francia hay más de ocho mil leyes en vigor; en la República Federal hay casi cinco mil leyes en vigor, normas con rango de ley»⁸. En el Perú, en ese momento (año 2005), no

⁷ Este documento se elaboró siguiendo los lineamientos de la Ley 24967 de creación del Digesto Jurídico Argentino, dictado en 1988.

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Primer y segundo congreso de Derecho Parlamentario*. Primera edición. Lima: Congreso de la República, 2012, p. 212.

sabíamos cuántas leyes estaban en vigor, pero sí teníamos la certeza que llegaríamos a la ley número treinta mil, lo que ha sido superado con creces en la actualidad⁹.

Esta situación de degradación del concepto de ley tiene que ver con la propia seguridad jurídica de la ley y su enorme dispersión afecta, indudablemente, el crecimiento económico de los países que padecen este problema¹⁰ e influye en el costo de la justicia y en el cumplimiento de la ley.

Antes de 1997, el Perú padecía este problema de su forma más cruda, debido a la inexistencia de criterios normativos y de una adecuada técnica legislativa; además, no existía comisión congresal que abordara este problema con responsabilidad y paciencia. Lo único que teníamos era el trabajo que venía realizando desde 1994 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuando comienza a producir el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), que fue concebido como un compendio de información legal pero no como un instrumento de sistematización normativa.

Esta grave situación imponía el deber de empezar a corregir el problema y a elaborar leyes de calidad. A partir de ese año surge en el Perú, específicamente en el Congreso de la República, una preocupación importante por abordar el problema que genera la proliferación legislativa y cómo se debe hacer para redactar buenas leyes y cuál la técnica legislativa jurídica aplicable.

III. EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y LA PROBLEMÁTICA DE LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA

Como hemos señalado en la introducción de este trabajo, la primera línea de acción, es decir, establecer los lineamientos normativos para la elaboración, la denominación y la publicación de las leyes con el objeto de sistematizar la legislación a efectos de lograr su unidad y coherencia; y recopilar, registrar y organizar todas las normas con rango de ley en una base de datos informática, fue abordado por el Congreso de la República a través de la participación de diversas comisiones ordinarias y comisiones especiales de ordenamiento legislativo.

La primera fue la Comisión de Simplificación Legislativa y Reglamento del Congreso. Esta comisión fue un grupo especializado de trabajo que nació a comienzos de la legislatura 1997-1998 y funcionó hasta la legislatura 2000-2001¹¹ con el propósito

⁹ La última ley publicada al redactar este artículo, es la Ley 30420, Ley que establece la guía ex antes del resultado fiscal estructural del sector público no financiero para los años fiscales 2017 y 2018.

¹⁰ El profesor Jesús María Corona Ferrero refirió en su exposición, en el Primer Congreso de Derecho Parlamentario celebrado en Lima en el 2005, que la dispersión legislativa afectaba en el ámbito de la Unión Europea, en ese momento, entre 2% y un 4% del crecimiento económico.

¹¹ Esta legislatura terminó en julio de 2001.

de abocarse al estudio de la legislación nacional con el fin de integrarla, reordenarla y propiciar su conocimiento en base a una adecuada sistematización.

Durante sus cuatro de años de funcionamiento realizó importantes aportes en la tarea de ordenamiento jurídico peruano, entre ellos¹²:

- Crear el “Archivo Digital de la Legislación del Perú”¹³, base de datos informática que contiene en imágenes originales la totalidad de normas con rango de ley que han sido emitidas en el Perú o que han regido para él¹⁴.

Se puede acceder a este sistema por Internet y efectuar búsquedas de leyes, decretos leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos y decretos de urgencia señalando el número de la norma, el título de la misma o la fecha de promulgación o publicación.

- Aprobar el dictamen del Proyecto de Ley 3099/1997-CR que dio lugar a la Ley 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa¹⁵, norma que tiene especial importancia debido a que contiene los primeros lineamientos para efectuar la denominación, identificación, estructura y publicación de las normas con rango de ley en el Perú. Esta ley se dio con el objeto de sistematizar la legislación a efectos de lograr su unidad y coherencia para garantizar la estabilidad y la seguridad jurídica en el país.
- Aprobar el dictamen del Proyecto de Ley 323/2000-CR que dio lugar a la Ley 27372, Ley que declara inexistente la numeración correlativa comprendida entre 3085 al 3999 del ordenamiento legal peruano, debido a que existía un vacío en cuanto a la numeración de novecientos quince guarismos que no tenían su correspondiente norma, siendo necesario dar a conocer a los ciudadanos de forma inequívoca que tal numeración no fue utilizada, lo cual contribuyó con la seguridad jurídica en el país.
- Aprobar el dictamen del Proyecto de Ley 890/2000-CR que dio lugar a la Ley 27412, Ley que establece el plazo para que los sectores ministeriales, organismos, entidades e instituciones públicas remitan al Congreso de la República y al

¹² Información obtenida de las memorias de gestión de esta comisión, de las legislaturas 1997-1998, 1998-1999, 1999-2000 y 2000-2001.

¹³ El “Archivo Digital de la Legislación del Perú” está inscrito en la Partida Registral 0048-1999 del Registro de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), a nombre del Congreso de la República del Perú.

¹⁴ Este archivo contienen las 12 constituciones que han regido en el Perú; los tratados bilaterales y multilaterales que han sido suscritos y ratificados por el Perú; las leyes del siglo XX: leyes, decretos leyes, resoluciones legislativas, decretos de urgencia, decretos legislativos, leyes constitucionales; leyes del siglo XIX: leyes, resoluciones y decretos; leyes regionales: leyes y resoluciones legislativas; leyes de indias: ordenanzas, cédulas y cartas.

¹⁵ Esta ley se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 10 de diciembre de 1997.

Ministerio de Justicia, información sobre la normatividad con rango de ley que ha sido derogada en forma tácita. Ello, con la finalidad de identificar las normas que se encuentran derogadas tácitamente o que se encuentran caducas para que la Comisión de Simplificación Legislativa, en ese entonces, continúe con el proceso de sistematizar la legislación y, a su vez, para conocer cuál es la condición de cada norma, es decir, si se encuentran vigentes o derogadas.

- Culminar el proceso de identificación de las normas con rango de ley derogadas expresamente de manera total o parcial. Esta comisión, durante su funcionamiento, logró revisar aproximadamente 27 241 normas, entre leyes, resoluciones legislativas, decretos leyes y decretos legislativos.

Esta tarea de identificación constituyó una etapa importante de la simplificación del ordenamiento legal efectuada a partir del “Archivo Digital de la Legislación del Perú” y permitió iniciar, posteriormente, el proceso de consolidación del espectro normativo peruano.

La segunda comisión fue una especial, denominada Comisión Especial Multipartidaria del Ordenamiento Legislativo (CEMOL). Ésta se constituyó en el 2008, luego de desactivarse la Comisión de Simplificación Legislativa en julio de 2001. Debido a la falta de institucionalización de este proceso, tuvieron que pasar 7 años para que un órgano del Congreso de la República se abocara nuevamente a la tarea de ordenamiento legislativo. Así, en el año 2008, a iniciativa del congresista Santiago Fujimori, se formó primero un Grupo de Trabajo en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República y, al año siguiente, la Comisión Especial Multipartidaria encargada del Ordenamiento Legislativo (CEMOL).

Esta comisión especial es la que elaboró el Proyecto de Ley 3175, en la legislatura 2008-2009, el mismo que fue aprobado por el Pleno del Congreso en sesión del 5 de noviembre de 2008 y que dio origen a la Ley 29477, Ley que inicia el proceso de consolidación del espectro normativo peruano¹⁶.

Esta importante ley señala que no forman parte del ordenamiento jurídico vigente 2790 normas; así, se excluyen del ordenamiento peruano normas con rango de ley que, en su integridad, fueron explícitamente derogadas, declaradas nulas, canceladas, caducas o insubsistentes o declaradas sin efecto o valor legal; o declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. También normas que se encontraban derogadas

¹⁶ La comisión optó por denominar al proceso “consolidación del espectro normativo peruano” en razón que los términos “simplificación” y “sistematización” no cubrían las expectativas del resultado final que se deseaba y también porque no se quería limitar el proceso al ámbito de las normas con rango de ley, sino a toda clase de normas con el propósito de producir una limpieza legal general, en todos los ámbitos. A este respecto, el especialista Manuel Castañeda, refiere que la simplificación apunta a la sencillez, mientras que la sistematización a la organicidad y la consolidación normativa apunta a la reducción e integración de normas, lo cual comprende necesariamente las tareas de simplificación y sistematización, además de la minimización del espectro legal a fin de darle consistencia y solidez.

tácitamente, las que contenían autorizaciones de viajes al exterior otorgadas al presidente de la República, las que contenían autorizaciones para el ingreso de personal militar y/o armamento extranjero al territorio nacional y las que contenía delegaciones de facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversas materias.

Posteriormente, esta comisión especial presentó y logró que se aprueben en el Congreso de la República tres proyectos de ley que han dado origen a las leyes 29563, 29629 y 29744, las cuales continuaron el proceso de consolidación del espectro normativo peruano; excluyendo del ordenamiento jurídico vigente un importante número de normas con rango de ley al haberse cumplido su objetivo o finalidad, cumplido su plazo o prórroga, cumplido la autorización del Congreso o que dispusieron la aprobación o autorización de transferencia de partidas o de saldos o habilitaciones de partidas o que dispusieron la aprobación de créditos suplementarios o extraordinarios, incorporaciones y ampliaciones al presupuesto público. Todas estas leyes han significado que se excluyan, hasta el momento, del ordenamiento jurídico peruano vigente 14 403 normas con rango de ley¹⁷.

En la actualidad viene abordando esta tarea la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo y de Proponer Líneas Matrices para el Logro de una Legislación Simplificada, Sistematizada y Accesible (también conocida como CEMOL).

Esta comisión especial fue creada el 15 de diciembre de 2011 por el Pleno del Congreso de la República, con la finalidad de continuar el trabajo realizado en el periodo parlamentario anterior y con el propósito de institucionalizar el proceso de sistematización iniciado en las legislaturas anteriores.

Para conseguir ello, esta comisión especial ha elaborado tres iniciativas legislativas con la finalidad de seguir con el ordenamiento normativo¹⁸:

- El Proyecto de Ley 1660/2012-CR, que propone modificar la Ley 27412, Ley que establece plazo para que los sectores ministeriales, organismos, entidades e instituciones públicas remitan al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia información sobre la normatividad con rango de ley que ha sido derogada en forma tácita.

Este proyecto tiene actualmente dictamen favorable de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y se encuentra en el Orden del Día del Pleno del Congreso para su discusión y votación desde el 13 de mayo de 2014.

¹⁷ Cifra extraída del Plan de Trabajo de la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo 2012-2013.

¹⁸ Información proporcionada por la doctora Milagros Campos, especialista parlamentaria asignada a la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo y de Proponer Líneas Matrices para el Logro de una Legislación Simplificada, Sistematizada y Accesible.

- El Proyecto de Resolución Legislativa 1661/2012-CR, que propone modificar el Reglamento del Congreso de la República en cuanto a los requisitos de los proyectos de ley y de los dictámenes.

Este proyecto propone, entre otros aspectos, que los proyectos de ley y los dictámenes incluyan una referencia al estudio de los antecedentes legislativos de la iniciativa y la precisión de las normas cuya derogación o modificación se propone, no admitiéndose cláusulas derogatorias generales ni tácitas. Asimismo, que las proposiciones de ley y de resolución legislativa deben ceñirse obligatoriamente a lo estipulado en el Manual de Técnica Legislativa aprobado por acuerdo de Mesa Directiva del Congreso. El proyecto se encuentra en estudio en la Comisión de Constitución y Reglamento desde el 8 de noviembre de 2012.

- El Proyecto de Ley 2359/2012-CR, que continúa el proceso de consolidación del espectro normativo peruano y pretende excluir 823 normas del ordenamiento jurídico. Este proyecto se encuentra en estudio en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos desde el 4 de julio de 2013.

Un aspecto que llama la atención es que estos tres proyectos de ley datan del periodo anual de sesiones 2011-2012, los que, a pesar del tiempo transcurrido, no han merecido pronunciamiento alguno por el Pleno del Congreso, lo cual es un indicador que el proceso de ordenamiento normativo en el Congreso de la República ha perdido fuerza.

IV. EL PODER EJECUTIVO Y LA PROBLEMÁTICA DE LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA

Siguiendo con la primera línea de acción descrita en la introducción de este trabajo; es decir, establecer los lineamientos normativos para la elaboración, la denominación y la publicación de las leyes con el objeto de sistematizar la legislación a efectos de lograr su unidad y coherencia; y, recopilar, registrar y organizar todas las normas con rango de ley en una base de datos informática, podemos decir que el Poder Ejecutivo también brindó un importante aporte a este propósito y mostro su compromiso al:

- Emitir el Decreto Supremo 08-2006-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa. Aunque este reglamento se emitió 8 años después de publicada esta ley, lo importante es que el Poder Ejecutivo entendió que la mejora de la calidad normativa contribuye con el principio de seguridad jurídica y, por ello, consideró pertinente reglamentar las disposiciones de la Ley 26889, para su aplicación por las entidades del Poder Ejecutivo, sin menoscabo de las atribuciones del Congreso de la República, en la elaboración de anteproyectos de leyes, proyectos de decretos legislativos y

decretos de urgencia, y en todo lo que sea aplicable, en los proyectos de decretos supremos, normas reglamentarias y actos administrativos.

La emisión de este reglamento tuvo como finalidad establecer los lineamientos de técnica normativa orientados a la homogenización de los textos de las disposiciones normativas, contribuyendo a la mejora de su calidad y a la seguridad jurídica. Así, en este instrumento se desarrollan cuestiones relativas a la estructura normativa de los anteproyectos de ley y los proyectos de decretos legislativos y de decreto de urgencia; respecto del título y la denominación oficial; respecto al contenido y finalidad de la parte expositiva (estructura, división del articulado, redacción y división de los artículos) y respecto de las disposiciones complementarias finales, transitorias, modificatorias y derogatorias.

- Elaborar el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), plataforma informática (se accede a través de medios electrónicos) elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en cumplimiento de su función de sistematizar la legislación e información jurídica de carácter general y promover su estudio y difusión conforme lo señala el literal j) del artículo artículo 7 de la Ley 29809, Ley de Organización y Funciones del Sector Justicia y Derechos Humanos.

Este sistema contiene la legislación nacional vigente y derogada en textos completos concordados y actualizados, así como información jurídica complementaria. En esta plataforma informática se puede encontrar la Constitución Política del Perú de 1979 y 1993, 12 códigos (civil, penal, procesal civil, etc.), las leyes orgánicas, compendio de legislación por materias, legislación general y particular (poderes del Estado, organismos autónomos, gobiernos regionales y locales, etc.), textos únicos de procedimientos administrativos, jurisprudencia judicial y administrativa y directorios de asesorías jurídicas.

El SPIJ cuenta con potentes herramientas de búsqueda y recuperación de información, que permite un acceso fácil y fluido a la legislación a través de palabras, frases, número de norma, tipo de norma, por materia, por sectores, por fecha de publicación, a nivel de sumillas, por órgano emisor, etc. Asimismo, permite imprimir todos los textos, formatos, anexos y gráficos contenidos en el sistema, así como copiarlos a un procesador de textos.

- Emitir la “Guía Técnica Legislativa para Elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo”¹⁹, la cual tiene como finalidad uniformizar criterios formales que deben cumplir las iniciativas legislativa promovidas por este poder del Estado, tomando como referencia la Ley 26889, Ley marco

¹⁹ Este manual se aprobó mediante Resolución Directoral 003-2013-JUS/DGDOJ, de fecha 28 de noviembre de 2013.

para la producción y sistematización legislativa y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 008-2006-JUS; así como el Manual de Técnica Legislativa, aprobado por el Congreso de la República mediante Acuerdo de Mesa Directiva 242-2012-2013/MESA-CR²⁰.

Si bien es cierto esta guía tiene un propósito orientador para los funcionarios de las entidades que forman parte de la Administración Pública encargados de la elaboración de proyectos normativos, ello resulta significativo por cuanto el Poder Ejecutivo, al igual que el Congreso de la República, es el otro gran productor de leyes y de normas de menor jerarquía. Así, se contribuirá al ordenamiento normativo y a mejorar la calidad de las leyes, toda vez que, por ejemplo, las iniciativas legislativas que presenta el presidente de la República, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, contienen, en un número importante, omisiones y errores de técnica legislativa debido a la falta de un criterio orientador uniforme.

Con la guía, estos proyectos de ley tendrán que observar necesariamente la estructura y reglas de la fórmula normativa; las reglas sobre el correcto uso del lenguaje normativo; asimismo, estas iniciativas legislativas deberán fundamentar adecuadamente la propuesta de ley (la exposición de motivos deberá estar sustentada constitucional y legalmente y tener un análisis costo beneficio, así como un análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación).

Dos aspectos que resultan interesantes resaltar, es el hecho de que esta guía señala que la derogación total o parcial debe ser expresa y hecha con toda precisión y de preferencia, no debería utilizarse la derogación genérica indeterminada; asimismo, contiene una lista de verificación para los funcionarios públicos, de tal forma que éstos puedan chequear el cumplimiento de las reglas de técnica legislativa en base a un cuestionario, en el sentido si la propuesta normativa supera las preguntas en relación con la necesidad y viabilidad de su dación respecto a la redacción de la fórmula legal y a su fundamentación.

Esto último es muy parecido a lo que sucede en el derecho germánico, donde la redacción de la propuesta legislativa corresponde a cada ministerio pero bajo pautas, directrices y *checklisten*. De igual forma, la Comunidad Europea cuenta actualmente con una guía práctica para la redacción de normas internas o comunitarias.

Lo deseable sería que la Presidencia del Consejo de Ministros, como ente coordinador del trabajo ministerial, se encargue de la verificación del cumplimiento de esta guía con la finalidad de asegurar la aplicación uniforme

²⁰ El anterior *Manual de Técnica Legislativa* fue aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 095-2010-2011/MESA-CR del 7 de diciembre de 2010.

del ordenamiento jurídico nacional. Ello daría eficacia a esta regulación, ya que el Perú no tiene un sistema concentrado de producción o de orientación en cuanto a la técnica normativa. De lograrse esto, la Presidencia del Consejo de Ministros sería el coordinador de la acción legislativa del Poder Ejecutivo, como se tiene en diversos países de Europa, independientemente de la forma de gobierno que se tiene nuestro país.

Lo que sucede hoy es que cada ministerio pone en marcha su proceso legislativo, y si bien es cierto hay una coordinación en el Consejo de Ministros, son acciones individuales propias de cada sector, mas no de un órgano que vea por la coherencia de la legislación y por la postura del Poder Ejecutivo en su conjunto.

V. EL MANUAL DE TÉCNICA LEGISLATIVA

La preocupación concurrente al ordenamiento normativo en nuestro país tenía que pasar por preguntarse —como hemos señalado en la introducción— cómo se debe hacer para redactar buenas leyes y cuál debe ser la técnica legislativa aplicable.

La Oficialía Mayor del Congreso de la República consiguió, con la ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), que los secretarios técnicos y algunos especialistas parlamentarios del Departamento de Comisiones realizarán una pasantía al Congreso de los Diputados de España el 2009, con la finalidad de que fueran entrenados específicamente sobre la forma de aplicar los principios y reglas de técnica legislativa.

Producto de este viaje y de las constantes acciones de capacitación interna que se venían realizando años atrás en el Congreso de la República, surgió el compromiso de estos funcionarios de redactar, en base a nuestra propia experiencia, un Manual de Técnica Legislativa; así, se formaron varios grupos de trabajos y se logró elaborar, tomando como referencia directrices o manuales de técnica legislativa de otras legislaciones, un proyecto que fue sometido a diversas consultas de expertos y discusiones en diversos eventos. De esta forma, el primer Manual de Técnica Legislativa fue aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 095-2010-2011-CR del 7 de diciembre de 2010.

La publicación de este manual constituyó un hito importante en el Perú y en el Congreso de la República en particular, ya que por primera vez se contaba con un instrumento que establecía estándares uniformes en la elaboración de la ley a nivel de detalle, lo cual incidiría en la calidad de la misma. La utilidad práctica de este instrumento no sólo serviría para el Parlamento sino también para los otros poderes del Estado, así como para los otros niveles de gobierno.

Además, este instrumento se distinguió de los de la región, en su aspiración de establecer reglas vinculantes; es decir, de obligatorio cumplimiento. De lo contrario pasaría a

convertirse en un documento con buenas intenciones, válidos para unos e innecesario para otros²¹. De igual forma, estableció un sistema de redacción, la excepcionalidad de los reglamentos, la estructura del dictamen y del proyecto de ley, la secuencia de pasos que debe seguir un proyecto de ley, la uniformización del uso del tiempo verbal, la proscripción de las derogaciones tácitas, la prohibición de modificar leyes modificatorias, entre otros aspectos. Es decir, se tuvo en cuenta que la técnica legislativa ya no sólo se ocupa de la redacción de la ley, sino también de la calidad y eficacia, y de la formación y puesta en vigencia, al mismo tiempo que busca preservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico²².

La versión corregida de este manual se dio en el 2013 y se aprobó a través del Acuerdo de Mesa Directiva 242-2012-2013/MESA-CR²³, luego de evaluarse el anterior por casi 3 años. La nueva versión incluye como novedad el Manual de Redacción Parlamentaria, que contiene las reglas de redacción cuyo uso es más frecuente en la construcción de los textos legales y demás documentos parlamentarios²⁴(como uso de las letras mayúsculas y minúsculas, signos ortográficos, los numerales y las abreviaciones gráficas), siguiendo, claro está, las reglas de ortografía de la lengua española (2010) de la Real Academia Española.

El nuevo manual contiene 9 partes; la primera, se refiere a aspectos generales como la naturaleza, finalidad, alcance, vigencia, objetivos y destinatarios del manual, así como al lenguaje de la ley; la segunda, a los requisitos del texto de la ley, abarcando su homogeneidad, completitud, unidad, coherencia e imparcialidad; la tercera, a las características del texto de la ley, identificando la claridad y sencillez, y la concisión y precisión; la cuarta, a las reglas para la elaboración del texto de la ley, abarcando el orden lógico, estructura, referencias y la organización sistemática, así como aspectos puntuales del articulado; la quinta, desarrolla la ley modificatoria, definiéndola y estableciendo los requisitos de cada tipo de ley modificatoria, las características de su título, contenido y división; la sexta, a la necesidad y viabilidad de la ley; la séptima, al proyecto de ley, estableciendo su estructura y requisitos de redacción; la octava, al dictamen, estableciendo su estructura y requisitos de redacción; y, la novena, a la inserción de la ley en el ordenamiento jurídico, abordándose la autógrafa de ley, la promulgación y publicación, estableciendo su estructura y pautas de elaboración²⁵.

En resumen, el Manual de Técnica Legislativa y el Manual de Redacción Parlamentaria aprobados por el Congreso de la República tienen el propósito que las leyes sean

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA 2011. *Manual de Técnica Legislativa*. Primera edición. Lima: Congreso de la República, 2011, p.15.

²² Ibidem.

²³ Este acuerdo fue adoptado el 12 de abril de 2013.

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Manual de Técnica Legislativa*. Segunda edición. Lima: Congreso de la República, 2013, p.17.

²⁵ Ibidem.

claras y de mejor calidad y sean lo más cercano y entendibles para la ciudadanía y los inversionistas, contribuyendo de esta forma a preservar el principio de seguridad jurídica en el país.

Dicho esto, conviene señalar que la loable finalidad de estos instrumentos no resolverán los problemas que aún presenta la legislación peruana en materia de ordenamiento normativo si no van acompañados de otras actividades y acciones legislativas aún pendientes de ejecutar, algunas de las cuales se describen en las páginas siguientes de este documento, todas ellas orientadas a mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico peruano.

VI. ACTIVIDADES A DESARROLLAR PARA MEJORAR LA CALIDAD DE LAS LEYES Y LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Habiéndose expuesto de manera general los principales avances del proceso de ordenamiento normativo en el Perú, consideramos necesario llevar a cabo otras acciones institucionales en el Congreso de la República para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico, entre la cuales podemos mencionar:

- **Continuar con el proceso de depuración normativa.** Esta tarea debe seguir siendo abordada por la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo y de Proponer las Líneas Matrices para el Logro de una Legislación Simplificada, Sistematizada y Accesible, la cual fue creada el 15 de diciembre de 2011 por el Pleno del Congreso de la República.

El Pleno del Congreso de la República encargó a esta comisión especial continuar con el trabajo iniciado en el periodo legislativo 2009-2011 por la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo (CEMOL). Esta comisión especial tiene pendiente tramitar un quinto listado con 2 244 normas con rango de ley que deberían ser expulsadas del ordenamiento jurídico nacional al haberse cumplido su finalidad o plazo, que dispusieron la creación de comisiones para diversos fines y de carácter presupuestal que cumplieron su objetivo²⁶.

La tarea de ordenamiento normativo también tiene que ver con la identificación y expulsión del ordenamiento jurídico vigente de las normas que hayan sido derogadas de manera tácita y que hayan cumplido sus efectos, mediante la implementación de una metodología de trabajo avalada por entidades especializadas en la materia. Ayudaría mucho en este propósito si se logra hacer ley el Proyecto de Ley 1660/2012-CR, que propone modificar la Ley 27412,

²⁶ Plan de Trabajo de la Comisión Especial Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo 2012-2013.

Ley que establece el plazo para que los sectores ministeriales, organismos, entidades e instituciones públicas remitan al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia información sobre la normatividad con rango de ley que ha sido derogada en forma tácita, el cual se encuentra en la agenda del Pleno del Congreso con dictamen favorable de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

- **Elaborar el Digesto²⁷ Jurídico Peruano.** Luego de culminarse el proceso de depuración de normas con rango de ley que hemos señalado, la tercera gran etapa del ordenamiento normativo peruano debería consistir en concentrar toda la legislación vigente en un solo cuerpo normativo, pero dividido por materias, con la finalidad de ganar coherencia, como lo hizo Argentina en el 2005²⁸, donde llegó a consolidar un total de 3 144 leyes en vigor²⁹, previa identificación y clasificación (sistematizarlas) de acuerdo a su naturaleza y materia³⁰.

Antonio Martino coincide con esta apreciación al recomendar que sería muy útil —para el caso peruano— hacer una revisión general de consolidación, lo que generaría un verdadero digesto y establecer en él sólo las leyes que se encuentran vigentes, dividiéndolas por materias o ramas del derecho. De igual forma, recomienda elaborar un registro histórico que contenga las leyes que fueron derogadas o expulsadas del ordenamiento jurídico vigente —pues afirma— que en materia jurídica el tiempo puede ser un elemento importante para determinar derechos y obligaciones según leyes vigentes en el momento³¹.

En cuanto a esto último, la recomendación de Martino estaría cumpliéndose con el “Archivo Digital de la Legislación del Perú”, ya que este sistema viene registrando las normas que han sido derogadas y las que han sido expulsadas del ordenamiento jurídico vigente.

- **Crear la Oficina de Evaluación de las Leyes.** Un aspecto que no se practica en el Perú³², y que parece olvidado en los parlamentos de Iberoamérica, es el

²⁷ Este nombre es en honor a la obra ciclópea de Justiniano, quien reordenó toda la serie de pareceres en una obra llamada Digesto.

²⁸ Argentina culminó este colosal trabajo dividiéndolo en 26 materias, para ello se siguió los lineamientos contenidos en la Ley 24967, de creación del Digesto Jurídico Argentino dictada en 1988.

²⁹ Cifra extraída del artículo «Simplificación y consolidación legislativa. El caso peruano», escrito por Antonio A. Martino.

³⁰ MARTINO, Antonio. *El Digesto Jurídico Argentino: Una obra jurídica monumental*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2005, pp.321-328.

³¹ MARTINO, Antonio. 2013. *Simplificación y consolidación legislativa. El caso peruano*. Consulta: 30 de diciembre de 2014.

³² Según el libro *La evaluación institucional de la ley en el Perú*, en el 2014, el Congreso de la República del Perú ha suscrito convenios con las universidades: Católica Santa María (Arequipa), César Vallejo y Antenor Orrego (La Libertad) y la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), con la finalidad de que estas universidades privadas asuman la obligación de evaluar los efectos de la Ley 27506, Ley del canon minero; de la Ley 27783,

referido a la evaluación de las leyes, debido a que no existe un órgano en el Congreso de la República ni en el Poder Ejecutivo que se encargue en estricto de esta importante tarea que, dicho sea de paso, permitiría cerrar el círculo legislativo con un análisis *ex post*, que determine si las normas aprobadas han cumplido los objetivos que motivaron su dación; es decir, si fue una norma eficaz.

El Parlamento peruano debería preocuparse por evaluar la eficacia de las normas que aprueba y no dejar que otras instituciones, públicas o privadas, aborden esta tarea, ya que la misma debería formar parte —a nuestro juicio— del proceso legislativo. La doctrina presenta una diversidad de propuestas y variantes respecto al órgano que debería hacer la evaluación de las leyes; sin embargo, consideramos que éste debería ser creado al interior del Parlamento peruano y, de ser posible, a través de una ley, con la finalidad de otorgarle mayor independencia y autonomía a su trabajo y, además, para establecer la obligación legal para que las instituciones públicas le proporcionen información con la finalidad de que pueda realizar sus investigaciones.

Este órgano, al interior del Congreso de la República, evaluaría las leyes desde una perspectiva multidisciplinaria, donde no sólo intervendrían abogados sino también economistas, sociólogos y otros profesionales, de tal forma que se observe las deficiencias o aciertos del diseño normativo bajo evaluación desde diversas ópticas y se recomiende las correcciones respectivas de ser el caso, lo cual ayudaría considerablemente a conseguir leyes de calidad.

Son pocos países donde la evaluación de las leyes está institucionalizado, siendo los Estados Unidos uno de ellos. En este país, toda la Administración Pública lo práctica y en la Cámara de Representantes existe una oficina de evaluación dentro de la Oficina de Intervención y Control del Congreso, donde 500 personas se dedican exclusivamente a la evaluación legislativa, pero además las diferentes comisiones tienen una importante asignación de funciones en torno a esta tarea³³.

En la Unión Europea, por su parte, existe la obligación de que toda propuesta legislativa tenga un proceso de evaluación *ex post* realizada por las comisiones. Con independencia de ello, todos los proyectos de ley tienen que tener una evaluación *ex ante*; es decir, en la Unión hay una positiva concepción en el sentido de que la evaluación anterior y la posterior tienen que ser complementaria, ya que forman parte de un proceso único.

Ley de bases de la descentralización; y de la Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información Pública, respectivamente. Los resultados de estas evaluaciones están pendientes de conocerse.

³³ Cf. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Primer y segundo congreso de Derecho Parlamentario*. Primera edición. Lima: Congreso de la República, 2012, p. 222.

La Unión Europea no tiene una oficina exclusiva para la evaluación legislativa sino que asigna la competencia evaluatoria a todas sus direcciones, existiendo una supervisión de la Dirección General de Presupuesto de la Unión, pero en conjunto hay una dispersión de la función evaluatoria³⁴.

- **Crear la Oficina de Iniciativas legislativas.** Esta oficina se tendría que crear al interior de la estructura orgánica del Servicio Parlamentario y tendría como misión apoyar y asesorar a los parlamentarios en la forma correcta de elaborar y redactar una iniciativa legislativa, lo cual incidiría en mejora de la calidad de las leyes.

La idea no es nueva, pues antes de 1992, cuando el Parlamento peruano se componía de dos cámaras, existía una oficina con idéntico propósito, conformada por profesionales del Servicio Parlamentario, que tuvo excelentes resultados en la tarea de mejorar la calidad legislativa; lamentablemente, con la instalación del actual Parlamento unicameral, a partir de 1993, no se retomó la posibilidad de reabrir esta oficina.

Considero que su reapertura sería importante para mejorar la calidad de la ley y, de paso, ganar coherencia en el ordenamiento legislativo, por cuanto las iniciativas legislativa que en su mayoría presentan los parlamentarios contienen, entre otros, gruesos errores de consistencia jurídica y de técnica legislativa, debido a la falta de un asesoramiento adecuado y a la enorme presión que ejercen sobre ellos diversos sectores de la sociedad que hacen que se conviertan, a decir de Francisco Laporta, en legisladores reactivos.

- **Mejorar el “Archivo Digital de la Legislación del Perú”.** La importancia estratégica del archivo digital en la tarea de ordenamiento normativo radica en que contiene el inventario de todas las leyes dictadas para el Perú y su acceso y recuperación es casi inmediato. Esto ha sido el primer paso para conocer lo que tenemos como legislación y, a partir de ello, realizar el proceso de depuración que hemos explicado líneas arriba, con relativo éxito.

Sin embargo, resulta necesario que esta plataforma informática siga perfeccionándose y pueda uniformizar los términos en cada una de las disciplinas jurídicas de las normas que contiene o mejorar la clasificación de términos jurídicos que conforman la base de datos con la finalidad de agilizar la búsqueda y recuperación de la información legislativa, no sólo de la norma vigente sino también de la derogada.

³⁴ Ídem, p. 243.

De igual forma, es de destacar que el Archivo Digital de la Legislación del Perú, que administra el Área de Servicios Documentales y de Información del Departamento de Investigación y Documentación (DIDP), viene incorporando progresivamente una ficha técnica de la ley (donde se describe los datos más relevantes de la norma, que además se hace en un lenguaje inclusivo para las personas con discapacidad visual y auditiva, y para los quechuahablantes en audio), indexando el texto de las leyes con otras normas que cita, vinculando las leyes con sus modificatorias y derogaciones, exhibiendo en video el debate de la norma en el Pleno del Congreso y, sobre todo, publicitando los instrumentos procesales que componen el expediente de la ley³⁵ aprobada, entre otros aspectos de importancia.

Antonio Martino está convencido —y nosotros también— de que la informática legislativa es un medio eficaz para combatir no sólo los efectos de la proliferación legislativa³⁶, sino también puede servir de base para lograr mucho más, ya que una vez almacenada la información relativa a toda la legislación de un país, no sólo será factible la recuperación de la información, sino que, si se dan los criterios teóricos indispensables, puede armarse otro programa destinado a rastrear las contradicciones, redundancias y lagunas dentro de un ordenamiento jurídico o parte de él. Esto nos permitiría, igualmente, afrontar con mayor certeza la tarea de lograr una mayor coherencia jurídica. Si a ello agregáramos —apunta este autor— la redacción normalizada de textos legislativos futuros, se haría bastante más simple la búsqueda dentro de un ordenamiento jurídico³⁷.

- **Crear el Área de Técnica Legislativa.** El Departamento de Comisiones del Congreso cuenta, actualmente, con un reducido grupo de profesionales (abogados y lingüistas) que tienen la tarea de revisar (si se lo piden) si las reglas y principios de técnica legislativa contenidos en el Manual de Técnica Legislativa han sido aplicados a los textos legislativos que los parlamentarios discuten en las comisiones ordinarias y en el Pleno del Congreso; sin embargo, no existe formalmente en el organigrama del Congreso de la República una oficina que se encargue de esta tarea.

Debido a la necesidad de mejorar la calidad de la ley y procurar la coherencia del ordenamiento legislativo, la actual Mesa Directiva del Congreso —con acertado criterio— viene analizando la posibilidad de crear el Área de Técnica

³⁵ Los procesos de elaboración del Expediente de Ley que administra esta área del DIDP ha obtenido en octubre de 2015 una Certificación ISO 9001-2008.

³⁶ Este autor usa la expresión “contaminación legislativa” para referirse al fenómeno de la “proliferación legislativa”.

³⁷ MARTINO, Antonio 1977. *La contaminación legislativa*. Separata del Anuario 1977 Sociología y Psicología Jurídica. Barcelona. Consulta 13 de enero de 2015.

Legislativa en el Departamento de Comisiones³⁸. Si esto se confirma, estaríamos formalizando el paso final de control calidad de las futuras leyes antes de su discusión en las comisiones ordinarias y en el Pleno del Congreso de la República.

- **Promover los textos consolidados, únicos ordenados y la codificación.** Esta actividad está referida a la simplificación legislativa, como dice Antonio Martino, y debe estar orientada a reducir la confusión normativa en aras de la seguridad jurídica que producen las leyes modificatorias.

Por ello, es recomendable que el Congreso de la República autorice la publicación de textos consolidados de las normas modificadas y analice la conveniencia de autorizar al Gobierno a dictar textos únicos ordenados que reconduzcan a la unidad de la legislación sobre determinadas materias y recurrir, finalmente, a la codificación para materias relevantes, como una forma de obtener la simplificación de la legislación. Un ejemplo positivo de esto último lo constituye el Código del Consumidor (se dictó en el 2010). Así, la tarea codificadora parece presentarse como la fórmula más atractiva y la más eficaz de la que puede y debe hacer uso el Congreso de la República.

A este respecto, el profesor español Aurelio Menéndez nos dice que parece necesaria una voluntad renovadora que valore los ensayos que se vienen haciendo en otros países, como sucede, por citar algún ejemplo, con las “especiales técnicas de codificación sistemática” en los Estados Unidos o con la llamada “segunda codificación” francesa, para asegurar la certeza del derecho y facilitar el conocimiento de las normas³⁹.

- **Cumplir con asignar una numeración especial a las leyes orgánicas.** El Congreso de la República debe cumplir con el artículo 4 de la Ley 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa, el cual señala que las leyes orgánicas tendrán una numeración especial a partir de la vigencia de esta norma.
- Resulta inaceptable que el Congreso de la República, transcurrido 19 años desde la vigencia de esta ley, no cumpla con una disposición emanada de su propio seno, a pesar de las recomendaciones y exhortaciones que el Tribunal Constitucional ha realizado en varias oportunidades en este sentido, con la finalidad de que este poder del Estado cumpla con la ley y asigne una numeración especial a las leyes orgánicas, lo cual ayudaría, igualmente, en la tarea de ordenamiento normativo.

³⁸ Mediante Acuerdo de Mesa 109-2015-2016/MESA-CR, de fecha 17 de noviembre de 2015, se declaró como proyecto estratégico la creación de las áreas de Comisiones Ordinarias, de Control Político y de Técnica Legislativa en el Departamento de Comisiones.

³⁹ MENÉNDEZ, Aurelio 2003. *Sobre la proliferación legislativa*. Revista de prensa. Madrid, 18 de noviembre. Consulta 13 de enero de 2015.

VII. PROPUESTA DE NORMAS A DESARROLLAR PARA MEJORAR LA CALIDAD DE LAS LEYES Y LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con relación a las propuestas de normas a desarrollar para mejorar la calidad de las leyes y la coherencia del ordenamiento jurídico, mencionamos las siguientes propuestas:

- **Modificar el artículo I del Título Preliminar del Código Civil**

Este artículo señala que la ley se deroga sólo por otra ley y que la derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece que la ley se deroga sólo por otra ley y que también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Del análisis del artículo I del Título Preliminar del Código Civil se infiere que el mismo contiene limitaciones, dado que la ley también puede ser derogada o modificada por otras normas de igual rango pero de distinta denominación y formulación, como un decreto legislativo o por una norma de mayor jerarquía, como la Constitución, o dejada sin efecto en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad.

Asimismo, estos artículos han omitido brindar regulación a la modificación de las normas legales, sean estas expresas o tácitas. Sin embargo, dadas las diferentes interpretaciones e implicancias jurídicas que reviste el tema de las derogaciones o modificaciones tácitas, sería importante modificar este artículo I para que sólo se permitan las derogaciones o modificaciones expresas y no las tácitas, pues éstas crean inseguridad jurídica y repercuten en las inversiones.

Al respecto, Piedad García-Escudero afirma que el más importante de los aspectos vinculados a la inserción de la ley y el que genera mayor preocupación para la técnica legislativa lo constituye, sin lugar a dudas, la derogación y modificación de otras leyes, debido a que la entrada en vigor de una ley implica, con frecuencia, la derogación total o parcial, o la modificación de otras leyes.

Pese a este hecho —afirma la autora— no ha sido interés del legislador preocuparse por especificar con claridad qué normas quedaban derogadas con la aprobación de una nueva y sólo ha recurrido a usar las cláusulas derogatorias genéricas, las cuales generan incertidumbre a los ciudadanos. Igual o mayor preocupación es lo que genera las leyes modificatorias de otras leyes por cuanto son las que hacen que el ordenamiento jurídico se complique irracionalmente,

por ello, es recomendable modificar leyes sólo de manera expresa o guardar la homogeneidad en el contenido de la ley⁴⁰.

En la actualidad, no habría problema alguno para legislar por la exclusividad de las derogaciones o modificaciones expresas en razón de que nuestro país cuenta con el “Archivo Digital de la Legislación del Perú”, plataforma informática que contiene todas las normas con rango de ley que han regido y rigen para el país, además de otros sistemas de información jurídica.

- **Autorizar al Ministerio de Justicia para que actualice y publique anualmente las modificaciones a los códigos, leyes orgánicas y leyes tributarias**

Dentro de la jerarquía normativa, es indudable que los códigos (civil, procesal civil, penal, procesal penal, tributario, etc.), las leyes orgánicas (como la del Poder Judicial) y las leyes tributarias (como la del Impuesto a la Renta o del Impuesto General a las Ventas) ocupan un lugar de mayor importancia por la naturaleza de la materia que regulan y porque son consultados frecuentemente por los ciudadanos, los operadores del derecho y los agentes económicos. De igual forma, estas normas son las que tienen un mayor número de modificaciones en periodos muy cortos de tiempo debido a los constantes cambios sociales, políticos y económicos.

A pesar de que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene como función sistematizar y difundir la legislación, de conformidad con la Ley 29809, Ley de Organización y Funciones del Sector Justicia y Derechos Humanos, este ministerio se encuentra abocado a otras tareas como la de compilación de la toda la legislación peruana, lo cual le fue encargado a través de la Ley 26633; no siendo su prioridad actualizar y publicar anualmente las modificaciones a los códigos, leyes orgánicas y leyes tributarias si no hay una norma que así lo establezca específicamente. Por ello, el Congreso de la República debería legislar en este sentido.

Si se actualizara y publicara de manera periódica y oficial las normas señaladas, se incidirá favorablemente en la seguridad jurídica del país y los ciudadanos, operadores del derecho y agentes económicos tendrán confianza en su ordenamiento jurídico, lo cual no sucede en la actualidad.

⁴⁰ GARCÍA-ESCUADERO, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Civitas. p. 133.

VIII. CONCLUSIONES

1. El proceso de ordenamiento normativo en el Perú ha tenido logros importantes como la dación de la Ley 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa; la recopilación, registro y organización de las normas con rango de ley en el “Archivo Digital de la Legislación del Perú” y la exclusión del ordenamiento jurídico vigente de 14 403 normas con rango de ley.
2. El Congreso de la República debería institucionalizar el proceso de ordenamiento normativo peruano, constituyendo una comisión especial u ordinaria para todo el periodo parlamentario (5 años) con la finalidad de que continúe, sin dilaciones, la consolidación del espectro normativo peruano, entre otras acciones.
3. El Poder Ejecutivo ha contribuido de manera significativa al proceso de ordenamiento normativo peruano, al emitir el Decreto Supremo 08-2006-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley 26889, Ley marco para la producción y sistematización legislativa; al implementar el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ); y al emitir la Guía técnica legislativa para la elaboración de proyectos normativos de las entidades del Poder Ejecutivo.
4. La elaboración y aprobación del Manual de Técnica Legislativa constituyó un hito importante en el Perú y en el Congreso de la República en particular, ya que por primera vez se cuenta con un instrumento que establece estándares uniformes en la elaboración de la ley, lo cual incide en la calidad de la misma. Asimismo, este instrumento sirve de utilidad práctica no sólo para el Parlamento sino también para los otros poderes del Estado, así como para otros niveles de gobierno.
5. El Poder Ejecutivo debería tener una oficina dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros que se encargue de centralizar la producción de las iniciativas legislativas que se presentan al Parlamento con la finalidad de darle coherencia en la aplicación de las reglas y principios de la técnica legislativa, más aún cuando ha emitido una guía de técnica legislativa para la elaboración de proyectos normativos.
6. El ordenamiento normativo en el país debería seguir las acciones siguientes: continuar con el proceso de depuración normativa, elaborar el Digesto Jurídico Peruano, crear la Oficina de Evaluación de las Leyes, mejorar el “Archivo Digital de la Legislación del Perú”, crear el Área de Técnica Legislativa en el Departamento de Comisiones, promover los textos consolidados, únicos ordenados y la codificación en materias relevantes y cumplir con asignar una numeración especial a las leyes orgánicas.

7. El Congreso de la Republica debería autorizar por ley al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que actualice y publique anualmente las modificaciones a los códigos, leyes orgánicas y leyes tributarias, con la finalidad de obtener mayor seguridad jurídica; y, asimismo, modificar el artículo I del Título Preliminar del Código Civil para que sólo se permitan las derogaciones o modificaciones expresas y no las tácitas, pues éstas crean inseguridad jurídica y repercuten en las inversiones.

BIBLIOGRAFÍA

CASTAÑEDA, Manuel

2010 *El proceso de consolidación del espectro normativo peruano*. Portal del Congreso de la República. Consulta: 29 de diciembre de 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2011 *Manual de Técnica Legislativa*. Primera edición. Lima: Congreso de la República.

2012 *Primer y segundo congreso de Derecho Parlamentario*. Primera edición. Lima: Congreso de la República.

2013 *Manual de técnica legislativa y Manual de redacción legislativa*. Segunda edición. Lima: Congreso de la República.

2014 *La Evaluación Institucional de la Ley en el Perú*. Primera edición. Lima: Congreso de la República del Perú.

1998, 1999, 2000 y 2001 *Memorias de gestión de la Comisión de Simplificación Legislativa*, correspondiente a las legislaturas 1997-1998, 1998-1999, 1999-2000 y 2000-2001. Lima: Congreso de la República.

GARCÍA-ESCUADERO, Piedad

2014 *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Madrid: Civitas.

MARTINO, Antonio

1977 *La contaminación legislativa*. Barcelona: Separata del anuario de sociología y psicología jurídica. Consulta 13 de enero de 2015.

2005 *El Digesto Jurídico Argentino: Una obra jurídica monumental*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

2013 «Simplificación y consolidación legislativa. El caso peruano». Consulta: 30 de diciembre de 2014.

MENÉNDEZ, Aurelio

2003 *Sobre la proliferación legislativa*. Madrid: Revista de Prensa. Consulta 13 de enero de 2015.

Sistemas electorales en el nivel intermedio: asambleas legislativas y consejos regionales¹



FERNANDO PAREDES NÚÑEZ²

Especialista parlamentario del Congreso de la República del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. Democracia y elecciones.- III. Sistema electoral.- IV. El modelo organizativo de las comunidades autónomas.- V. Reglas electorales para las asambleas legislativas autonómicas.- VI. El modelo organizativo de los gobiernos regionales.- VII. Las reglas electorales de los consejos regionales.- 7.1. Primer modelo.- 7.2. Las variantes del segundo modelo.- VIII. Valoración general en el caso peruano.- 8.1. Un ejemplo de cambios y efectos.- IX. Un comentario final.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El ensayo muestra dos casos de sistema electoral del órgano legislativo del nivel intermedio, dando cuenta de sus características en materia de circunscripción y fórmula electoral, asuntos importantes para evaluar posibles cambios. La reflexión está enfocada en el sistema electoral de los gobiernos regionales peruanos y la referencia a las comunidades española tiene la utilidad de realidad de contraste.

¹ Este documento tiene un origen académico en el contexto del Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos de la Universidad Complutense de Madrid (UCM-enero 2015).

² Economista (UNSA), máster en Economía (PUCP), máster en Derecho Parlamentario (UCM) y doctor en Ciencias Sociales (UCSM). Asignado a la Comisión de Descentralización, Regionalización Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República.

II. DEMOCRACIA Y ELECCIONES

La democracia, dice Joan Oliver³, «es el sistema político en el que la totalidad de los ciudadanos con capacidad para ello, organizados como cuerpo electoral y movilizados por los partidos, participan libremente en el proceso de atribución del poder político».

En el contexto de la democracia representativa, las elecciones son un elemento sustantivo para constituir una representación y un gobierno; por ello, no son un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento de expresión de la libertad, un procedimiento para legitimar a los representantes del pueblo, que actúan en su nombre. Obviamente, esto no desconoce la importancia de las formas de democracia directa o participativa que la complementan.

Con cierta periodicidad el cuerpo electoral ejerce el derecho de sufragio, universal, libre, igual, directo y secreto; y de las reglas bajo las cuales lo ejercen y de la forma como se organizan, depende en gran medida los resultados que se obtengan. Por eso, el gran desafío se presenta en que todas sus etapas sean transparentes y estén teñidas de un profundo sentido democrático, pues en ello se juega la legitimidad de los representantes y el reconocimiento de los ciudadanos de su calidad de tales.

Desde un sentido estricto, un sistema electoral es «aquel procedimiento a través del cual los votos emitidos por los ciudadanos se transforman en escaños» teniendo en consideración los «mecanismos por medio de los cuales los electores expresarían sus preferencias en sufragios y estos a su vez se convertirían en escaños». ⁴ Esta es la definición que se sigue en este trabajo, por lo que hacemos abstracción de todo lo referente a la administración electoral, el procedimiento, los recursos utilizados, el financiamiento, entre otros.

En consecuencia, siguiendo esa lógica, estas líneas se concentran en los aspectos vinculados a cuatro elementos: el cuerpo electoral, la circunscripción, la fórmula electoral y la barrera que se establece, siendo asuntos fundamentales e interdependientes.

- El cuerpo electoral o electorado está definido como el conjunto de ciudadanos con derecho a voto (en ejercicio de su ciudadanía e incluidos en el censo electoral), que ejerce el sufragio universal, como derecho personal, y de manera colectiva.⁵ El sufragio es universal, libre igual, directo y secreto. No siendo obligatorio en España, sí lo es en el Perú.

³ OLIVER ARAUJO, J. (2011), *Los sistemas electorales autonómicos*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Atonòmics, Barcelona, p. 23. Ciertamente esta obra sirve de guía para la explicación del caso de autonomías y de base de reflexión sobre el caso peruano.

⁴ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 27 y 28.

⁵ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 107.

- La circunscripción electoral o distrito electoral es cada una de las porciones de territorio en que se divide, a efectos electorales. Es la demarcación territorial que se utiliza para distribuir los escaños, presentar candidatos, aplicar la fórmula electoral y designar a los electos. Puede optarse por la existencia de una sola circunscripción (distrito único) o de varias (distrito múltiple).

Cuanto mayor sea su tamaño, expresado como el número de escaños que le corresponde, mayor será la proporcionalidad (votos/escaños) y mayor el número de partidos que entran a la asamblea. A la inversa, se observa que por debajo de seis escaños, cualquier sistema opera con efectos mayoritarios y no proporcionales.⁶

- Para la fórmula electoral, la exigencia constitucional, en el caso español, está referida a un «sistema de representación proporcional»⁷ (CE 152.1). En el caso peruano, solo en las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establezca la ley (CP 188).⁸
- La barrera electoral supone establecer «un porcentaje mínimo que debe lograr un candidato o una lista electoral, para participar en la distribución de escaños».⁹ Ello afecta a los partidos pequeños, recientes en su funcionamiento o de implantación territorialmente limitada.

III. SISTEMA ELECTORAL

No existe un solo procedimiento para la transformación de preferencias electorales (votos) en representación (escaños), lo que existe son sistemas políticos en el contexto de realidades sociales, que permiten una más o menos adecuada formación de la voluntad popular y su traslación a una determinada composición de los organismos representativos. En la medida que mejor o más adaptado sea el sistema electoral a su realidad, mejor desempeño democrático del régimen político.

Pero los sistemas electorales no son «neutrales» e impolutos, «todos potencian un aspecto de la representación en detrimento de otros»... dependiendo de qué aspecto o de qué objeto de la representación queramos potenciar, el sistema electoral producirá resultados diferentes.¹⁰ Quizá por ello la decisión sobre procedimientos electorales requiere de amplios y efectivos consensos, que no siempre son conseguibles, por ello las reformas y actualizaciones se postergan y la inercia gana y desgasta en el tiempo.

⁶ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 185-186.

⁷ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 206,276.

⁸ CE en adelante es la abreviatura de Constitución española; y CP corresponde a Constitución peruana.

⁹ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 355

¹⁰ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p 30

«Quien hace la ley electoral tiene el poder de conformar el régimen político» y de esos ejemplos está sembrada la historia de los estados y nadie que tiene esa posibilidad entre manos la deja pasar.

«La idea de que el pueblo es el detentador supremo del poder solo puede considerarse como cierta si las técnicas electorales, a través de las cuales los ciudadanos eligen a sus representantes, están establecidas de tal modo que el resultado electoral refleje, de forma honrada y exacta, la voluntad de los ciudadanos».¹¹

Es tan importante el sistema político que suele apelarse a ese factor para explicar diversos problemas: la fragmentación de la representación, el comportamiento del electorado, la relación entre los electores y los representantes, la estabilidad del gobierno, la posibilidad de formar gobierno, la eficacia de las cámaras,... todos asuntos indudablemente importantes para procurar un régimen político y democrático.

Las normas que rigen la representación electoral señalan que se deben combinar dos elementos para constituir la representación popular: la estructura poblacional y la representación de las diferentes zonas geográficas que constituyen el conjunto. Entre ambos elementos se pueden hacer diversas combinaciones, con el predominio de uno u otro; con mayor o menos representación proporcional, con proporcionalidad o esquema mayoritario, y finalmente bajo la forma parlamentaria o presidencial.

IV. EL MODELO ORGANIZATIVO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Constitución española de 1978 abrió el camino de la descentralización, y el recorrido ha sido por caminos inéditos que no estuvieron en el imaginario de los pactos constituyentes. Una definición auroral del esquema español decía: «Nos hallamos, pues, ante un Estado unitario que reconoce y garantiza el derecho a la diferencia en la personalidad política de los colectivos que la integran».¹² Hoy, las afirmaciones son otras, sin lugar a dudas, muy pocos dirían que España es un país unitario dada la forma como ha escalado la asignación de competencias en el Estado de las autonomías; los nacionalismos acentúan la exigencia de soberanía¹³ mientras otros reclaman una posibilidad federal e incluso una afirmación separatista.

Pero el camino del sistema electoral y organizativo seguido por las Comunidades Autónomas no parece haber seguido las vías más complejas, pues tiene una continuidad estrecha con sus fuentes y muy poca variación respecto del esquema general.

¹¹ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p.31

¹² VALLES, J.M. (1983) «Sistema electoral, Estado de las Autonomías y Comunidades Autónomas», en *Revista de Estudios Políticos*, n. 34, p. 116.

¹³ VALLES, más adelante pone la hipótesis en 1983 «[...] en Euskadi y Catalunya, la dimensión de las elecciones tendría consistencia propia, puesto que los partidos nacionalistas tenderán a hacer de cada consulta un test o plebiscito de afirmación colectiva, [...]» *ob. cit.*, p. 126.

En el texto constitucional se estableció diversas vías para la organización de diversos grados de autonomía y formas de organización, todo lo cual debía quedar claro en los diferentes Estatutos. Sin embargo, el esquema utilizado por las tres comunidades históricas, el País Vasco, Cataluña y Galicia, junto con Andalucía (por un procedimiento agravado), que entregaba en sus Estatutos, por la vía rápida (CE 151), un marco competencial mayor junto con un organigrama muy parecido al del Estado español, se extendió a las trece restantes, que se conformaron antes de 1983, por la «vía lenta u ordinaria» (CE 143).

Una revisión de la Constitución (CE 152.1) permite detallar el esquema organizativo adoptado por las Comunidades Autónomas:

- Una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con un sistema proporcional asegurando la representación de las diversas zonas del territorio. A partir de allí «correspondía a los respectivos procesos estatuyentes la última decisión sobre los sistemas electorales correspondientes»¹⁴ a cada Comunidad Autónoma.
- Un Consejo de Gobierno, con funciones ejecutivas y administrativas. Un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la propia Comunidad y la ordinaria del Estado en aquella. Tanto el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno son políticamente responsables ante la Asamblea.

El esquema organizativo y las reglas electorales se generalizaron y extendieron a todas las Comunidades, consistente con el sistema parlamentario estatal. En la medida que se trazaron dos ritmos en el proceso autonómico, en aquellos casos llamados de vía lenta, podía haber la posibilidad de que no se dotaran de un parlamento propio (CE 69.5 «[...] órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma»). Pero en ningún caso se siguió esa alternativa y se generalizó un parlamento unicameral con las reglas ya enunciadas. Así pues, el artículo 151 es el «canon de constitucionalidad de los preceptos estatutarios y legales de todas las Comunidades Autónomas».¹⁵

Esta Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma representa a los ciudadanos, ejerce la potestad legislativa y tiene entre sus funciones aprobar los presupuestos, controlar al Gobierno y las demás que le concede la normativa existente.

Es por ello que su existencia «representa la voluntad popular, es el elemento que, por una parte, otorga la naturaleza política a la autonomía y, por otra, confiere carácter democrático al conjunto del sistema».¹⁶

¹⁴ VALLES, *ob.cit.*, p. 124.

¹⁵ OLIVER ARAUJO, *ob.cit.*, p. 41.

¹⁶ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 46, el subrayado es nuestro.

Estas asambleas legislativas, que se llaman Parlamento, Cortes o Junta, según cada Estatuto, cumplen «todos los principios que definen una auténtica institución parlamentaria: representatividad, autonomía,¹⁷ discusión, contradicción con el Gobierno,¹⁸ mayoría, permanencia y temporalidad.»¹⁹ Engloban, junto con la función legislativa, la función de crear Gobierno y controlarlo. Se puede decir que la única diferencia notable entre los Parlamentos Autonómicos y las Cortes Generales es la definición unicameral señalada para ellos.

V. REGLAS ELECTORALES PARA LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS AUTONÓMICAS

En la historia política española, más específicamente considerando los periodo de la transición democrática y de las legislaturas que lo siguieron, el Real-Decreto-ley 20/1977 define en materia electoral normas que se consagraron en la Constitución de 1978, pasaron luego a los Estatutos de Autonomía, se confirman en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por último, se consolidan en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). Las claves de este sistema electoral son:²⁰

- Un mínimo de escaños por circunscripción (la provincia), para atenuar los efectos de una irregular geografía y atender un mayor equilibrio territorial en la representación.
- Un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas.
- La regla D'Hondt, como fórmula electoral proporcional para el reparto de escaños.
- Una barrera o umbral electoral, como procedimiento de excluir *ab-initio* aquellas candidaturas que no logren un mínimo de apoyo electoral.
- La limitación concreta de los sujetos que pueden presentar válidamente candidaturas (partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores), junto con la firme decisión política de corregir el excesivo fraccionamiento de las representaciones parlamentarias.

¹⁷ Poder actuar con libertad y sin coacciones de ningún género; para lo cual tienen las prerrogativas de dotarse de su propio reglamento, la inviolabilidad parlamentaria y la autonomía organizativa (presupuestaria, administrativa y disciplinaria).

¹⁸ Mediante la cual los grupos de oposición vigilan, controlan, critica y censuran la acción del Gobierno.

¹⁹ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 47-48.

²⁰ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 52.

Vale la pena añadir que los Estatutos de Autonomía reprodujeron en sus textos los principios constitucionales que definen el sistema electoral del Congreso de los Diputados y posteriormente las leyes electorales de las Comunidades se han remitido en gran medida a la LOREG.

Sobre estos asuntos es posible recoger diversos apuntes del Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de reforma electoral en España²¹.

- Recuerda el Consejo que en la LOREG existe un régimen general común para todos los procesos electorales, con las modulaciones que cada Comunidad Autónoma pueda establecer en relación con la potestad organizativa de su Asamblea legislativa.

En ese sentido, «los preceptos que se entienden indisponibles para la legislación autonómica —por su doble carácter de preceptos materialmente orgánicos o preceptos que regulan las condiciones básicas del ejercicio de los derechos fundamentales— son los relativos a los siguientes aspectos: el derecho de sufragio activo y pasivo; la existencia de una administración electoral; la configuración del censo; las condiciones para la presentación de candidaturas; la campaña electoral y la distribución de espacios de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública; determinados artículos en materia de formas de votación y procedimiento electoral; el control jurisdiccional de las elecciones; los gastos electorales y el control de la contabilidad y los delitos e infracciones electorales, así como el proceso judicial para su sanción».²² El Informe se refiere más adelante al «mimetismo» de las leyes electorales autonómicas con la LOREG.

- En cuanto a los contenidos y características, el Informe²³ precisa que todos los Estatutos se refieren a la denominación de la correspondiente asamblea legislativa y a la elección de sus miembros por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, mediante un sistema de representación electoral proporcional. Frecuentemente se establece también un número mínimo o máximo de miembros de dicha asamblea y se remite su fijación exacta a la ley electoral autonómica.

La determinación concreta del modelo de circunscripción se realiza por lo general en el Estatuto y por regla general, la circunscripción electoral autonómica es la provincia, salvo los casos de Murcia y Asturias (agrupaciones de municipios) y los de Canarias e Illes Balears (islas).

²¹ CONSEJO DE ESTADO, (2009), *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación electoral del Régimen Electoral General*.

²² CONSEJO DE ESTADO, *ob. cit.*, p. 24.

²³ CONSEJO DE ESTADO, *ob. cit.*, pp. 28 y 29.

La distribución de escaños entre circunscripciones se articula en torno a dos grandes modelos. En primer lugar, la asignación directa, ya sea en el Estatuto (Cataluña y Canarias) o en ley electoral autonómica (País Vasco, Castilla-La Mancha y Illes Balears). El segundo modelo consiste en la utilización de una fórmula mixta, que parte de un número igual de escaños para cada circunscripción y el resto en proporción a la población, bien estableciéndose así mediante ley electoral autonómica, bien de forma directa en los Estatutos.

Existiendo tres parámetros para la legislación electoral autonómica: las disposiciones constitucionales, los preceptos no disponibles de la LOREG y las previsiones de los Estatutos de Autonomía, el legislador autonómico tiene aún grados de libertad para completar el sistema, entre otros aspectos en materia de la fórmula proporcional, la existencia de barrera, la apertura de las listas, entre otros. Sin embargo, estas facultades han sido muy poco utilizadas, pues lo que no está en los Estatutos remite en gran medida a las normas de la LOREG; teniendo como caso singular y extremo el caso de Cataluña, que carece de ley electoral propia.

En el caso de las elecciones autonómicas españolas, puede definirse de la siguiente manera los principales componentes del sistema electoral:

- El cuerpo electoral está definido como «el conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio activo en las mismas», es decir aquellos españoles mayores de edad, empadronados en alguno de los municipios de la correspondiente Comunidad Autónoma, que no se hallen privados del ejercicio de sus derechos políticos, mediante resolución judicial²⁴. El sufragio por definición constitucional es un derecho de libre disposición y por ello no es obligatorio.
- En materia de circunscripción electoral se tiene las siguientes características: en las Comunidades Autónomas insulares (Canarias y Baleares) la circunscripción es la isla. En 9 comunidades peninsulares, se ha establecido como circunscripción a la provincia, con las singularidades del País Vasco, que lo hace de manera indirecta; y Cataluña, que tiene una definición provisional, que continúa vigente.

Entre las Comunidades uniprovinciales, 4 de ellas (Cantabria, La Rioja, Navarra y Madrid) definen a la provincia como distrito electoral; mientras que las 2 restantes (Asturias y Murcia) establecen la agrupación de municipios o comarcas, 3 en un caso y 5 en el otro.²⁵ El número de circunscripciones por Comunidad oscila entre 1 y 9 y el promedio es de 3,67.²⁶

²⁴ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 108.

²⁵ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 192, 193, 194.

²⁶ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, p. 204.

En términos de número de escaños, se encuentra diversas posturas, pero la más frecuente (10 Comunidades) es la de establecer un tramo con un máximo y un mínimo. En ese contexto encontramos asambleas pequeñas, de 30 a 50 diputados (Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Navarra y Castilla-La Mancha²⁷); medianas, de 50 a 80 diputados (País Vasco, Galicia, Aragón, Canarias, Extremadura); y grandes, de 80 a 150 diputados (Cataluña, Andalucía, Castilla y León, Valencia y Madrid).²⁸

Finalmente está el tema del número de escaños por circunscripción: en algunos casos, la asignación es un número fijo, que puede ser igual (País Vasco) o desigual (Castilla-La Mancha, Cataluña, Baleares y Canarias); el otro modelo es el que entrega inicialmente un número fijo por circunscripción (entre 1 Murcia y 20 Valencia) y el resto en proporción a la población.²⁹

- En materia de fórmula electoral, la exigencia al sistema de representación proporcional ha sido implementada con la regla D'Hondt, utilizada para el Congreso de los Diputados, con la diferencia de que en este caso la magnitud de los distritos electorales (número de escaños) es alta/media, permitiendo que la regla despliegue sus potencialidades.³⁰ El sistema se implementa con listas cerradas y bloqueadas que son presentadas por los partidos, con una composición equilibrada de hombres y mujeres, no menor del 40% (LOREG 44 bis).

Finalmente, en relación con la barrera electoral en los procesos electorales de las Comunidades Autónomas, ocho Comunidades han asumido el 3%, recogiendo la disposición de la LOREG en relación al proceso electoral del Congreso de los Diputados; en 16 casos se calculan con referencia a los votos válidamente emitidos, en el caso restante se calcula sobre los votos emitidos. Sin embargo, hay casos de barreras más altas, como por ejemplo el 5% en la respectiva circunscripción o en el conjunto o con referencia a votos emitidos.

Vale la pena hacer dos notas finales importantes para la finalidad de este ensayo.

En primer lugar está el debate acerca del sistema electoral en la Comunidad Canaria; es decir, la manera de representar a escala la realidad política de mayorías y minorías vigente, así como la necesidad de asegurar la gobernabilidad de la Comunidad, teniendo en cuenta sus particularidades geográficas como archipiélago con islas de diferente

²⁷ Recientemente se aprobó una reforma del Estatuto en Castilla-La Mancha que reduce a una horquilla de 25 a 35 el número de parlamentarios autonómicos, frente a la de 47 a 59 anteriores. Y una ley electoral que los fija en 33, respecto de los 49 anteriores. Adicionalmente han sido suprimidos los salarios fijos de los diputados autonómicos. Las reformas realizadas tienen el aval del Tribunal Constitucional ante quien fueron recurridas.

²⁸ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 206, 217.

²⁹ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 206, 221-223.

³⁰ OLIVER ARAUJO, *ob. cit.*, pp. 206, 278-279. En el caso del Congreso de los Diputados, en la medida que la magnitud de las circunscripciones es baja/media, los efectos son los de un sistema mayoritario corregido.

tamaño y población.³¹ Pero también es un ejemplo de un problema más amplio y general vinculado a la relación entre tamaño de la circunscripción (es decir, volumen de electores) e igualdad del voto, en el cual se presentan problemas típicos de subrepresentación y sobrerrepresentación respecto de la necesidad de que todos los votos «pesen» igual para constituir la asamblea, cuando se aplican determinadas reglas como la de un mínimo de escaños, o se legisla sobre el tamaño fijo de la asamblea, estando dado el tamaño de las circunscripciones.³²

Ambos aspectos son de singular importancia para apreciar la calidad de representación y proporcionalidad que la Constitución española garantiza (CE 152); pero al mismo tiempo son sumamente ilustrativos para examinar la complejidad del asunto, en términos de sistema y reglas electorales en otros contextos que guardan similitud, donde es necesario considerar la representación de pequeñas circunscripciones u otro tipo de minorías.

En segundo lugar, la posibilidad de que la reforma política y en específico del sistema electoral español pudiera empezar por la introducción de modificaciones en las Comunidades Autónomas, y en concreto en aquellas que contienen grandes ciudades, pues no requieren de reforma constitucional. Esta alternativa parte de la evaluación de los elementos positivos del sistema alemán y la mayor actividad de los electores en la selección de sus representantes³³, frente a la actual rigidez de las listas cerradas y bloqueadas.

VI. EL MODELO ORGANIZATIVO DE LOS GOBIERNOS REGIONALES

La Constitución del Perú define el régimen de gobierno como «unitario, representativo y descentralizado, se organiza según el principio de la separación de poderes» (CP 43). En la conjunción de las características de unitario y descentralizado se debe entender al proceso de descentralización, como «una forma de organización democrática y... una política permanente de Estado de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental del desarrollo integral del país» (CP 189).

Dice también que el «proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la provincia constitucional del Callao. Esos gobiernos son gobiernos regionales» (CP 190). Acerca de su naturaleza, señala que «tienen autonomía

³¹ Sobre este punto Ver LÓPEZ AGUILAR, J.F. (1999), «Derecho electoral autonómico y potestad auto organizativa de la CCAA» en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 8 (extraordinario), Valencia.

³² Ver LAZARO RIOL, A. (2000), «Proporcionalidad, territorialidad e igualdad en los sistemas electorales autonómicos» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

³³ Ver VIDAL PRADO, C. (2011), «El sistema electoral Alemán como modelo: ventajas e inconvenientes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 26, Madrid

política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia» (CP 191). A continuación (CP 192) establece la estructura orgánica básica de estos gobiernos así:

- El Consejo regional, como órgano normativo y fiscalizador, que tendrá un mínimo de siete miembros y un máximo de veinticinco, debiendo haber un mínimo de uno por provincia y el resto de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.
- El Presidente³⁴ como órgano ejecutivo.
- El Consejo de Coordinación Regional, integrado por alcaldes provinciales y por representantes de sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que le señale la ley.

Posteriormente, la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización (LBD), señala, en la lógica presidencialista y de separación de poderes, que «el gobierno regional es ejercido por el órgano ejecutivo de la región» (LBD 31).

Más adelante, la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), que regula a los 26 Gobiernos Regionales (en 24 departamentos, la provincia constitucional del Callao y las funciones pertinentes de la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito de su provincia), enumera las atribuciones del Consejo, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Aprueba, modifica o deroga normas que regulen o reglamenten los asuntos y materias de competencia y funciones del Gobierno Regional.
- Aprueba los principales documento de gestión del gobierno regional y expide las autorizaciones pertinentes.
- Fiscaliza la gestión y conducta pública de los funcionarios del Gobierno Regional, realiza investigaciones sobre asuntos de interés público regional; declara la vacancia, suspensión del Presidente, Vicepresidente y Consejeros.
- Aprueba su reglamento interno.
- Propone al Congreso de la República iniciativas en materias y asuntos de su competencia.

De la manera que, como están definidas sus funciones y en el contexto de un régimen unitario, el Consejo Regional tiene limitadas sus atribuciones: su capacidad normativa está acotada a regular o reglamentar asuntos de competencia del gobierno regional; los consejeros no tienen prerrogativas especiales, su autonomía de funcionamiento y

³⁴ En marzo del 2015 se aprueba una reforma constitución que cambia de nombre al Presidente y Vicepresidente regionales por los de Gobernador Regional y Vicegobernador e impide la reelección inmediata (Ley 30305 de Reforma Constitucional). Para explicar los esquemas de regla electoral se ha conservado la denominación Presidente y Vicepresidente, que era la denominación contemporánea a las elecciones regionales examinadas.

organización es limitada; pese a que tiene la función de fiscalización, es débil su capacidad para contradecir y controlar al órgano ejecutivo. Los consejeros son a tiempo parcial, tienen licencias especiales y derecho a percibir dietas, con límites fijados por ley y por asistencia a las sesiones del Consejo.

VII. LAS REGLAS ELECTORALES DE LOS CONSEJOS REGIONALES

Con arreglo a la Constitución, son ciudadanos «los peruanos mayores de dieciocho años; y para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral» (CP 30). Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y elegir a sus representantes de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años... (CP 31).

Para elegir al Consejo Regional se debe tener en cuenta las siguientes reglas: (CP 191).

- Tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.
- Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma que el órgano ejecutivo y por igual periodo, 4 años.
- El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución, es decir postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista o Alcalde, para lo cual deben renunciar 6 meses antes de la elección.

El sistema electoral de Gobiernos Regional ha sido fijado directamente por norma específica, la Ley 27683, Ley de Elecciones Regionales (LER), que se dicta en armonía con la Ley Orgánica de Elecciones y sus normas complementarias y conexas y, además, que la tiene como norma supletoria en todas las cosas que aquella no fija.

La legislación específica, aprobada inicialmente en el 2002, rigió los procesos electorales de 2002 y 2006. Los cambios realizados por la Ley 29470 en el año 2009 alteran las reglas del sistema electoral, lo cual fue aplicado en los procesos electorales de 2010 y 2014. A la primera la denominaremos LER-I y a la segunda LER-II.

7.1. PRIMER MODELO

Como se ha señalado, la LER-I, complementada en los que correspondiera por Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), fue la base para las elecciones de 2002 y 2006. Fue promulgada en marzo de 2002, 10 días después de la reforma constitucional sobre descentralización, 3 meses antes de que la LBD (junio) y 8 meses antes de que la LOGR (noviembre), ambas referidas entre otros temas a las competencias, organización y funcionamiento de los gobiernos regionales. Es decir, se extendieron reglas electorales para una organización que todavía no estaba normada en su estructura.

Se trata entonces de precisar los elementos del sistema electoral que están presentes en la LER-I:

- **Cuerpo electoral:** se señala que para esta «primera elección» cada departamento y la provincia constitucional del Callao constituyen una circunscripción electoral. Por tanto, los ciudadanos inscritos en el Padrón Electoral en cada una de esas circunscripciones constituyen el cuerpo electoral.

Se define en el texto legal como esta «primera elección», pues se esperaba el cumplimiento de la norma constitucional que impulsa la conformación de regiones, y que mediante referéndum se integraran dos o más circunscripciones departamentales contiguas, para constituir una región (CP 190). Esto nunca ocurrió.

- **Circunscripción:** Se definió 25 circunscripciones: los 24 departamentos existentes y la provincia constitucional del Callao. Como es evidente, tanto por su geografía, como por el volumen, densidad y grado de dispersión de su población, las circunscripciones definidas entre sí y, además, en su interior son heterogéneas.

En el caso del departamento de Lima se excluye a la provincia de Lima, pues la Municipalidad Metropolitana cumple las funciones de gobierno regional en su ámbito de jurisdicción; y se elige conforme a la Ley de Elecciones Municipales.

- **Fórmula Electoral:** implica la lista y la composición.
 - a) Las organizaciones políticas (nacionales y regionales)³⁵ participantes deben presentar una lista a la presidencia, vicepresidencia y al Consejo Regional.
 - b) La lista del Consejo Regional debe estar conformada por un candidato de cada provincia, en el orden en el que el partido o movimiento lo decida, incluyendo un accesitario en cada caso.

³⁵ Pueden participar las organizaciones políticas y las alianzas, con inscripción vigente en el Jurado Nacional de Elecciones. Las organizaciones políticas regionales obtienen su inscripción acreditando una relación de adherentes no menor al 2,5% de los electores hábiles de su respectiva circunscripción electoral, que son verificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Las que desean participar se inscriben 120 días naturales antes de la elección.

- c) La lista debe estar compuesta por no menos del 30% de hombres o mujeres y un mínimo de 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios en cada región donde existan, conforme lo determine el JNE.

En la mayor parte de casos la cuota de género equivale a 3 integrantes; y en 11 departamentos se determina la existencia de comunidades campesinas o nativas, determinando que la cuota en todos los casos es de 2 integrantes de la lista.

- d) Para ser candidato se requiere ser peruano, mayor de edad, nacido o con residencia efectiva en la región en la que postula con un mínimo de tres años; asimismo, gozar del derecho de sufragio y estar inscrito según el Padrón que elabora el RENIEC en el departamento.
- Elección del Consejo Regional: son elegidos por sufragio directo para un periodo de 4 años, con sujeción a las siguientes reglas:

- a) La votación es por lista. Se trata de listas cerradas y bloqueadas.
- b) A la lista ganadora se le asigna la cifra repartidora o la mitad más uno de los cargos de miembros del Consejo Regional, lo que más le favorezca, según el orden de candidatos y provincias propuestas por las organizaciones políticas participantes. La asignación de cargos se efectúa redondeando al número superior.

Si la lista ganadora ha obtenido más del 50% de los votos válidos se aplica la cifra repartidora a todas las listas (salvo que la mitad más uno le sea más conveniente a la ganadora). De lo contrario se aplica a las demás listas, sobre la base de los votos válidos y número de escaños restantes.

Para establecer la mitad más uno en caso de número impar, se saca la mitad, se le agrega uno y se redondea al entero inmediato superior, en ese orden.

- c) La cifra repartidora se aplica entre todas las demás listas participantes para establecer el número de miembros que le corresponde, cuidando de no repetir la representación por provincia establecida por la lista que le precede en votación.
- d) Cada provincia tiene como mínimo un representante en el Consejo Regional (entre 7 y 25, según norma constitucional). El número real oscila entre 20 escaños (Áncash) y 7 escaños (13 consejos). En 9 casos, donde existe menos de 7 provincias, debe completarse con «consejeros adicionales» que se asignan siguiendo el criterio de población. El promedio de escaños por Consejo es de 9.
- e) El JNE aprueba las directivas necesarias para la adecuada aplicación de lo dispuesto.

- No hay ninguna disposición en materia de barrera electoral. Al parecer, es suficiente el requisito de inscripción de listas y las reglas de elección del Consejo.

Considerando que según la LOGR, en este contexto, son miembros del Consejo Regional el Presidente y Vicepresidente y los Consejeros. La lista ganadora tiene un número de votos equivalente al menos a la mitad más tres (la mitad más uno de los consejeros, más el presidente y el vicepresidente).

Para todo efecto práctico, funciona como un sistema mayoritario, de distrito electoral único, con listas cerradas y bloqueadas y, finalmente, amplio premio de mayoría a la lista ganadora, en un contexto presidencialista.

7.2. LAS VARIANTES DEL SEGUNDO MODELO

Las modificaciones de la Ley de Elecciones Regionales (LER-II), complementada por las resoluciones del JNE en lo que le correspondiese, fueron la base para las elecciones de 2010 y las recientes de octubre de 2014.

Se trata entonces de precisar las variantes que se introdujeron en el sistema:

- Cuerpo electoral: al no haberse generado el proceso de conformación de regiones, la referencia al cuerpo electoral sigue estando referido a los ciudadanos inscritos en el Padrón Electoral en las respectivas circunscripciones departamentales.
- Circunscripción: siguen siendo las 25 circunscripciones: 24 departamentos existentes y la provincia constitucional del Callao; se sigue excluyendo a la provincia de Lima del departamento de Lima.

Pero esta vez cada provincia es un distrito electoral que elige a su propio Consejero. El ciudadano puede ejercer dos votos en una misma cédula de sufragio: por la fórmula presidencial y por el consejero de su provincia.

- Fórmula Electoral: implica la lista y la composición.
 - a) Las organizaciones políticas (nacionales y regionales)³⁶ participantes, deben presentar una fórmula de candidatos a la presidencia y vicepresidencia y una lista de candidatos al Consejo Regional.

El JNE señala el número de consejeros, asignando a cada provincia al menos un consejero y distribuyendo los demás de acuerdo con un criterio de población electoral.

³⁶ Conforme a la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, modificada por la Ley 29490 (2009), la inscripción de movimientos regionales requiere de la adhesión del 3% de los ciudadanos que sufragaron dentro de la circunscripción en la última elección nacional. La vigencia de esta norma es luego de concluidos los procesos electorales del 2011. Las firmas de adhesión son verificadas por RENIEC.

- b) La relación de candidatos titulares tiene que considerar no menos del 30% de hombre o mujeres, no menos del 20% de ciudadanos jóvenes menores de 29 años de edad y un mínimo de 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios en cada región, donde existan, conforme lo determine el JNE. Un candidato puede acreditar más de una cualidad.

Para una adecuada inclusión de la llamada cuota nativa, se identifica 11 departamentos que tienen comunidades nativas, se amplía el número de consejeros, en la mayor parte de ellos con 2 escaños adicionales.

- c) Para ser candidato se requiere ser peruano de nacimiento en las circunscripciones de frontera, así como acreditar residencia efectiva al menos de 3 años en la circunscripción en la que postula y estar inscrito en ella en el Padrón Electoral de RENIEC.
- El Consejo Regional es elegido por sufragio directo para un periodo de 4 años, en forma conjunta con el Presidente y Vicepresidente regional, con sujeción a las siguientes reglas:
 - a) Cada provincia constituye un distrito electoral. Se trata de listas cerradas y bloqueadas.
 - b) En cada provincia se proclama consejero electo al candidato con la mayor votación. En los distritos en que se elija 2 o más consejeros, se aplica la cifra repartidora, según el orden de los candidatos establecidos en las listas.
 - c) Cada provincia tiene como mínimo un representante en el Consejo Regional (entre 7 y 25, según norma constitucional).

El número real oscila entre 20 escaños y 7 escaños. Por las ampliaciones de consejeros adicionales, en el caso de menos de 7 provincias, así como la aplicación de la cuota nativa, aumenta el número de consejeros, según se ha dicho. Ahora el promedio de escaños por Consejo es de 9.

- d) El JNE aprueba las directivas necesarias para la adecuada aplicación de lo dispuesto.
- No hay ninguna disposición en materia de barrera electoral. Al parecer, es suficiente el requisito de inscripción de listas y las reglas de elección del Consejo.

Paralelamente, una reforma de la LOGR, mediante la Ley 29053, elimina al Presidente y Vicepresidente como miembros del Consejo Regional; y la propia LER-II señala que para la elección del órgano ejecutivo se conserva el distrito único del departamento y que en caso que ninguna de las fórmulas alcance al menos el 30% de los votos válidos, procede una segunda vuelta entre las dos listas más votadas.

Para todo efecto práctico la elección del Consejo Regional funciona como un sistema mayoritario, esta vez con múltiples distritos electorales uninominales, con listas cerradas y bloqueadas; en un contexto de régimen presidencialista.

VIII. VALORACIÓN GENERAL EN EL CASO PERUANO

Considerando tanto los asuntos de doctrina señalados al inicio, como el contraste con el caso español, se plantea algunas reflexiones sobre el caso peruano, desde distintos criterios, que debieran leerse en conjunto, y que motivan una evaluación que contemple la posibilidad de rediseño del sistema electoral en el nivel intermedio.

a) Cambios en las reglas

Una primera valoración de los cambios es más bien de diseño político³⁷, la nueva ley (LER II) tiene los siguientes efectos en las reglas de la elección del Consejo Regional:

- En la práctica cada provincia es una circunscripción uninominal, con un sistema mayoritario. Efectivamente, quien recibe la mayor cantidad de votos resulta elegido consejero representando a su provincia; y elimina la posibilidad anterior de que alguien que no es el más votado sea el representante de la provincia.
- Elimina el peso de la provincia más poblada, que suele ser en la que está la capital de departamento, pero de otro lado consolida una subrepresentación de ella; que se alivia un tanto cuando el departamento tiene menos de 7 provincias y, según la regla anterior, los faltantes se completan con la(s) más pobladas(s).
- En la composición del Consejo elimina el premio de mayoría de una lista electa en distrito único y consolida una lógica de representación territorial; así como otorga una mayor prioridad a la distribución territorial de escaños más que a la de representación proporcional de la población.
- Como consecuencia de lo anterior y dado el tipo de implantación territorial de las candidaturas, no se reflejan las mayorías y minorías políticas del ámbito representado y se acentúa la fragmentación del Consejo.
- Pese a que la nueva lógica es claramente mayoritaria, se ha mantenido la regla de cuotas (sexo, población nativa y jóvenes) en la presentación formal de la «lista».

b) Asuntos de gobernabilidad

Pero también abre nuevas interrogantes sobre problemas fundamentales, que tienen ver con la gobernabilidad, relativamente atenuados por la debilidad del Consejo en materia de sus atribuciones:

³⁷ Ver TUESTA, F. (2003) *Descentralización y Elecciones en el Perú*, PUCP, Lima; y REMY, M.I. (2010), «¿Son representativos los gobiernos regionales?», en *Revista Argumentos*, año 4, n 1, IEP, Lima.

- El tema de la igualdad del voto, cuando las circunscripciones provinciales son tan heterogéneas en términos demográficos, con distancias muy grandes entre ellas.
- En tanto las organizaciones políticas regionales no tienen similar implantación territorial, la extrema fragmentación de la representación en el Consejo.
- La posibilidad de que el Presidente Regional, en especial cuando es elegido en segunda vuelta, no tenga mayoría en el Consejo Regional, pues no hay barrera electoral de alcance departamental, por la misma lógica mayoritaria.

c) Reglas constitucionales

El tema de la representación mayoritaria, la territorialidad y las cuotas de inclusión (discriminación positiva) requieren una explicación especial:

- La Constitución (CP 191) tiene tres reglas electorales claras sobre el Consejo Regional: «un mínimo de siete miembros y un máximo de 25», «un mínimo de uno por provincia y el resto de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral»; y de otro lado «la ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblo originarios en los Consejos Regionales».

La Ley de Elecciones Regionales, la anterior y la modificada, dispone que el JNE «establece el número de miembros de cada Consejo Regional, asignado uno a cada provincia y distribuyendo los demás siguiendo un criterio de población electoral» (LER 6).

- En el esquema anterior la interpretación, por las razones dichas, se limitó a la asignación, en el caso de los departamentos con menos de 7 provincias, de los consejeros faltantes a la provincia de mayor población, aplicando en ese caso la «cifra repartidora».

El JNE, adicionalmente, fue incluyendo progresivamente, conforme al reconocimiento del padrón respectivo, la regla de cuota vinculada a un mínimo de 15% de «representantes de comunidades nativas y pueblos originarios en cada región donde existen, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones». A partir de ello ha aumentado el peso de las provincias más dispersas, alejadas y de menor población, con un mayor número de consejeros.

Si bien es cierto esto puede tener un efecto compensatorio de su discriminación y puede permitir una mayor «voz» de los no incluidos, también pone en cuestión la igualdad del voto y la regla de población electoral.

La consideración de estos temas es necesaria en el diseño del sistema electoral regional respecto del Consejo Regional, con dos finalidades: una mayor consistencia interna

y la compatibilidad con las reglas constitucionales; lo cual requiere una adecuada ponderación.

d) Temas incidentes en las reglas

- El problema de la ausencia de mayoría en el Consejo para un Presidente Regional es un tema importante, pero atenuado por la debilidad de las atribuciones del Consejo en un esquema presidencialista. Pero vale la pena mencionar que no funciona el incentivo hacia la práctica política de construir viabilidades de consenso y entender la gobernabilidad no como mayoría sino como acuerdo sobre proyectos conjuntos. El camino preferido suele ser la negociación y el convencimiento bilateral³⁸.
- Igualmente, las correcciones obligan a las organizaciones regionales, que son las que dominan el escenario político departamental, a tener una extensa y fuerte implantación territorial, a fin de lograr la mejor representación en el Consejo; sin embargo, ello parece que está más allá de sus iniciales y exiguas capacidades.
- Pero también una materia sobre la cual es menester sopesar es la posibilidad de empoderamiento y capacidad de seguimiento y control que eventualmente tenga el Consejo Regional, acercándolo más a un ejercicio representativo-parlamentario, al interior del esquema presidencialista del gobierno regional.

e) Actores políticos

Pero más allá del sistema electoral se debe tener en cuenta el comportamiento de los actores políticos³⁹. Se afirma que el predominio de las organizaciones políticas regionales («movimientos regionales») en la mayoría de departamentos, en relación con los partidos nacionales, es una rareza frente a otras realidades latinoamericanas, más aún en un país como el Perú que no se caracteriza por movimientos regionalistas/separatistas con identidades étnicas o de otro tipo.

En ese sentido, es necesario tener cuenta que los niveles de desarticulación política en Perú son extremos, dada la incapacidad de los partidos políticos nacionales para actuar con éxito simultáneamente en las elecciones de nivel nacional y subnacional.

Como dicen Muñoz y García, «las elecciones regionales confirman la dificultad que tienen los políticos peruanos para coordinar y formar vínculos más permanentes en el tiempo no sólo entre lo regional y lo nacional, sino también entre lo local y lo regional».

³⁸ Este tipo de prácticas requieren de investigación adicional. Ejemplos en el mismo sentido los plantea LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.* p.256, para el caso de la Comunidad Canaria.

³⁹ MUÑOZ, P. y GARCÍA A. (2011), «Balance de las elecciones regionales 2010: Tendencias, particularidades y perfil de los candidatos más exitosos», en *Revista Perú Debate, El Nuevo Poder de las Regiones, Departamento de Ciencias Sociales PUCP, Lima*.

Una muestra de ello es que la clase política regional sea todavía caudillo-dependiente y que no sea capaz de tener incidencia en las municipalidades de su ámbito.

A ello se pueden añadir las observaciones de Tanaka y Guibert,⁴⁰ que concluyen que «si bien se ha reducido la volatilidad y la fragmentación, y encontramos importantes niveles de regionalización del voto (una distribución relativamente pareja de la votación por presidente regional en todas las provincias, que es coherente con la votación por consejeros regionales), también encontramos debilidad de los actores regionales en los espacios municipales provinciales, e incapacidad, en la mayoría de las regiones, de construir mayorías. De este modo, si bien los movimientos regionales crecen en importancia, desplazan a los partidos nacionales y prácticamente eliminan del mapa a las organizaciones locales [en el escenario intermedio], todavía les falta mucho para ser consideradas alternativas viables para articular la política regional.»

8.1. UN EJEMPLO DE CAMBIOS Y EFECTOS

Habiendo diversos cambios en la Ley de Elecciones Regionales y buscando mostrar el efecto sobre la composición del Consejo, por el cambio de la elección de consejeros por lista en un solo distrito, a la elección de cada consejero en distritos uninominales, se buscó un ejemplo que aislara otros efectos; y que ilustrara las observaciones de la valoración general.

Composición del Consejo del Gobierno Regional de Arequipa

Organización	Escaños 2006 LER-I	Escaños 2010 LER II	Escaños 2014 LER II (^)
Arequipa Tradición y Futuro / Alianza por Arequipa (+)	5 (*)	3	1
Fuerza Democrática / Fuerza Arequipeña	2	1	
Arequipa Renace		3 (*)	4 (*)
Partido Aprista Peruano	1		
Somos Perú		1	
Juntos por el Desarrollo			2
Acción Popular			1
Siempre Unidos			1
Vamos Perú			1

(*) Incluye provincia de mayor población.

(+) Conserva la Presidencia en los tres periodos.

(^) Aumenta a 10 el número de escaños, por cuota de comunidades campesinas en la provincia de La Unión.

Fuente: ONPE

Elaboración: propia

⁴⁰ TANAKA, M. y GUIBERT, Y. (2011), «Entre la evaporación de los partidos y la debilidad de los movimientos regionales. Una mirada a las elecciones regionales y municipales desde las provincias, 2002-2006-2010», en *Revista Perú Debate, El Nuevo Poder de las Regiones, Departamento de Ciencias Sociales PUCP, Lima.*

Si se compara los resultados de 2006 con los del 2010, en el caso del Consejo Regional del Gobierno Regional de Arequipa no hay cambios en el número de escaños, se trata de una reelección del Presidente, con un nuevo cuadro de alianzas en el movimiento político regional que lo respalda, sin necesidad de segunda vuelta electoral, en la elección de 2010. Adicionalmente, conviene destacar que entre las dos listas de movimiento regional hay una cierta continuidad aunque cambie de nombre, pues ambos conservan el mismo candidato a la Presidencia Regional.

Aunque la comparación 2006/2010 podría dar la ilusión de una tendencia, la consideración de la información del 2014 muestra más bien la posibilidad de mayor fragmentación y una Presidencia Regional (Arequipa Tradición y Futuro) con clara minoría en el Consejo; que muestra igualmente una sobrerrepresentación en una provincia alejada (La Unión, 1% de electores hábiles y 30% de escaños), lo que también aumenta la fragmentación del Consejo; y la sub representación de la provincia de mayor concentración poblacional (78% de electores hábiles y 10% de escaños).

IX. UN COMENTARIO FINAL

Lo dicho acá muestra que es posible avanzar en una reflexión de mayor hondura en temas insuficientemente trabajados hasta hoy, constatado la necesidad de seguimiento de los efectos del sistema electoral en cada gobierno regional, para luego intentar algunas generalizaciones que sean tendencias observables a pesar de las heterogeneidades propias de la realidad peruana.

Igualmente, hay un desafío en términos de repensar el rol del Consejo en el equilibrio de poderes del nivel intermedio de gobierno y en la descentralización de funciones legislativas y de fiscalización en la división vertical de poderes; y examinar el desarrollo de las organizaciones políticas en el ámbito regional, sus potencialidades y límites.

Sin embargo, hay que tener muy en cuenta que «confiar a la legislación electoral un cometido de redefinición de las fuerzas políticas puede ser una empresa vana [...]» y que «[...] los sistemas electorales no pueden ser tenidos por condición necesaria y suficiente para la producción de determinados efectos políticos [...]», aunque también hay que recordar que no se puede negar que esos sistemas «[...] posean carácter de elementos coadyuvantes en el afianzamiento o en la debilitación de algunas dimensiones importantes de la vida política, especialmente en el orden de la legitimación [...]».⁴¹

⁴¹ VALLES, *ob. cit.*, p. 131

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO

2009 «Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación electoral del Régimen Electoral General»

LÓPEZ AGUILAR, J.F.

1999 «Derecho electoral autonómico y potestad auto organizativa de la CCAA» en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 8 (extraordinario), Valencia.

Ver LAZARO RIOL, A.

2000 «Proporcionalidad, territorialidad e igualdad en los sistemas electorales autonómicos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MUÑOZ, P. y GARCIA A.

2011 «Balance de las elecciones regionales 2010: Tendencias, particularidades y perfil de los candidatos más exitosos», en *Revista Perú Debate, El Nuevo Poder de las Regiones*, Departamento de Ciencias Sociales PUCP, Lima.

OLIVER ARAUJO, J.

2011 «Los sistemas electorales autonómicos», Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Atonòmics, Barcelona, p. 23

REMY, M.I.

2010 «¿Son representativos los gobiernos regionales?», en *Revista Argumentos, año 4, n. 1*, IEP, Lima.

TANAKA, M. y GUIBERT, Y.

2011 «Entre la evaporación de los partidos y la debilidad de los movimientos regionales. Una mirada a las elecciones regionales y municipales desde las provincias, 2002-2006-2010», en *Revista Perú Debate, El Nuevo Poder de las Regiones*, Departamento de Ciencias Sociales PUCP, Lima.

TUESTA, F.

2003 «Descentralización y Elecciones en el Perú», PUCP, Lima.

VALLES, J.M.

1983 «Sistema electoral, Estado de las Autonomías y Comunidades Autónomas», en *Revista de Estudios Políticos, n. 34*.

VIDAL PRADO, C.

2011 «El sistema electoral Alemán como modelo: ventajas e inconvenientes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n. 26*, Madrid.

La iniciativa legislativa ciudadana en el Perú

GIOVANNI FORNO FLÓREZ¹

Secretario técnico del Congreso de la República del Perú



SUMARIO

I. Introducción.- II. La iniciativa legislativa en el Perú.- III. La iniciativa legislativa ciudadana.- 3.1. El marco legal.- 3.2. Uso de las facultades de iniciativa legislativa ciudadana.- 3.3. Eficacia de las iniciativas legislativas ciudadanas.- IV. Reflexiones finales.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La iniciativa legislativa es el derecho por medio del cual la Constitución habilita a determinados sujetos para ejercer la función legislativa, esto es la presentación de proyectos o proposiciones de ley y, de esta manera, dar inicio al procedimiento legislativo, cuyo objetivo último es la aprobación de las leyes.

Durante muchos años el Derecho Constitucional preservó la iniciativa legislativa solo para otorgarla al órgano legislativo por excelencia, el Parlamento, y para su contraparte, el Poder Ejecutivo. Aún hoy en día, el marco constitucional de países latinoamericanos como México u Honduras reserva el derecho de iniciativa para los poderes antes indicados.

Sin embargo, el constitucionalismo moderno, especialmente en el siglo XX, amplió el derecho de iniciativa legislativa². Así, algunos textos constitucionales le han otorgado

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Ciencias Políticas. Tiene veinte años de experiencia en el Congreso de la República y actualmente es secretario técnico de la Comisión de Vivienda y Construcción.

² En la legislación española, las primeras referencias a la iniciativa legislativa ciudadana se remontan a la Constitución de la Segunda República de 1931, en cuyo artículo 66 reconocía al pueblo el ejercicio del derecho de iniciativa (Astarloa, 2002-2003).

facultad de iniciativa legislativa al tercer poder, clásico, del Estado, el Poder Judicial. Este es el caso de las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

Los tribunales electorales y las cortes constitucionales también han sido favorecidos con el derecho de iniciativa legislativa. Los textos constitucionales de Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela, empoderan a los primeros en esta materia; en tanto que las de Colombia y El Salvador le confieren el derecho a los segundos.

Las corporaciones subnacionales de gobierno, llámense municipalidades, ayuntamientos o asambleas, son consideradas en las constituciones de Ecuador, El Salvador, España, Nicaragua y Venezuela.

Otras entidades u organismos del Estado reciben también de su ordenamiento constitucional, con menor incidencia, el derecho de iniciativa legislativa. Es el caso del Consejo de Estado (Colombia), la Procuraduría General (Colombia, Ecuador y Panamá), la Contraloría General (Colombia y Ecuador), la Fiscalía de la Nación (Colombia y Ecuador) y la Defensoría del Pueblo (Colombia y Ecuador).

Sin embargo, las constituciones latinoamericanas, siguiendo las corrientes modernas del constitucionalismo europeo, especialmente las españolas y las alemanas, han venido incorporando en sus cartas fundamentales el otorgamiento del derecho de iniciativa legislativa fuera de la estructura estatal, concediéndole el derecho al ciudadano. Así ha sucedido en los ordenamientos jurídicos constitucionales de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

En Europa, consideran la iniciativa legislativa ciudadana (o popular, conforme a la legislación española) en los ordenamientos constitucionales de Austria, Alemania, Hungría Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, España, Países Bajos y el Reino Unido.³

La iniciativa legislativa ciudadana permite que, cumpliendo determinados requisitos, la gente común y corriente, ciudadanos de a pie, puedan hacer echar andar la maquinaria legislativa presentando proyectos de ley.

II. LA INICIATIVA LEGISLATIVA EN EL PERÚ

De acuerdo al artículo 107 de la Constitución Peruana de 1993, tienen iniciativa legislativa los congresistas, el Presidente de la República, las instituciones públicas

³ Freixes Ssanjuán y Poptcheva (2009)

autónomas⁴ (Corte Suprema, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Banco Central de Reserva, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y Tribunal Constitucional), las entidades subnacionales de gobierno (estos son los gobiernos regionales y las municipalidades), los colegios profesionales y los ciudadanos.

La primera Constitución del Perú, aprobada en 1823, le otorgaba la facultad de iniciativa legislativa sólo y exclusivamente al Parlamento. Once años después, la Constitución de 1834 amplió el derecho en beneficio del Presidente de la República. La Constitución de 1867 incluyó al Poder Judicial. En el siglo XX, las constituciones 1920 y 1979 consideraron niveles subnacionales de gobierno⁵.

Es la última Constitución peruana, la de 1993, la que amplía considerablemente el derecho de iniciativa legislativa, habilitando a 17 sujetos para la presentación de proyectos de ley. En dicha constitución, por primera vez se reconoce el derecho de iniciativa legislativa ciudadana:

Artículo 107.- El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

*También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. **Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.***

III. LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA

Como puede verse, la Constitución peruana de 1993 otorga el derecho de iniciativa a la ciudadanía, pero enmarca su ejercicio dentro de la ley. Hubo que esperar hasta mayo de 1994 para que la ciudadanía dispusiese del marco legal que le permitiera ejercer el entonces recientemente derecho constitucional otorgado. Esa ley, vigente hasta el día de hoy, es la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

⁴ Son instituciones públicas autónomas, todas aquellas que se encuentran reguladas por la Constitución; aunque sólo en el caso del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, tal facultad se le reconoce expresamente, conforme lo disponen, respectivamente, los artículos 159, inciso 7, 162, 178, 192, inciso 9, y 195, inciso 9, de la Constitución Política.

⁵ La Constitución de 1920 se refiere a los Congresos Regionales en el numeral 3 de su artículo 101; y, la de 1979 se refiere a: el órgano de Gobierno de la región en las materias que les son propias, en su artículo 190.

3.1. EL MARCO LEGAL

La Ley 26300 establece las condiciones, requisitos y derechos dentro de los cuales se ejerce la iniciativa legislativa ciudadana, pero también establece las obligaciones que debe cumplir el Congreso de la República en el procedimiento legislativo de dichas iniciativas.

Requisitos de la iniciativa:

- Para poder presentar una iniciativa ciudadana en el Perú, el o los ciudadanos interesados o promotores deben recabar las firmas de, al menos, el equivalente al 0.3% de la población electoral⁶.
- La iniciativa debe redactarse en forma de proyecto articulado.

Condiciones:

- La iniciativa legislativa ciudadana comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios o presupuestarios tienen los congresistas de la República.

Obligaciones del Congreso:

- El Congreso debe ordenar la publicación de la iniciativa en el diario oficial, que en el Perú se denomina *El Peruano*.
- La iniciativa legislativa recibe preferencia en el trámite. En ese sentido, el Congreso de la República debe dictaminar y votar el correspondiente proyecto de ley en un plazo máximo de 120 días calendario.

Derechos:

- Quienes presentan la iniciativa legislativa ciudadana pueden nombrar a dos representantes para sustentar y defender el proyecto de ley ante la comisión dictaminadora del Congreso.
- Si la iniciativa legislativa ciudadana es rechazada por el Pleno del Congreso, puede ser sometido a referéndum a fin de que la población decida finalmente el rechazo al mismo o, por el contrario, su convalidación.
- Si los promotores de la iniciativa consideran que el proyecto aprobado por el Congreso, con las modificaciones introducidas en el procedimiento legislativo, desvirtúa la finalidad primigenia de la proposición, pueden solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación.

⁶ Conforme a la información proporcionada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), actualmente el 0,3% de la población actual son 68,529 ciudadanos.

3.2. USO DE LAS FACULTADES DE INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA

Como en la mayoría de los parlamentos en el mundo, la mayor actividad legislativa proviene del propio Congreso o del Poder Ejecutivo. En el Perú, la situación no es diferente. La incidencia de las iniciativas legislativas ciudadanas en el conjunto de las iniciativas presentadas ante el Congreso de la República es muy pequeña, como puede observarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N.º 1
Incidencia de las iniciativas legislativas ciudadanas

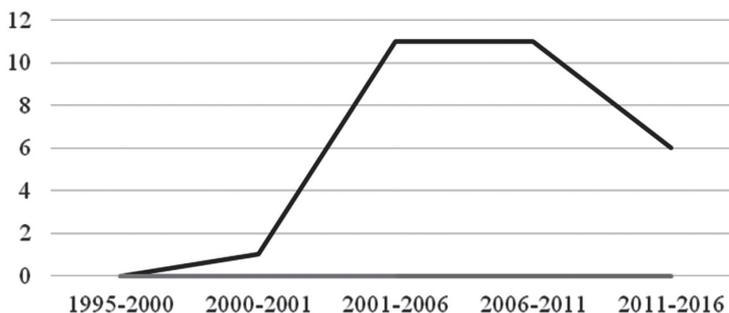
Período	Congreso	Poder Ejecutivo	Iniciativa Ciudadana	Otros	Total	% de la IC en el Total
1995-2000	5,231	427	0	149	5,807	-
2000-2001	1,734	179	1	52	1,966	0,51%
2001-2006	13,653	818	11	359	14,841	0,07%
2006-2011	3,740	796	11	364	4,911	0,22%
2011-2016 ⁷	4,324	475	6	205	5,010	0,12%

Fuente: Portal del Congreso de la República.
Elaboración propia

Como puede verse, la incidencia de las iniciativas legislativas ciudadanas en el conglomerado de la carga legislativa en el Parlamento peruano es ínfima, no sólo en términos numéricos (29 iniciativas en casi 20 años) sino también en términos porcentuales. En su mejor momento, en el Período Legislativo 2000 – 2001, fue el 0,51% del total de proyectos de ley presentados.

En términos numéricos, tuvo un inicio muy incipiente (una sola iniciativa en el Período Legislativo 2000-2001), sin embargo se multiplicaron exponencialmente en el siguiente Período. No obstante, el número de iniciativas se ha reducido prácticamente a la mitad en el presente Período Legislativo.

EVOLUCIÓN DE LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS CIUDADANAS



⁷ Información actualizada al 20 de noviembre de 2015.

3.3. EFICACIA DE LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS CIUDADANAS

Independientemente de la incidencia de las iniciativas legislativas ciudadanas en el contexto de las proposiciones legislativas que recibe el Congreso de la República del Perú, es importante evaluar la eficacia de estas iniciativas, es decir, medir su resultado.

En este campo, lamentablemente, los números también son muy pobres. Como puede verse en el siguiente cuadro, de las 29 iniciativas legislativas ciudadanas presentadas ante el Congreso de la República desde que la Constitución Política consagró este derecho, solo se han convertido en leyes 7 iniciativas:

Cuadro N° 2
Eficacia de las iniciativas legislativas ciudadanas

Periodo	Iniciativa Ciudadana	Comisión no dictaminó	Dictamen Negativo	Dictaminado pero no debatido	Aprobada como Ley	Aprobado como Ley con Referéndum	Total
1995-2000	0	0	0	0	0	0	0
2000-2001	1	-	-	1	1	-	1
2001-2006	11	3	4	1	2	1	3
2006-2011	11	6	4	0	1	-	1
2011-2016 ⁸	6	4	0	0	2	-	2
						TOTAL	7

Fuente: Portal del Congreso de la República.

Elaboración propia

Como puede verse, solo la cuarta parte, 7 de 29 iniciativas legislativas ciudadanas, han logrado convertirse en Ley⁹. No obstante, debe reconocerse que las materias que se han legislado por medio de este mecanismo son de gran importancia económica y social, lo cual podría estar relacionado con los promotores:

Período Legislativo 2000-2001

- Ley 27396, Ley que suspende los efectos del Decreto Ley 25882, que incluye a la Empresa Nacional de Puertos del Perú (ENAPUPERÚ) en el proceso

⁸ Información actualizada al 20 de noviembre de 2015.

⁹ A pesar de que los números resultan pesimistas, es necesario notar que los resultados de la iniciativa legislativa ciudadana en el Perú tiene un rendimiento superior a los resultados que se encuentran en Europa. En Austria la efectividad (al año 2002) es de 21%; en Italia (al 2005) es de 13,6%; en España (al 2009) es de 3,1%. (Freixes Ssanjuán y Poptcheva, 2009).

de privatizaciones, promovida por la Federación de Trabajo de la Empresa Nacional de Puertos.

Período Legislativo 2001-2006

- Ley 27677, Ley que dispone la devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), a los trabajadores que contribuyeron a dicho Fondo, promovida por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú¹⁰.
- Ley 28244, Ley que excluye a la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ) de las modalidades de promoción a la inversión privada en empresas del Estado previstas en el Decreto Legislativo 674, promovida por el Sindicato Unificado de Trabajadores del Petróleo, Energía, Derivados y Afines de la Región Grau¹¹.
- Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, promovida por la ONG Veeduría Ciudadana.

Período Legislativo 2006-2011

- Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, promovida por la ONG Foro de la Sociedad Civil en Salud, por los colegios profesionales de salud y por la Coordinadora de Organizaciones Sindicales, Sociales de Base y Gremiales de Productores.

Período Legislativo 2011-2016

- Ley 29973, Ley General de Personas con Discapacidad, promovida por la ONG Sociedad y Discapacidad y la Confederación Nacional de Discapitados del Perú.
- Ley de Protección y Bienestar Animal, promovida por la ONG Sociedad y Discapacidad y la Confederación Nacional de Discapitados del Perú¹².

IV. REFLEXIONES FINALES

Si bien es cierto conferirle al ciudadano organizado el derecho de iniciativa legislativa es un gran avance en la consolidación de los Derechos Civiles y Políticos, resulta más que evidente que la principal valla para su ejercicio pleno está en el alto número

¹⁰ Esta Asociación se convirtió en el Partido Político Fonavistas del Perú, actualmente denominado Democracia Directa.

¹¹ La región Grau hace referencia al departamento de Piura, al norte del Perú.

¹² Aprobada por el Pleno del Congreso de la República en la sesión plenaria realizada el jueves 19 de noviembre de 2015, pendiente de promulgación.

de firmas, 68,529, que se requieren. Debe tenerse en cuenta que no sólo se trata de obtener las firmas, sino que se requiere una logística que implica recursos económicos importantes.

De otro lado, resulta igualmente evidente que las disposiciones legales respecto de la tramitación de las iniciativas legislativas ciudadanas, especialmente aquella referida a la preferencia en el trámite y en la que obliga al Congreso de la República a dictaminar y votar estas iniciativas en un plazo máximo de 120 días calendario.

Finalmente, a pesar de que existen experiencias exitosas, resulta claro que no se ha podido consolidar una cultura ciudadana, dada la cantidad de iniciativas ciudadanas cuyos correspondientes procedimientos legislativos han quedado inconclusos, lo que resulta ser un indicativo de que las agrupaciones promotoras no han sido lo suficientemente consolidadas y/o interesadas como para hacer valer sus derechos en sede legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel

1986 «La Iniciativa Legislativa». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N.º 16.

ASTARLOA VILLENA, Francisco

2002-2003 «La Iniciativa Legislativa Popular en España». En *Teoría y Realidad Constitucional*. Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED. Madrid, N.º 10-11.

BIGLINO CAMPOS, Paloma

1987 «La iniciativa legislativa popular en el Ordenamiento Jurídico Estatal». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N.º 19.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y Eva-María POPTCHEVA

2009 «Iniciativa legislativa popular: Estudio comparado de la situación legal en los estados miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE». En *Pliegos de Yuste: Revista de Cultura y Pensamiento Europeo*. Fundación Academia Europea de Yuste. Cáceres, N.º 9-10.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción

1994 «La iniciativa legislativa popular». En *El Procedimiento Legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario*. Serie IV: Monografías 38. Congreso de los Diputados. Madrid.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad

2000 «La iniciativa legislativa en la Constitución Española de 1978». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N.º 59.

GÓMEZ LUGO, Yolanda

2009 «El derecho a tramitar las iniciativas legislativas por el procedimiento adecuado». En: *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. N.º 4, octubre.

LAVILLA ALSINA, Landelino

1994 «Problemas de la iniciativa legislativa». En *El Procedimiento Legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario*. Serie IV: Monografías 38. Congreso de los Diputados. Madrid, 1994.

MARCO ABATO, Marcos

1998 «Una aproximación a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la Ley». En *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. Valencia. N.º 6.

MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis

«Algunas notas sobre la participación ciudadana en la elaboración de las leyes». En *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. Valencia. N.º 23, 2010, páginas 257 a 274.

MURO i BAS, Xavier

2007 «Algunas cuestiones en torno a la iniciativa legislativa popular». En *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. Valencia. N.º 19.

Hacia una nueva forma de controlar el poder político: ¿necesidad? de rediseñar un macrosistema de control que tenga como eje al control parlamentario



YON JAVIER PÉREZ PAREDES¹

Secretario técnico del Congreso de la República del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. El límite del poder político mediante la separación y equilibrio de poderes.- III. La insuficiencia de la separación y equilibrio de poderes para controlar el poder político: ensanchamiento de los Estados y rol anárquico de los órganos investidos con facultades de control.- 3.1. El ensanchamiento de los Estados y la galopante corrupción política.- 3.2. El rol anárquico de los órganos investidos con facultades de control.- IV. La necesidad de rediseñar un auténtico sistema de control del poder político que tenga como eje central al control parlamentario y articule la función de los órganos investidos con facultades de control y el control social.- 4.1. Condiciones para articular el rol de los órganos que integran el macrosistema de control.- 4.2. El Congreso de la República (control parlamentario) como eje central y la articulación del rol que deben cumplir los órganos integrantes del macrosistema de control.- V. Conclusiones.- VI. Recomendaciones.- Bibliografía.

¹ Abogado con estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Federico Villarreal. Magíster en Ciencia Política, cuenta con segundo título profesional en Derecho Público y Buen Gobierno y estudios de Maestría en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario técnico del departamento de Comisiones, docente del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios (CCEP) del Congreso de la República

I. INTRODUCCIÓN

Ante los recientes actos de corrupción política descubiertos sobre todo en los gobiernos descentralizados, los especialistas y el propio Estado han dirigido los reflectores al proceso de descentralización, incluso algunas voces reclaman centralizar el manejo de los recursos públicos y ciertas funciones gubernamentales estratégicas. En el presente trabajo se sostiene que el problema no reside en el proceso referido, cuyo avance es irreversible, sino en la ausencia de un sistema de control del poder político.

Así, en la primera parte se desarrolla la utilidad de la separación y equilibrio de poderes para consolidar el límite del poder y su instauración en los textos constitucionales de América Latina, incluido el Perú. En la segunda parte se aborda la insuficiencia de aquella para controlar el poder político gubernamental frente al ensanchamiento del tamaño del Estado y al rol desarticulado que cumplen los actores investidos con facultades de control por el constituyente. La tercera parte trata la necesidad de diseñar un macrosistema de control del poder en el Perú que tenga como eje central al Parlamento (control parlamentario), en el cual se logre articular la función de los órganos que lo integran, optimizar el control previo y concurrente y compatibilizar la *accountability* horizontal teorizada por O'donnell con la *accountability* vertical optimizada, ergo, que abra paso al control social o espacio público de Habermas; asimismo, se señalan las condiciones necesarias para establecer dicho sistema, así como la forma y mecanismos que hacen posible su articulación funcional. Finalmente, se proponen algunas conclusiones y recomendaciones.

II. EL LÍMITE DEL PODER POLÍTICO MEDIANTE LA SEPARACIÓN Y EQUILIBRIO DE PODERES

La evolución del constitucionalismo, registrada en los textos constitucionales, denota ciertos lapsos de aislamiento respecto de disciplinas como la sociología, la ciencia política, el derecho parlamentario, entre otras, cuya contribución le resulta insoslayable para ofrecer soluciones jurídicas a los problemas políticos y sociales cada vez más complejos. El constituyente asumió el rol de jurista puro con impecable empeño para consolidar la separación de poderes «cuyos atisbos se encuentran en Locke» (Aragón 1995: 40) y en este afán incurrió en omisiones bastante sentidas que deben subsanarse.

En efecto, durante el proceso de constitución del Estado se libró una encarnizada lucha por limitar el poder político sea del príncipe, del monarca o del soberano. Así, la teoría política de Hobbes, con fuerte influencia en el pensamiento político contemporáneo, sentenció la necesidad racional en cuya virtud los hombres debían conferir poderes absolutos a un soberano, sea un hombre o una asamblea, para garantizar sus vidas y propiedades (Hobbes 1993: 232). Esta luego es complementada con la *voluntad general* resultado del contrato social (Rousseau 1969: 40) que otorgó contenido teórico al

concepto de soberanía popular y alimentó el sentimiento de rechazo contra los poderes absolutos del príncipe defendidos por Maquiavelo (1955) y Bodin (1986). Finalmente, el equilibrio de poderes, o pesos y contrapesos, que proviene del pensamiento de Montesquieu, completa la teoría contractualista cuyos postulados inspiraron el liberalismo e iluminaron la independencia y consecuente aprobación de la Constitución de Estados Unidos de América, así como la Revolución Francesa. Pese al significado de esta para la dogmática constitucional (Schmitt 1996: 70), aquella logra instaurar una verdadera separación y cooperación funcional entre poderes a través del *checks and balances*, instituciones públicas que se limitan las unas a las otras (Elster 1998: 79-80).

Debemos admitir que las transformaciones sociales y políticas han afectado la separación de poderes, originándole sendos cuestionamientos teóricos que no corresponde analizar en el presente trabajo. Sin embargo, queda claro que con su instauración en la norma constitucional se buscó un efecto dual: distribuir el poder evitando su concentración en un solo órgano o persona (límite) y, en este marco, también fiscalizar al mismo (control). No cabe duda de que el constituyente latinoamericano dispuso su preocupación suprema —limitar el poder político— universalizando en los textos constitucionales la separación y equilibrio de poderes. Ello se advierte en el texto del artículo 43 de la vigente Carta Política del Perú y en los principales textos constitucionales de América Latina.

III. LA INSUFICIENCIA DE LA SEPARACIÓN Y EQUILIBRIO DE PODERES PARA CONTROLAR EL PODER POLÍTICO: ENSANCHAMIENTO DE LOS ESTADOS Y ROL ANÁRQUICO DE LOS ÓRGANOS INVESTIDOS CON FACULTADES DE CONTROL

La dimensión omnicomprendiva del *límite del poder* se mantuvo hasta entrado el siglo XVIII, fundamentalmente porque la concepción clásica de la división de poderes era fuente inspiradora de revoluciones² y satisfacía, además, la necesidad de controlar a las instituciones que tenían poder real, ello se advierte en la expresión de Montesquieu (1987: 106): «para que no se pueda abusar del poder es preciso que el poder frene el poder».

Luego, se debilitó considerablemente en razón a que los Estados y sus normas no son estáticos ni los postulados teóricos merecen aplicación mecanicista. A mediados del referido siglo aparecieron nuevas entidades y organismos públicos, el gobierno se distribuyó en niveles descentralizados y la burocracia creció geométricamente. Estos sucesos certificaron la separación entre *límite* y *control*.

² El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sentenció que Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

3.1. EL ENSANCHAMIENTO DE LOS ESTADOS Y LA GALOPANTE CORRUPCIÓN POLÍTICA

La doctrina ofrece diversas variables para determinar el tamaño del Estado. Paredes y Sachs (1991: 14-15) consideran que puede medirse por su participación directa en la economía mediante el cobro de impuestos y ejecución del gasto público; la producción de bienes y servicios; y la intensidad con la que el gobierno regula, controla y dirige la economía privada. Para Ocampo y Malagón (2011: 1-12) las fuentes de información que permiten determinar el tamaño del sector público dentro de las economías, son las cuentas fiscales y las cuentas nacionales; el análisis de ambas variables permitió a estos autores establecer cuatro grupos: países con un sector público grande en 1990 y en expansión (Brasil y Bolivia); países con un sector público grande y con poco crecimiento (Venezuela, Chile, Uruguay, Nicaragua y Honduras); países con un sector público pequeño en 1990 y en expansión (Colombia, Paraguay, República Dominicana, Ecuador, Argentina y México); y países con un sector público pequeño y de poco crecimiento (Guatemala, Perú, Costa Rica, Panamá y El Salvador).

El lugar que ocupa el Perú en esta clasificación, desde nuestra perspectiva, guarda cierta relación con la política privatizadora aplicada en la década del 90, que trajo consigo la eliminación de la actividad empresarial del Estado y la reducción de la carga burocrática legada por los gobiernos de Belaunde y García. Ciertamente, dicha política en la tendencia creciente del sector público e incluso podríamos afirmar que el Estado peruano dejó de crecer pero sufrió un considerable ensanchamiento. Ante el esfuerzo por preservar los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), se crearon *órganos constitucionales autónomos*³ que, junto a los gobiernos descentralizados facultados para dictar normas (autonomía política), administrar sus recursos (autonomía económica) y organizar el ejercicio del poder descentralizado (autonomía administrativa), aumentaron el peso de la administración estatal dificultando la actividad de control.

El Estado republicano originario fue bastante pequeño. Según el artículo 28 de la Constitución de 1823, el Poder Ejecutivo tenía exactamente tres ministerios: uno de Gobierno y Relaciones Exteriores, otro de Guerra y Marina y otro de Hacienda. La Constitución de 1839 (artículo 89) aumentó a cuatro. A partir de la Constitución de 1856 el número y denominación de los ministerios se debe determinar por ley. Actualmente tenemos dieciocho ministerios, sin contar la Presidencia del Consejo de Ministros, y cerca de dos mil setecientos entidades públicas, según el directorio publicado en el portal del Estado peruano por la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico.⁴ Mención especial merecen los gobiernos descentralizados cuya creación significó un aporte vitamínico al límite del centralismo, pero originó el relajamiento de

³ Entre ellos tribunales electorales, tribunales constitucionales, consejos que nombran magistrados judiciales, defensorías del pueblo, contralorías, entre otros)

⁴ <Véase: http://www.peru.gob.pe/directorio/pep_directorio_poderes.asp>

los controles previstos por el constituyente⁵ y el *florecimiento* de organizaciones mafiosas que esquilmaron groseramente los recursos regionales y municipales, implicando a los propios presidentes, hoy gobernadores regionales.⁶ Varios han terminado en prisión (César Álvarez de Áncash; Gregorio Santos de Cajamarca; Clever Meléndez de Pasco), otros prófugos de la justicia (Jorge Acurio del Cusco o Gerardo Viñas de Tumbes); y un alcalde provincial (Roberto Torres de Chiclayo) fue enviado a prisión junto a su novia, paradójicamente fundadores de la organización *Los Limpios de la Corrupción*.⁷ En cifras de la Procuraduría Anticorrupción, hasta inicios del 2015 se identificaron diecinueve gobiernos regionales y cinco mil quinientos municipalidades (provinciales y distritales),⁸ del período 2011-2014, comprometidos en actos de: colusión, obras fantasmas o sobrevaluadas, malversación, peculado, colusión, es decir, en conductas delictivas que cubren prácticamente todos los tipos penales contra la administración pública previstos por el Código Penal.

Ante esta situación, los reflectores se han dirigido al proceso de descentralización pretendiendo responsabilizarlo por las *siete plagas* que han caído sobre los gobiernos descentralizados, algunas voces —felizmente muy pocas— han insinuado regresar a la administración centralizada de recursos públicos o de ciertas funciones gubernamentales estratégicas. Evidentemente, la regresión al centralismo debe descartarse de plano, quizá se requiera revisar o evaluar normas⁹ para realizar ajustes necesarios o corregir efectos no previstos por el legislador, lo cual ya se ha propuesto desde el Parlamento (Falconí, Lay, Zeballos, Kobashigawa y Pérez: 2014).

Desde nuestra perspectiva, el problema no se encuentra propiamente en el proceso de descentralización, sino en la ausencia de un auténtico sistema de control del poder en el Estado, que no logrará resolverse habilitando actores con facultades anárquicas de control que poco han aportado para enfrentar la galopante corrupción política de la presente década que no es privativa del Perú.¹⁰ Argentina, durante los doce años de kichnerismo, registra dos casos de alta corrupción: el caso de los Ferrocarriles, manejado por Julio Schiavi desde el Ministerio de Planificación; y el caso Sueños Compartidos, que es un millonario Plan de Viviendas. Brasil, tiene en el podio de la corrupción dos casos

⁵ Entre los principales órganos investidos con facultades de control tenemos: Congreso de la República, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo, Concejo Municipal y Concejo Regional.

⁶ Según la Ley 30305, Ley de reforma de los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política del Perú sobre denominación y no reelección inmediata de autoridades de los gobiernos regionales y alcaldes, los presidentes regionales se denominan gobernadores regionales.

⁷ Véase: <<http://elcomercio.pe/peru/pais/corruccion-causo-crisis-cinco-regiones-durante-2014>>.

⁸ Véase: <<http://peru21.pe/politica/vinas-dioses-tercer-presidente-regional-que-cae-corrupcion-2186363>>

⁹ Las leyes vinculadas directamente con el proceso de descentralización son: Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; y 27072, Ley Orgánica de Municipalidades.

¹⁰ Aún se encuentran en la agenda judicial y mediática los casos: Petroaudios que involucra la gestión de Alan García; el caso Ecoteva en el cual ha resultado implicado el ex presidente Alejandro Toledo; el caso Antalsis que podría alcanzar la gestión del presidente Humala; el caso Interoceánica, que puede comprometer a los tres mencionados; y el caso de los gobiernos descentralizados, la gota que rebasó el vaso.

mayores: el caso Petrobras, que alcanza a los presidentes Collor de Mello, Lula Da Silva y Dilma Rousseff; y el caso Odebrecht, cuyo propietario Marcelo Odebrecht, se encuentra preso. Chile, hasta hace poco considerado país libre de corrupción, enfrenta dos mega casos: caso Penta, llamado *Pentagate*, que afecta a la Unión Democrática Independiente (UDI) —la derecha chilena—; y el caso CAVAL, en el cual está implicado nada menos que el hijo de la presidenta Bachelett. En los demás países de Sudamérica también existe corrupción política.

3.2. EL ROL ANÁRQUICO DE LOS ÓRGANOS INVESTIDOS CON FACULTADES DE CONTROL

Conforme al texto de la norma constitucional vigente, los actores investidos con facultades de control en el Perú son: Congreso de la República,¹¹ Contraloría General de la República,¹² Defensoría del Pueblo,¹³ Consejo Regional y Concejo Municipal.¹⁴

3.2.1. El Congreso de la República y la función de control parlamentario

El Congreso de la República ejerce control del poder gubernamental mediante la función de control, denominado *control político* o —con poco acierto— *control político parlamentario*. En estas últimas expresiones se confunde la función con su naturaleza: jurídica, control sanción; o política, de desgaste político. Convendría referirnos al control parlamentario de naturaleza política.

El término ‘Control’, etimológicamente, proviene de la palabra francesa *contrôle*, cuyo origen se encuentra en el latín *contra rotulum*, que traducido significa «frente a la lista». Para Avril, «la palabra control en inglés posee el significado de dominio o supremacía, mientras que las equivalentes en francés *contrôle* e incluso la italiana *controllo* poseen un significado distinto, de confrontación contra un registro o comprobación» (Berlín, 1998:211). Loewenstein (1986) señala que «control es inspección, verificación, fiscalización, comprobación o examen»; en tanto López Guerra (1997:161) considera que el término se identifica con las actividades de vigilancia, exposición, discusión y evaluación de la acción del Gobierno.

¹¹ La Constitución Política del Perú no contiene norma expresa que faculte al Congreso de la República para cumplir la función de control. Dicha función se desprende de la interpretación extensiva y sistemática de los artículos que conforman el Capítulo VI denominado *De las relaciones (del Congreso) con el Poder Ejecutivo* y del artículo 5 del Reglamento del Congreso de la República.

¹² La Contraloría General se encuentra prevista en el artículo 82 de la Constitución Política.

¹³ El artículo 162 de la Constitución Política instaura la Defensoría de Pueblo, sus atribuciones principales, la forma de elección de su titular y los derechos que le corresponde.

¹⁴ Los artículos 191 y 194 de la Constitución Política establecen las normas básicas referidas a los gobiernos descentralizados y el rol que les corresponde al Consejo Regional y al Concejo Municipal.

Atendiendo al carácter polisémico del término, hemos convenido en clasificar las definiciones en dos grupos: las que tienen un sentido estricto y las que tienen un sentido amplio.

Según la concepción estricta, el control parlamentario se encuentra incardinado al Derecho que determina su ámbito y contenido. Es un control rígido o estricto con mecanismos y sanciones predeterminados en la norma, la capacidad discrecional del órgano controlante es baja y se activa ante un acto de confrontación o juicio de determinada conducta, unido a una facultad de sancionarla, esto es, de corregirla por medios claramente establecidos por el Derecho (Santaolalla, 1987: 222). Comparten esta concepción Galizia, Fenucci y —en algunos puntos— Manzella, para quienes todo control resultaría inútil si no es capaz de provocar la caída del Gobierno (Montero y García, 1984: 45).

La concepción amplia, por su parte, separa el control de la sanción eliminando su obligatoriedad, exonera la exigencia de responsabilidad y la participación de la mayoría como elementos necesarios para su ejercicio (Montero Guibert y García Morillo, 1984: 211). Se concibe el control como herramienta de la minoría siendo posible, incluso, recurrir a instrumentos atípicos, aquellos no previstos expresamente en la norma. Señala Rubio Llorente (en Mora Donatto, 1998: 23) que el control puede asumirse como una perspectiva desde la cual es posible analizar la acción del Parlamento o una función que un auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad. Manuel Aragón, sin duda el más preclaro exponente de esta concepción, con singular acierto señala que sin control jurídico no puede existir Estado de derecho y sin control político no puede existir democracia (En Mora Donatto, 1998:23).

El impecable diseño de los postulados que inspiran la teoría moderna no se refleja aún en las normas constitucionales y reglamentos parlamentarios que rigen en América Latina, las cuales aún mantienen fuerte influencia de la vetusta y anacrónica teoría del control-sanción, que lamentablemente banaliza su eficacia y utilidad práctica. Veamos el caso peruano.

La Constitución Política otorga rango constitucional a determinados instrumentos de control, pero ubica su regulación dentro de las normas referidas al Poder Ejecutivo, en el capítulo VI titulado «De las relaciones con el Poder Legislativo». Entender y regular el control como resultado de las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento expresa la influencia de la teoría clásica propia del parlamentarismo europeo, pero incompatible con el presidencialismo caracterizado, según Linz, por la legitimidad democrática dual (Parlamento y Presidente de la República elegidos por voto popular). El control parlamentario en una república presidencialista no podría configurarse ni entenderse como resultado de la relación entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento.

En el Reglamento del Congreso de la República la presencia de la teoría del control sanción es mucho más notoria. El texto del artículo 5¹⁵ señala que el control se desarrolla «[...] **cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores**»;¹⁶ para que no quede la menor duda el artículo 88 es absolutamente contundente, ya que establece:

*El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o **sancionar la conducta de quienes resulten responsables** [...]*¹⁷

La deficiente regulación del control parlamentario ha servido de insumo para imponer el predominio de la función legislativa, ello se advierte en el artículo 102 de la Constitución Política del Perú,¹⁸ que contiene diez actividades llamadas «atribuciones del Congreso». Casi todas, excepto el derecho de amnistía y la autorización de viaje del Presidente de la República, están referidas a la función legislativa; la exageración se encuentra en el numeral 10), que faculta al Congreso a ejercer las demás atribuciones que señala la Constitución y **las que son propias de la función legislativa**.¹⁹

El legislador constitucional omitió incorporar un título, un capítulo o por lo menos un artículo para referirse a la función de control. Sus instrumentos son tratados en forma dispersa²⁰ y en muchos casos requieren el concurso de la mayoría parlamentaria para su ejercicio. Esta situación afecta su eficacia e impide su articulación con el rol que

¹⁵ El texto del artículo 5 del Reglamento del Congreso de la República, induce a terribles confusiones. Aparentemente el «control político», término usado en la primera parte, se ejerce sobre «la conducta política del gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado»; mientras que la «fiscalización», tratada en la segunda parte, comprendería el uso o disposición de bienes y recursos públicos. Complica la inteligibilidad de la norma bajo comentario el artículo 34 el cual establece que «Las comisiones son grupos especializados de congresistas, cuya función principal es el seguimiento y fiscalización del funcionamiento de los órganos estatales, y en particular, de los sectores que componen la administración pública [...]».

Según la norma reglamentaria los términos «control político», «fiscalización» y «seguimiento» tendrían significado diferente o, cuando menos, deben recaer sobre actividades distintas, pese a que se trata de palabras con igual significado. En base a esta diferencia muchos especialistas han llegado a sostener que el Parlamento cumple la función de «fiscalización y control político» o de «control político y fiscalización» incurriendo en redundancias inadmisibles que equivalen algo así como a decir «república y división de poderes», «intencionalidad y dolo» o «lapso de tiempo». Obviamente, la república es división de poderes, el dolo es intencionalidad, y lapso es una porción de tiempo.

¹⁶ El subrayado y negritas es nuestro.

¹⁷ El subrayado y negritas es nuestro.

¹⁸ Artículo 102. Son atribuciones del Congreso: dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar y derogar las existentes [...]; ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.

¹⁹ El subrayado y negritas es nuestro.

²⁰ Los pedidos de información y la facultad de formar comisiones investigadoras se encuentran regulados en los artículos 96 y 97, el antejuicio y juicio político en los artículos 99 y 100 todos forman parte del Título IV y en el capítulo VI referido a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento regula a la mayoría de instrumentos de control.

cumplen los demás actores de la llamada *accountability* horizontal, incluso en ciertos momentos resultan incompatibles.²¹

3.2.2. La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es el órgano sobre el cual recae la tarea de supervisar, controlar o fiscalizar el uso eficiente, eficaz y económico de los recursos del Estado peruano, la buena gestión de la deuda pública y la legalidad de la ejecución del presupuesto del sector público; todo ello para coadyuvar al logro de los objetivos del Estado en el desarrollo nacional y bienestar de la sociedad peruana (OEA: 2014).

Fue creada por Ley 6784, del 28 de febrero de 1930, pero su desarrollo normativo, en opinión de Flores (1998), ocurrió con la Ley 14816, Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República del 16 de enero de 1964.²² Esta norma le otorgó la calidad de organismo autónomo con independencia administrativa y funcional, estableciendo en forma clara y taxativa, en su artículo 67, que la máxima facultad de control o fiscalización le corresponde al Congreso de la República.²³ Según Pacheco, la Contraloría General quedó a cargo de las funciones de contabilidad y auditoría (2012: 164). Mediante Decreto Ley 19039, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, del 16 de noviembre de 1971, se le confiere la condición de entidad superior de control del sector público nacional y reitera el rango de Ministro de Estado al Contralor General de la República (Pacheco, 2012: 165). Fue derogado mediante Decreto Ley 26162,²⁴ que estableció las atribuciones, principios y criterios aplicables para el desarrollo del control gubernamental.

Actualmente está regida por la Ley 27785,²⁵ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control,²⁶ que regula el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de los órganos que lo integran. En palabras de Matute, el control gubernamental²⁷ es un proceso integral y

²¹ Se cuestiona con bastante frecuencia cuando el Parlamento se dedica a conocer hechos o actos investigados por la Contraloría General, el Ministerio Público o Poder Judicial. Algunos sostienen que el rol de dichos órganos son incompatibles entre sí.

²² La Ley 14816 estableció, en su capítulo IX, las funciones y atribuciones de la Contraloría y del contralor.

²³ Nótese que el Parlamento fue reconocido como órgano mayor de control en el Estado.

²⁴ El Decreto Ley 26162 fue promulgado el 24 de diciembre de 1992.

²⁵ Esta norma ha sufrido diversas modificaciones, entre las que destacan según la Contraloría General:

Ley 28396, publicada el 25 de noviembre de 2004.

Ley 28422, publicada el 17 de diciembre de 2004.

Ley 28557, publicada el 28 junio 2005.

Ley 29622, publicada el 7 de diciembre de 2010.

²⁶ La Ley 27785 fue publicada el 23 de julio de 2002.

²⁷ De acuerdo con la Ley 27785, el control gubernamental consiste en:

Artículo 6. Concepto

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes [...]

permanente inspirado por tres principios básicos: prevención, desempeño y legalidad. Según lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley 27785, puede ser de dos tipos: interno y externo.

El control interno es aquel que se caracteriza por la relación de dependencia entre el órgano encargado del control y la entidad cuya gestión va a ser controlada. Según López y Ortiz, los órganos de control interno de las administraciones públicas, compuestos generalmente por las intervenciones estatales, autonómicas y locales, están integrados en las mismas, aunque gozan de autonomía para el ejercicio de sus funciones; tiene como objetivo aportar garantías sobre el cumplimiento de la legalidad y sobre la gestión eficiente de los recursos públicos (2005: 8).

En el control externo los sujetos de dicho control (controlante y controlado) no tienen relación de dependencia o subordinación. Se trata de informar o comunicar la regularidad en el cumplimiento de las normas y valoración de la gestión a terceros, no relacionados directamente con la gestión de la organización (López y Ortiz, 2005: 6).

Según el artículo 82 de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General goza de autonomía y está dirigida por el Contralor General elegido para un período de siete años por el Parlamento a propuesta del Poder Ejecutivo, léase Presidente de la República. Este órgano realiza el control posterior, *ex post* o consuntivo, interviene cuando la actividad u obra pública han terminado su ejecución, ello se advierte del artículo 8 de su ley orgánica.²⁸ A pesar de que sobre el tema volveremos en el capítulo siguiente, en estas dos normas reside el mayor problema que afecta la labor de la Contraloría General.

3.2.3. La Defensoría del Pueblo

Se sostiene que el Defensor del Pueblo, bajo diferentes denominaciones, ha estado presente en casi todos los momentos de la historia de la humanidad (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006: 19), pero nace de manera formal en 1809, en Suecia. Originariamente el *ombudsman* tenía como función básica limitar el poder monárquico sueco, cuyos grupos utilizaban al Estado para sus propios intereses económicos; según Quesada, dicha función caracterizó el modelo del *ombudsman* durante todo el siglo XIX (2005: 4). España, mediante el artículo 54 de la Constitución de 1978,²⁹ también lo incorpora como un órgano investido de facultades para supervisar la actividad de la

²⁸ Ley 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República
Artículo 8. Control externo

[...]

Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

[...]

²⁹ El artículo 54 de la Constitución del Reino de España, aprobada en 1978, dispone que una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como Alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

administración en defensa de los derechos ciudadanos, actuando como comisionado de las Cortes Generales.

En el Perú, se institucionalizó en 1993 como un organismo constitucional autónomo y su titular es elegido por el Congreso de la República con el voto de los dos tercios de sus miembros. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 161 de la Constitución Política, tiene inmunidad y goza de las mismas prerrogativas que corresponde a los congresistas de la República.³⁰ Le corresponde defender los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía; en ese sentido, resuelve quejas, consultas y pedidos de ciudadanos que consideran haber sufrido la vulneración de sus derechos, básicamente, se encarga de elaborar informes con recomendaciones o exhortaciones a las autoridades, reuniendo argumentos técnicos, éticos y jurídicos. Se convierte en colaborador crítico del Estado, ejerce su mandato con objetividad, profesionalismo y responsabilidad, nunca por oposición arbitraria o injustificada frente al Estado (Defensoría del Pueblo, 2014).

3.2.4. El Consejo Regional

Otro de los órganos investido con facultades de control o fiscalización, dentro del diseño constitucional peruano, es el Consejo Regional.

La Constitución Política, en su artículo 43,³¹ establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana; su gobierno es unitario, representativo y descentralizado. En el artículo 189 se señala que el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local; el ámbito de nivel regional de gobierno son las regiones, actualmente representadas por cada departamento, y el ámbito de nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados. En cuanto a estructura básica, cada gobierno regional se compone de un órgano ejecutivo representado por el Gobernador Regional, de un órgano normativo y fiscalizador denominado Consejo Regional y de un Consejo de Coordinación Regional.

La existencia y el funcionamiento de los gobiernos regionales obedecen a la necesidad de reducir el centralismo, transfiriendo funciones a órganos dotados de autonomía política, económica y administrativa. El avance logrado con el proceso de descentralización es formidable, pero se requiere efectuar ajustes en la fiscalización o control, cuya función

³⁰ Al Defensor del Pueblo, también le corresponde, las prerrogativas que integran el denominado *estatuto parlamentario*.

³¹ Según el artículo 43 de la Constitución Política, la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

corresponde al Consejo Regional integrado por representantes de cada provincia. Dicho órgano carece de las herramientas necesarias que le permitan cumplir con éxito la tarea más complicada en el ámbito descentralizado, ya que en la práctica son doblegados por el ejecutivo regional, que los convierte en aliados incondicionales *legitimando* su accionar ilícito.

3.2.5. El Concejo Municipal

Conforme lo dispone el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local que gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; su estructura orgánica comprende a la Alcaldía como órgano ejecutivo y el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador.

Desde el punto de vista normativo se sostiene en la lógica utilizada para del órgano fiscalizador regional. Los gobiernos locales también tienen un órgano ejecutivo (Alcalde), que debe ser controlado o fiscalizado por el Concejo Municipal, cuyos miembros se denominan *regidores*, que son elegidos por voto popular en elecciones vecinales, no políticas.

Evidentemente, el legislador constitucional asumió como tesis que la descentralización del poder político llevaba implícita la descentralización del control, delegando esta función a un órgano integrado por miembros elegidos mediante voto popular. En la realidad ello no ha ocurrido porque las facultades que recibió son notoriamente insuficientes, solo se ha convertido en una instancia al servicio de los intereses del alcalde.

IV. LA NECESIDAD DE REDISEÑAR UN AUTÉNTICO SISTEMA DE CONTROL DEL PODER POLÍTICO QUE TENGA COMO EJE CENTRAL AL CONTROL PARLAMENTARIO Y ARTICULE LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS INVESTIDOS CON FACULTADES DE CONTROL Y EL CONTROL SOCIAL

Los citados actos de corrupción ocurridos en los gobiernos descentralizados grafican con singular nitidez la ausencia de un auténtico sistema de control del poder político que no logrará resolver el incremento de penas a los delitos cometidos en agravio del patrimonio público.³² La respuesta punitiva del Estado disponiendo, a través de la judicatura, el encarcelamiento de funcionarios implicados en dichos actos delictivos calma el dolor, los síntomas o el escozor que causan en los ciudadanos, pero no curan la enfermedad.

³² Se requiere, además, afinar las sanciones administrativas o electorales contra los actos que perturban el acceso a la información en los gobiernos descentralizados. La información es el presupuesto de toda actividad de control, quienes impidan en acceso a ella deben ser destituidos por el concejo municipal o regional o por la autoridad electoral si el funcionario ha sido elegido por voluntad popular.

La necesidad racional de controlar el poder político es inexorable «porque estamos en un mundo donde no todos son pillos pero pocos pueden ser considerados altruistas o inmunes a las tentaciones de poder»; en tal sentido plantea asumir la *accountability* horizontal³³ entendida como la existencia de agencias con autoridad legal y fácticamente dispuestas a emprender acciones de control sobre otros agentes o agencias del Estado (O'donnell 2001: 11-14). Ciertamente, la necesidad advertida por el abogado y cientista político argentino se resolvió instaurando el límite del poder político, pero es evidente que el legislador constitucional omitió regular articuladamente el control y solo atinó a confiarlo en varios órganos.

Se trata, pues, de una omisión que debe corregirse con urgencia y a esta finalidad concurre nuestra propuesta. El macrosistema de control del poder político tiene dos dimensiones: una institucional, en tanto propugna interrelacionar el rol de las agencias investidas con facultades de control teniendo como eje central al Parlamento; y otra funcional, cuyo argumento teleológico reside en optimizar el control previo y concurrente para prevenir la corrupción política, evitando respuestas meramente punitivas o represoras que, al final del día, pueden *santificar* a los investigados. Recordemos que la eficacia del control posterior depende excesivamente del rol asignado a la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, dependencia poco alentadora; por el contrario, un control preventivo o concurrente requiere solo medidas correctivas, no coercitivas ni punitivas propiamente dichas.

4.1. CONDICIONES PARA ARTICULAR EL ROL DE LOS ÓRGANOS QUE INTEGRAN EL MACROSISTEMA DE CONTROL

Es evidente que la articulación funcional entre órganos que responden a un diseño institucional anárquico tiene sus complicaciones. Se trata, pues, de rediseñar el control del poder real, en todos sus niveles, como elemento sustantivo del Estado moderno, eliminando ciertas barreras o dificultades que podrían impedir un auténtico y oportuno control del mismo.

En este orden de ideas, el Congreso de la República necesita fortalecer la función de control proscribiendo el control-sanción, de naturaleza jurídica, y adscribirse al control de naturaleza política que propugna el desgaste o la *responsabilidad política difusa*. Asimismo, debe *desconcentrar* el control de la administración estatal confiado en forma casi exclusiva a la Comisión de Fiscalización y Contraloría, situación que le ha producido un embalse de cinco mil denuncias que hasta fines del 2014 esperaban atención.³⁴

³³ Por su parte la *accountability* vertical, según O'donnell, está referida fundamentalmente a elecciones justas y decisivas.

³⁴ Así lo declaró su presidente, congresista Gustavo Rondón Fudinaga, a los medios de comunicación el 7 de setiembre de 2014.

Véase: <www.larepublica.pe/.../comision-de-fiscalizacion-tiene-5000-denuncias-,
www.canaln.pe/.../comision-fiscalizacion-tiene-pendiente-revisar-5-mil-denuncias->

Reconociendo la alta especialización de las comisiones parlamentarias ordinarias,³⁵ convendría habilitarlo para controlar las políticas públicas y demás decisiones adoptadas por el Ejecutivo, siempre que guarden correspondencia con su especialidad.

En el caso del control gubernamental, a cargo de la Contraloría General de la República, urge adoptar el control previo y el control concurrente, para cuyo efecto será necesario adecuar su infraestructura, recursos y procedimientos³⁶ actualmente organizados para ejercer control posterior, que lo condena a llegar cuando el latrocinio se ha consumado. Según la doctrina, las tres modalidades son compatible con el control gubernamental sea interno o externo (Zanabria 2003: 3-16). En el control previo, la acción de control se realiza *ex ante* o *a priori* de un determinado evento; el control interno previo compete a los funcionarios o servidores de las entidades públicas investidos con dichas facultades por las normas vigentes, mientras que el control externo preventivo corresponde a la Contraloría General de la República. En el control permanente o simultáneo, la acción de control tiene lugar en forma concurrente con la ejecución de una obra o el desarrollo de una actividad sujeta a control, para que se encauce según lo programado; el control permanente o simultáneo interno es competencia de los responsables superiores del funcionario o servidor o del órgano de control institucional, mientras el control simultáneo externo compete a la Contraloría General. Lógicamente, esta modificación sustancial necesitará la asignación de recursos para fortalecer su capacidad operativa, dado que solo ejerciendo control posterior las acciones realizadas son poco significativas.³⁷

Otra condición *sine qua non* para la finalidad propuesta es el cambio en la forma de nombramiento del Contralor General, actualmente efectuado por el Parlamento entre los candidatos propuestos por el Presidente de la República. En la práctica, este importante funcionario es impuesto por el Jefe de Gobierno y su mayoría parlamentaria obtenida en las urnas o formada ocasionalmente, generando una dependencia encubierta hacia el órgano que luego debe controlar (aunque sea por corto tiempo), ello puede minar la autonomía³⁸ al frente de un trio de organismos denominados por la norma

³⁵ Actualmente las comisiones parlamentarias ordinarias solo legislan, no realizan actos de control. Sin embargo, dada la especialidad de sus miembros y personal técnico, podrían investigar con solvencia temas de su especialidad, políticas públicas, etc.

³⁶ Si solo se tuviera que revisar cuatro actos de cada entidad u organismo, el número crecería considerablemente y su control se tornaría imposible.

³⁷ La Contraloría General, según sus informes de gestión, realizó en el año 2002 70 acciones de control; en el año 2007, 268; y en el año 2012, 3693. Estas cifras comprenden los tres niveles de gobierno: central, regional y local. El mayor número corresponde al gobierno central.

³⁸ El comentario y la propuesta no implica, de ninguna manera, cuestionar la idoneidad de los funcionarios que han desempeñado o desempeñan tan digno cargo.

como «sistema» que hasta el año 2010 pertenecían a ámbitos diferentes.^{39 40} Conviene, entonces, eliminar la participación del Presidente de la República en la elección del Contralor.

La Defensoría del Pueblo tiene un tratamiento y regulación algo diferentes; sin embargo, comparte algunos males comunes con la Contraloría General. El artículo 161 de la Constitución Política le otorga autonomía funcional pero está obligada a presentar informe al Congreso de la República una vez al año y cada vez que este lo solicite; su titular es el Defensor del Pueblo, elegido y removido por el Congreso de la República.⁴¹ Nótese que el constituyente tuvo criterios encontrados, por no decir contradictorios, respecto al nombramiento del Contralor General y Defensor del Pueblo: el primero se realiza a propuesta del Presidente de la República, mientras que el segundo ocurre sin su intervención, quedando obligado a informar en la forma antes indicada.⁴² Habría que revisar la forma de elección de su titular para evitar que la falta de acuerdo entre los grupos parlamentarios impida su nombramiento.

Finalmente, los consejos de control descentralizados deben recibir instrumentos adecuados para fiscalizar⁴³ en forma oportuna (previa y concurrente) los asuntos de interés regional y local, el uso de los recursos descentralizados, así como la conducta política de los gobernadores, alcaldes y funcionarios. La formación de comisiones de investigación en su seno y la comparecencia de funcionarios al Consejo Regional o Concejo Municipal debe confiarse a las minorías y otorgarles la facultad de remover a los funcionarios designados por el órgano ejecutivo. Ayudaría bastante, también, eliminar la superposición de funciones que puede presentarse en el control descentralizado; en efecto, según el artículo 97 de la Constitución Política y el artículo 88 del Reglamento del Congreso de la República, el órgano representativo de la nación puede crear comisiones para investigar cualquier asunto de interés público; pero el literal k del artículo 15 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, dispone que el Consejo Regional tiene como atribución fiscalizar la gestión y conducta pública de los funcionarios del Gobierno Regional y, dentro de ello, llevar a cabo investigaciones sobre cualquier asunto de interés público regional. Significa esto que, según las normas citadas, pueden concurrir tanto el Congreso de la República como el Consejo Regional en la

³⁹ El 12 de junio de 2010 el Congreso de la República aprobó la Ley 29555, Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República. Esta ley tiene como finalidad consolidar la independencia y autonomía de los órganos de control institucional.

⁴⁰ Este caso se repite en el artículo 177 de la Constitución que bajo el nombre de Sistema Electoral crea un monstruo de tres cabezas (Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) cuyos enfrentamientos son harto conocidos.

⁴¹ Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado.

⁴² Para entender un poco el tratamiento asimétrico del constituyente en el diseño institucional de la Contraloría General y la Defensoría del Pueblo basta mirar el alcance y consecuencias que tiene la función de ambos órganos.

⁴³ El control regional y local se encuentran regulados por Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

investigación de un asunto calificado al mismo tiempo de interés público nacional y regional; esta situación puede generar complicaciones entre dichos órganos y sobre todo crear problemas con la situación de los implicados que resultarían investigados dos veces por los mismos hechos. La misma colisión podría presentarse entre el rol fiscalizador del Concejo Municipal, Consejo regional y Congreso de la República.⁴⁴

4.2. EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (CONTROL PARLAMENTARIO) COMO EJE CENTRAL Y LA ARTICULACIÓN DEL ROL QUE DEBEN CUMPLIR LOS ÓRGANOS INTEGRANTES DEL MACROSISTEMA DE CONTROL

Ha quedado demostrado durante el decurso del presente trabajo que el Congreso de la República —titular del poder parlamentario— recibió del constituyente cierta hegemonía en el control de la administración estatal. No solo efectúa el control directo sobre la actividad de la administración estatal, la conducta política de los más altos funcionarios del Estado o los asuntos de interés público, sino nombra y remueve a los titulares de la Contraloría General y la Defensoría del Pueblo.

Siendo así, resulta perfectamente viable convertirlo en eje central del macrosistema de control con capacidad para ejercer fuerza centrífuga hacia los demás órganos que lo integran. Esta atribución no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, pues la Ley 14816, Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República, del 16 de enero de 1964, estableció las funciones de la Contraloría y del Contralor General, pero dispuso en su artículo 67 que la máxima facultad de control o fiscalización le corresponde al Congreso de la República. Se trata de un antecedente importante que disipa algún riesgo de politizar el control gubernamental o perturbar la autonomía prevista por el constituyente para su ejercicio. Al contrario, eliminado la dependencia encubierta generada por el diseño actual, se clarifica la función y autonomía de las principales instituciones de control indirecto precisando su actividad. En el caso de los consejos descentralizados, elegidos por voto popular y no por el Congreso de la República, su alineación al eje del macrosistema le otorgará mejores condiciones, empoderándolo frente al órgano controlado.

Corresponde luego enunciar la forma y los mecanismos que permitirán articular o interrelacionar la función de los órganos que lo integran. Se trata, pues, de lograr que dichos actores integrados en un macrosistema de control apunten al mismo norte: controlar oportunamente a la administración estatal, sin alterar los principios y valores democráticos que inspiran la Constitución Política del Perú.

⁴⁴ Según los numerales 15 y 33 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el Concejo Municipal tiene como atribución fiscalizar la gestión de los funcionarios de la Municipalidad y constituir comisiones especiales. Por consiguiente se podría presentar una situación en la que concurran el Parlamento, el Consejo Regional y el Concejo Municipal, investigando un mismo asunto calificado de interés público nacional, regional y local; o podría calificarse un asunto de interés público regional como pretexto para investigar la gestión de las municipalidades ubicadas en un determinado departamento.

La articulación funcional antes señalada consiste en delimitar el rol que corresponde a cada integrante del sistema y su aporte para poner en movimiento al mismo. La delimitación adecuada del control directo y control indirecto,⁴⁵ conocido en la doctrina española como control delegado, permitirá determinar el ámbito y límites de cada cual. El primero corresponde en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la República, tiene como objeto a la administración estatal mayor o gobierno central, mediante el uso de los instrumentos típicos y atípicos establecidos en la norma o práctica parlamentaria. El segundo se realiza mediante órganos cuyos titulares son nombrados por el Parlamento (Contraloría, Defensoría) o por voto popular (consejos descentralizados) y tienen como objeto el control de la administración estatal menor, hasta donde no llega y no debería llegar el control directo o auténtico, que no puede controlarlo todo.

Respecto a los mecanismos de articulación o interrelación funcional de los órganos llamados a integrarlo, privilegiamos la rendición de cuentas en tanto principio que sustancia la *accountability* horizontal (órganos fácticamente habilitados para controlar al poder político) y concretiza el buen gobierno (Castro Barriga, 2014: 248). Así, el mecanismo básico sobre el cual debe edificarse la referida articulación consiste en instaurar la obligación de informar anualmente, al Pleno del Congreso de la República, el desarrollo del control indirecto con la finalidad de poner en movimiento al sistema. El mismo procedimiento debe seguirse con los consejos descentralizados, siendo necesario modificar la normatividad y permitir que un representante de los consejeros regionales y de los regidores pueda realizar el informe anual ante la máxima instancia parlamentaria. Este mecanismo genera efectos *inmanentes*, dado que al compatibilizar el control directo e indirecto se logra la requerida delimitación funcional y, además, la necesaria retroalimentación entre los órganos del sistema; y también, *trascendentes*, porque optimizará la función parlamentaria al proveer información relevante y oportuna para que las fracciones parlamentarias promuevan los instrumentos de control correspondientes o las iniciativas legislativas que ayuden a combatir la corrupción política, cada vez más sofisticada, que amenaza permanentemente al Estado.

Cuando dicho sistema empiece a funcionar cabalmente será posible poner a conversar el control horizontal con el control vertical,⁴⁶ mientras solo existan órganos que realizan control posterior desarticulado cuya eficacia pasa por la acción eficaz de otros actores como el Ministerio Público o el Poder Judicial, con problemas harto conocidos, es evidente que los ciudadanos buscarán interlocutores distintos a dichos órganos para procesar sus denuncias. Con la vigencia del macrosistema propuesto, edificado sobre el control preventivo y concurrente, que no confía su eficacia en la acción punitiva o represora del Estado sino en medidas correctivas prontas, cambiaremos el escenario.

⁴⁵ Decimos que es control indirecto porque el Contralor General de la República quien dirige la institución encargada de realizar el control gubernamental, según el artículo 82 de la Constitución Política, es nombrado por el Congreso de la República y ante el presta juramento.

⁴⁶ Según O'donnell, el control vertical es aquel realizado por los ciudadanos mediante los procesos electorales.

Los órganos de control directo e indirecto serán aliados estratégicos de los ciudadanos concretizando la alianza natural entre agencias de control horizontal y el control vertical pero optimizado con la incorporación del control social o espacio público y no restringido simplemente a elecciones justas y decisivas. Señala Habermas que sin la sustitución de la opinión pública como origen de toda autoridad [...] falta a la democracia moderna la sustancia de su propia verdad (1981: 262).

Finalmente, debemos admitir que toda propuesta reformadora tiene riesgos que conviene identificar para, en cierto modo, evitar que se utilicen contra las bondades que aquella ofrece. Podría advertirse una posible politización del control gubernamental, pero esta sería de plano infundada porque actualmente el Congreso de la República tiene la facultad no solo de solicitar información a la administración estatal, incluida la Contraloría General, sino también de solicitar la intervención del referido órgano en casos concretos y, además, ejercer la facultad de nombrar y remover al Contralor General, ergo, evaluar su labor; la obligación expresa que nace del macrosistema, en cuya virtud la Contraloría General debe informar anualmente al Parlamento sobre la labor realizada, no politiza el control sino clarifica la autonomía funcional que le confiere la norma constitucional a este órgano frente a la facultad de nombramiento y remoción que también por mandato de la norma suprema corresponde al Parlamento.

Otro aspecto que puede asumirse como riesgo es la baja legitimación ciudadana del Congreso de la República, pues no cabe duda de que esta podría servir para cuestionar su idoneidad como eje central. Sin embargo, este problema que afecta a casi todas las instituciones tutelares del Estado no lo descalifica para cumplir su rol constitucional o asumir nuevos roles, máxime si el argumento teleológico que escolta a nuestra propuesta se encuentra incardinado a la gobernabilidad democrática; sostener lo contrario implicaría adscribirse a la corriente que propugna el autoritarismo populista para mejorar la relación entre gobernantes y gobernados. Churchill, cuando señala que la democracia es el menos malo de los sistemas políticos, nos releva de mayor prédica.

V. CONCLUSIONES

1. La constitucionalización de la separación y equilibrio de poderes, diseñadas con los postulados de Locke, Rousseau y Montesquieu, ha permitido instaurar el límite del poder político, pero ha devenido en insuficientes para controlarlo; ello se evidencia de los graves actos de corrupción política, descubiertos en los gobiernos descentralizados, que han conmocionado al Estado moderno y al propio sistema democrático.
2. El proceso de descentralización como límite al poder político del Poder Ejecutivo central es irreversible; los graves y recientes actos de corrupción política no son causados propiamente por fallas en dicho proceso, que seguro existen, sino por

la ausencia de un auténtico sistema de control del poder, en particular del poder descentralizado.

3. La respuesta punitiva del Estado disponiendo el encarcelamiento de los funcionarios implicados en los graves actos de corrupción antes referidos calman el dolor, los síntomas o el escozor que causan en los ciudadanos, pero no curan la enfermedad.
4. Se requiere rediseñar un macrosistema de control del poder político que tenga como eje central al Congreso de la República (control parlamentario), en el cual se articule el rol de los órganos investidos con facultades de control, se optimice el control preventivo y concurrente y, finalmente, se compatibilice la *accountability* horizontal con la *accountability* vertical optimizada, propiciando la incorporación del control social.

VI. RECOMENDACIONES

Necesitamos fortalecer la función de control parlamentario.

Conviene modificar la norma constitucional para incorporar las condiciones señaladas en el presente trabajo y las que resulten necesarias para implementar el macro sistema de control del poder político propuesto.

Se requiere modificar el Reglamento del Congreso de la República para regular en forma adecuada dicha función e incluir las condiciones señaladas en el presente trabajo y las que resulten necesarias para la implementación del macro sistema de control.

Es necesario modificar las normas que regulan la función de los órganos que integran el macro sistema de control para su implementación.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, Manuel

1995 *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ciudad Argentina.

2002 *Constitución, Democracia y Control*. México: Serie Doctrina Jurídica, Núm. 88. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coordinador)

1998 *Diccionario universal de términos parlamentarios*. México D.F: Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión.

BODIN, Jean

1986[1576] *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos.

CAMPOS RAMOS, Milagros

2008 *Los grupos parlamentarios*. Tesis para optar por el grado de magíster en Ciencia Política. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTRO BARRIGA, Alberto

2014 «Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva del buen gobierno». En: Alberto Castro (editor). *Buen Gobierno y Derechos Humanos: nuevas perspectivas en el Derecho Público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CERVANTES GÓMEZ, Juan Carlos

2012 *Derecho Parlamentario. Organización y funcionamiento del congreso*. México: Cámara de Diputados.

ELSTER, Jon

1998 «Regla de mayoría y derechos individuales». En: *Ágora*, núm. 8.

FALCONÍ, Marco; RIVAS, Martín; LAY, Humberto; KOBASHIGAWA, Ramón; ZEBALLOS, Vicente; PÉREZ, Yon

2014 *La evaluación institucional de la ley en el Perú*. Lima: Gráfica Macole.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl

2000 *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional General y Comparado*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

FLORES KONJA, Julio V.

1998 El Control Gubernamental. *Quipukamayoc*: 79-100.

<<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/quipukamayoc/1998/primer/control.htm>>

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José

2001 «De nuevo sobre el control parlamentario: Una propuesta de teoría general».

En: Luis María López Guerra (coordinador). *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*.

HABERMAS, Jürgen

1981 «Sobre el concepto de opinión pública». En: *Historia y crítica de la opinión pública*.

Barcelona: Gustavo Gili

HOBBS, Thomas

1993[1651] *El Leviatán*. Madrid: Alianza.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2006 La Figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios /. -- San José, C.R.: IIDH, 2006

<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/22612.pdf>>

LOEWENSTEIN, Karl

1979 *Teoría de la Constitución*, Madrid. Ariel.

LÓPEZ AGUILAR, Juan F.

1988 *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1991 *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*.

Madrid: Congreso de los Diputados.

LÓPEZ GUERRA, Luis

1997 «El titular del control parlamentario». En: AA.VV., *Problemas actuales del control parlamentario. VI Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.M. y Ortiz Rodríguez, D.

2005 «El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas».

En *La ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera*. España, Universidad de Barcelona.

MAQUIAVELO, Nicolás

1995 [1513] *El Príncipe*. San Juan de Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

MATUTE, Genaro

2012 *Gobernabilidad y Control Gubernamental*. Director del Instituto de Gobernabilidad y Gobierno Corporativo – ESAN. Lima – Perú.
<http://www.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/docs/2012/Exposicion_GENARO-MATUTE.pdf>

MONTERO GILBERT, José y GARCÍA MORILLO, Joaquín

1984 *El Control parlamentario*. Madrid: Tecnos.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de

1987[1748] *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

MORA DONATTO, Cecilia

1998 *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*, Cámara de Diputados LVII Legislatura-UNAM, México D.F.

OCAMPO, José Antonio y MALAGÓN, Jonathan

2011 *El tamaño del Estado y su impacto redistributivo en América Latina*. Caracas, CAF.

O'DONNELL, Guillermo

2001 «Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política» En *Revista de Reflexión y Análisis Político POSTData* N.º 7. Ciudad de Buenos Aires.

PACHECO FARFÁN, Zaida

2012 *El Proceso del Control Gubernamental en el Estado Peruano*. Cusco.
<http://cbiblioteca.unsaac.edu.pe/Usuario/temporal/11017-PFZ001/El_Proceso_del_control_Gubernamental_en_el_Estado_Peruano_-Zaida%5B1%5D.pdf>

PAREJA ROSALES DE CONRAD, María Teresa

2004 *El Defensor del Pueblo - Un estudio con especial referencia al Ecuador*. Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Uruguay.
<http://www.kas.de/wf/doc/kas_6956-1522-1-30.pdf?050722150929>

PAREDES, Carlos y SACHS, Jeffrey

1991 *Estabilización y crecimiento en el Perú*. Lima : Grade.

ROUSSEAU, Jean Jackes

1969[1762] *El contrato social*. Madrid: Taurus.

RUBIO LLORENTE, Francisco

1993 «El control parlamentario». En: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel

1991 «El estatuto constitucional de la oposición política», en *Anuario de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Extremadura, núm. 9. España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

1995 «Control parlamentario y minorías». En: *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, N.º 88, abril-junio. España.

SANTAOLALLA, Fernando

1987 «La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional». En: *Revista de las Cortes Generales*, N.º 12. Madrid: Congreso de los Diputados.

1990 *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Espasa Calpe.

SCHMITT, Carl

1996[1928] *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.

ZANABRIA HUISA, Elmer

2003 Enfoque integral de Auditoría de Gestión Presupuestaria al Sector Público: Región Puno. Tesis (Ms.) Mención: Auditoría Superior. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Ciencias Contables. Lima – Perú.
<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/empre/zanabria_he/contenido.htm>

El principio de publicidad de la actividad parlamentaria y el Diario de los Debates



CARLOS HUMBERTO CAMBA BARRETO¹
Redactor del Diario de los Debates

SUMARIO

I. Introducción.- II. El principio de publicidad.- III. La publicidad de la actividad parlamentaria y la política partidaria.- IV. Breve historia del Diario de los Debates del Congreso del Perú.- V. El departamento de Redacción del Diario de los Debates.- 5.1. Unidades orgánicas.- 5.2. Funciones principales.- 5.3. Marco normativo.- VI. Proceso de elaboración del Diario de los Debates.- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El señor congresista bajó la mirada para revisar las hojas que la secretaria acababa de poner sobre su escritorio y espetó al mensajero: «¿Y en qué quiosco venden ese diario?». El interlocutor, con relativo éxito, explicó al ya experimentado legislador —unos tres años en el cargo— en qué consistía el Diario de los Debates del Congreso de la República.

A unos pasos de ambos, el asesor del parlamentario —casi como un locutor en *off*— trató de aportar a la charla con información por demás antojadiza y obviamente inventada. Como diría un español, «salió por peteneras», y su empeño discursivo sonó más a querer demostrar que sí había hecho la tarea y a justificar su puesto y sueldo.

¹ Licenciado en Comunicación Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ingresó a trabajar al Senado de la República en 1984, y en 1991 pasó a laborar en el Diario de los Debates de la Cámara Alta. Su cargo actual es de especialista en redacción del Departamento de Redacción del Diario de los Debates del Congreso de la República.

Era simple el trámite que llevó al redactor legislativo a presentarse en la oficina del congresista: solicitar a este que aclarase la referencia bibliográfica que había hecho durante una de sus intervenciones en el Pleno y cuya fuente el redactor no había logrado identificar; en lugar de ello, el breve encuentro —que de modo curioso concluyó con el ofrecimiento del asesor de encargarse de responder la consulta— versó exclusivamente acerca de en qué consiste el Diario de los Debates.

Han transcurrido algunos lustros de ocurrido este —para mí— inolvidable episodio; como también resulta inolvidable para un colega de nuestro departamento la incómoda —por decir lo menos— situación que le tocó vivir durante el reparto de volúmenes del Diario de los Debates a los despachos congresales: un parlamentario arroja al tacho de la basura uno de los tomos al grito de «¡esto no sirve para nada!»

¿No sirve para nada? No. Al frente de estos dos hechos anecdóticos aislados o acaso —es mi ingenua aspiración— únicos, se halla, cual patente réplica, un origen y una historia de servicio a la Nación que tachona el quehacer parlamentario.

II. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Para explicar la importancia de que exista en el Congreso de la República un diario de debates o de sesiones², es preciso que nos reframamos al principio de publicidad de la actividad parlamentaria.

¿Es importante la publicidad de la actividad parlamentaria? Más que importante, es esencial. Veamos por qué.

El principio de publicidad, que constituye uno de los supuestos en los que descansa, en expresión de Schmitt, el ‘espíritu del parlamentarismo’, fue rigurosamente desconocido en la práctica parlamentaria anterior a los procesos revolucionarios burgueses. En la historia política y constitucional inglesa se colocaron, desde un principio, las deliberaciones y votaciones de las Cámaras bajo el régimen del secreto, en una doble perspectiva: en primer lugar, impidiendo al público el acceso a los lugares de sesiones, y, en segundo término, prohibiendo a los diputados, o a personas ajenas al Parlamento, publicar o dar noticias de los contenidos de los debates sin la debida autorización.

² Ante esta disyuntiva, concuerdo plenamente con el parecer del doctor César Delgado-Guembes, quien en su obra *Manual del Parlamento: introducción al estudio del Congreso Peruano* (Lima, Congreso de la República, Oficialía Mayor, 2012, pág. 323) afirma: «El Diario de Debates, en principio, no se limita a solo los debates. Comprende la referencia de los documentos tanto como los votos de los representantes. Por esta razón podría más propiamente denominársele diario de sesiones.»

Aunque no se trata de precisar ahora las razones que pudieron justificar esa situación, conviene, cuando menos, recordar que la necesidad de proteger a los diputados de las posibles venganzas y arbitrariedades de los monarcas, y el deseo de liberarles, a su vez, de los caprichos, presiones y veleidades de las masas de Londres, condujo, en nombre de la independencia y la libertad de las Cámaras, a configurar jurídicamente el régimen del secreto en la misma óptica en que se fundamentó el régimen de las inmunidades y privilegios de los parlamentarios. Todavía en el siglo XVIII —recuerda Strathearn Gordon— se consideraba ‘una grave ofensa y una notoria violación de los privilegios (breach of Privilege) publicar en opúsculos y periódicos el contenido de los debates’.³

En el mismo sentido, Miguel Ángel Gonzalo —Archivero-Bibliotecario de las Cortes Generales de España, Webmaster de <www.congreso.es>— nos dice:

La publicidad es consustancial al hecho parlamentario. Desde las primeras Cortes existió la necesidad de contar con un medio de comunicación para dar a conocer a la ciudadanía lo debatido por los parlamentarios. De las primeras ediciones en papel en el siglo XIX se evoluciona hasta la actual edición digital con plena validez jurídica.

[...]

El principio de publicidad para los debates ha sido constante desde los orígenes del parlamentarismo clásico y se ha garantizado, primariamente a través de la prensa escrita, para evolucionar posteriormente hacia los medios audiovisuales y, en la actualidad, hacia la red mediante las ediciones digitales.

[...]

Más allá de estos paralelismos anacrónicos, el principio de publicidad de la actividad parlamentaria es un resultado de las revoluciones burguesas. Las primeras actas de la Cámara de los Lores datan de principios del siglo XVI y las de los Comunes del reinado de Eduardo VI. Pero se trataba de actas de acuerdos, ya que durante los siglos XVI y XVII se consideró una grave falta relatar lo que ocurría en los parlamentos. Después, la Constitución francesa de 1791 estableció que:

‘Las deliberaciones del cuerpo legislativo serán públicas y las actas de sus sesiones serán impresas’.

³ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional*. Revista de Estudios Políticos (Nueva época), número 43, enero-febrero 1985, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Ministerio de la Presidencia de España, pág. 45 y sigs.

Y la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 fijó que:

‘Cada Cámara llevará un diario de sus sesiones y lo publicará de tiempo en tiempo a excepción de aquellas partes que a su juicio exijan reserva, y los votos afirmativos y negativos de sus miembros con respecto a cualquier cuestión se harán constar en el diario, a petición de la quinta parte de los presentes.’⁴

En resumen, queda claro que el principio de publicidad «constituye uno de los supuestos en los que descansa el espíritu del parlamentarismo», que dicho principio «fue rigurosamente desconocido en la práctica parlamentaria anterior a los procesos revolucionarios burgueses», que antes de estos «se consideraba una grave ofensa y una notoria violación de los privilegios publicar en opúsculos y periódicos el contenido de los debates» y que «la publicidad es consustancial al hecho parlamentario».

Entonces, a estas alturas de nuestro discurso cabe preguntar: ¿cuál es el propósito que nos mueve a respetar el principio de publicidad y cuál es su utilidad real en el desarrollo eficaz de una democracia representativa?

Al respecto, Jeremy Bentham considera que son beneficios de la publicidad parlamentaria:

- Contener a los miembros de la asamblea dentro de sus obligaciones a la vista de un juez inexorable e incapaz de engaño.
- Asegurar la confianza del pueblo y su consentimiento en las resoluciones legislativas.
- Proporcionar a los electores la facultad de obrar con conocimiento de causa.
- Proporcionar a la asamblea la facultad de aprovecharse de las luces del público.⁵

Así, en cuanto a la importancia de la publicidad de la actividad parlamentaria, tenemos ante nosotros estos cuatro postulados base: que los representantes cumplan con sus obligaciones, que este cumplimiento genere en el pueblo la confianza necesaria en las normas que colectivamente producen, que los ciudadanos evalúen con la información debida la labor de los congresistas, y que estos y su colectivo, el Congreso, se sirvan de esta retroalimentación con la finalidad de que realicen una mejor gestión.

Es de esta manera que la publicidad permite que los ciudadanos observen si los congresistas y su colectivo, el Congreso Nacional, cumplen o no con sus funciones: representar, legislar, y ejercer control político y fiscalizar.

⁴ Disponible en: <<http://sesiondecontrol.com/actualidad/nacional/publicidad-parlamentaria>>

⁵ BENTHAM, Jeremy. *Tácticas parlamentarias*. ed. Coordinación de los Diputados del Sector Popular del Partido Revolucionario Institucional. México, 2002, págs. 83-90.

Asimismo, al corroborar lo antes dicho, los representados pueden fortalecer su confianza en el actuar de sus representantes, tanto de los individuos como del colectivo; caso contrario, el inevitable resultado será la disconformidad frente al actuar del Parlamento.

Y, finalmente, si los parlamentarios son permeables al juicio de sus representados, aquellos podrán afianzar su accionar en base a la aprobación ciudadana o, de lo contrario, corregir los errores que la crítica pública ponga en evidencia.

III. LA PUBLICIDAD DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA Y LA POLÍTICA PARTIDARIA

Sin embargo, ante esta visión ideal de la labor parlamentaria, frente a este esquema de representación debida de la voluntad popular, es obvio que la democracia parlamentaria habrá de chocar siempre con los intereses de grupo, ya que, más allá de la publicidad que es propalada por los diferentes medios de comunicación de masas y el *feedback* que pudiera darse a través de los mismos, yacen emboscados el secreto político partidario y los intereses que representan los medios de comunicación; porque es imposible, sin el debido y profundo análisis desde fuera o la confesión de parte, ir más allá de lo evidente y conocer el trasfondo que encierra la política partidaria y las apetencias que muchas veces subyacen en la información que se propala a través de los medios de comunicación.

Por lo tanto, es preciso estar advertidos —y solamente advertidos por ahora, porque esta cuestión da para ser tratada ampliamente en otra ocasión— del papel de la política partidaria y de la participación de los medios de comunicación de masas en la publicidad de las actividades parlamentarias, temas que son abordados por especialistas como Ángel Manuel Abellán, quien, luego de exponer sucintamente las bases de la concepción liberal clásica acerca de la publicidad de los actos parlamentarios, nos dice:

La cuestión es que el Pleno del Parlamento no es ya el locus de la decisión, no es el lugar donde 'de la discusión sale la luz', sino el locus de legitimación de las decisiones tomadas por los grupos parlamentarios, con la consecuencia de que las intervenciones en su seno tienen un valor testimonial más dirigido a la opinión pública que a sus colegas. Al mismo tiempo la antigua publicidad crítica burguesa se ha transformado estructuralmente: ya no existe la unidad de la publicidad y de la opinión pública, o sea, la publicidad de los debates parlamentarios no responde a las discusiones preparlamentarias y parlamentarias. La publicidad ya no es un principio organizativo del ordenamiento estatal, no es un principio de crítica por parte del público, sino se ha convertido en un principio de integración dirigido por la administración, por las asociaciones y sobre todo por los partidos. Éstos ejercen el poder en una relación directa con el aparato del Estado, defienden su política ante el pueblo entero y éste participa sólo de

*esa nueva publicidad, transformada y manipulada, a través de los medios de comunicación de masas, radio y televisión, que sirven de vehículo para conseguir la aquiescencia o resignación de las personas privadas, quienes constituyen el mediatizado público y se ven obligadas, como asalariadas y beneficiarias de los servicios, a abandonar sus reivindicaciones públicamente relevantes a la representación colectiva de los partidos.*⁶

Recuerdo que hace un par de décadas, ante las quejas de las minorías debido a que sus iniciativas no llegaban al Pleno, se hizo patente un accionar perverso que consistió en dictaminar la propuesta proveniente de la oposición, elevarla al Pleno y ahí, cual laboratorio *frankensteiniano*, hacerle tantos cambios al texto que lo único que conservaba, al final de esta poco cuidadosa cirugía —que podía considerar hasta la amputación de buena parte de su título—, era el número de proyecto.

En ese afán, párrafos enteros del texto aprobado en la comisión dictaminadora eran suprimidos o reemplazados. Sucedió entonces que la autógrafa y, finalmente, la ley no llegaban a reflejar ninguno de los postulados que el autor de la iniciativa consideró desde la exposición de motivos del proyecto, pues el nuevo texto sustitutorio era el resultando de una tergiversación ejecutada por una mayoría prepotente, sorda a los fundamentos y a las más lógicas y elementales argumentaciones.

Se me viene a la mente un caso en que el autor de una propuesta de ley pretendió retirarla al ver la desfiguración a la que había sido sometida, pero un congresista del partido de gobierno hizo suyo el esperpento y así, feo y todo, fue aprobado.

Episodios como el narrado no son exclusivos del Congreso peruano y, aunque a muchos pueda sorprender esta —hay que reconocerlo— astuta manera de escarmiento por la osadía de presentar un proyecto que pudiera comprometer los intereses del gobierno de turno, tampoco son típicos de un congreso nacional contemporáneo.

No recuerdo que en esa época algún medio de comunicación se haya hecho eco de las denuncias que algunos congresistas hicieron sobre dichas maniobras en el Pleno. No descarto la posibilidad de encontrar por ahí alguna nota publicada en el ángulo inferior izquierdo de la página par de algún periódico,⁷ pero estoy seguro de que la noticia de este abuso del derecho de una mayoría parlamentaria jamás ocupó una primera plana.

Por ello, ¿cómo saber que eso ocurrió realmente si nada o muy poco se publicó al respecto en los principales medios de comunicación de entonces, si muchos de sus protagonistas mantienen hasta hoy invariables sus puntos de vista o —no pocos de ellos— ya no están entre nosotros para retractarse o, quizás, ratificar sus pareceres?

⁶ ABELLÁN, Ángel Manuel. *El Parlamento como órgano de expresión de la opinión pública: la publicidad parlamentaria frente al secreto*. Revista de las Cortes Generales N.º 18, Madrid, 1989, págs. 193-206.

⁷ Quien algo conoce de diagramación sabrá a qué me refiero; y el que no, compruebe lo que significa lo dicho con un simple golpe de vista al abrir un diario.

Pues bien, todas las pruebas que sustentan lo dicho —y mucho más de lo dicho— están publicadas, con pelos y señales, en el Diario de los Debates, porque en este se revela el espíritu, por ejemplo, de aquella pobre ley producida y aprobada al amparo de malas artes —por supuesto que también el espíritu de las leyes bien estructuradas e importantes—, desde su concepción hasta su nacimiento, y advierte, desde sus primeros pasos, el papel que deberá cumplir cuando sea aplicada. Es más, se constituye por adelantado en testimonio de parte de una posible interpretación auténtica.

Entonces, nos encontramos ante la disyuntiva de creer o no en lo que dicen las colectividades políticas y/o de aceptar o no como válidos los enfoques con los que, a través de los medios de comunicación, nos llegan las verdades oficiosas.

Ante este dilema, el Diario de los Debates se yergue como depositario de la información que cualquier persona —desde el ciudadano de a pie hasta el investigador más serio— necesita para hacer un análisis cierto y descubrir por sí mismo, gracias al derecho de publicidad de la actividad parlamentaria, el espíritu de una ley.

IV. BREVE HISTORIA DEL DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO DEL PERÚ

En la Biblioteca del Congreso se encuentra el Diario de los Debates más antiguo. Se trata del Diario de los Debates de la Convención Nacional de 1833, en el cual se publican las deliberaciones de la Asamblea Parlamentaria que fue designada para examinar y reformar la Constitución de 1828.

En aquel tiempo no existía aún una publicación oficial en la que se diera cuenta de lo acontecido en las sesiones de la Representación Nacional. El Diario de los Debates era entonces una tarea pendiente —como muchas otras— en la novísima república llamada Perú.

Lo que encontramos como antecedente son las crónicas que los diarios de la época publicaron en base a las notas que sus reporteros tomaban de los debates durante las sesiones del Congreso. Los cronistas parlamentarios —hasta la fecha se denomina así a los periodistas que tienen como fuente de información el Congreso de la República— resumían en un relato lo acontecido durante la sesión. Esto lo podemos ver, por ejemplo, en las publicaciones del diario *El Comercio* de aquellos años.

El acta de nacimiento del Diario de los Debates como ente oficial se dio recién en el año 1855, a poco más de un mes de instalada la Convención Nacional del Perú, que fue la quinta asamblea constituyente de nuestra historia republicana.⁸

⁸ Su principal labor fue la de hacer reformas constitucionales y el resultado fue la promulgación de la Constitución Política liberal de 1856. Esta asamblea también ratificó al mariscal Ramón Castilla como presidente provisorio de la República y ejerció el Poder Legislativo en toda su extensión. Fue disuelta el 2 de noviembre de 1857, en plena guerra civil entre los seguidores de Ramón Castilla y los de Miguel Ignacio de Vivanco.

Autorízase a la Mesa para que haga una invitación privada a los periódicos e impresores de la Capital para que presenten las propuestas convenientes, a fin de crear un Diario de Debates o para que consagren a este objeto ciertas columnas de sus diarios; ofreciéndoles las garantías necesarias para que sus publicaciones tengan un carácter oficial.

Este es el texto del pedido que el diputado José Gálvez presentó el 21 de agosto de 1855, el mismo que fue aprobado previa dispensa del trámite de lectura y de envío a Comisión. Recién a partir de entonces las publicaciones realizadas por los cronistas parlamentarios pasaron a tener carácter oficial.

Una necesaria digresión. Acaso en los textos escolares se reconozca más a José Gálvez como símbolo de la independencia de América, ya que es uno de los héroes —acaso el más notorio— del combate de Dos de Mayo, en el que murió enfrentando a la escuadra española. Pero también hay que resaltar el hecho de que no es una coincidencia que José Gálvez fuese el autor de este pedido, en el cual manifiesta su raigambre liberal, pues esta también se ve plasmada en su defensa de otras reformas, como la abolición de la esclavitud y la eliminación del tributo indígena, así como su oposición a la pena de muerte.⁹

Este reconocimiento oficial propiciado por Gálvez fue un gran avance para cumplir con el principio de publicidad de la actividad parlamentaria en el Perú. Sin embargo, hay que considerar que lo que en ese entonces hacía el cronista parlamentario era un resumen más o menos detallado de lo que acontecía en la sesión y que solo en algunos casos —en los que su criterio le decía que eran los más importantes— reproducía la intervención de determinados parlamentarios. Es decir que en esta *edad de piedra* del Diario de los Debates se daba carácter oficial a un documento cuyo origen bien podía estar definido por preferencias político partidarias o de otra índole, las que evidentemente —como ya hemos visto— carecen de imparcialidad.

Encontramos colecciones del Diario de los Debates recién a partir de 1860 y en ellas se aprecia la forma narrativa de sus textos. Pero no por ello podemos desconocer la necesidad de su existencia en aquella remota época y su importancia histórica, la que décadas más tarde se patentiza en el pedido del doctor Plácido Jiménez.

Representante por Yungay, el señor Jiménez, en la sesión del 24 de octubre de 1910, propuso que los extractos de los debates que el diario *El Comercio* hizo de la Convención de 1856 sean publicados por el Congreso como Diario de los Debates. En su intervención, el diputado dice:

⁹ CAJALEÓN, Eddie. *La Convención nacional y la Constitución de 1856*, Nota preliminar. Pensamiento Constitucional, año VI, N. 6. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. Pág. 638.

Excelentísimo señor: Al estudiar varios de los asuntos sometidos este año al conocimiento de la Comisión de Constitución, he podido apreciar la gran falta que hace 'El Diario de los Debates de 1856'.

Sabe la Honorable Cámara que nuestra Carta Política vigente, de 1860, tuvo como base la del 56, y ahí que, cuando uno quiere descubrir el fundamento de algún precepto constitucional, se encuentra con frecuencia con que es una simple reproducción del contenido de la Carta del 56 y no hay explicación alguna sobre su alcance ni sobre los motivos que le dieron vida.

Como no existe, por desgracia, 'Diario de los Debates' de aquella época, pido a la honorable Cámara que autorice a la Mesa a fin de que haga imprimir en folletos, en el mismo formato que nuestro 'Diario de los Debates', los extractos que contiene el diario 'El Comercio' de aquella época, porque así se podrá subsanar, en algo, esta verdadera necesidad que tenemos todos los que nos interesamos por conocer la historia parlamentaria del Perú.

Obviamente, lo que el doctor Jiménez advertía, en esa sesión de hace 105 años, era la necesidad de tener a la mano las referencias que expliquen el alcance del texto constitucional para entender la motivación de lo que finalmente fue redactado. Aun cuando no fuese textual, aun cuando en lo publicado por los diarios recayese la sospecha de la parcialidad política y la censura, aun así, se requería de un sustento que diera algunas luces acerca de cómo se elaboró la Constitución de 1956, de algo que permitiera reconstruir y entender finalmente el espíritu de esa Carta.

Aunque el pedido del diputado Jiménez fue acordado por la Cámara, no es posible dar fe de que esta publicación se haya realizado.

V. EL DEPARTAMENTO DE REDACCIÓN DEL DIARIO DE LOS DEBATES

En la actualidad, el Congreso de la República del Perú tiene en el Departamento de Redacción del Diario de los Debates al ente encargado de esos menesteres.¹⁰

Como órgano de línea dependiente de la Dirección General Parlamentaria, el Departamento de Redacción del Diario de los Debates tiene la finalidad de elaborar el Diario de los Debates de las sesiones públicas del Pleno y de la Comisión Permanente.

Esta publicación «constituye el fiel reflejo del pensamiento conceptual e ideológico de los legisladores en la producción de las leyes y en la manifestación de sus labores de

¹⁰ Hasta el año 1992, el Senado de la República y la Cámara de Diputados contaban, cada uno de ellos, con una dependencia especializada para tal fin.

fiscalización y representación, en el marco de nuestra vida republicana y democrática.» Por tanto, el Diario de los Debates «es la historia oficial documentada del quehacer parlamentario en sus principales instancias deliberativas».¹¹

5.1. UNIDADES ORGÁNICAS

El Departamento de Redacción del Diario de los Debates tiene dos unidades orgánicas: la de Grabaciones en Audio y Video y la de Transcripciones. De sus denominaciones es fácil deducir la labor que desempeña cada una de estas áreas.

Mientras la primera de ellas tiene como función principal la de realizar el registro digital y analógico de las intervenciones que se producen en las sesiones públicas, reservadas y secretas del Pleno del Congreso, de la Comisión Permanente y de las comisiones, así como de las intervenciones en la Junta de Portavoces y en el Consejo Directivo, además de las reuniones y conferencias oficiales que se realizan en las instalaciones del Congreso de la República; la segunda de las áreas citadas se encarga de la especializada tarea de transcribir lo registrado en dichas grabaciones.

5.2. FUNCIONES PRINCIPALES

El Departamento de Redacción del Diario de los Debates se encarga de verificar, corregir y redactar las sesiones públicas del Pleno del Congreso y de la Comisión Permanente con la finalidad de elaborar el Diario de los Debates para su respectiva publicación digital en el Portal del Congreso y en volúmenes.

Asimismo, brinda apoyo e información especializada al Servicio Parlamentario y a la Organización Parlamentaria acerca de los precedentes habidos en los debates. Para ello, cuenta con un banco de datos de precedentes parlamentarios.

En el marco de la política de transparencia del Congreso de la República, atiende los pedidos de información de la ciudadanía.

Finalmente, el Departamento distribuye los volúmenes o discos compactos del Diario de los Debates a los órganos competentes del Congreso, así como a organismos constitucionales e instituciones públicas y privadas.

5.3. MARCO NORMATIVO

Diversas son las normas, declaraciones y principios sobre el derecho de acceso a la información pública que sustentan la existencia del Diario de los Debates.

¹¹ Las frases entre comillas han sido extraídas de la exposición que el señor Hugo Arbieta, jefe (e) del Departamento de Redacción del Diario de los Debates, realizó sobre este tema en un evento sobre redacción parlamentaria efectuado en la ciudad de Rosario, Argentina, en el 2013.

En primer lugar, en el ámbito internacional podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 19 dice:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Asimismo, en el numeral 1) del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Con respecto al marco normativo en el Perú, tenemos, en primer lugar, la Constitución Política de 1993, en cuyo artículo 2 se dice que toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

[...]

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Asimismo, como normas de desarrollo constitucional, es preciso citar el Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y su Reglamento, D.S. 070-2013-PCM.

Mención aparte merece la Declaración sobre la Transparencia Parlamentaria, la cual, si bien no tiene —entiendo— carácter vinculante, contiene principios que promueven una cultura de transparencia de la actividad parlamentaria, los cuales guardan estrecha relación con el tema que estamos desarrollando.¹²

¹² Disponible en: <<http://openingparliament.s3.amazonaws.com/docs/declaration/1.0/spanish.pdf>>

VI. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL DIARIO DE LOS DEBATES

Todo se inicia con la grabación en audio de las sesiones, que es la materia prima que utilizan los transcripores. Ambas actividades constituyen la primera fase de la primera parte del proceso de edición del Diario de los Debates. Esta finaliza con la publicación virtual inmediata¹³ de la transcripción en el Portal del Congreso.

En la segunda parte se desarrolla un procedimiento dinámico que comprende, en principio, la redacción propiamente dicha, que consiste en dar a esa transcripción una composición escrita que, sin dejar de lado el estilo expresivo de cada uno de los oradores, permita al potencial lector entender con claridad las ideas expresadas en el discurso.

Simultáneamente, se lleva a cabo el «armado» de la sesión, que consiste en insertar la documentación relevante utilizada en la sesión y/o la que es producto de esta, como es el caso de los textos aprobados de las leyes y las resoluciones, de los pedidos, de las mociones, etcétera. Asimismo, se incluye las listas de las asistencias para computar el quórum y de las votaciones.

En el ínterin de este procedimiento, el Departamento hace llegar al despacho de cada uno de los congresistas que intervinieron en la sesión copia del borrador de su exposición para que incluya las correcciones que considere necesarias, siempre y cuando estas no alteren las ideas contenidas en su discurso.¹⁴ El parlamentario tiene 72 horas para devolver el borrador con las correcciones pertinentes. Luego de ese plazo, se considera a dicho texto como revisado por el congresista.

Ya en el proceso final de edición se agrega diversos recursos de apoyo a las intervenciones de los representantes, como es el caso de cuadros estadísticos, esquemas, fotografías e, incluso, imágenes capturadas de los videos proyectados durante la sesión, así como la transcripción de sus respectivos audios.

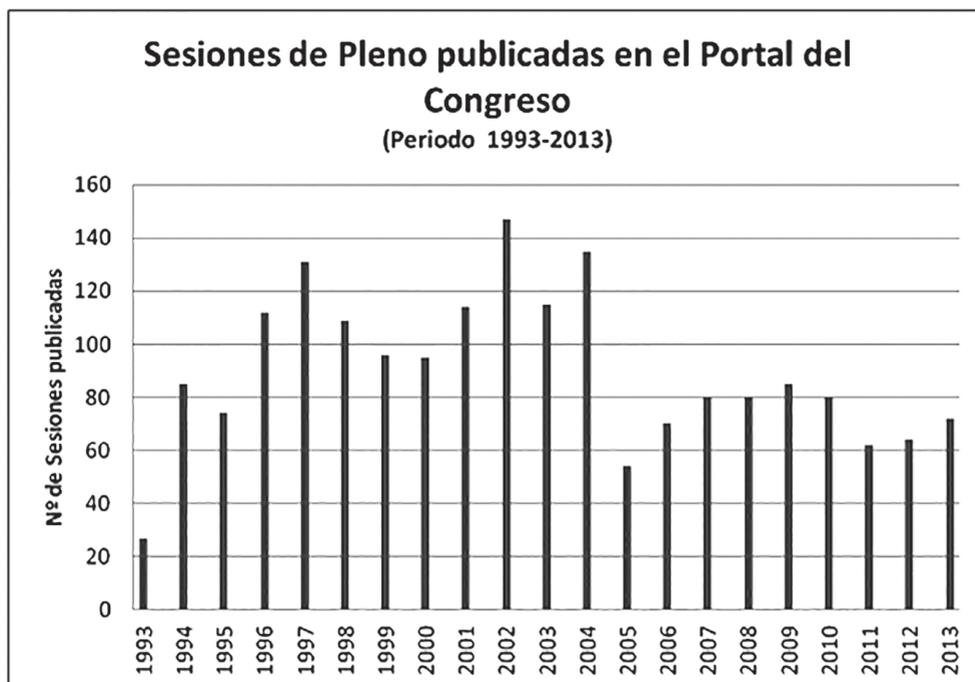
Concluida esta etapa, el redactor de turno firma el documento final de la sesión ya trabajado de la sesión, el que luego es publicado en el Portal del Congreso y sigue un procedimiento para su posterior publicación en volúmenes, los cuales, por supuesto, reciben el título de Diario de los Debates.

En medio de los procedimientos relatados, existe una serie de pasos que los constituyen y que estaría de más detallarlos en este artículo.

¹³ Depende de la hora en que termine la sesión el que esta publicación se realice en el mismo día de realizada la misma o al día siguiente.

¹⁴ Se ha dado casos en que el congresista ha pretendido modificar el contenido de su discurso de modo tal que su propuesta de cambio termina guardando poca relación con lo que sostuvo durante su intervención. Esto no es permitido por varias razones, entre las que podemos señalar el que a veces se cometen graves errores de referencia que inciden en su argumentación e, incluso, se hace alusiones personales que motivan la respuesta de alguno de sus colegas. Tómese en cuenta que se trata de debates caracterizados por retroalimentaciones dinámicas e inmediatas, plagados de réplicas y dúplicas, y algunas veces sazonados con recursos propios del arte de polemizar.

A continuación, un cuadro que expone en números la labor realizada por el Departamento de Redacción del Diario de los Debates en las últimas dos décadas y sobre la cual habría mucho más por detallar.



VII. CONCLUSIONES

No obstante todo lo ya dicho, no falta quienes afirman que el Diario de los Debates ha ido perdiendo importancia y cediendo posiciones ante el copioso menú que los medios de comunicación nos presentan diariamente acerca de las sesiones del Pleno y demás acontecimientos congresales; esto, sin considerar también los empeñosos esfuerzos que los parlamentarios y sus respectivos colectivos políticos hacen para publicitar sus actividades, gestiones e ideas. Es decir, existe una muy abundante publicidad de las actividades parlamentarias.

Pero, a diferencia de las declaraciones políticas y las publicaciones periodísticas que cotidianamente se hacen acerca de las labores del Congreso, el Diario de los Debates expone el quehacer parlamentario sin interpretar, sin discriminar, sin establecer jerarquías o preferencias ni mucho menos manifestar opiniones o hacer juicios de valor. Esta tarea se la deja el Diario a quien lo consulta. El Diario de los Debates es, pues, quien muestra lo ocurrido y sus consecuencias sin censuras ni enfoques interesados.

Si no fuera por el necesario trabajo de corrección ortográfica y sintáctica que en la labor de redacción se desarrolla para dar, en lo posible, la más clara versión escrita del discurso

oral, hasta podríamos decir que su importancia es como la de una foto sin retocar o acaso, más precisamente, la de un video sin editar. Pero aun estos dependen del parecer de quien empuñó la cámara y escogió el ángulo de la toma.

Por ello, en su pretensión intrínseca de publicitar los actos parlamentarios, el Diario de los Debates es todo lo dicho, pero también es más que eso, porque en él no solamente están las intervenciones de los representantes y las confrontaciones de ideas —los debates—, sino que además es el continente de la documentación que les da origen, de los antecedentes que las sustentan y que viven en las referencias del debate en comisiones —los dictámenes—, para que, al final de esta primera etapa, emerja, llena de contextos y nutrida de pareceres, la sanción del Pleno.

Entonces, el Diario de los Debates no solamente es el documento oficial que explica de las leyes el porqué y el cómo de sus contenidos y efectos, que cuenta la aventura de su existencia desde mucho antes de su concepción, sino que además evidencia la responsabilidad política que, para bien o para mal, asume cada congresista a través de su voto.

Por todo ello, es mi parecer que quienes desde hace ya unos cuantos lustros han pretendido —desde dentro y desde fuera del Congreso— banalizar la labor del Diario de los Debates, en un propósito apenas disimulado de desaparecerlo, no están demasiado lejos de los que, en los estertores del régimen medieval y los albores del parlamento burgués, establecieron límites al principio de publicidad del accionar parlamentario.

Acercándonos a una metodología de análisis costo-beneficio *ad hoc* para los proyectos de ley



PATRICIA DURAND VÁSQUEZ¹

Especialista Parlamentaria del Congreso de la República del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. El ACB y los avances para consolidar una metodología aplicable a los proyectos de ley.- III. Reflexionando sobre el tipo de ACB que se necesita en la elaboración de proyectos de ley.- 3.1. Primera reflexión: qué no se le puede pedir a un ACB.- 3.2. Segunda reflexión: no todos los proyectos de ley son iguales.- 3.3. Tercera reflexión: conocer el origen para establecer una guía de ACB.- 3.4. Cuarta reflexión: sincerando un ACB para los proyectos de ley.- IV. Conclusiones.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión parte de una realidad conocida por los operadores del Parlamento y la sociedad civil presente en el quehacer legislativo: la ausencia o insuficiente desarrollo del análisis costo beneficio (ACB) en los proyectos de ley; y busca consensuar, entre los que comparten esta preocupación, el contenido de una propuesta de metodología simple que logre el objetivo para el que fue creado: identificar los efectos de la propuesta legislativa, los sujetos beneficiados y los que asumirán el costo, de manera que esta herramienta sirva para que la decisión que tome el legislador sobre la pertinencia de una propuesta sea sobre la base de la mayor cantidad de información disponible.

La intención de este artículo es generar un debate y reflexión para seguir avanzando hacia el objetivo principal de la Institución Parlamentaria: mejorar la calidad de las leyes.

¹ Abogada titulada de la Universidad Particular San Martín de Porres, año 1999. Especialista parlamentaria, actualmente destacada al grupo funcional de Técnica Legislativa del Departamento de Comisiones del Congreso de la República.

II. EL ACB Y LOS AVANCES PARA CONSOLIDAR UNA METODOLOGÍA APLICABLE A LOS PROYECTOS DE LEY

El Reglamento del Congreso² señala que los proyectos de ley deben contener, entre otros, el análisis costo-beneficio (en adelante solo ACB) de la futura norma legal. Además, en la parte final de ese párrafo se precisa que los requisitos descritos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales³.

La regla es muy clara y precisa: todo proyecto de ley debe incluir, entre otros, un ACB; sin embargo el problema se presenta al momento de la elaboración del proyecto de ley, es decir, ¿qué debe contener un ACB y cómo debe elaborarse?

Varios han sido los intentos por apoyar el trabajo parlamentario y lograr consolidar una metodología práctica. Entre los aportes más importantes podemos mencionar el trabajo realizado por Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García, denominado «Análisis costo beneficio de las normas»; el presentado por la Asociación Civil Transparencia, cuyo título es «Guía para la evaluación de proyectos de ley»; el elaborado por Javier Tantaleán Arbulú, como miembro de la Comisión Técnica del Congreso de la República, titulado «Manual para el análisis costo-beneficio de los proyectos de ley»; y la Guía de orientación del análisis costo-beneficio legislativo-ACBL, elaborado por profesionales del Servicio Parlamentario del Congreso de la República en el año 2005. Todos contienen importantes propuestas, sin embargo no han logrado calar entre los operadores legislativos.

Varias investigaciones realizadas a proyectos de ley presentados ante el Parlamento Nacional han demostrado que la mayoría de estos no cuentan con un ACB que apruebe los estándares establecidos por quienes han investigado este fenómeno. Por ejemplo, podemos señalar el que realizó la Asociación Civil Reflexión Democrática⁴, relacionado con un análisis estadístico de los ACB de iniciativas presentadas en el Congreso de la República durante el periodo legislativo 2006-2007. En dicha investigación se afirma⁵ que de 967 proyectos de ley presentados entre el 27 de julio de 2006 y el 9 de febrero de 2007, 9 de cada 10 proyectos tenía un ACB insuficiente.

A similar conclusión llegó el estudio realizado por la Asociación Civil Transparencia en su trabajo «Guía para la evaluación de proyectos de ley»,⁶ a pesar de haber analizado una muestra en otro periodo legislativo (agosto de 2011 a setiembre de 2013). En dicho

² En el artículo 75 del Reglamento.

³ Esta exigencia data del año 1995, en que fue aprobado el Reglamento del Congreso y el espíritu era que se identifiquen los efectos de la futura norma legal.

⁴ En su informativo 91. Ver todo el documento en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/89933716E9A21660052578B5006F06D2/\\$FILE/informativo91.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/89933716E9A21660052578B5006F06D2/$FILE/informativo91.pdf)>

⁵ En su página 3.

⁶ Página 19.

estudio se detectó que el 58% de los proyectos analizados tenían un ACB que señalaba únicamente que la iniciativa no generaba gasto público.

Y así existen otras investigaciones con similares conclusiones, situación que expone a cuestionamientos a la labor legislativa de los parlamentarios y de la imagen de la Institución. Esta situación nos lleva a la necesidad de reflexionar sobre lo que debe contener una metodología de ACB para que pueda ser utilizada por los operadores en el proceso de elaboración de un proyecto de ley, de manera que sirva a la finalidad para la que se creó y, de esta manera, pueda el legislador contar con la mayor cantidad de información posible y bajo diversos enfoques, que le permita tomar una decisión informada que redundará definitivamente en la calidad de las leyes y la legitimidad del Parlamento Nacional.

III. REFLEXIONANDO SOBRE EL TIPO DE ACB QUE SE NECESITA EN LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY

Las siguientes líneas intentan dar un alcance de las posibles causas de la inaplicación de las guías metodológicas existentes, buscando los elementos más relevantes que debe contener un ACB para los proyectos de ley.

3.1. PRIMERA REFLEXIÓN: QUÉ NO SE LE PUEDE PEDIR A UN ACB

Partiendo de la premisa de que cuando se presenta un proyecto de ley, el titular lo hace porque ha observado que existe un problema (social, económico, político, etc.) y que considera que debe ser resuelto o corregido por medio de una ley, y por ello presenta la propuesta legislativa, ¿cabe exigir que en su ACB se indique si la propuesta es la más pertinente para la solución del problema planteado o si existen otras formas de solución más eficientes o eficaces?

La respuesta es NO. ¿Por qué?

Si una persona o entidad presenta una propuesta de ley es porque considera que su proyecto es la mejor opción que existe para solucionar un determinado problema. El sujeto presentará todas las razones y fundamentos que crea necesarios para demostrar que su propuesta debe ser aprobada. Pretender que él mismo sea el que evalúe la pertinencia de lo que está defendiendo resulta humanamente de difícil realización. Es muy complicado (por no decir casi imposible) exigir a una persona que defiende su propuesta que sea imparcial en la evaluación de su pertinencia y que muestre qué otras opciones podrían ser más viables.

En conclusión, señalar que un ACB debe contener un acápite destinado a evaluar la pertinencia de la propuesta o si el problema debe ser corregido por otra vía no es eficaz. No se puede ni debe exigir que el titular funja de juez y parte; por ello, consideramos

que la metodología de ACB de un proyecto de ley no debe exigir la identificación de alternativas al proyecto de ley.⁷

3.2. SEGUNDA REFLEXIÓN: NO TODOS LOS PROYECTOS DE LEY SON IGUALES

El Reglamento del Congreso⁸ establece una tipología de leyes por la materia: ordinarias, de reforma constitucional, orgánicas, presupuestales y financieras, autoritativas de legislación delegada, de amnistía y demarcatorias; y a todas se les exige un ACB. La interrogante que planteamos es: ¿Todas las iniciativas de ley deben presentar un ACB con el mismo grado de rigurosidad, como requisito para la presentación de la iniciativa?

La respuesta es NO. ¿Por qué?

No todas las leyes generan efectos económicos o sociales del mismo o similar grado, por ello no es necesario que a todos se les realice un análisis costo beneficio riguroso para su presentación. La metodología podría variar dependiendo de algunos factores que así lo justifiquen.

Por ejemplo, por el alcance territorial o subjetivo de las propuestas se podría establecer que las leyes de reforma constitucional, orgánicas, presupuestales y financieras requieran de un ACB riguroso; mientras que las demás, es decir, las ordinarias, las de delegación de facultades, las de amnistía y las demarcatorias, deberían merecer un ACB simple que indique básicamente los que serían beneficiados y los que tendrían que asumir los costos de la propuesta, así como los efectos que se esperan con su aplicación en la realidad⁹.

3.3. TERCERA REFLEXIÓN: CONOCER EL ORIGEN PARA ESTABLECER UNA GUÍA DE ACB

Para poder comprender qué debe o no tener un ACB para los proyectos de ley es necesario conocer el origen de su existencia, el que data a partir del año 1995, en que se aprobó la modificación al artículo 75 del Reglamento para incluir esta exigencia como requisito de un proyecto de ley. En aquel entonces lo que se propuso fue que las iniciativas tuvieran, además «un análisis costo-beneficio de sus probables efectos en la sociedad, precisión del ámbito de aplicación y beneficiarios, si los hubiere, fuentes de financiamiento, si fuera el caso».¹⁰

⁷ La metodología que se propone en el documento «Introducción al Análisis Costo-Beneficio de las Normas», presentado por Gabriel Ortiz de Zavallos y Gustavo Guerra-García, señala como punto la «Definición del proyecto y sus alternativas».

⁸ En su artículo 72.

⁹ Más adelante presentaremos una propuesta de metodología de ACB simple que puede ser utilizada para la elaboración de la mayoría de los proyectos de ley.

¹⁰ Datos tomados del artículo Análisis Costo Beneficio, sincerando las propuestas legislativas en el Perú, de Julio Haro Carranza, página 22, ver todo el artículo completo en <<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/>

De ahí se desprende un marco de lo que debe contener un ACB simple de los proyectos de ley. Incluir otros aspectos para la evaluación podrían ser poco eficaces o devenir en innecesarios, como por ejemplo incluir los beneficios netos para la sociedad en su conjunto¹¹.

La innecesaria evaluación de los beneficios netos para la sociedad en un ACB simple para los proyectos de ley se sustenta en la finalidad de este análisis. Si la intención del legislador fue que se expliciten los efectos que ha de generar en la sociedad, con identificación de su ámbito de aplicación y beneficiarios, así como la fuente de financiamiento de la propuesta (a lo que podríamos denominar costo), fue justamente para poder tener mayor información o resumen de información desde un enfoque más práctico y directo de la propuesta.

Una propuesta de ley no se aprueba sólo porque tenga más beneficios netos para la sociedad. Pensar en eso es un error. Una ley se aprueba porque se quiere generar beneficios a la sociedad en conjunto o a un determinado sector o grupo, aun si las cargas son mayores en términos monetarios. Eso sucede porque en el proceso de valorización de los beneficios y los costos se consideran sobre todo aspectos sociales, culturales y otros valores intrínsecos al ser humano, que son básicamente subjetivos. Los costos monetarios pueden inclusive llegar a ser simplemente referenciales.

Pondremos un ejemplo algo controvertido: una iniciativa de ley que proponga la legalización del aborto libre y voluntario. Muchos podrían señalar que con esta propuesta se tiene más beneficios económicos y sociales que costos, puesto que habrían menos muertes de mujeres que quieren abortar (por ende seguirán realizando actividades económicas en beneficio de su familia), menos nacimientos de niños no deseados (por ende mayor control sobre la natalidad y reducción de presencia de menores maltratados o en estado de pobreza), reducción de la pobreza, mayor afianzamiento de la libertad de la mujer sobre su cuerpo (ella decidirá tenerlo o no), y así podríamos describir más beneficios de la propuesta; sin embargo, en esta actual coyuntura social no sería aprobada porque aún la mayoría prioriza el derecho del concebido sobre los derechos de la mujer, sea cual sea el beneficio de la propuesta y sin pensar en los costos que asumirá la sociedad en conjunto¹².

con4_uibd.nsf/C4CFBCAFC63077AD05257ED5006EB981/\$FILE/15_pdfsam_1ra.Edicion_Cuadernos_Parlam_Final.pdf>

¹¹ En un artículo de Guerra-García Picasso, Gustavo denominado «Entre costos y beneficios. El análisis económico del Derecho en Perspectiva»1. En: *CATHEDRA. Espiritu del Derecho N° 1 - Año 1 - Noviembre 1997*. Ver el artículo completo en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1997_n1/Ent_Cost_Ben_Anali_Eco_Der.htm> se señala que *además de la identificación de ganadores y perdedores, y de la cuantificación de dichos elementos, el ACB permite analizar si el proyecto implica o no beneficios netos, es decir que la sociedad como conjunto obtiene más beneficios que costos por efecto de la realización del proyecto.*

¹² Este solo ha sido un ejemplo que ha pretendido probar nuestra hipótesis. En ningún momento refleja la posición de la autora sobre el tema.

Este ejercicio nos grafica lo que queremos decir: no necesariamente porque una propuesta tenga más beneficios que costos ha de ser aprobada. La aprobación de una ley depende únicamente de una decisión libre, subjetiva y voluntaria del legislador. Él decide el grado de valor de los beneficios y de los costos, él coloca las reglas y, si desea, las puede cambiar.

3.4. CUARTA REFLEXIÓN: SINCERANDO UN ACB PARA LOS PROYECTOS DE LEY

Luego de todo lo antes descrito, podemos señalar que cualquiera que sea la metodología de ACB que se proponga a nivel institucional como requisito para la presentación de propuestas legislativas, debe servir básicamente para:

- Identificar el ámbito de aplicación y los efectos de la propuesta.
- Identificar quiénes serán beneficiados con la propuesta y quiénes deberán asumir los costos de su aplicación.
- Cuantificar o identificar los beneficios y los costos.
- Conocer las valoraciones subjetivas del legislador.

Teniendo claro que un ACB debe básicamente lograr estos objetivos, podríamos plantear una guía preliminar para la elaboración de este análisis, que es el que se presenta a continuación.

3.4.1. Propuesta de guía para elaborar un ACB de proyectos de ley a nivel parlamentario

Una forma simple y fácil de hacer este tipo de análisis es identificando los aspectos más importantes de una propuesta de ley. Esta identificación puede hacerse de diversas maneras. Si nos preguntamos lo que necesitamos como respuesta, se puede hacer más fácil este proceso de identificación.

Antes de empezar este análisis necesitamos tener bien en claro el problema que plantea el proyecto de ley y lo que propone como solución. Haremos un ejercicio mental tomando como ejemplo el siguiente problema y propuesta¹³.

¹³ Todos los datos que se presentan y la propuesta en general es fruto de un ejercicio mental. No son datos reales.

Problema	Propuesta
Tasa elevada de jóvenes entre los 18 y 25 años de edad que no tienen empleo o son contratados de manera informal sin reconocimiento de sus derechos laborales, el que cada año se incrementa.	Incentivos para que las empresas contraten de manera formal a jóvenes sin experiencia hasta un máximo de 25% de su planilla de trabajadores. Para ello se propone: <ul style="list-style-type: none"> • Un nuevo régimen laboral para jóvenes a los que se les pagará el sueldo mínimo y tendrán 15 días de vacaciones. • Crédito tributario para las empresas que capaciten a los jóvenes.

Este es un paso previo a la realización del ACB, es decir, antes de hacer el ACB se debe tener muy claro el problema y la propuesta. Toda esta información y la data estadística que se utilice se recoge de la exposición de motivos. A partir de allí se deben plantear las siguientes interrogantes.

Primera: ¿A quiénes beneficia la propuesta?

El objetivo de esta pregunta es identificar a los que se van a beneficiar con el proyecto.

La respuesta sería:

- Los jóvenes entre los 18 y 25 años de edad que están desempleados, los que por la poca experiencia laboral no son contratados o son contratados de manera informal. Actualmente son 5 millones de jóvenes que se encuentran en esta situación y cada año aumenta en 3% la tasa de desempleo de este grupo social.
- Las empresas que contraten a los jóvenes entre 18 y 25 años, toda vez que sus costos laborales se verán reducidos, ya que se les permite que se les pague a los jóvenes el sueldo mínimo y que tengan sólo 15 días de vacaciones al año.

En la respuesta conviene sustentar el por qué se considera que serán beneficiados esos grupos, ello ayudará a poder reconocer cómo es que benefician. A partir de aquí ya se puede desprender los efectos que generará la propuesta para el grupo identificado como beneficiario. Siguiendo el ejemplo, podríamos presentar la respuesta de la siguiente manera:

Beneficiados	Por qué	Efecto esperado
<p>Jóvenes entre los 18 y 25 años de edad desempleados o son contratados de manera informal. Actualmente son 5 millones de jóvenes en esta situación.</p>	<p>Porque con el nuevo régimen para contratar jóvenes, donde los costos laborales son menores, las empresas preferirán contratar jóvenes entre los 18 y 25 años de edad hasta el máximo permitido.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mayor inserción laboral de jóvenes entre 18 y 25 años de edad, en condiciones especiales de trabajo. • Reducción de la tasa de desempleo de los jóvenes entre estas edades. • Adquisición de experiencia laboral entre los jóvenes.
<p>Las empresas que contraten a jóvenes entre 18 y 25 años de edad. Actualmente existen 500 mil empresas que contratan de manera informal a este grupo social.</p>	<p>Porque se reducirán sus costos laborales. No tendrán que ofrecer más sueldo que el mínimo y tendrán que reconocer solo 15 días de vacaciones al año. Además, podrán acceder a créditos tributarios si capacitan a sus trabajadores jóvenes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mayor inserción laboral de jóvenes entre 18 y 25 años de edad, en condiciones especiales de trabajo. • Reducción de la tasa de desempleo de los jóvenes entre estas edades. • Reducción de costos laborales que les permitirá competir con otras empresas de condiciones más favorables.

Segunda: ¿Quiénes asumen los costos de la propuesta?

El objetivo de esta pregunta es identificar los costos de las propuestas y los que han de tener que asumirlos para que pueda haber beneficios. Los costos vienen a ser todo aquello que importe una carga económica o social que puede recaer en otros o en las mismas personas o entidades que son beneficiadas también.

La respuesta en este caso podría ser:

- Las personas mayores de 25 años de edad que están desempleados también o son contratados de manera informal, o que se encuentran actualmente trabajando de manera formal.
- Los jóvenes entre los 18 y 25 años de edad desempleados o son contratados de manera informal.
- Los jóvenes entre 18 y 25 años de edad que viene trabajando de manera formal en las empresas y las que ganan un sueldo mayor que el mínimo.
- Las empresas que no contratan jóvenes bajo ese régimen especial.

- Las empresas que contratan jóvenes de manera informal, sin reconocerles sus derechos laborales o les pagan menos del sueldo mínimo.

Al igual que en primer paso, en la respuesta conviene sustentar el porqué se considera que esos grupos asumirán los costos y en qué consisten estos. Con ello se puede desprender el efecto que generaría la propuesta para los que han asumíroslos. La respuesta se puede presentar de la siguiente manera:

Grupo que asume los costos	Por qué	Costo
<p>Jóvenes entre los 18 y 25 años de edad desempleados o son contratados de manera informal. Actualmente son 5 millones.</p>	<p>Porque se elimina o reduce la posibilidad de encontrar un trabajo donde les puedan pagar un mejor sueldo y en mejores condiciones laborales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reducción de beneficios laborales y de ingresos económicos para los jóvenes entre 18 y 25 años de edad que ingresen a trabajar.
<p>Jóvenes entre 18 y 25 años de edad que viene trabajando de manera formal en las empresas, los que ganan un sueldo mayor que el mínimo y gozan de todos sus derechos laborales. Actualmente son 1 millón de jóvenes en esta situación.</p>	<p>Porque al presentarse este nuevo régimen las empresas, estas decidirán cambiar el régimen laboral de los jóvenes contratados de manera formal. Les reducirán salarios y derechos laborales. Además, estos jóvenes, de no aceptar las nuevas condiciones de trabajo, serán despedidas o no se les renovará el contrato de trabajo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reducción de beneficios laborales y de ingreso económicos para los jóvenes entre 18 y 25 años de edad que estuvieron trabajando hasta antes de la aprobación de la ley en el régimen laboral general. • Desempleo o difícil acceso a puestos de trabajo en mejores condiciones laborales para este grupo de jóvenes que vienen siendo contratados bajo el régimen laboral general.
<p>Personas mayores de 25 años que están desempleados o son contratados de manera informal; o se encuentran actualmente trabajando de manera formal. Actualmente son 2 millones de personas.</p>	<p>Porque este nuevo régimen laboral incentiva a que las empresas prefieran contratar jóvenes entre 18 y 25 años de edad, en vez de los mayores de 25 años.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento de la tasa de desempleo de las personas mayores de 25 años de edad.

<p>Las empresas que no contratan jóvenes bajo ese régimen especial. Actualmente son 50 mil las empresas que contratan jóvenes de manera formal.</p>	<p>Porque al no aplicar ese nuevo régimen que reduce costos laborales, tendrán que competir con empresas que ofrecen los mismos productos a menores precios.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • C o m p e t e n c i a desigualitaria entre las empresas que ofrecen el mismo producto o servicio, que puede generar quiebre de empresas que contratan personal con régimen laboral general o que decidan también utilizar este régimen laboral especial para reducir costos.
<p>Las empresas que contratan jóvenes de manera informal, o les pagan menos del sueldo mínimo. Actualmente son 450 mil empresas informales.</p>	<p>Porque les será difícil poder conseguir que jóvenes trabajen de manera informal o por menos sueldo que el mínimo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Estas empresas tendrán que formalizar la contratación de su personal.

Podrían identificar más costos, como los que ha de asumir el Estado con el crédito tributario, pero no es objetivo de este artículo hacer un ACB de una propuesta de ley, sino simplemente dar algunos alcances de cómo podría presentarse información relacionada con los efectos de una determinada propuesta de ser aprobada.

Seguramente con este tipo de información el legislador podrá analizar mejor el impacto de la propuesta, que si bien tiene como intención fomentar la inserción laboral de jóvenes de 18 a 25 años de edad, finalmente, como se puede observar del ejercicio, termina no favoreciéndolos del todo y generando, sin querer quizás, situaciones ventajosas para las empresas.

IV. CONCLUSIONES

A pesar de algunos intentos de establecer guías al interior del Parlamento, en la práctica no se evidencia que, por lo general, se esté dando cumplimiento o se esté utilizando alguna de estas guías como referencia en la elaboración del ACB.

Persiste un problema importante que debemos intentar resolver para lograr que nuestros

legisladores cuenten con la mayor cantidad de información disponible que les permita tomar una decisión bien informada, pues de ello depende que nuestras leyes sean de mejor calidad y beneficie a la sociedad.

A través de un análisis costo-beneficio básico y simple que grafique los efectos de la propuesta e identifique los grupos beneficiados y los que han de asumir los costos, se puede iniciar el proceso de acceso a mayor información, práctica y resumida, que definitivamente servirá al legislador en la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y otro.

1998 *Análisis costo beneficio de las normas*. Lima, Perú. 31 páginas.

ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA

2013 *Guía para la evaluación de proyectos de ley*. Lima, Perú. 53 páginas.

REFLEXIÓN DEMOCRÁTICA

Informativo 91. Lima, Perú. 9 páginas.

TANTALEÁN ARBULÚ, Javier

2002 *Manual para el análisis costo-beneficio de los proyectos de ley*. Lima, Perú.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2005 *Guía de orientación del análisis costo-beneficio legislativo-ACBL*. Lima, Perú. 17 páginas.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Reglamento del Congreso. Lima, Perú. 76 páginas.

La prueba indiciaria, el *thema probadum* y la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia, en la formación de la convicción judicial



PABLO ERNESTO LÉVANO VELIZ¹

Jefe del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios

SUMARIO

I. Aspectos generales.- II. Definición de prueba indiciaria.- III. Valoración de la prueba indiciaria en una sentencia.- IV. La prueba indiciaria y la inferencia.- V. La prueba indiciaria – marco constitucional y derechos humanos.- VI. Conclusiones.- Bibliografía.

«Cuando nos encontramos ante un indicio ambiguo, resulta peligroso dejarse llevar por una idea preconcebida»

Francois Gorphe

I. ASPECTOS GENERALES

Es innegable que la prueba se convierte en un aspecto fundamental del Derecho porque deviene en su conexión con la realidad, por ello las consecuencias jurídicas no pueden derivarse de inferencias etéreas, ligeras; caso contrario estaríamos frente a una narración ficticia y la valoración que debe asumir todo magistrado es con estricta objetividad y sin cargas emocionales que perturben su inferencia lógico –jurídico, sino estaríamos frente a un comportamiento inicuo por parte del magistrado.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con estudios concluidos de Maestría con Mención en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado del Sexto PROFA – Academia de la Magistratura. Ex magistrado y procurador público.

Serra Domínguez, al abordar «La función del indicio en el proceso penal», clasifica a la prueba en: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, variando su apreciación según su proximidad al *thema probandum*. En ese orden de ideas consideramos que si bien es cierto un solo indicio no prueba, una pluralidad concordante resulta concluyente, de tal forma que así como existen indicios de cargos, los cuales tiende a probar la culpabilidad, aparecen los indicios de descargo o contraindicios, que están dirigidos a disculpar al individuo sospechoso o probar su inocencia, debiendo observar la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana y de ser el caso aplicar lo más favorable al procesado bajo el principio constitucional del *in dubio pro reo*, para tal efecto el enlace entre el hecho —base y el hecho— consecuencia debe ser preciso y directo, ser fruto de una deducción, no de una mera suposición o lo que es lo mismo, que la inferencia sea correcta y no arbitraria y que el mencionado enlace sea racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia.²

Para tal efecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, mediante Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22, con fecha 13 de octubre del 2006, dispone que la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N.º 1912-2005 de fecha 06 de setiembre del 2005, ha señalado los presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción de inocencia, constituyéndose en precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad.

II. DEFINICIÓN DE PRUEBA INDICIARIA

Rives Seva³ define a la prueba indiciaria como «[...] aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados —indicios— y el que se trate de probar —delito—».

Frente al reconocimiento jurisdiccional, tanto la prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar convicción judicial y están sujetas a la objetividad y seguridad de la fuente de prueba. Algunos detractores de la prueba indiciaria sostienen que ésta no muestra seguridad y deviene en riesgosa ya que se encuentra rodeado de un rango de subjetivismo. Por ello resulta más seguro acreditar un hecho a partir de una constatación objetiva auxiliada por datos científicos y aportes periciales contundentes, que darlo por probado en mérito a una declaración testimonial, la cual está sujeta a valoración de la credibilidad.

² ASENSIO MELLADO, José María, «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», Consejo General del Poder Judicial- *Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, 1992.

³ RIVES SEVA, ANTONIO Pablo: *La Prueba en el Proceso Penal*, Arazandi, Pamplona, 1996.

Como ha señalado San Martín Castro:⁴ «[...] Cuando estamos ante la ausencia de prueba directa, es decir se carece de prueba idónea capaz de destruir la presunción de inocencia, acudimos a la prueba por indicios (clase de prueba o modalidad de la actividad probatoria), entiéndase que al indicio se llega a través de un medio de prueba, v gr, testimoniales, peritajes, inspecciones judiciales y otros con los cuales se acredita la realidad del hecho base concreto, permitiendo a su vez realizar una inferencia determinada. Entiéndase a la inferencia como la estación de depuración de la prueba, en tal sentido la prueba indiciaria no es un medio de prueba, sino un mecanismo intelectual para la prueba. En ese orden de ideas la actividad intelectual del juzgador respecto a la valoración de la prueba y la carga de la prueba debe estar presidida por la reglas de la lógica y de la experiencia, debiendo contar para ello con el apoyo de una afirmación base o indicio el cual debe estar totalmente acreditado.»

III. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN UNA SENTENCIA

El sistema de pruebas en nuestro proceso penal se desarrolla dentro del esquema de los principios de libre valoración probatoria y la sana crítica, otorgando al juzgador un extenso margen para la confección de una teoría que explique la existencia del delito y la participación del procesado.

Esta apreciación de la prueba no puede ser arbitraria, máxime que la Constitución Política del Perú⁵ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ impone al juez la obligación de explicar el razonamiento lógico —fáctico— jurídico en el que sustenta su decisión final condenando o absolviendo al procesado, debiendo para ello respetar en todo momento el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la contraprueba que le asiste al procesado.

En ese sentido, la prueba indiciaria se convierte en una herramienta trascendental para el juzgador, cuando los hechos juzgados no pueden ser probados por elementos de prueba directos o por las pruebas sustentadas en conocimientos técnicos o científicos.

En consecuencia, la prueba indiciaria (prueba indirecta) se edifica sobre la base de una inferencia lógica, donde los determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho Procesal Penal*, editorial Grijley, 2da. edición, pág. 852.

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.- ARTÍCULO 139; SON PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.- NUMERAL 3) LA OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL [...] NUMERAL 5) LA MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN TODAS LAS INSTANCIAS. [...]

⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- ARTÍCULO 8. GARANTÍAS JUDICIALES; 1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable [...]

En ese orden de ideas se desprende que el establecimiento de responsabilidad penal del procesado, mediante una prueba indiciaria, trasciende a tres ámbitos de los derechos fundamentales de la persona, los cuales no pueden ser desconocidos, esto es: **a)** el derecho a la presunción de inocencia; **b)** el derecho al control y a la producción de la prueba; **c)** la motivación de las resoluciones judiciales. Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, con fecha 13 de octubre del 2006 dispone que la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2005 de fecha 06 de setiembre del 2005, ha señalado los presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción de inocencia, constituyéndose en precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad.

La R. N. N.° 1912-2005–PIURA, con fecha 06 de setiembre del dos mil cinco, expedida por la Sala Penal Permanente, en el considerando cuarto, (precedente vinculante) señala: *[...] la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia, que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahn Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo del dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexa causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que respecto al indicio, (a) este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son—, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí; que, es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos— ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar —pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera— esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia*

del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

Con esta decisión, queda establecido materialmente que los requisitos de la prueba indiciaria están en función tanto al indicio en sí mismo como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido en tanto que la característica de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; desprendiéndose que, respecto al indicio: a) este —hecho base— ha de estar plenamente probado, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son—; y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

IV. LA PRUEBA INDICIARIA Y LA INFERENCIA

Ahora bien, estando a la posibilidad de acudir a la prueba por indicios,⁷ se recomienda examinar las circunstancias de todo el evento delictivo de manera escrupulosa. En consecuencia, se tiene en consideración que la prueba indiciaria acredita ciertos hechos-base (indicios). Como ya se ha señalado, éstos no son propiamente constitutivos del delito. Ahora bien, esto permite colegir el hecho imputado y la participación de los acusados, empleando para ello un razonamiento en base al nexo causal y lógico que debe existir entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Este juicio de inferencia parte de los indicios, buscando llegar a la conclusión que se quiere acreditar, debiendo tener en cuenta que los indicios no acreditan en forma directa el objeto final de la prueba, sino un hecho intermedio. Es así que debe tenerse en cuenta que los indicios son hechos plenamente probados y no son simples probabilidades, para ello los indicios deben estar, preferentemente, acreditados con prueba directa. Por lo tanto, es deber del magistrado expresar cuáles son los hechos —base— o indicios en que

⁷ El Nuevo Código Procesal Penal, Promulgado por Decreto Legislativo N° 957 (29/07/ 2004), en el artículo 158, numeral 1 : En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. numeral 2: En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. Numeral 3, señala una regulación similar sobre los requisitos de la prueba por indicios, exigiendo: i) que el indicio esté probado; ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y iii) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

apoya el juicio de inferencia, así como el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, llegó a la convicción sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal de los acusados.

Dentro del análisis de la prueba indiciaria, se debe observar que aparecen los indicios de cargo, es decir, son los que poseen un contenido indiscutiblemente acusatorio, de tal manera que corresponde al juzgador el deber de comprobar si está ante una verdadera prueba por indicios de cargo o inculpativa del acusado, o si solo se trata de datos de los que solo se desprenden sospechas o conjeturas que no constituyen base suficiente para inferir razonablemente la culpabilidad y la responsabilidad penal de los acusados.

Si bien es cierto la ejecutoria suprema vinculante RN N.º 1912-2005 ha consagrado que los indicios pueden ser: **plurales** (varios) o, excepcionalmente, **uno solo** (debe tener especial aptitud acreditativa), también éstos indicios deben ser periféricos con el hecho que se quiere acreditar, requiriéndose para esto la aptitud de estar interrelacionados, reforzándose entre sí. En consecuencia, los indicios deben ser valorados de forma conjunta, no pudiendo ser desvirtuados por los conindicios o indicios de signo contrario.

Para ello el juicio de inferencia desarrollado por el juzgador debe observar: razonabilidad, solidez, logicidad y cohesión. Entiéndase que la estructura argumental utilizada por el juzgador debe estar ajustada a pautas razonables y fundadas en la lógica y la utilización de criterios de común experiencia, de esta manera los hechos – base, debidamente acreditados, deben poder fluir, como conclusión natural, arrojando el hecho que se trata de demostrar.

En el otro extremo nos encontramos con indicios acreditados, sin embargo no logran arribar a la consecuencia que se quiere probar, debido a la insuficiencia o debilidad de los indicios. Por otro lado, es menester tener en cuenta que el juzgador, al poner en marcha la inferencia, puede desembocar en diversas conclusiones alternativas sin estar probados a razón de lo excesivamente abierto o impreciso de dicho razonamiento, lo cual no es concluyente, mostrándose incapaz de convencer objetivamente con su razonabilidad, estando frente a la falta de causalidad, racionalidad, coherencia y correlación entre los indicios declarados probados y las conclusiones alcanzadas por el juzgador.

Es innegable que la prueba indiciaria, por su naturaleza, tiene un mayor rango de subjetivismo en su valoración, por lo tanto el juzgador, en su argumentación, debe expresar las razones de por qué considera que está ante una verdadera prueba de cargo indiciaria, expresando los criterios racionales que han guiado la valoración de los indicios y explicitar el procedimiento de inferencia mediante el cual, partiendo de unos hechos constitutivos del delito, llegó a considerar probada la imputación penal. Entonces, el juzgador debe motivar la correlación existente entre los indicios probados y la conclusión obtenida.

V. LA PRUEBA INDICIARIA - MARCO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Que, respecto al Debido Proceso Constitucional y Derecho Fundamental a la Prueba, el Tribunal Constitucional ha señalado (*vid.* STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) «[...] que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

Una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —*límites extrínsecos*—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —*límites intrínsecos*—».

En ese orden de ideas, se aprecia que el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido y se lo relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por ello, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal como se anota en los últimos fallos expedidos por el Tribunal Constitucional, «[...] El derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia.

En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal». ⁸ En ese sentido, la STC N.º 1014-2007/HC/TC ha consagrado que «[...] la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) **Veracidad objetiva**, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) **Constitucionalidad de la actividad probatoria**, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) **Utilidad de la prueba**, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) **Pertinencia de la prueba**, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.»

La STC N.º 04831-2005-HC/TC, caso Rubén Silvio Curse Castro. El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos— (FJ 4-9).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el «derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, CASO FEDERICO SALAS GUEVARA SCHULTZ. EXP. 1014- 2007-PHC/TC.

del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa».⁹

VI. CONCLUSIONES

1. Al amparo de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, R. N. N.º 1912-2005-Piura, 06 de setiembre de 2005 y tomando como ejemplo cualquier causa penal, se puede concluir que en aquellos casos donde no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y, por ende, no está acreditada la responsabilidad penal de los acusados respecto al ilícito imputado, resulta necesario establecer un enlace suficiente y directo entre los indicios y el hecho a probar, bajo los alcances y conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, a pesar de la existencia de la mera sindicación.
2. Coincidimos con Márquez Cisneros al reconocer que la prueba por indicios tiene la virtualidad de derribar probatoriamente la presunción de inocencia, siempre que la deducción racional del hecho inferido se inequívoca.
3. La sentencia vinculante R.N. N.º 1912-2005-Piura establece la necesidad de que los indicios sean plurales, concomitantes, periféricos e interrelacionados, es decir, convergen en una misma conclusión probatoria.
4. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: «La prueba indiciaria se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados, se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal, pero a su vez debe tener la característica de ser concomitante, esto es, que resulte de la ejecución del delito, y sobre todo, que sea concurrente y convergente, es decir que no sean incompatible entre sí, sino más bien vincularse y estar circunscrito a aspectos esenciales para conocer el tema probandum».

Finalmente, en el ejercicio de las funciones, el magistrado debe mostrar su perfil humano y la profunda vocación por la justicia. En ese sentido, citamos a Eduardo J. Couture: *De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo.*

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Sentencia del 2 de julio del 2004, párrafo 154.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, José María

1992 «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», Consejo General del Poder Judicial
– *Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid.

CALDERON CEREZO, A; CHOCLAN MONTALVO, J. A.

2005 *Derecho Procesal Penal*, Editorial Dykinson S.L, Madrid.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A

Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, T I, II, Buenos Aires.

CLIMENT DURÁN, Carlos

2005 *La Prueba Penal*, Tirant lo Blanch, 2da. edición, T I, II, Valencia.

CHIRA VARGAS-MACHUCA, Félix Enrique

2005 *Indicio, prueba indiciaria y pericias criminales*, editora jurídica Grijley, 1era. edición, Lima.

DE ANDREIS MAHECHA, Oswaldo

1979 «El indicio, medio de prueba», Tesis de Grado para optar el título de doctor en ciencias jurídicas y socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.E.

GARCIA CAVERO, Percy

2010 *La Prueba por indicios en el Proceso Penal*, Editorial Reforma, 1era. edición, Perú.

HORVITZ LENNON, María Inés

2001 *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, T I y II.

JAUCHEN, Eduardo M.

2009 *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires- Argentina.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

2004 *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi S.A.

MAIER, Julio B. J.

1999 *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto S.C.L, Buenos Aires - Argentina, 2da. Edición, 1ra. reimpresión.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel

1997 *La Mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona.

MITTERMAIER, C.J.A

1916 *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Hijos de Reus, Editores, 7ma. Edición.

MIXÁN MÁSS, Florencio

1995 *Prueba Indiciaria, carga de la prueba, casos*, Ediciones BGL. Trujillo, Perú.

MORENO CATENA, Victor

2005 *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2da. Edición, Valencia, España.

PABÓN GÓMEZ, Germán

1992 *Lógica del indicio en materia criminal*, ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá.

RIVES SEVA, Antonio Pablo

1996 *La Prueba en el Proceso Penal*, Arazandi, Pamplona.

ROSENBERG, Leo

1956 *La Carga de la Prueba*, Ediciones Jurídicas Europa - Buenos Aires, Argentina.

SAN MARTIN CASTRO, César

2014 *Derecho Procesal Penal*, editorial Grijley, 2da. edición.

VEGAS TORRES, Jaime

1993 *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, La Ley S.A, España.

SECCIÓN II

PARLAMENTO:
Camino al Bicentenario

José Matías Manzanilla Barrientos

FERNANDO AYLLÓN DULANTO¹

Historiador y jefe del Museo del Congreso y de la Inquisición



JOSÉ MATÍAS MANZANILLA nació en Ica, el 5 de octubre de 1867. Fue hijo de Matías Manzanilla y Jesús Barrientos. Su padre tuvo una activa participación en la política provinciana. Hizo sus estudios primarios en el Colegio Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Se trasladó a Lima, donde estudió secundaria en el Convictorio Peruano, fundado por Sebastián Lorente y dirigido por entonces por Pedro Manuel Rodríguez. En este plantel se inició como profesor de historia.

Concluidos sus estudios escolares, ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1886). En dicha casa de estudios se graduó de bachiller en Jurisprudencia, sustentando la tesis *¿Hay o no derecho de gracia o conmutación?* (1890). Realizó su práctica forense en el estudio de los doctores Isaac y Lizardo Alzamora. Se recibió de abogado ante la Corte Superior de Justicia de Lima (9/dic/1892). También se graduó de bachiller en Ciencias Políticas y Administrativas, sustentando la tesis *¿Pueden o no justificarse los requisitos que para ser Diputado exige el artículo 47 de la Constitución?* (1891), y doctor en la misma especialidad con la tesis *Incompatibilidades parlamentarias* (1895).

¹ Historiador, politólogo, cuenta con diplomados en Museología y Museografía. Actualmente se desempeña como jefe del Museo del Congreso y de la Inquisición.

Manzanilla descolló cuando fue alumno de la Universidad en el histórico Convictorio Carolino, donde se discutía, con la lucidez de un verdadero Parlamento, los temas de Estado, al mismo tiempo que se ejercitaban en el tiro de guerra; el Convictorio Carolino de aquel entonces se dividió en dos grandes grupos, uno liberal democrático, de que fue jefe Manzanilla y de que formaban parte alumnos como Carlos Velarde y Armando Vélez, después ministros de Estado; y don Augusto Durand, casi niño aún, que salió de las filas del Convictorio para hacer la figuración brillante que le cupo en suerte desempeñar en la campaña coalicionista del 95; siendo jefe del otro grupo del Convictorio el talentoso joven cajamarquino, muerto prematuramente al iniciarse con gran éxito en el Parlamento, señor don Isidro Burga, grupo éste formado por alumnos también de gran prestigio estudiantil, pero que manifestaban ciertas tendencias algo conservadoras; formaron parte de este grupo los dos hermanos Mariano y Javier Prado y Ugarteche, Pedro de Osma, Enrique Oyaguren, Alfredo del Valle, cuyo fallecimiento realizado poco ha todos lamentamos; José Augusto de Izcue, literato e historiador de gran fama, y J. A. Carreño, que era el orador de esta falange estudiantil que desarrollaba con todo el calor de su verbo atrayente los temas que informaban la psicología del grupo, pues sostuvo con ardor la necesidad de los gobiernos militares en la República.²

Desde que se recibió de abogado se dedicó al ejercicio profesional, destacando prontamente al lado de los doctores Isaac y Lizardo Alzamora, lo que le permitió gozar de un gran prestigio profesional. Serían ellos los que lo enrolarían en las filas del Partido Civil.

Desde 1896 se dedicó a la docencia universitaria en su *Alma Mater*, en la que comenzó como profesor adjunto de la cátedra de Economía Política en la Facultad de Ciencias Políticas. Al año siguiente obtuvo por concurso el título de adjunto a esa importante cátedra y la de Legislación Económica del Perú, en las cuales pasó, también por concurso, a ser titular. Desde entonces dictó durante décadas estos cursos. También tuvo a su cargo las cátedras de Ciencia de las Finanzas y de Derecho Constitucional; creó las cátedras de Historia Internacional y Diplomática del Perú; independizó el curso de Derecho Consular e hizo que se retomara el dictado del de Derecho Diplomático. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Manzanilla fue subdecano y luego decano (1914-1920) de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas y de la sucedánea Facultad de Ciencias Económicas y Comerciales (1920-1927). Asimismo, fue rector (1923-1928 y 1930-1931).

² Benvenuto, Neptalí, *Parlamentarios del Perú contemporáneo 1904-1921*, pp. 82-83. Imprenta Malatesta, Lima, 1921.



José Matías Manzanilla³

Desde las aulas sanmarquinas propagó la doctrina del intervencionismo económico, en contraposición con el individualismo, orientación que desarrollaría después en sus proyectos de leyes laborales. El 5 de julio de 1896, al presentarse al concurso para la cátedra de Economía Política, presentó como tema de disertación la reparación de los accidentes laborales. En síntesis, sostuvo la obligación de los empresarios de indemnizar a los obreros por los accidentes laborales. Luego, desde la cátedra, difundió estas y otras tesis a favor de los derechos de los trabajadores, en una época en que estos solo habían sido reconocidos, o venían siéndolo, en muy pocos países.

En 1904, el Presidente de la República, don Manuel Candamo Iriarte, le encargó la elaboración de proyectos de legislación laboral. Manzanilla fue uno de los pioneros en

³ Fuente: Wikipedia.org

esta materia en el Perú y en América. Estos trabajos, realizados *ad honorem*, los entregó al Poder Ejecutivo, ya bajo la conducción de don José Pardo y Barreda. Según Jorge Basadre, fueron diez:

1. Higiene y seguridad de los trabajadores;
2. Trabajo de los niños y mujeres;
3. Descanso obligatorio;
4. Horas de trabajo;
5. Indemnización por accidentes de trabajo;
6. Contrato de trabajo;
7. Contrato de aprendizaje;
8. Asociación de industriales y obreros;
9. Conciliaciones y arbitraje;
10. Junta Nacional de Trabajo.

Estos proyectos se convirtieron en la base de la naciente legislación obrera. En su mensaje al Congreso en 1905, el presidente Pardo los hizo conocer a la Representación Nacional.

Se casó con Leonor Portal. Tuvo un segundo matrimonio, con María Victoria Rada Benavides, con quien tuvo una hija: Jesús Victoria Manzanilla Rada.

En cuanto a su actividad política, fue un destacado miembro del Partido Civil, fundado por Manuel Pardo y Lavalle, del cual sería uno de sus principales líderes.

La ubicación de Manzanilla en el espectro político del civilismo debe ser tomada en consideración. Al igual que Cesáreo Chacaltana, su coterráneo, correligionario y colega en la docencia universitaria, Manzanilla no procedía de un entorno familiar acaudalado, así que su incorporación al civilismo obedecía menos a un interés de clase que a una convicción progresista y modernizante. Así, durante los años del debate que antecedió a la dación de la ley —entre 1905 y 1908—, Manzanilla defendería en el Parlamento las aspiraciones democráticas y sociales de un cierto sector renovador del civilismo, formado básicamente por profesionales de extracción urbana. Luego, durante el primer gobierno de Leguía (1908-1912), pasa a militar en la alianza «bloquista». La propia pertenencia del letrado iqueño a la Facultad de Ciencias Políticas de San Marcos —un conocido enclave del civilismo— denotaba esa orientación ideológica. El credo progresista de Manzanilla explicaría su empeño en «la obra de incorporar la idea social en las leyes del Perú», tales eran sus palabras. Pero, aun cuando sus proyectos legislativos formaron la base de la legislación obrera moderna en el país, Manzanilla nunca reclamaría para sí una filiación socialista, como

*se infiere de sus numerosísimas intervenciones parlamentarias, ni comulgó tampoco con el indigenismo. Profesó, más bien, un humanitarismo de sesgo liberal.*⁴

Manzanilla tuvo una destacada actuación parlamentaria. En 1896 fue elegido Diputado por la provincia de Huallaga (1896-1904). Luego fue elegido Diputado por Lima (1905-1908). Manzanilla ya era uno de los principales líderes civilistas en el Congreso. Le cupo defender en su Cámara el proyecto de empréstito para la construcción del ferrocarril al Ucayali, obra propuesta por el Presidente de la República José Pardo. Entonces Manzanilla formuló el dictamen favorable de la Comisión Principal de Hacienda. En 1907 fue elegido Primer Vicepresidente de la Cámara de Diputados, cargo en que fue reelegido al año siguiente. En 1908 fue delegado de nuestro país al Congreso Científico Panamericano realizado en Chile. En dicho evento fue elegido vicepresidente y, adicionalmente, presidente de la Sección de Ciencias Políticas.

En 1909, durante el primer gobierno del presidente Augusto Bernardino Leguía Salcedo, fue electo Diputado por su natal Ica, cargo en el que sería reelegido (1909-1919). Asimismo, el martes 27 de julio de 1909 fue elegido Presidente de la Cámara de Diputados. En su mandato le cupo presidir la Legislatura Ordinaria del 28 de julio al 25 de octubre; las Legislaturas Extraordinarias del 28 de octubre al 11 de diciembre, del 13 de diciembre al 26 de enero y de 28 de enero a 13 de marzo de 1910; y las Juntas Preparatorias de julio de ese mismo año.

Justamente, durante su gestión al frente de la Cámara se promulgó, el 23 de noviembre de 1909, la Ley N.º 1183, por la que se prohibió a las autoridades políticas (prefectos, subprefectos y gobernadores) intervenir en la contratación de peones u operarios para trabajos particulares o públicos, especialmente cuando se trataba de indígenas. Los que infringiesen la norma serían sancionados con un año de cárcel. Esta norma despertaría la abierta oposición de los empresarios mineros.

Manzanilla se mostraba crítico de la política exterior del gobierno, cuando estaba a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores el doctor Melitón Porrás y cuya estrategia consistía en buscar solucionar la demarcación de fronteras con los países vecinos para buscar al final un acuerdo con Chile que permitiera la reincorporación de las Provincias Cautivas al seno de la Patria. Manzanilla sostenía la necesidad de actuar en forma prudencial en todos estos temas y en la necesidad de someter a la Corte Internacional de Justicia de La Haya el denominado laudo argentino, producido para la demarcación de fronteras entre el Perú y Bolivia. Finalmente, el duelo entre estas dos figuras culminó con la censura del Ministro.

Por otra parte, Manzanilla fue elegido delegado del Congreso de la República ante la Junta Electoral Nacional (1910), conformada en vísperas de la renovación parcial del Congreso. La renovación parlamentaria por entonces se realizaba por tercios. La de

⁴ Ramos Núñez, Carlos Augusto, *Historia del Derecho Civil peruano*, p. 175.

1911 fue manipulada por el presidente Leguía, quien entonces ya se había distanciado del civilismo, para asegurar el logro de una mayoría adicta al gobierno. Para ello clausuró la Junta Electoral Nacional, encargada del control del proceso, y nombró funcionarios que apoyasen a los candidatos afines. Todo ello terminó por alterar el sufragio y llevó a la multiplicación de las denominadas “dualidades”. Al aproximarse la instalación de las Juntas Preparatorias en ambas Cámaras Legislativas, el Gobierno se propuso impedir que los candidatos opositores legítimamente elegidos asumiesen sus funciones, reemplazándolos por otros afines al gobierno. Además, cuatro diputados que se encontraban en el vapor Cánova fueron detenidos. El Gobierno solo contaba con el respaldo de 37 de los 86 representantes que se encontraban ya en Lima. Asimismo, diversas autoridades gubernamentales sostenían que si no lograban el control de la mayoría procederían a disolver el Congreso.

En este contexto explosivo, Antonio Miró Quesada, presidente de la Cámara de Diputados, a través de sus editoriales en *El Comercio*, llamaba a la reflexión al Jefe del Estado y a las autoridades gubernamentales para que se ciñesen al cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico nacional, evitando mayores males al país. En medio de un ambiente sumamente tenso, la tarde del 13 de julio de 1911 se instalaron las Juntas Preparatorias de su Cámara. A pesar de los requerimientos que hizo al Gobierno, este se negó a enviar a las fuerzas del orden para asegurar el edificio. Entonces una turba armada, conformada por leguístas, atacó a varios diputados e ingresó al Hemiciclo. Una bala se incrustó en el asiento de la Presidencia de la Cámara⁵. A pesar de ello, se logró recuperar el orden y se declararon instaladas las Juntas Preparatorias.

Al día siguiente los diputados leguístas ingresaron al Palacio Legislativo acompañados por un numeroso grupo de manifestantes y, apoderándose ilegalmente de la Presidencia de las Juntas Preparatorias, incorporó a sus allegados a la Cámara para asegurar una mayoría parlamentaria al Gobierno. El 27 de julio de 1911, ante la gravedad de los sucesos que distorsionaron la voluntad ciudadana, Miró Quesada, en su condición de presidente de la Cámara de Diputados, dejó en claro su posición frente a la imposición del Gobierno y a la violación de la autonomía y los fueros del Poder Legislativo. Explicó que debido a esos atropellos no deseaba presidir las Juntas Preparatorias, como legalmente le correspondía, pero sí dejar su testimonio. Igualmente, definió el verdadero rol que, a su entender, les corresponde a los presidentes de las Cámaras Legislativas:

No soy de los que creen que la misión del Presidente de una Cámara es hacer imperar sus ideas con atropello de las ideas de los demás; ni que la facultad que el Reglamento le confiere de dirigir las sesiones le da título para hacerlo discrecionalmente, sin consultar el sentir de la Cámara cuando quienes depositaron en él su confianza piden imparcialidad y recto espíritu para que la verdadera opinión se abra paso y resuelva los conflictos que puedan

⁵ Mc Evoy, Carmen, *La utopía republicana: Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871-1919)*, p. 403. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

*haber surgido en el Parlamento. En las dos épocas que, con intervalo de cinco años, he tenido la honra de presidir la Honorable Cámara de Diputados, atestigüe, con los hechos, el respeto que siempre me inspiraron los dictados de la mayoría.*⁶

El mismo día fue elegido presidente de la Cámara de Diputados Roberto Leguía Salcedo, hermano del Jefe del Estado. A raíz de estos sucesos se formó un grupo parlamentario denominado *El Bloque*, que tuvo en el doctor José Matías Manzanilla a uno de sus principales líderes. Una de sus más brillantes intervenciones se produjo cuando el Congreso aprobó, por unanimidad, la Ley de amnistía a los procesados por la intentona golpista del 29 de mayo de 1909. Asimismo, formó parte de la Comisión encargada de la elaboración del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

En el campo parlamentario tuvo el doctor Manzanilla vastísima consagración. Allí pudo desenvolver sus cualidades de polemista ecuaníme que con la estética armoniosa de su verbo convencía. No daba el doctor Manzanilla en el Parlamento grandes lecciones de oratoria, pero con su palabra diáfana exponía con brillo las cuestiones nacionales, defendiéndolas con imperturbable resolución. Nadie como el doctor Manzanilla dirigía mejor un debate y encauzaba las opiniones dentro de las normas parlamentarias. Sus polémicas se convertían en duelos sutiles en los que usaba con los adversarios la ofensiva de su verbo rutilante. Siempre oportuno en la frase supo mantener en sus opiniones la verticalidad de la doctrina, la fuerza persuasiva de sus razonamientos. Su oratoria no era fogosa sino convincente y tranquila. Tenía el calor de la sinceridad y la fuerza de una clara dialéctica. Su aticismo daba siempre amenidad al debate resultando la función parlamentaria una noble, fecunda y armoniosa lid. Como precursor de la vida social llevó al Parlamento, consignados en proyectos sabios de ley, una serie de cuestiones cuya trascendencia era matriz. Los del trabajo y defensa de la vida humana fueron los del mayor resalte. Trazó el doctor Manzanilla en su Cámara sugestivos cuadros de desigualdad social con precisos perfiles, reclamando la tutela protectora de la ley para los débiles. En general en todas las grandes cuestiones nacionales puso el doctor Manzanilla su desinterés personal, su amplio espíritu democrático. Vivo está aún el recuerdo de la lucha que como jefe de la agrupación parlamentaria denominada El Bloque de 1911 sostuviera con altura, decisión y patriotismo. A la consigna cerrada de una mayoría le opuso la vigorosa consigna de la libertad de opinar dentro de la función política que le cabe a una minoría legislativa. Largos e interesantes debates sostuvo el Parlamentario ilustre defendiendo el fuero de la representación que investía y la fiscalización que a una minoría le corresponde. En memorables páginas

⁶ Ídem, vol. 3, págs. 104-105.

*están escritos los discursos que el doctor Manzanilla pronunciara y su eco se ha manifestado dando relieve en la historia nacional a ese momento culminante en el que un grupo parlamentario se enfrentó al poder de una mayoría irreductible. En esta lid la entereza del doctor Manzanilla se mantuvo incólume. Y, en general, en todo el proceso parlamentario en el que jugó su vida, su probidad, su sentido del bien público fue su rígida ley. Sin alarde dio siempre prueba el doctor Manzanilla de que el interés del país estaba por encima de todo.*⁷

En 1912 asume la Presidencia de la República don Guillermo E. Billinghurst, quien, lamentablemente, proyectó la inconstitucional disolución del Congreso, en el que carecía de mayoría, para buscar la elección de otro Parlamento que le fuese más favorable. El 4 de febrero de 1914 se produce el golpe de Estado encabezado por el mariscal Óscar Raymundo Benavides Larrea, quien depuso a Billinghurst. Ese mismo día el Congreso aprobó la destitución del Jefe del Estado y la conformación de una Junta de Gobierno, que se encargase temporalmente de la administración del Poder Ejecutivo. La Junta estuvo conformada por el mariscal Óscar Raymundo Benavides Larrea⁸, ministro de Guerra y Marina y presidente de la Junta; doctor José Matías Manzanilla (del Partido Civil Independiente), ministro de Relaciones Exteriores; Rafael Grau (del Partido Civil Leguista), ministro de Justicia e Instrucción; José Balta (del Partido Liberal), ministro de Hacienda; Arturo Osoreo (del Partido Constitucional), ministro de Gobierno y Policía; y Benjamín Boza (del Partido Demócrata), ministro de Fomento. Y como presidente de la Junta, el coronel Benavides. La Junta estuvo en funciones entre el 4 de febrero y el 15 de mayo de 1914, fecha en que el Congreso nombra a Benavides como Presidente Provisorio, con la misión de convocar a elecciones generales. Benavides convocó a una Convención de partidos para que eligiesen un candidato de consenso. Participaron los delegados del Partido Civil, el Liberal y el Constitucional, manteniéndose al margen el Partido Demócrata (pierolista). En la Convención se eligió como candidato al expresidente José Pardo y Barreda. En las elecciones generales ganó abrumadoramente Pardo, quien venció al candidato demócrata Carlos de Piérola. Pardo fue investido Presidente de la República el 18 de agosto de 1915.

El 28 de julio de 1914 se había iniciado la Gran Guerra, denominada luego Primera Guerra Mundial⁹, que pronto tuvo hondas repercusiones para nuestro país, generando una crisis

⁷ González Olaechea, Manuel, «Desaparece un maestro». *El Comercio*, 7 de octubre de 1947.

⁸ Por entonces Benavides tenía el grado de coronel.

⁹ El detonante del conflicto fue el asesinato del Archiduque Francisco Fernando de Austria y su esposa, Sofía Chotek, efectuado en Sarajevo por Gavrilo Princip (un nacionalista serbio), el 28 de junio de 1914; el ultimátum de Austria-Hungría a Serbia y la declaración de guerra el 28 de julio. Debido a la previa existencia de la Triple Alianza (Alemania y Austria-Hungría) y la Triple Entente (Reino Unido, Francia y Rusia) en pocas semanas el conflicto se extendió a la mayor parte de Europa. Luego se incorporaron al mismo otras naciones, entre ellas el Imperio Otomano y Bulgaria, que se unieron a la Triple Alianza; mientras que Italia, Japón y Estados Unidos de América harían lo propio con la Triple Entente. Se estima que durante la Primera Guerra Mundial murieron más de 9'906.000 combatientes, desaparecieron otros 7'750.000 y hubo 21'219.000 heridos. El conflicto finalizó el 11 de noviembre de 1918 cuando Alemania pidió el armisticio.

económica, monetaria y fiscal. Las industrias se paralizaron, el oro comenzó a ser extraído de los bancos y los ingresos fiscales se redujeron drásticamente. Los esfuerzos conjuntos del Poder Ejecutivo y el Congreso de la República —especialmente de las Comisiones de Hacienda, presidida por Manzanilla; y de Presupuesto, presidida por Francisco Tudela y Varela— permitieron superar las dificultades. Manzanilla tuvo una conducta discrepante de las orientaciones financieras del gobierno, mostrándose partidario de las emisiones bancarias con respaldo metálico; mientras que el Ejecutivo sustentaba la necesidad de las emisiones de papel moneda. Entonces, se llegó a producir un hecho poco frecuente en el Congreso, cuando Manzanilla, a pesar de ser el presidente de la Comisión de Hacienda, suscribía dictámenes en minoría, lo que lo llevaría a renunciar a tal cargo por la falta de apoyo de sus colegas. Sin embargo, a pesar de las ocasionales diferencias con Manzanilla, los demás miembros de la Comisión, que sin duda reconocían sus grandes calidades personales e intelectuales, se negaron a aceptar su renuncia.

En sus numerosas intervenciones sobre temas de finanzas en la Cámara de Diputados, Manzanilla no dudaba en enfrentarse a los intereses de las instituciones crediticias, especialmente de los banqueros, en defensa de los intereses de los ahorristas y, sobre todo, de los del país.

En 1916 Manzanilla fue elegido, por segunda vez, presidente de la Cámara de Diputados. A pesar de sus vinculaciones con el Presidente de la República don José Pardo y Barreda, en realidad su elección —así como la del doctor Antonio Miró Quesada en el Senado Nacional— fue vista como una victoria opositora.

Entre las numerosas leyes que se originaron por su iniciativa, podemos mencionar la ley que prohibía la venta de alcohol los fines de semana, la que gravó los terrenos sin construir y, ante todo, la ley sobre el trabajo de mujeres y niños:

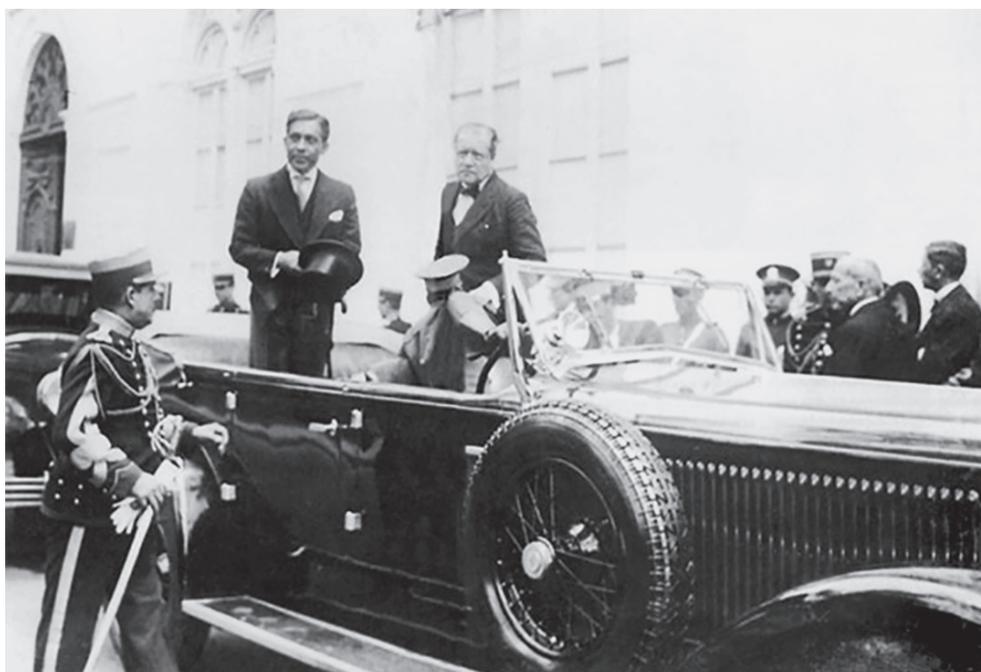
No vamos a encomiar la utilidad, la trascendencia de la legislación sobre el trabajo de la mujer y del niño, porque ella se recomienda a sí misma; esas leyes de carácter filantrópico están llamadas a salvar el porvenir demográfico de la República; el niño es el ciudadano de mañana, llamado a integrar la patria peruana; la mujer es el cimiento de la nacionalidad, del hogar; eje de la sociedad y del Estado; el Perú tiene escasísima población, si se considera su vasto territorio, y hay que cuidar, por eso, de modo especial, su renovación étnica.

El porcentaje de la mortalidad infantil en Lima y en el Perú todo, es abrumador; sólo podemos encontrarle paralelo en la China, y a remediar estos horribles males públicos, tiende la reforma socialista de que nos ocupamos, timbre de legítimo orgullo para su autor.¹⁰

¹⁰ Benvenuto, Neptalí, *Parlamentarios del Perú contemporáneo (1904-1921)*, p. 94. Imprenta Malatesta, Lima, 1921.

Igualmente, fueron notables sus discursos sumamente críticos de las negociaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo sobre los campos petrolíferos de La Brea y Pariñas. Además, en 1917 fue delegado del Perú ante el Congreso Internacional de La Habana (Cuba); y en 1919 fue elegido decano del Colegio de Abogados de Lima (1919-1920).

En el Congreso Constituyente de 1931-1936 representó a Ica. Dicho Congreso aprobó la Constitución de 1933. Por entonces le cupo presidir la Comisión de Constitución y la Comisión Diplomática. Asimismo, fue designado presidente del Consejo de Ministros y ministro de Relaciones Exteriores por el Presidente Constitucional de la República, general Luis Miguel Sánchez Cerro, cargo que desempeñó entre el 24 de diciembre de 1932 y el 30 de junio de 1933.



El Presidente Constitucional de la República, general Luis Miguel Sánchez Cerro, acompañado por el Presidente del Consejo de Ministros, doctor José Matías Manzanilla

El doctor Manzanilla estuvo al lado del Jefe del Estado el día en que éste fue asesinado por un militante aprista (30 de abril de 1933). El Congreso Constituyente eligió al mariscal Benavides como reemplazante del presidente Sánchez Cerro en la jefatura de Estado. Manzanilla se mantuvo en sus funciones ministeriales hasta el 30 de junio. Luego fue designado ministro plenipotenciario y enviado extraordinario del Perú en Italia (1933-1939). Al regresar al país fue elegido decano del Colegio de Abogados (1944-1945).

Manzanilla fue miembro de numerosas instituciones académicas y sociales, entre ellas: la Sociedad Geográfica y la Beneficencia Pública de Lima; la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores; la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia de Madrid (España); el Ateneo Hispano-

Americano de Buenos Aires, el Museo Social Argentino, el Instituto del Trabajo de Córdoba y la Sociedad Científica Argentina; de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Pennsylvania (Estados Unidos de América); la Sociedad de Historia de Santo Domingo; la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; la Sociedad Académica de Historia Internacional de Francia. Asimismo, recibió numerosas condecoraciones y distinciones, entre ellas la Orden del Sol del Perú en el Grado de Gran Cruz, la Orden del Mérito de Chile en el Grado de Gran Cruz, la Gran Cruz de la Corona de Italia, el título de Comendador de la Legión de Honor de Francia y las Palmas Académicas de este país. Igualmente, se hizo merecedor de numerosas medallas y diplomas de las sociedades obreras del Perú. Las Universidades de Buenos Aires y La Plata (Argentina) lo nombraron Doctor Honoris Causa.

Entre sus obras podemos mencionar: *Programa de Economía Política* (1897); *El Poder Legislativo del Perú* (1903), *Discurso necrológico en honor de Pablo Pradier Fodere* (1904); *Legislación del trabajo* (1905); *Accidentes del trabajo* (1907); *La responsabilidad por los accidentes del trabajo* (1913); *Discursos parlamentarios* (1914, 1915 y 1919); *El descanso dominical* (1919); *Programa de Economía Política y legislación económica del Perú* (1919); *La reglamentación del trabajo de la mujer y el niño* (1918 y 1924); *Elecciones políticas y municipales: discursos parlamentarios* (1931); *El descanso obligatorio: discursos parlamentarios* (1940); *Finanzas y Economía* (1941); *Defensa del Poder Legislativo y de las garantías individuales* (1942). Igualmente, escribió numerosos artículos sobre Derecho Constitucional y Laboral.



*Honras fúnebres del doctor José Matías Manzanilla*¹¹

¹¹ Fuente: *El Comercio*, 8 de octubre de 1947.

El doctor José Matías Manzanilla falleció en Lima el 6 de octubre de 1947. El Presidente constitucional de la República, doctor José Luis Bustamante y Rivero, ordenó que se le tributasen los honores correspondientes a ministro de Estado. Sus restos fueron velados en la Basílica de La Merced. En el discurso que pronunció en aquella oportunidad el doctor Lizardo Alzamora Silva, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sostuvo:

Cuando nuestra generación haya desaparecido totalmente y todas nuestras luchas y nuestros afanes hayan sido apagados por la muerte, todavía el vigoroso verbo legislador de Manzanilla estará vibrando en el Congreso del Perú como la voz del lúcido y victorioso precursor de la justicia social en el Perú.

Cuando en San Marcos no sean nuestras personas sino borrosas sombras del pasado, el nombre de Manzanilla seguirá ocupando en la nómina cuatricentenario de los maestros sanmarquinos, el sitial rectoral que ocupó en la vida, en virtud de su privilegiada facilidad natural para enseñar agradando, como querían y hacían los clásicos maestros atenienses de la Academia platónica.

En nuestra Universidad de San Marcos, como alumno primero y como maestro después; en el foro, como abogado y como decano del Colegio de Abogados; en la política, como Parlamentario, Canciller y Primer Ministro; y en la diplomacia como plenipotenciario del Perú, la vida de Manzanilla fue una larga trayectoria de inteligencia siempre iluminada por la elegante dignidad de su pobreza y siempre rejuvenecida por la jovialidad, hasta el último día intacta, de su ágil y sutil ingenio.

Todos los honores de la vida pública, que a tantas frágiles personas ciegan con su luz fugaz, no restaron nada al espíritu templado, generoso y cordial de José Matías Manzanilla. Recibía y despedía los honores con el mismo gesto elegante de quien disfrutaba, en forma vitalicia, del máximo e inolvidable honor de la existencia que es, sin duda, poseer un espíritu lleno de luz propia y una personalidad por eso superior a los variables accidentes de la vida¹²».

El doctor José Matías Manzanilla fue enterrado en el mausoleo de su familia, en el Cementerio Presbítero Maestro, de la ciudad de Lima. Esteban Cáceres refiere así las múltiples dotes del doctor José Matías Manzanilla:

«Es sin disputa uno de los más brillantes oradores parlamentarios contemporáneos, no solo del Perú sino de cualquier parte del mundo,

¹² Fuente: *El Comercio*, 8 de octubre de 1947.

calificado en justicia como uno de los primeros oradores de la América por la sublimidad de su talento, por la riqueza y variedad de sus ideas y por su tempestuosa elocuencia. Aquellos que como nosotros hemos tenido la dicha de ser amigo y haberlo tratado de cerca, sabemos cuánto vale este gran hombre y cuánto se aprende estando a su lado. Toda su elocuencia, todo su caudal de conocimientos expone con suma sencillez y no hay que preguntarle como al poeta por qué canta; él mismo no lo sabe; sería lo mismo que preguntar al arroyo por qué murmura y al ruiseñor por qué en el callar de la noche interrumpe el silencio de la naturaleza con su dulce y hermoso canto. El doctor Manzanilla resplandece por su sencilla espontaneidad. En las ciencias se necesita de reflexión profunda, pero en la oratoria se necesita inspiración y por ello sus obras son creaciones de su espíritu. Es lo mismo que si le preguntamos a un poeta la causa que le mueve a cantar y al filósofo a producir bellas ideas, dirán que lo ignoran. Así es el espíritu de este orador profundo que imagina y da forma sensible a sus grandes ideales.

Por eso los filósofos alemanes han pretendido siempre que la estética ha de unir sintéticamente todos los sistemas filosóficos¹³».



José Matías Manzanilla

¹³ Cáceres, Esteban M., España en el Perú, pp. 111-112, Lima, Perú, 1923.

En tiempos en que la política aparece a los ojos de los ciudadanos como una actividad devaluada, bien podríamos recordar que el doctor José Matías Manzanilla...

Tres cosas que no aceptó en ningún caso: ni que un hombre desempeñe cargos políticos haciendo protestas de no ser político; ni que un hombre diga que a él no le interesa la política; ni que un hombre pierda la facultad intransmisible de su autonomía por razón de su credo político.¹⁴

El jueves 27 de julio de 1916 el doctor José Matías Manzanilla fue elegido presidente de la Cámara de Diputados. En aquella oportunidad pronunció las siguientes palabras:

*DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS,
DOCTOR JOSÈ MATÍAS MANZANILLA BARRIENTOS*

Señores Diputados:

Me domina la emoción por las graves responsabilidades que asumo y la gratitud por el insigne honor que recibo sucediendo a nuestro ilustre compañero, señor Tudela, en el alto cargo que dignamente y acertadamente, acaba de ejercer y que yo voy a ocupar sin autoridad personal y sin merecimientos políticos por la sola virtud de la benevolencia de los señores Diputados y con la esperanza de sus consejos y de su apoyo al dirigir la Cámara y al cooperar con las tareas de esta dirección al buen éxito de todas las funciones parlamentarias y a expedir leyes indispensables reclamadas con urgencia por el país, porque, no obstante, haber exceso de legislación, hay también falta de legislación.

Abundar las leyes inútiles y carecemos, sin embargo, de leyes necesarias algunas de las cuales cómodamente sancionáramos con una buena distribución del trabajo parlamentario, difícil de alcanzar mientras subsiste un reglamento vetusto adicionado por una juis prudentia práctica que intenta satisfacer las crecientes e irresistibles necesidades de los organismos legislativos, en perenne inminencia de expansión y de progreso, pero como esas reglas suelen ser confusas y están desprovistas de la fuerza incontestable de las leyes escritas, suscitan resistencias e interpretaciones cuando pretendemos ejercer derechos aún imprecisos, limitarlos y garantizarlos; y cuando aspiramos a imprimir movimiento al mecanismo parlamentario para dotarlo de celeridad y eficiencia.

Produce malestar reglas anquilosadas para dirigir e impulsar nuestras labores, propensas en los actuales tiempos, más expuestas en los actuales tiempos que en la época inicial de nuestro reglamento a provocar la crítica

¹⁴ Gadea, Carlos A. «El verbo de José Matías Manzanilla», *El Comercio*, 8 de octubre de 1947.

de la ciudadanía en las múltiples y potentes formas en que su opinión y se concretan.

Un reglamento expedido en 1853, bajo el imperio de la constitución ultra-conservadora y autoritaria del año 39; al supervivir entre sesenta y tantos años de conmociones políticas y de reformas constitucionales, es un anacronismo pernicioso constituye un mal instrumento de acción y de labor e impone innovaciones inmediatas, sea con preceptos reglamentarios, sea con simples acuerdos de cámara, si acaso hubiera la aquiescencia unánime de los señores Diputados para introducir de modo provisional y a título de ensayo algunas reformas susceptibles de servir de preludeo a una obra parlamentaria metódica y profunda.

Las modificaciones de los procedimientos notoriamente defectuosos, serán un paliativo podrían ser un remedio a las deficiencias funcionales del parlamento. Y así, sencillamente, esas innovaciones; la exactitud para abrir la sesión, la certidumbre de los señores Diputados de encontrar facilidades en el examen de sus proyectos libertándolos de envejecer entre el polvo de los archivos; la actividad de las comisiones para dar oportunamente dictámenes el hecho de integrar las comisiones con miembros de la mayoría de las minorías el sistemático anuncio de las materias por discutir en la orden del día y la organización estable de los diversos grupos para facilitar las inteligencias recíprocas entre ellos y para mantener permanente contacto con la mesa representan resortes que aseguran el desarrollo eficaz de las funciones parlamentarias, sin menoscabo de la oportunidad de la grandeza ni de la libertad de nuestros debates.

Las anteriores opiniones no expresan una concepción individual provienen de la experiencia de todos y la mesa espera contribuir a realizarlas asumiendo neutral actitud entre los conflictos de las ideas y entre el antagonismo de los intereses. El equilibrio y el espíritu de equidad que fueron siempre una exigencia de situación al dirigir la Cámara, porque pueden dar el presidente el rol indiscutido de arbitrio autorizado para conseguir conciliaciones oportunas y evitar extremas hostilidades constituyen también necesidad inexcusable para mí en este movimiento político, después de las declaraciones de la minoría que me honran como Diputado y que virtualmente me apoyan como presidente. Si, honorables señores Senadores, he de inspirar mi conducta en el anhelo de merecer los votos que he recibido y las declaraciones que hemos escuchado.

Con estos propósitos ocupó el puesto que la Honorable Cámara se digna conferirme; reitero a todos los honorables señores Senadores, la expresión de mi gratitud y formulo mis ardientes votos porque realicen sus patrióticos empeño de trabajo y de bien para la República.

Breve balance sobre los efectos de la Constitución Política del Perú de 1993. Más de 23 años de vigencia



LENY PALMA ENCALADA¹

Asesora del Grupo Parlamentario Fuerza Popular en el Congreso de la República del Perú

SUMARIO

I. Introducción.- II. Estructura y característica de la Constitución de 1993.- III. Innovaciones de la Constitución Política de 1993.- 3.1. Innovaciones en materia de derechos fundamentales.- 3.2. Innovaciones en el régimen económico.- 3.3. Innovaciones en estructura y reforma del Estado.- 3.4. Otras innovaciones.- IV. Críticas al contenido de la Constitución de 1993.- V. Reformas constitucionales.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1993 fue resultado del trabajo que desempeñó el Congreso Constituyente Democrático —CCD— durante 7 meses y 27 días (del 30 de diciembre de 1992 al 26 de octubre de 1993) y de la posterior ratificación que le dio la población a través de un referéndum realizado el 31 de octubre de 1993.

No obstante los cuestionamientos que en su momento hubo sobre los resultados del referéndum, consideramos que la dación de la Constitución Política de 1993 tuvo un doble filtro de legitimidad y democracia. Por un lado se convocó a elecciones para elegir a 80 constituyentes (22 de noviembre de 1992), siendo elegidos representantes de diversos partidos políticos del país como el Partido Popular Cristiano (PPC), Renovación Nacional (PRN), Frente Independiente Moralizador (FIM), Movimiento Democrático de Izquierda (MDI), Coordinadora Democrática (CODE), Frente Nacional de

¹ Abogada con estudios concluidos de maestría en Derecho Constitucional y maestría en Gestión Pública. Diplomados en: “Procedimientos Parlamentarios”, “Banca y Finanzas”, “Administración de Recursos Humanos, Legislación Laboral y Previsional” y en “Derecho Administrativo”. Experiencia laboral en el Poder Judicial, Academia de la Magistratura y actualmente en el Congreso de la República.

Trabajadores y Campesinos, Frente Popular Agrícola Fia del Perú (FREPA), Solidaridad y Democracia (SODE) y Cambio 90-Nueva Mayoría (C90-NM), quienes en representación del pueblo peruano se encargaron de debatir y aprobar el Texto de la Carta Margá. Por otro lado, se sometió a consulta popular, cuyos resultados fueron: 52,24 % por el Sí a la reforma constitucional y 47,76% por el No. Con esta aceptación del pueblo, la Constitución de 1993 se promulgó el 29 de diciembre de 1993.

Cabe recordar que el presidente del CCD fue el ingeniero Jaime Yoshiyama Tanaka y el presidente de la Comisión de Constitución el doctor Carlos Torres y Torres Lara.

De otra parte, es preciso señalar que cada Constitución Política responde a un determinado momento histórico y de las necesidades que el pueblo exige. De ahí que la Constitución de 1993 respondió a la grave crisis económica que azotó con mayor fuerza a nuestro país durante los años de 1987-1990, donde la hiperinflación llegó a alcanzar más del 7,000%. Asimismo, respondió al terrible flagelo del terrorismo de Sendero Luminoso y del MRTA que provocó pánico e intranquilidad en toda la población.

II. ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En principio, debemos señalar que toda Constitución Política tiene dos partes fundamentales:

1. Dogmática: donde se regula lo relacionado a los derechos y libertades personales, sean individuales o colectivos.
2. Orgánica: donde se regula lo referente a la estructura del Estado (organización / funciones / límites).

La Constitución Política representa la norma jurídica suprema del Estado en el cual se ve reflejado el contrato social entre gobernantes y gobernados, las funciones y las relaciones entre las instituciones y la ciudadanía, así como la regulación de los límites al poder y los derechos y obligaciones de todos quienes constituyen una determinada nación.

En este entendido, la Constitución de 1993 se estructuró con 206 artículos, 16 Disposiciones Finales y Transitorias más un Preámbulo y una Declaración. De este contenido normativo, se puede advertir las siguientes características:

- Es de corte liberal y progresista; con la finalidad de adaptarse a los cambios y exigencias del siglo XX y del fenómeno de la globalización.
- Es concreta y flexible; regula los aspectos centrales y trascendentes, dejando a las leyes y reglamentos los aspectos de desarrollo normativo.
- Es técnica; utiliza un lenguaje especializado y regula las instituciones jurídicas con precisión normativa.

Cabe destacar que la Constitución de 1993 es la tercera de mayor duración en nuestra historia republicana, siendo solo superada por las Constituciones de 1860 y 1933, lo que a nuestro entender demuestra la visión de futuro con la que fue redactada.

III. INNOVACIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La Constitución Política de 1993 incorporó varios aspectos no regulados en las anteriores Constituciones de nuestro país, los cuales no solo se limitaron al tema económico, sino también en lo que se refiere a derechos fundamentales y estructura del Estado.

3.1. INNOVACIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Incorporó el concepto de «dignidad» como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1). La Constitución Política de 1979 solo hacía referencia a la defensa de la persona humana.
2. Incorporó el derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1), entendido como el derecho de toda persona a ser individualizado y ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, como un ser único diferente a los demás.
3. Incorporó el derecho a la integridad moral y psíquica (artículo 2, inciso 1). La Constitución Política de 1979 solo hacía referencia a la integridad física.
4. Incorporó el derecho a la no discriminación por origen, condición económica o de cualquier otra índole (artículo 2, inciso 2). La Constitución Política de 1979 solo reguló el derecho a la no discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma.
5. Incorporó el derecho de acceso a la información pública (artículo 2, inciso 5), con el objetivo de desterrar la cultura del secreto en la administración pública. Mediante este derecho toda persona puede solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido (valor de las copias). Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente señale la ley o por razones de seguridad nacional.
6. Incorporó el derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6), también conocido como derecho a la libertad informativa o derecho a la protección de datos. Su objetivo es proteger la intimidad personal y familiar de las personas frente a los excesos que se pueda cometer a partir del almacenamiento de datos de las mismas en los diferentes registros ya sean públicos, privados o informáticos. A través de este derecho la persona puede decidir qué información personal autoriza se conozca, a quién desea proporcionarla, en qué forma y cuándo.

7. Incorporó los derechos de participación ciudadana de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa ciudadana y de referéndum (artículo 2, inciso 17). La Constitución Política de 1979 solo reguló el derecho de elección entendida como el derecho de elegir y ser elegido. La Constitución de 1993 le dota al ciudadano de mayores mecanismos para participar activamente en la vida política del país.
8. Incorporó el derecho a la paz y a la tranquilidad (artículo 2, inciso 22) con el objetivo de asegurarle a la población de un ambiente equilibrado y los elementos de tranquilidad mínimos sobre los cuales debe desarrollar su convivencia personal y social, sobre todo luego de los traumáticos efectos que se sufrió como consecuencia del terrorismo.
9. Incorporó el derecho a la legítima defensa (artículo 2, inciso 23) como un mecanismo para reaccionar frente a una agresión ilegítima e impedir o repeler una afectación a la integridad física de las personas. Cabe precisar que el antecedente normativo de este derecho es el Código Penal de 1991 (artículo, 20, inciso 3); sin embargo, a nivel constitucional recién fue regulado en la Constitución de 1993.
10. Incorporó el derecho a la observancia del debido proceso (artículo 139, inciso 3), el cual es entendido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos y procedimientos, incluidos los administrativos y corporativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

3.2. INNOVACIONES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO

La principal característica de la Constitución Política de 1993 en este aspecto es que reguló derechos, libertades y principios que permitieron a nuestro país pasar de una economía cerrada a una economía abierta, con lo cual se sentó las bases para el crecimiento económico del Perú y su reinserción en el comercio y en el sistema financiero internacional.

Con este objetivo, se consagró a nivel constitucional lo siguiente:

1. Iniciativa privada libre y rol regulador del Estado dentro de una economía social de mercado (artículo 58); con lo cual se implementó un sistema de libre oferta y demanda en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía y el Estado quien asuma un rol regulador y orientador para evitar desequilibrios que afecten a los agentes económicos más débiles o que los más poderosos abusen de su poder. La Constitución de 1979 facultaba al Estado a intervenir

directamente en la actividad económica, lo cual fue pernicioso para el país y limitó la inversión privada.

2. Derecho a la libertad de empresa (artículo 59); mediante el cual se garantiza a todas las personas la facultad de decidir para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), así como también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa). Asimismo, la libertad de fusión con otras empresas y la libertad de cesación o de salida del mercado. La Constitución de 1979 solo reconocía la libertad de industria y comercio.
3. Rol subsidiario del Estado (artículo 60); mediante el cual se establece como regla general que el Estado no hace actividad empresarial, sino solo excepcionalmente por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Con este precepto se reconoce la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones del mercado. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 008-2003-AI/TC, señaló que «El principio de subsidiaridad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de Derecho. [...] El principio de subsidiaridad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado [...]».
4. Libre competencia (artículo 61); este es otro principio-derecho que consagró la Constitución de 1993 para sentar las bases del desarrollo económico y social del país como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Conforme lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Exp. N.º 03479-2011-PA/TC, se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; b) la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.); y c) la igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación).
5. Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional (artículo 63); este aspecto fue clave para el fomento de la inversión privada, lo cual contribuyó al desarrollo del país y su reinserción en la economía mundial. En el año 1990 la hiperinflación había llegado a alcanzar más del 7,000%, se tenía a un país quebrado y con una altísima deuda interna y externa. En este sentido, se debía

promover medidas para atraer inversionistas y por ello se reguló esta regla de no discriminación entre los nacionales y extranjeros, lo cual hasta la fecha le está dando resultados al país. En 1994, ya con la reforma constitucional en marcha, nuestro país no sólo había salido de la crisis económica, sino que nuestra economía alcanzó un crecimiento del 13%.

6. Protección y defensa al consumidor o usuario (artículo 65); mediante este principio se regula la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores en atención a que éstos suelen tener una situación de debilidad o desventaja en el mercado. En este sentido, la Constitución les garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentra a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población, obligando a las empresas y a los proveedores que actúan en el mercado a respetar los derechos de los consumidores, los cuales implican trato digno a la persona, igualdad de acceso a los bienes y servicios sin limitaciones ni discriminación, prestación de bienes y servicios de calidad, la proscripción de prácticas y cláusulas abusivas en el mercado, derecho de reclamación y satisfacción de los usuarios. Con esta finalidad, justamente, se creó el Indecopi, que hoy en día juega un rol fundamental en la defensa y protección de los consumidores.

3.3. INNOVACIONES EN ESTRUCTURA Y REFORMA DEL ESTADO

1. Congreso Unicameral (artículo 90); se pasó de un congreso bicameral compuesto por 60 senadores y 180 diputados a un Congreso unicameral de 120 congresistas (posteriormente, mediante Ley 29402, de setiembre del 2009, se amplió a 130 congresistas). Entre los aspectos positivos de la unicameralidad resalta que es más representativo y menos costoso que el sistema bicameral, puesto que, por un lado, ofrece prontitud en el desempeño de sus funciones, uniformidad y sistematización de las leyes y, por otro, un considerable ahorro de dinero y de aparatos administrativos dentro de un mismo cuerpo legislativo. En palabras de Emmanuel Sieyés, el Congreso debe ser unicameral en el sentido de que la Ley es la voluntad del pueblo, el mismo que no puede tener al mismo tiempo dos voluntades diferentes sobre un mismo tema; en consecuencia, la unicameralidad es la expresión real del pueblo.
2. De otro lado, entre las críticas que se suele hacer al sistema unicameral es que no es una cámara reflexiva y no permite un mejoramiento técnico en la emisión de las leyes.
3. Sin embargo, se tiene que tener en cuenta que el hecho de que un Parlamento sea unicameral o bicameral no es una cuestión de hacer un balance entre argumentos a favor o en contra, sino, se trata de hacer un análisis de conveniencia política de acuerdo a las características sociales y culturales de cada país.

4. Creación de la Defensoría del Pueblo (artículo 161); con lo cual se pone a disposición de la población de una institución que defienda los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad en general así como para supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. De esta manera la Defensoría del Pueblo se convierte en una especie de garante moral de los derechos y deberes de la persona y de la comunidad.
5. Incorpora el concepto de «inalienable» como una característica adicional del territorio de la República (artículo 54). La Constitución de 1979 solo hacía referencia al concepto inviolable. La inalienabilidad significa que el territorio peruano no se puede enajenar ni transmitir, por lo que no puede venderse o cederse de manera legal a nadie.
6. Unificación de la Policía Nacional del Perú (artículo 166); con la finalidad de integrar en una sola institución la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno en el país. Antes existían tres fuerzas policiales: la Guardia Civil, la Policía de Investigaciones y la Guardia Republicana, lo cual generaba conflictos originados por la duplicidad de funciones y, además, ocasionaba mayor gasto de recursos económicos.
7. Creación de la ONPE y el Reniec (artículo 177); con los cuales, junto al Jurado Nacional de Elecciones, se crea un Sistema electoral de tres organismos electorales autónomos pero que mantienen entre sí relaciones de coordinación, lo cual permitió un funcionamiento ordenado e imparcial de los aspectos electorales. Así, se encargó a la ONPE la organización de los procesos electorales, al Reniec la elaboración del padrón electoral y al JNE la justicia electoral. La Constitución de 1979 solo se refería al JNE, en quien recaía todas estas funciones y se concentraba tanto funciones administrativas como jurisdiccionales.
8. Crea la capital histórica del Perú (artículo 49); la Constitución de 1993 dispone que la ciudad del Cusco es la capital histórica de nuestro país como un reconocimiento a la gran cultura inca que tuvo como centro de operaciones a dicha ciudad. Si bien es cierto que la capital histórica no influye sobre la forma del Estado, darle esta categoría significa darle una investidura social, cultural e histórica.
9. Reforma del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150); se otorgó autonomía al CNM para la selección y nombramiento de jueces y fiscales a nivel nacional. Con la Constitución de 1979 el CNM solo seleccionaba y proponía a los postulantes y era el Presidente de la República quien los nombraba.
10. Fortalecimiento de la Descentralización (artículo 191); se adicionó la autonomía política a los gobiernos regionales, con lo cual se les dio la facultad de elaborar sus propios planes de desarrollo regional, en base a lo cual pueden regular sus

funciones ejecutivas y normativas. La Constitución de 1979 solo les confería autonomía económica y administrativa, las cuales preservó la de 1993.

3.4. OTRAS INNOVACIONES

1. Pena de muerte por terrorismo (artículo 140); esto como un mecanismo disuasivo para que nunca más se vuelva a repetir el terrorismo en nuestro país. Si bien es cierto está regulada en nuestra Constitución, hasta la fecha no hay ningún caso en que se haya aplicado. La Constitución de 1979 disponía que esta pena solo se aplica a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior.
2. Creación de la acción de hábeas data (artículo 200, inciso 3); se incorporó como una garantía constitucional para la protección del derecho de acceso a la información pública y del derecho a la autodeterminación informativo. Mediante esta acción toda persona puede:
 - Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.
 - Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.
3. Creación de la acción popular (artículo 202, inciso 2); esta garantía constitucional se creó con la finalidad de defender la supremacía de la Constitución Política frente a normas de carácter infralegal (reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general), que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

IV. CRÍTICAS AL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El mayor cuestionamiento que se ha hecho a la Constitución de 1993 está en relación a que fue fruto de un golpe de Estado con la intención de que el gobierno de turno de

entonces se quede en el poder, lo que se plasmó en la redacción original del artículo 112, que permitía la reelección presidencial. La Constitución de 1979, en su artículo 205, establecía que para la reelección debe transcurrir un período constitucional.

Ante los fuertes cuestionamientos, en el año 2000 se dio la Ley 27365, mediante el cual se prohíbe la reelección presidencial y se regresa al contenido normativo de lo que disponía la Constitución de 1979.

Otro aspecto del Texto Constitucional que recibió duras críticas fue lo relativo al régimen laboral por la eliminación de la denominada estabilidad laboral absoluta y la disminución de los derechos laborales colectivos.

Respecto a la estabilidad laboral, debemos señalar que en doctrina y jurisprudencia se clasifica en estabilidad laboral absoluta y estabilidad laboral relativa. Mediante la primera se garantiza al trabajador la reposición en su centro de trabajo frente al despido arbitrario. En el segundo caso, opera el pago de una indemnización.

La Constitución de 1993, en su artículo 27, estableció que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario», con lo cual se pasó de un régimen absoluto de estabilidad laboral (artículo 48° de la Constitución de 1979) a un régimen relativo. Esta modificación generó rechazo por parte de los trabajadores, que inclusive se llegó a materializar en demandas ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, a partir de las cuales a nivel jurisprudencial paulatinamente se fue modulando la naturaleza, contenido y alcances de este derecho que de alguna manera se han ido orientando hacia un retorno a la estabilidad absoluta, pues se ha habilitado la reposición para casos no contemplados en la ley como los despidos incausados o fraudulentos.

A nuestro entender, este redireccionamiento hacia la estabilidad laboral absoluta viene generando la reducción de contratos de naturaleza laboral y el aumento de contratos por tercerización o celebración de contratos atípicos, que al final, haciendo un balance, termina perjudicando a la clase trabajadora.

En cuanto a los cuestionamientos en materia de derechos colectivos, se centran en la limitación de la actuación de los sindicatos, del ejercicio del derecho de huelga y en la afectación de la negociación colectiva, lo que ocasionó la disminución de la conformación de sindicatos, de la afiliación sindical y los despidos masivos que más adelante dieron lugar a demandas judiciales en el ámbito nacional como internacional.

V. REFORMAS CONSTITUCIONALES

A lo largo de la vigencia de la Constitución Política de 1993, ésta ha sido pasible de reformas constitucionales como consecuencia de los cambios propios que supone el correr de los años y de las condiciones sociales, políticas y/o económicas que se han producido en el país.

A la fecha, nuestro Texto Constitucional ha tenido doce reformas constitucionales, las cuales se detallan en el siguiente cuadro:

Ley N.º	Artículo Reformado	Modificación referida a	Año de la reforma
26470	200	Amparo y Hábeas Data: Para precisar sus alcances	1995
26472	77	Asignación de recursos del presupuesto del sector público	1995
27365	112	Eliminación de la reelección presidencial inmediata	2000
27680	Capítulo XIV del Título IV	Bases del Proceso de Descentralización	2002
28389	11º, 103º y Primera DFT	Incorporación de la teoría de los hechos cumplidos y cierre del Decreto Ley 20530	2004
28390	74 y 107	Otorgamiento de la facultad tributaria y de iniciativa legislativa a los Gobiernos Regionales	2004
28480	31 y 34	Derechos de participación ciudadana y otorgamiento del derecho de sufragio al personal de las FF. AA. y PNP	2005
28484	87, 91, 92, 96 y 101	Precisiones sobre el sistema financiero y la SBS	2005
28607	91, 191 y 194	Impedimentos para postular al Congreso y posibilidad de revocar a las autoridades regionales y locales	2005
29401	80 y 81	Precisiones sobre la sustentación del Presupuesto de la República ante el Pleno del Congreso	2009
29402	90	Incremento del número de Congresistas de 120 a 130	2009
30305	191, 194 y 203	Prohibición de la reelección de alcaldes y gobernadores regionales	2015

Cabe precisar que, conforme lo dispone el artículo 206 de la Constitución, toda reforma constitucional tiene que ser aprobada por el Congreso de la República con mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos), y ratificada mediante

referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (87 votos).

VI. CONCLUSIONES

Si bien es cierto la dación de la Constitución Política de 1993 se dio en un marco de cuestionamientos a la democracia de entonces, lo cierto es que tuvo el respaldo popular mayoritario del pueblo peruano a través de un referéndum y a lo largo de sus más de 23 años de vigencia ha servido para estabilizar la vida económica del país y permitir la reinserción del Perú en el sistema financiero internacional.

Asimismo, cabe destacar que durante su vigencia han transitado cuatro gobiernos presidenciales y se han emitido innumerables actos jurídicos en la vida política, jurídica, económica y social del país (nombramiento de autoridades, creación y funcionamiento de entidades públicas, emisión de sentencias judiciales, ejercicio y tutela de derechos, celebración de contratos, etc.), los cuales vienen surtiendo efectos válidos.

Una Constitución Política debe procurar perdurar en el tiempo en cuanto a los principios e instituciones que integran la tradición histórica de una nación, tales como derechos humanos, forma de gobierno o sistema democrático, los cuales deben constituirse a manera de núcleo duro constitucional que permitan tener un país con proyección y trascendencia. En lo demás, es factible realizar reformas que vayan acordes con los cambios del devenir del tiempo y en la medida que realmente sean necesarios para el desarrollo de la nación.

SECCIÓN III

MISCELÁNEAS

Cursos y conferencias magistrales del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios

CONFERENCIA MAGISTRAL «CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD: MODELO PERUANO»

Conferencia a cargo del doctor Víctor García Toma, ex presidente del Tribunal Constitucional, ex ministro de Justicia y ex juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta conferencia se llevó a cabo el 4 de marzo de 2016 en la sala de Audiencias del Museo del Congreso y de la Inquisición.



Al finalizar la conferencia se procedió a clausurar el curso *online* internacional «El Derecho Parlamentario», el cual contó con la participación de representantes del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, de la Contraloría General de la República, de la Defensoría del Pueblo y del Poder Judicial, así como de funcionarios del Congreso de la República del Perú y sus pares de Argentina, Chile, Costa Rica, Paraguay y República Dominicana.



CURSO «ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY»

Curso a cargo de Roberto Tarazona Palma, secretario técnico del Departamento de Comisiones y asesor de la Tercera Vicepresidencia. Este curso se llevó a cabo el 16 de marzo en la sala «José Abelardo Quiñones»



CURSO «ELABORACIÓN DE INFORMES DE COMISIONES INVESTIGADORAS»

Curso a cargo de José Carlos Chirinos Martínez, secretario técnico del Departamento de Comisiones. Este curso se llevó a cabo los días 16 y 18 de febrero en la sala «José Abelardo Quiñones».



CURSO «REDACCIÓN PARLAMENTARIA»

Curso a cargo de Humberto Camba Barreto, redactor del Departamento de Redacción del Diario de los Debates. Este curso se llevó a cabo los días 10 y 12 de febrero en el auditorio del edificio «José Faustino Sánchez Carrión».



Clausura del Curso de Formación para Formadores Online (primera edición)

VI Aniversario del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios

El 6 de mayo de 2016 se clausuró la primera edición del *Curso de Formación para Formadores Online*, con el cual se capacitó a once funcionarios del Congreso de la República en el uso de metodología de formación online del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, así como en los procesos de planificación, estructuración y uso de la tecnología online.

Esta primera promoción de formadores online está integrada por María Elena Bendezú Echevarría, Carlos Camba Barreto, Roberto Hernández De La Cruz, Pablo Ernesto Lévano Véliz, María Rossana Mayta Encina, Martha Meléndez Muñoz, Leny Palma Encalada, Yon Pérez Paredes, Jacqueline Rivas Gómez, Yasmina Sánchez Guerra y Mónica Villavicencio Rivera.



El curso fue llevado a cabo del 4 al 24 del abril de 2016 y su realización fue posible gracias al Convenio de Colaboración suscrito entre el Congreso de la República del Perú y la Fundación Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico (CEDDET).

Durante la clausura, el jefe del Centro, Abog. Pablo Lévano Veliz, destacó que la fecha coincide con el sexto aniversario de creación del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, órgano del Congreso que fuera creado con el Acuerdo de Mesa N° 194-2009-2010/MESA-CR,¹ con el objeto de brindar programas académicos multidisciplinarios al personal del Parlamento, en materias orientadas al desarrollo de las funciones del Congreso de la República.

¹ El Acuerdo de Mesa N° 194-2009-2010/MESA-CR fue aprobado durante la 40ª Sesión de la Mesa Directiva del Congreso de la República, correspondiente al Período Anual de Sesiones 2009-2010, celebrada el martes 4 de mayo de 2010, a las 12:10 horas, en la sala Sala Basadre del Congreso de la República, bajo la presidencia del congresista Luis Juan Alva Castro, presidente del Congreso, y con la asistencia de los congresistas Cecilia Isabel Chacón de Vettori, Primera Vicepresidenta y Antonio León Zapata, Tercer Vicepresidente.

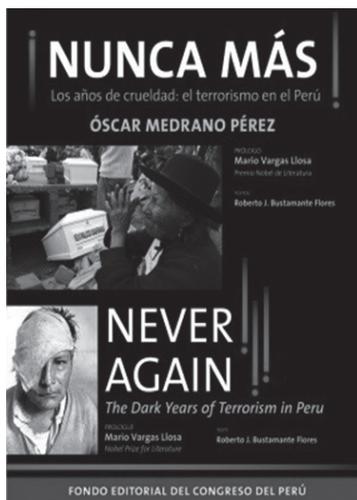
SECCIÓN IV

NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS

¡NUNCA MÁS! LOS AÑOS DE CRUELDAD: EL TERRORISMO EN EL PERÚ

Autor: Óscar Medrano

Noviembre 2015



Como reportero gráfico de la revista *Caretas*, Óscar Medrano registró la violencia política acontecida en el Perú y reveló sin tapujos su barbarie. No por ello las imágenes de Medrano son violentas; violenta es la realidad que descubren pero no la mirada del fotógrafo. Por el contrario, la guían un espontáneo ascetismo, una silenciosa mesura. El resultado es una suerte de clasicismo en el que imperan el equilibrio, la economía y hasta la discreción. Su explicación parece descansar en que la obstinada fotografía política de Óscar Medrano ha tenido la marca de la compasión. La realidad de la guerra es terrible y Medrano la pone al alcance. Óscar Medrano, fotógrafo por más de 50 años, se inició en 1962 en el diario *El Comercio* y

trabajó también en *Correo*. En 1979 llegó a la revista *Caretas*, su casa laboral hasta hoy. Es allí que sus imágenes acerca del conflicto armado interno, y en general acerca del mundo político, se convirtieron en un clásico del fotoperiodismo peruano. La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) seleccionó una de sus fotografías como emblema de la histórica muestra fotográfica Yuyanapaq: para recordar.

OLVIDO CONSTITUCIONAL Y VACÍO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ

Autor: César Delgado-Guembes

Noviembre 2015

En un análisis de la crisis existente entre elegidos y electores, Delgado-Guembes se centra en la institución emblemática que representa la voluntad política de la República, y procede a indagar en las razones y las sinrazones que influyen en su funcionamiento con el propósito de repensar las capacidades y los límites de la representación política.

César Delgado-Guembes ha estado vinculado desde 1980 al Congreso de la República, en el que ha ocupado diversas posiciones ejecutivas y de asesoría.



Paralelamente se ha dedicado a la investigación teórica de las instituciones y la cultura parlamentarias. Dentro de este campo, es autor de diferentes publicaciones, entre las que se cuentan *Qué Parlamento queremos* (1992), *Los viajes del Presidente* (1998), *Prerrogativas parlamentarias* (2007), *Naturaleza y efectos del plazo en la acusación constitucional* (2010), *Para la representación de la República* (2011) y *Manual del Parlamento* (2012). Asimismo, es un asiduo colaborador de revistas especializadas.

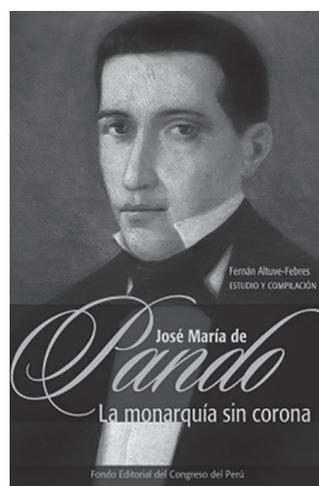
JOSÉ MARÍA DE PANDO. LA MONARQUÍA SIN CORONA

Estudio y compilación Fernán Altuve-Febres

Noviembre 2015

José María de Pando (Lima, 1787 - Madrid, 1840) se desempeñó como secretario de Estado del rey Fernando VII, ministro de Simón Bolívar y canciller del mariscal Agustín Gamarra. La obra detalla cómo su actuación en esos puestos, sus relaciones con sus contemporáneos y sus agudos escritos lo convirtieron en el político conservador de mayor importancia en el Perú en los años que siguieron a la Independencia.

La obra nos permite, además, rastrear el desarrollo de un ideario de gran profundidad y solidez, explorar y comprender sus aparentes contradicciones, y reflexionar cómo su aporte sigue siendo relevante para el país. Su actuación y su discurso pueden entenderse como nacidos de una intersección entre las perspectivas nacidas de ser testigo y participante de una era política tan tumultuosa para España como para América del Sur. En el primero, lo marcaron los conflictos entre la monarquía constitucional, por la cual abogaba, y la monarquía absoluta, y en nuestro continente, la imposición del republicanismo, ante la cual los demás modelos de gobierno habían sido desterrados. Ambas perspectivas moldearon su pensamiento y su convicción de que la monarquía constitucional, el modelo que pone un rey a la cabeza pero adjudica la soberanía al pueblo, era el más indicado para lograr la solidez del Estado.



SECCIÓN V

LEYES Y RESOLUCIONES
LEGISLATIVAS PUBLICADAS

(Desde el 1 de octubre al 31 de diciembre de 2015)

LEYES Y RESOLUCIONES LEGISLATIVAS PUBLICADAS

**Periodo anual de sesiones 2015-2016
(Del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2015)**

LEYES			
Número	Título	Proponente	Fecha Publicación
30346	Ley de creación del distrito de Vizcatán del Ene en la provincia de Satipo del departamento de Junín.	Ejecutivo	3/10/2015
30347	Ley que prorroga la vigencia de los artículos 18,19 y 20 de la Ley 28086, Ley de Democratización del Libro y de Fomento de la Lectura y establece nuevas disposiciones.	Congreso	7/10/2015
30349	Ley de creación del distrito de Villa Kintiarina en la provincia La Convención del departamento de Cusco.	Ejecutivo	15/10/2015
30353	Ley que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI).	Ejecutivo	29/10/2015
30354	Ley que modifica la Ley 26887, Ley General de Sociedades, sobre el cargo de director y las actas del directorio.	Congreso	4/11/2015
30355	Ley de Promoción y Desarrollo de la Agricultura Familiar.	Congreso	4/11/2015
30356	Ley que fortalece la transparencia y el control en los convenios de administración de recursos con organismos internacionales.	Contraloría General de la República	5/11/2015 (1)
30357	Ley que Incorpora una Cuarta Disposición Complementaria y Final a la Ley 30130, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la prioritaria ejecución de la modernización de la Refinería de Talara para asegurar la preservación de la calidad del aire y la salud pública y adopta medidas para fortalecer el Gobierno Corporativo de Petrólero del Perú - PETROPERÚ S.A.	Congreso	6/11/2015
30358	Ley que crea el distrito de La Yarada Los Palos, en la provincia de Tacna.	Ejecutivo	8/11/2015
30359	Ley para la Implementación de Acuerdos Binacionales entre Perú y Ecuador y la ejecución del Proyecto Especiales Binacional Puyango- Tumbes.	Congreso	12/11/2015

30360	Ley que crea el distrito de la Morada en la provincia de Maraón del departamento de Huánuco.	Ejecutivo	12/11/2015
30362	Ley que eleva el rango de Ley al Decreto Supremo 001-2012-MINP y declara de interés nacional y preferente atención la asignación de recursos públicos para garantizar el cumplimiento del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia PANAI A 2012-2021.	Congreso	14/11/2015
30364	Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.	Congreso	23/11/2015
30367	Ley que proteger a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolongar su periodo de descanso.	Congreso	25/11/2015
30368	Ley que declara de interés nacional y necesidad pública el mejoramiento y asfaltado de la carretera Tauca-Cabana-Huandoval-Pallasca y la refacción del puente Chuiquicara sobre el río Santa en la provincia de Pallasca, departamento de Áncash.	Congreso	25/11/2015
30370	Ley que regula la gestión ambiental del ruido generado por aeronaves.	Congreso	29/11/2015
30372	Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.	Poder Ejecutivo	6/12/2015
30373	Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.	Poder Ejecutivo	6/12/2015
30374	Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2016.	Poder Ejecutivo	6/12/2015
30375	Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la obra de infraestructura “Mejoramiento de la carretera variante de Uchumayo entre el puente San Isidro y la vía de evitamiento, distritos de Sachaca, Yanahuara y Cerro Colorado, provincia de Arequipa, región Arequipa” y la incorpora en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley 30025.	Congreso	07/12/2015 (2)
30376	Ley de creación del distrito de Pucayacu en la provincia de Leoncio Prado del departamento de Huánuco.	Poder Ejecutivo	8/12/2015

30377	Ley de creación del distrito de Castillo Grande en la provincia de Leoncio Prado del departamento de Huánuco.	Poder Ejecutivo	8/12/2015
30378	Ley de creación del distrito de Santa Rosa de Alto Yanajanca en la provincia de Marañón del departamento de Huánuco.	Poder Ejecutivo	8/12/2015
30379	Ley de creación del distrito San Pablo de Pillao en la provincia y departamento de Huánuco.	Poder Ejecutivo	8/12/2015
30381	Ley que cambia el nombre de la Unidad monetaria de Nuevo Sol a Sol.	Congreso	14/12/2015
30382	Ley que corrige la denominación oficial del distrito de Huayllo, provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac, denominándolo Ihuayllo.	Congreso	15/12/2015
30385	Ley que reconoce al Colegio Nuestra Señora de Guadalupe como Primer Colegio Nacional Benemérito de la República.	Congreso	16/12/2015
30387	Ley de creación del distrito de Chaca en la provincia de Huanta del departamento de Ayacucho.	Poder Ejecutivo	17/12/2015
30388	Ley de creación del distrito de Roble en la provincia de Tayacaja del departamento de Huancavelica.	Poder Ejecutivo	17/12/2015
30391	Ley de creación del distrito de Pichos en la provincia de Tayacaja del departamento de Huancavelica.	Poder Ejecutivo	20/12/2015
30392	Ley de creación del distrito de Rocchacc en la provincia de Chincheros del departamento de Apurímac.	Poder Ejecutivo	20/12/2015
30393	Ley de creación del distrito de El Porvenir en la provincia de Chincheros del departamento de Apurímac.	Poder Ejecutivo	20/12/2015
30394	Ley que amplía las funciones de la Defensoría del Pueblo como órgano encargado del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.	Congreso	22/12/2015
30395	Ley que deroga el Decreto Legislativo 1198, Decreto Legislativo que modifica el artículo 6 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.	Congreso	22/12/2015

30399	Ley que modifica el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía.	Congreso	27/12/2015
30400	Ley que prorroga el plazo para el beneficio tributario establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía.	Congreso	27/12/2015
30401	Ley que prorroga el plazo legal para el beneficio del reintegro tributario instaurado en el artículo 48 del Decreto Supremo 55-99-EF, y establecido en la Ley 29647.	Congreso	27/12/2015
30403	Ley que prohíbe el uso de castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes.	Congreso	30/12/2015
30404	Ley que prorroga la vigencia de beneficios y exoneraciones tributarias.	Congreso	30/12/2015

Fuente: Diario Oficial *El Peruano*

Elaboración: Oficina de Gestión de la Información y Estadística - Congreso de la República.

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA		
Número	Título	Fecha de Publicación
Resolución Leg. del Congreso 001-2015-2016-CR	Resolución Legislativa del Congreso de la República que delega en la Comisión Permanente la facultad de legislar.	15/12/2015

Fuente: Diario Oficial *El Peruano*

Elaboración: Oficina de Gestión de la Información y Estadística - Congreso de la República