

Proveído N° 399802

Original del documento s/n, remitido por el señor **VÍCTOR GARCÍA TOMA**, recepcionado con fecha 16 de agosto de 2019.

PASE A:

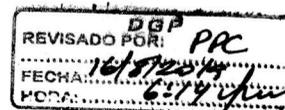
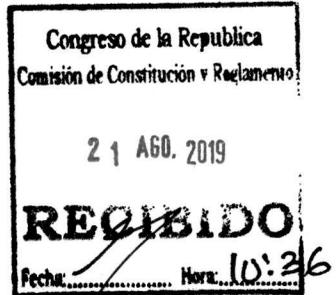
COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO

PARA:
Conocimiento y fines pertinentes.



JAÍME ABENSUR PINASCO
Director General Parlamentario
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 16 de agosto de 2019.

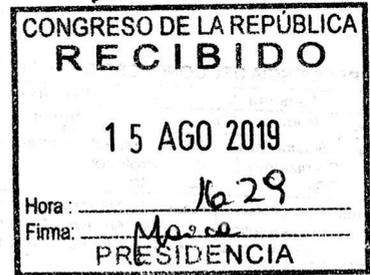


Víctor García Toma

ABOGADO



INFORME JURÍDICO



A Presidente del Congreso de la República
Ing. Pedro Olaechea Álvarez Calderón

DE : Víctor García Toma

ASUNTO : Proyecto de Ley N° 4637/ 2019

FECHA : Lima, 15 de agosto de 2019



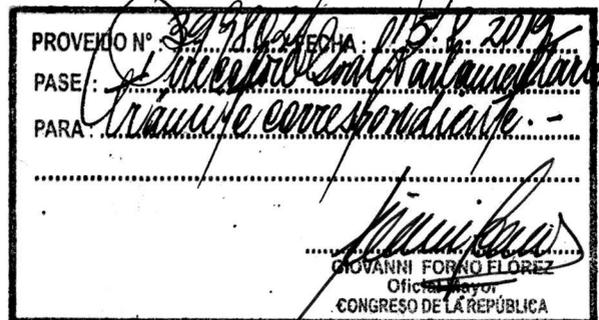
Tengo a bien dirigirme a Usted, a efectos de alcanzarle la opinión solicitada mediante Oficio Múltiple N° 001-2019-CR/P-POAC, respecto al Proyecto de Reforma Constitucional presentado por el Poder Ejecutivo; el cual promueve la prohibición de la postulación de quien ejerce la Presidencia de la República; así como el adelanto de las Elecciones Generales.

A continuación, veamos lo siguiente:

Preguntas / Respuestas

1.- ¿Cómo se afectaría el modelo constitucional peruano de sentarse el precedente de adelanto de elecciones generales?

Estimamos que dicho precedente conllevaría a desnaturalizar el uso de un procedimiento parlamentario ad hoc; el cual, en puridad, está destinado a viabilizar la modificación, derogación o sustitución de una o varias disposiciones constitucionales de manera permanente.



PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA			
Asesoría <input type="checkbox"/>		Secretaría <input type="checkbox"/>	
Trámite: Regular <input type="checkbox"/>		Urgente <input type="checkbox"/>	
Pase a: Oficialía Mayor <input checked="" type="checkbox"/>		Despacho Parlamentario <input type="checkbox"/>	
Comisiones <input type="checkbox"/>		Protocolo <input type="checkbox"/>	
DGA <input type="checkbox"/>		Otro <input type="checkbox"/>	
Acciones: Conocimiento y Fines <input checked="" type="checkbox"/>		Aprobado <input type="checkbox"/>	
Elaborar oficio <input type="checkbox"/>		Archivo <input type="checkbox"/>	
Proyectar respuesta <input type="checkbox"/>		Informe <input type="checkbox"/>	
		Coordinación <input checked="" type="checkbox"/>	
		Opinión <input type="checkbox"/>	
		Otro <input type="checkbox"/>	
Observaciones:			

[Handwritten signature]

[Faint, illegible text and markings at the bottom of the page, possibly a stamp or bleed-through from the reverse side.]

Así, conforme a la doctrina constitucional la razonabilidad de una reforma constitucional se explica en función a las circunstancias siguientes:

- a) Por la constatación de una imperfecta acción normativa del constituyente originario; lo cual implica a su corrección normativa.
- b) Por la presencia de cambios abruptos en la sociedad política; los cuales requieren su absorción por el texto supra de la República.

Asimismo, se aplica con el carácter de **norma suspensiva de otra y luego autoabrogativa**, para permitir la solución de continuidad institucional, tras el fin de un gobierno de formación o ejercicio irregular de cara al texto supremo de la República, a un gobierno de iure bajo los parámetros de un cabal Estado de Derecho; tal el caso de la necesidad de aprobación de la Ley de Reforma Constitucional de 5 de noviembre del 2000 (Ley N° 27365), en razón de poder poner fin al gobierno de facto gestado desde el 5 de abril de 1992, por el Ing. Alberto Fujimori Fujimori.

En el presente caso, no se presenta ninguna de las circunstancias descritas.

Cabe señalar, que no debe confundirse la situación anotada, con la figura de la disolución y convocatoria a elecciones en el marco de un régimen parlamentarista; en donde dicha circunstancia se justifica cuando el Jefe de Gobierno (líder de una mayoría congresal), pierde el apoyo de su bancada y aliados en torno a determinadas medidas gubernamentales.

La iniciativa de reforma constitucional planteada para promover el adelanto de elecciones, esgrime en su exposición de motivos argumentos no sustanciales y hasta subjetivos.

El modelo constitucional peruano se afecta cuando se utilizan sus institutos (reforma constitucional, etc.) con **animus abutendi**; esto es, con el propósito de emplear una competencia o atribución jurídica de manera opuesta o diferente al fin que la norma le asigna.

2.- ¿El Congreso de la República tiene entre sus facultades aprobar o no la iniciativa legislativa planteada por el Ejecutivo?

El artículo 43 de la Constitución prescribe la conformación de un gobierno democrático, organizado según el principio de la separación de poderes. En ese contexto, el artículo 3 del Reglamento del Congreso de la República señala que dicho órgano tiene autonomía normativa, económica, administrativa y política.

Asimismo, el artículo 43 del texto supra señala que los representantes de la Nación no están sujetos a mandato imperativo.

En razón a lo expuesto, el Congreso de la República no se encuentra obligado ni puede ser compelido, en modo alguno, a aprobar la iniciativa planteada.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución, el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo debe ser necesariamente tramitado con carácter de urgencia.

De acuerdo a lo referido, la representación nacional tiene discrecionalidad para aprobar, modificar o rechazar la iniciativa legislativa formulada por el Poder Ejecutivo.

Así, no debe confundirse los alcances de discrecionalidad para aprobar, modificar o no aprobar una iniciativa; de la responsabilidad institucional de su tramitación expeditiva.

3.- ¿Lo aprobado por el Congreso, puede ser observado por el Presidente?

En atención a que se trata de un proyecto de reforma constitucional, es de aplicación lo previsto en el artículo 206 de la Constitución; que veda toda posibilidad de observancia por parte del Presidente de la República.

En cambio, tal y conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cusco (Expediente N° 00014-2002-AI/TC) cabe la posibilidad que los entes procesalmente legitimados con sujeción a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución, pueden opcionalmente plantear una

demanda de inconstitucionalidad contra los alcances de la Ley de Reforma Constitucional aprobada por el Congreso.

En esa línea, cítese los casos del Régimen Pensionario de la Ley N° 20530 (Expediente N° 00050-2004-AI/TC) y Miguel Ángel Mufarech Nemy (Expediente N° 00026-2000-PI/TC).

4.- ¿Puede el Presidente del Consejo de Ministros hacer Cuestión de Confianza respecto de la aprobación o desaprobación del proyecto de reforma constitucional?

En relación a esta interrogante es dable advertir la diferencia conceptual entre el denominado voto de confianza o investidura, del voto de confianza facultativo.

En el primer caso se referencia al instituto parlamentario mediante el cual se genera una expresión de reconocimiento político, en favor del Consejo de Ministros recién constituido. Ello tiene sustento en la credibilidad personal y el contenido de los planes, programas y acciones a ejercitar desde el Poder Ejecutivo, bajo la dirección del presidente de la República.

El artículo 130 de la Constitución plantea la necesidad que el Consejo de Ministros nombrado por el Presidente de la República, obtenga expresamente un voto de confianza del Parlamento en su futura gestión.

Enrique Bernales Ballesteros [*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima: Konrad Adenauer, Ciedla, 1996] señala que: "La importancia política de esta figura constitucional radica en la subordinación de la suerte del gabinete a la adopción o el rechazo del Congreso ante la cuestión de confianza planteada. Desde esta óptica, si la confianza no es acordada, el gabinete no podría entrar en funciones".

Christian Guzmán Napuri [*Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003] señala que: "Este sistema genera entonces una doble situación de necesidad de confianza, por parte del Consejo de Ministros: por un lado, la del

Presidente de la República y, por otro, la del Congreso. La confianza del Jefe de Estado se configura en el momento del nombramiento y la del Congreso se obtiene con el voto de confianza".

En rigor, se trata de una típica institución derivada y proveniente del modelo de gobierno parlamentario incrustado en el esquema presidencial, lo que da lugar al surgimiento de un modelo denominado mixto o compuesto.

El voto de confianza que en este caso genera la investidura, constituye la declaración formal y solemne de legitimidad política para iniciar las labores de gobierno, conforme a los lineamientos de política y medidas pragmáticas expuestas y aprobadas por el Congreso.

Dicha legitimidad puede perderse durante la gestión, cuando el Parlamento aprueba una moción de censura contra el Presidente del Consejo de Ministros o de todo el ente en su conjunto.

En puridad, la investidura deviene en una facultad exclusiva y excluyente del Parlamento, mediante la cual compromete su apoyo al naciente Consejo de Ministros para que ejecute un determinado programa de gobierno; el cual es dirigido conforme lo dispone el artículo 118 inciso 3 de la Constitución, por el Presidente de la República. Es decir, plantea la ratificación de la política del Consejo de Ministros, la aprobación de su orientación política y la avenencia en las principales medidas a adoptarse en el futuro inmediato.

César Delgado Guembes [*Qué Parlamento queremos*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1992] advierte que "su fin es fundar el gobierno con la confianza del Parlamento".

Ahora bien, en caso que el Pleno del Congreso negare su confianza al Consejo de Ministros, el presidente de la República se encuentra en la obligación inmediata de aceptar la renuncia de sus integrantes.

En el segundo caso se hace mención al instituto previsto en los artículos 132 y 133 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en el caso Crisis Total del Gabinete (Expediente N° 00006-2018-PI/TC), ha señalado que el voto por la cuestión de confianza

facultativa puede ser empleado tanto por el Presidente del Consejo de Ministros a nombre de este; así como por un ministro a título individual.

Dicho instituto se configura como una facultad del Poder Ejecutivo; cuya finalidad consiste en servir de contrapeso a la potestad del Congreso de la República, de hacer políticamente responsable a los ministros de Estado, vía la moción de censura.

Así, el Congreso de la República de estimarlo pertinente, ante un pedido de voto de confianza puede otorgar su respaldo a la adopción de ciertas medidas políticas o programáticas solicitadas.

Cabe recordar, que la desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga a dimitir a su peticionante, salvo que haya hecho cuestión de confianza sobre la materia.

El pedido de un voto de confianza no tiene un alcance absoluto, ya que en aplicación del **principio de corrección funcional**, en modo alguno, puede en su solicitud de trámite afectarse o interferirse con las competencias, funciones o atribuciones que la Constitución le ha asignado al Congreso de la República.

En efecto, el Tribunal Constitucional en el caso Vicente Walde Jáuregui (Expediente N° 05156-2006-AA/TC) ha señalado que en el proceso de interpretación-aplicación de las normas constitucionales no se deberá desvirtuar dichas competencias, atributos, etc.; más bien se debe contribuir a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los órganos de poder entre sí.

En este caso, la cuestión de confianza planteada tiene como límite el mandato constitucional previsto en el artículo 93; norma que expresamente establece que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación, en cuanto a sus votos u opiniones en el ejercicio de la representación política.

En consecuencia, no cabe hacer cuestión de confianza compulsiva respecto a la aprobación o desaprobación del proyecto de reforma constitucional.

5.- ¿En caso que el Presidente del Consejo de Ministros formule un pedido de Cuestión de Confianza respecto del proyecto de reforma constitucional, podría el Congreso no tramitarlo?

Entendemos que dicho pedido debería ser derivado a la Comisión de Constitución; la cual tras la aprobación un informe de no tramitación, lo derivaría al Pleno del Congreso para su formalización como tal.

En suma, la decisión de no tramitación debería ser votada y aprobada por el Pleno del Congreso.

6.- ¿En caso de aprobación y promulgación, puede aplicarse a la actual representación?

La iniciativa ha sido planteada para ser aplicada a la representación con mandato popular vigente hasta el 28 de julio de 2021.

Ahora bien, ello nos obliga a plantear la concepción de la Constitución respecto a la aplicación de las normas en el tiempo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Cesáreo Rocha Ochoa [*Introducción al derecho*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010] señala que en el ordenamiento jurídico de un Estado el tiempo cumple un papel trascendente en la vida social , ya que alrededor de este se instituye y organizan las instituciones legales para el establecimiento de los derechos y deberes subjetivos.

En esa perspectiva, durante dicho lapso se configuran los "preceptos solución" a los hechos sociales controvertidos.

El tiempo de vigencia de una norma, está marcado por su fecha de entrada en vigor y por la de su cesación.

La doctrina considera que la entrada en vigor de una ley comienza en el momento establecido por el ordenamiento jurídico como criterio general o por ella de manera

expresa o tácita; esto es, toma como referencia a una fecha jurídicamente determinada o determinable.

Ello implica, que no siempre una disposición legal entra en vigor tan pronto es publicada; es decir, de manera inmediata. Ello en razón a que el legislador puede disponer que el inicio de su vigencia se aplaze *pro tempore* con el objeto de permitir el mejor conocimiento de la norma o la preparación del Estado y los particulares para cumplirla adecuadamente.

A este lapso que va desde la publicación hasta la entrada en vigencia de la disposición legal se le denomina *vacatio legis*.

Ahora bien, la vigencia de la norma puede terminar por cualquiera de las causas siguientes:

a) *Causas extrínsecas*

En este caso, la pérdida de vigencia surge por causas externas a la norma, ya sea porque es abrogada, derogada o modificada por otra expresa o tácitamente; o por la expedición de una sentencia con fuerza anulante expedida por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial en los casos de procesos acción de inconstitucionalidad y acción popular, respectivamente.

En suma, la vigencia de la norma fenece por la aparición de otra nueva de contenido opuesto o por un acto jurisdiccional con declaración expresa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

b) *Causas intrínsecas*

En este caso, la pérdida de vigencia surge por causas inherentes a la misma disposición legal, cuando esta establece *per se* un término de perención expresa o tácitamente o puede deducirse su "disposición" del ordenamiento jurídico.

Manuel Batlle Vázquez [*Comentarios al Código Civil y compilaciones finales*. Madrid: Edersa, 1978], señala que no es necesario que se expida una nueva norma para que otra cronológicamente anterior quede sin efecto, "cuando esta lleva en su propio seno la indicación de su cese".

Ello sucede cuando una ley tiene carácter temporal y marca el término de su propia vigencia, ocurrido el cual cesará por su propia virtualidad. Esto mismo ocurre cuando es dictada para una determinada circunstancia o finalidad; las mismas que en el tiempo fenecen.

Carlos Cárdenas Quirós [*Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado por la Universidad de Lima en 1989], consigna que la disposición legal puede perder su vigencia, por causas intrínsecas, en los casos siguientes:

- *En forma expresa*
 - Cuando ha transcurrido el término de duración fijado por ella de manera explícita. Tal el caso de la Ley Anual de Presupuesto.
- *En forma tácita*
 - Cuando ha sido dictada en función de una circunstancia pasajera. Tal el caso de una calamidad pública, guerra, revolución, etc.
 - Cuando se la liga a cierto propósito o finalidad, resultando de ello su carácter temporal. Tal el caso de las disposiciones transitorias dictadas para regular el tránsito de una norma a otra innovante.
 - Cuando desaparece la circunstancia que le dio origen, o cuando a través de su aplicación se alcanza el propósito u objeto para el que fue dictada. Tal el caso del cambio de la Constitución o reforma parcial de la misma. Así, a guisa de ejemplo ello se presentaría en la hipótesis que mediante una enmienda se estableciese el sufragio facultativo; por ende, perdería vigencia la sanción administrativa de multa por omisión de sufragio otrora preexistente, por la extinción del sufragio obligatorio, derivada de aquella.

En este último supuesto, se trata de un proceso de *cesación intrínseca indirecta* de normas "sometidas" jerárquicamente, en razón de haberse generado la pérdida de efectividad de aquellas disposiciones que dependen de institutos abrogados o derogados; y cuya pervivencia afirma Juan Espinoza [*Los principios contenidos en*

el título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003], no solo carecerían de fundamento, sino que además "estarían en pugna con las innovaciones legislativas introducidas".

La entrada en vigor de las leyes y demás normas de su categoría está contemplada en el artículo 109 de la Constitución; en donde se señala lo siguiente:

Artículo 109.-

"La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

La doctrina ha establecido específicamente una distinción terminológica en relación a la cesación de vigencia de las normas con rango constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- Derogación propiamente dicha

Consiste en dejar sin efecto una norma constitucional de manera parcial.

- Abrogación

Consiste en dejar sin efecto una norma constitucional de manera total.

- Modificación

Consiste en dejar sin efecto una parte de la norma constitucional, a efectos de reemplazarla por otro texto.

- Subrogación

Consiste en reemplazar una norma constitucional por otra.

- Derivación

Consiste en quedar sin efecto una norma constitucional, por la cesación de algún tipo sufrida por otra conexas a ella y del mismo rango.

En los casos de derogación o abrogación, esta *cesación extrínseca* será *expresa* cuando la norma posterior en el tiempo declare que su antecesora perdió vigencia; y será *tácita* cuando el objeto regulado por la antigua norma deviniese en incompatible, en atención a que la materia de aquella se encuentra actualmente regulada íntegramente por la norma nueva.

Ahora bien, la aplicación de la ley en el tiempo implica de un lado, aclarar el supuesto de hecho relevante que se repite en las disposiciones cronológicamente sucesivas; y, del otro determinar el empleo de un principio de aplicación, tras develar el cumplimiento o no cumplimiento plenario, del supuesto de hecho relevante para la asignación de las consecuencias jurídicas.

Para dicha tarea se requiere conocer cabalmente lo siguiente:

- a) Existencia de situaciones y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la disposición cronológicamente "sucesora" en el tiempo, de otra homóloga en jerarquía y materia.
- b) Existencia de situaciones y relaciones jurídicas preexistentes a la fecha de entrada en vigencia de la disposición cronológicamente "sucesora" en el tiempo, de otra homóloga en jerarquía y materia.
- c) Existencia de situaciones y relaciones jurídicas inéditas a la fecha de entrada en vigencia de una disposición legal.

Es dable advertir, que existe la figura atípica de no afectar la vigencia de una norma constitucional, sino de suspender su aplicabilidad durante un tiempo; y simultáneamente, dictar una norma del mismo rango que tuviere efectividad durante ese mismo período; para luego autoabrogarse. Como hemos señalado, ello solo tiene justificación en el caso de un gobierno de facto a un gobierno de iure, de ser el caso.

Esta medida exigiría una motivación cualificada y una sustentación de costo-beneficio particularmente intenso.

En el caso materia de análisis, se advierte de la iniciativa presentada una carencia absoluta de argumentación en las condiciones que la doctrina exige ante tal acto atípico en sentido plenario. Ello sin mengua de la necesidad de adoptar otras medidas que preserven la racionalidad, razonabilidad y coherencia normativa del texto supra.

Como puede observarse la iniciativa de reforma constitucional plantea una aplicación transitoria con suspensión parcial y a tiempo determinado del artículo 90 de la Constitución. Ello en relación al tiempo de representación.

La doctrina ha establecido al respecto cinco pautas basilares de aplicación en relación al tiempo; el primero de ellos conocido como principio de aplicación inmediata tiene alcances de uso general; en tanto que los restantes son empleados de manera excepcional.

Luis Moisset de Espanes [*Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 del Código Civil*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1976], expone que la **aplicación inmediata**, es aquella pauta basilar por la cual, la aplicación de la nueva disposición opera hacia el futuro presto y contiguo; esto es, afecta los hechos, situaciones y relaciones jurídicas generadas con posterioridad inmediata a su vigencia.

Imerio Jorge Catenacci [*Introducción al derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2006], señala que dicha pauta basilar es asignable a las nuevas relaciones jurídicas o a los efectos de las situaciones que hubieren quedado pendientes a pesar de haber surgido de una ley anterior.

Tal consecuencia encuentra sus límites en el principio de irretroactividad, que veda aplicar la nueva disposición a situaciones o relaciones jurídicas ya integral y plenariamente constituidas, o a los efectos ya producidos al amparo de otra precedente en el tiempo.

Rogelio Moreno Rodríguez [*Diccionario de ciencias penales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001], señala que se trata de un principio de política jurídica según el cual las

nuevas normas no pueden volver al pasado, para alterar lo ya efectuado al amparo de la legislación anterior.

Al respecto, el artículo 103 de la Constitución acoge la **teoría de los hechos cumplidos**.

Así, la ley nueva no es aplicable sobre los hechos consumados de una norma preexistente; es decir, habiéndose verificado la elección, proclamación, juramentación e inicio del mandato legislativo de la actual representación nacional, no cabría aplicársele los alcances de la ley que recorta su mandato.

Para formalizar las condiciones político-jurídicas deseadas por el Poder Ejecutivo, la iniciativa legislativa reformadora debió contemplar la **suspensión parcial y temporal a tiempo determinado** del artículo 103 de la Constitución, en aras de "interrumpir" la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos y el principio de irretroactividad de las normas.

La medida requerida es fundamental para preservar la **racionalidad y razonabilidad** de la decisión congresal; así como la **armonía normativa** del texto supra.

Dicha omisión claramente objetivable en el proyecto presentado, lleva a concluir que la reforma en caso de ser aprobada no podría aplicársele a la actual representación nacional.

7.- ¿Es pertinente la modificación del artículo 112 de la Constitución para prohibir la postulación inmediata de quien en dicho período haya juramentado al cargo de Presidente de la República?

El artículo 112 de la Constitución señala que, quien ejerce el cargo presidencial sea por elección o por cualquier otro título reconocido en dicho texto, no puede ser sujeto hábil de participación electoral, para obtener un mandato como Jefe de Estado-Jefe de Gobierno de manera inmediata.

Dicha condición restrictiva queda levantada, transcurrido el siguiente y contiguo período presidencial.

Víctor García Toma

ABOGADO

A la fecha no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia constitucional nacional, opinión alguna contraria a dicha interpretación.

Por ende, la referida modificación constitucional no responde a aclarar la naturaleza o finalidad de tal restricción; por lo que, en ese contexto, resultaría innecesaria y redundante.



Víctor García Toma
Abogado
Registro CAL 07914