

# Deconstruyendo la Reforma Constitucional

## Análisis e implicancias

### Grupo de Investigación de Ius et Veritas<sup>(\*)</sup>

Fernando Almenara Hernández

Mariateresa Castro Lengua

Miguel Galluccio Tonder

Liliana Mavila Ríos

José Luis Parodi Sifuentes

Juan Pablo Porto Urrutia

### 1 Introducción.

El presente trabajo pretende realizar un acercamiento crítico a la eventual reforma de la Constitución del Perú de 1993 y contribuir a su mejor formulación, en el diálogo abierto y plural que, por iniciativa de la Comisión de Constitución del Congreso, se ha desencadenado.

Nos centraremos en cinco temas que, a nuestro parecer, resultan centrales: (i) régimen económico; (ii) derechos laborales; (iii) descentralización; (iv) unicameralidad-bicameralidad; y, (v) jurisdicción militar, de los que vamos a ocuparnos líneas abajo. La elección es, ciertamente, arbitraria y está condicionada no sólo por nuestras preferencias teóricas sino también por la limitada extensión de un trabajo de estas características.

### 2 Hacia una Constitución reglamentaria (desarrollo) o de apertura (marco).

#### 2.1 La Constitución.

En el proceso de formación de un Estado constitucional, nos encontramos con dos etapas: (i) la del poder “constituyente”; y, (ii) la del poder “constituido”. Bidart sostiene que “el primero [es] de escasa duración de tiempo comparado con el segundo, que puede considerarse continuo<sup>(1)</sup>”.

En el primer momento, el pueblo, en ejercicio de su soberanía, establece las pautas para que el Estado se

constituya mediante un poder ilimitado, llamado poder constituyente. Este último busca regular las relaciones entre los individuos, la estructura del Estado que emerge y la relación entre ambos. Tales decisiones son expresadas de manera jurídica en un documento denominado Constitución. Dicha norma será fundamental en la medida que garantice los derechos individuales del hombre y divida los poderes del Estado.

Una vez plasmada la decisión del pueblo, el poder constituyente desaparece y surge el segundo momento en el que la sociedad se va a organizar de acuerdo a la Constitución.

En un sentido lato, la Constitución se identifica con el ordenamiento jurídico, dado que éste depende de aquélla y se desarrolla sobre su base. Kelsen, atento al carácter dinámico del Derecho, denotó que una norma es válida en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma, configurando esta última el fundamento inmediato de validez de la primera<sup>(2)</sup>. Si nos acogemos a lo pregonado por Kelsen, nos daremos cuenta que hay una norma que está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que otorga fundamento a las otras. Esta norma no es otra que la Constitución, la cual es columna vertebral del ordenamiento, es decir, se establece como la fuente primaria del sistema del Derecho, dando las pautas para la creación y desarrollo del resto de normas.

García de Enterría sintetiza así la tesis de la supremacía de la Constitución: en primer lugar, dice que ella define el sistema de fuentes formales del

(\*) Agradecemos a los doctores Javier Neves Mujica, Christian Guzmán Napurí, César Landa Arroyo, Víctorhugo Montoya Chávez y Félix Morales Luna por su apoyo en la realización de este trabajo; sin embargo, las opiniones expuestas son de exclusiva adjudicación al Grupo de Investigación.

(1) BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1968. pp. 157-158.

(2) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 1979. pp. 205-207.

Derecho, de modo que sólo pueden dictarse leyes de conformidad con aquélla; y en segundo lugar, señala su preponderancia porque, en la medida que la Constitución es expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que asegura su superioridad sobre cualquier otra norma ordinaria<sup>(3)</sup>. En consecuencia, mientras las demás normas encuentran su fundamento en una norma superior hasta llegar a la norma suprema, ésta (que es la Constitución) no encuentra su fundamento dentro del ordenamiento jurídico, sino fuera de éste, esto es, en el propio poder constituyente.

Con estas ideas podemos aproximarnos a qué tipo de norma es la Constitución: es la norma fundamental, generadora del ordenamiento jurídico. Ésta, creada por el poder constituyente, reconoce los poderes constituidos mediante los cuales se va a organizar la sociedad sobre la base de los derechos individuales y la división de poderes.

Podemos definir, así, la Constitución como un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que -debido a la dinámica constitucional- pueden variar aunque la idea es que sea duradero.

## 2.2 Implicancias de uno u otro modelo.

La Constitución marco establece un esquema genérico sobre el cual se va a desarrollar el ordenamiento jurídico. Es decir, da las pautas necesarias para la organización social, política, económica y jurídica de una sociedad, sin que sus normas entren en mayor detalle.

Concordando esto con el hecho de que la Constitución es fuente del Derecho, la normativa que depende de ella va a tener un espacio amplio para desarrollarse pero dentro de un límite que no puede transgredir. Así, dicha normativa va a significar una respuesta más efectiva al constante cambio de la realidad.

El concepto de Constitución de desarrollo es antagónico al de Constitución marco, pues mientras éste contiene pautas muy genéricas, aquél intenta, si bien ser fundamental y básico, también tener un articulado más detallado. Así, la Constitución de desarrollo amplía sus conceptos, sus ámbitos de aplicación y demás

variables, configurando de una manera más precisa el precepto constitucional. Por sus características, la Constitución de desarrollo va a darle a la legislación un espacio de actuación más limitado que el que le confiere la Constitución marco.

Una Constitución marco tiene como principal ventaja sobre una Constitución de desarrollo, su perduración sobre los vaivenes de la coyuntura. Como dicha Constitución es genérica, ante un cambio en la realidad, únicamente cambiarán las normas infraconstitucionales respetando los preceptos constitucionales.

La Constitución de desarrollo reduce la posibilidad de manipulaciones legislativas o reglamentarias, pues desarrolla las normas constitucionales de manera más específica. Si por el contrario, la Constitución no fuese rigurosa en su articulado, cabría la posibilidad de que disímiles interpretaciones vacíen de contenido el sentido de ésta.

La Constitución marco, a pesar de sus desventajas, es preferible a la Constitución de desarrollo siempre que se cumplan tres presupuestos indispensables: (i) que los derechos fundamentales, la división de poderes y las garantías constitucionales estén claramente delimitados; (ii) que aquellos individuos que en última instancia se encuentren encargados de representar los intereses de la sociedad a través de la creación de normas, deben internalizar que éstas no deben contravenir la Constitución; y, (iii) que el sistema judicial sea capaz de defender del orden constitucional mediante el control difuso y concentrado. Concluimos, siempre que se cumplan los presupuestos señalados, afirmando la necesidad de que el próximo acuerdo que refleje la Reforma sea un marco de apertura no reglamentista.

## 3 El régimen económico.

Antes de analizar las modificaciones más relevantes a incorporarse en el régimen económico de nuestra Constitución, resulta pertinente precisar el concepto de Constitución Económica. Coincidimos con Martín Retortillo cuando la define como el marco y principios jurídicos de la ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica<sup>(4)</sup>.

Asimismo, es importante referirnos a la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto sistematizado de normas de Derecho

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. pp. 49-50.

(4) RETORTILLO BAQUER, Martín. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Madrid: 1988. p. 26.

Constitucional Económico. En nuestro medio se ha discutido y desarrollado tres tesis al respecto: (i) el constitucionalismo social flexible; (ii) el modelo cerrado; y, (iii) la tesis negatoria del constitucionalismo económico<sup>(5)</sup>.

El **constitucionalismo social flexible** supone, en líneas generales, la inclusión de cláusulas abiertas como las referidas al “interés social” o la “economía social de mercado”, que permiten su desarrollo por el legislador y su ejecución por los diferentes gobiernos, según sus diversas políticas económicas, sin necesidad de modificar la Constitución<sup>(6)</sup>.

La tesis que propugna un **modelo cerrado o rígido** postula, en términos panorámicos, que debe adoptarse en la Constitución un modelo económico coherente y rígido, sin matices, incorporando cláusulas detalladas que no se presten a interpretaciones. Finalmente, la **tesis negatoria del constitucionalismo económico** propone que no se incorpore el régimen económico en la Constitución<sup>(7)</sup>. Este modelo, presente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, supone la inclusión de principios básicos en el texto constitucional. Estos principios permiten, a través de la promulgación de normas legales y la confirmación o anulación de éstas por las cortes, que sean los operadores de justicia -y eventualmente los legisladores- quienes materialicen en la sociedad el régimen económico que emana de aquellos principios constitucionales. Evidentemente, el diferir la definición y especificación de un régimen económico del texto constitucional a los legisladores y las cortes, supone la existencia de instituciones legislativas y judiciales suficientemente capaces de interpretar y derivar en los casos reales los principios económicos que la Constitución contenga.

La tesis que propone un modelo cerrado o rígido sufre de un defecto a nuestro entender muy grave: no permite que se desarrolle diferentes políticas económicas sin una modificación constitucional previa. En efecto, tal como señala Lucas Verdú, “las formas políticas y los modelos socio-económicos evolucionan, de manera que su petrificación en los textos constitucionales es una invitación a la revolución, o, por lo menos al quebrantamiento de la Constitución<sup>(8)</sup>”. Además, arriesga la estabilidad del texto constitucional, que tiene su principal soporte en las cláusulas flexibles.

Tampoco consideramos que la tesis negatoria del constitucionalismo económico sea la más adecuada para nuestro medio. La adopción de esta tesis conllevaría cambiar la concepción social y la labor de los sistemas legislativo y judicial, confirmando a éstos la responsabilidad de definir en cada caso específico las consecuencias económicas derivadas de los principios constitucionales. En una nación con un servicio de justicia desprestigiado, empobrecido presupuestariamente, recargado en sus labores y aun en reorganización; y con un Parlamento cuyos miembros son elegidos sin mayor exigencia profesional ni técnica, parece muy precipitado asumir la posición propia de los países con sistemas legislativos y judiciales sólidos.

La ausencia de un régimen económico claramente definido en la Constitución, permitiría que el modelo económico del país pueda cambiar súbitamente de un gobierno a otro con la simple modificación de normas con rango legal. Esta posibilidad de cambio radical generaría inseguridad jurídica, desincentivaría la inversión privada y podría estancar el progreso económico del país. No cabe duda también de que la tentación del Estado por desarrollar actividades

(5) Sobre este tema, ver: OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995. p. 85.

(6) En este sentido se ha pronunciado la Comisión Andina de Juristas en su análisis del Proyecto de la Constitución de 1993 al señalar que “(t)oda Constitución moderna debe contener las pautas generales, mas no petrificar en el plano constitucional un sistema económico determinado. Ella debe ser lo suficientemente flexible para que los distintos gobiernos elegidos democráticamente puedan optar por variar el rumbo en el marco del respeto al pluralismo político y económico”. COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Del golpe de Estado a la nueva Constitución. Análisis del proyecto de Constitución*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Número 9. Lima, 1993. p. 199. Siguiendo la misma línea se han pronunciado Baldo Kresalja y César Ochoa al señalar que “la intervención del Estado en la economía debe estar debidamente delimitada en la Constitución, como garantía mínima para los agentes económicos, ya que la inclusión indiscriminada de estipulaciones en esta materia puede dar lugar a graves distorsiones. Sin perjuicio de ello, las previsiones constitucionales deben ser lo más amplias en razón de los cambios radicales, imprevistos y constantes, típicos de nuestro tiempo”. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional*. En: *Pensamiento constitucional*. Número 6. Lima, 1999. p. 5.

(7) Así, por ejemplo, Alberto Rebaza señala que el objetivo de una Constitución “no debe ser el establecimiento de tal o cual régimen económico, sino establecer reglas que permitan una sana y libre competencia entre los distintos grupos de interés, de modo que la actuación estatal no sea producto de componentes privados y a puerta cerrada sino producto de una evaluación de los costos y beneficios que su ejecución produzca, la misma que no puede efectuarse correctamente sin la precisa información con la que cuentan los grupos de interés”. REBAZA TORRES, Alberto. *El régimen económico en una constitución. ¿Solución o fuente de conflicto?* En: *Ius et Veritas*. Año IV, Número 7, 1993. p. 60.

(8) Citado por OCHOA CARDICH, César. *Constitución económica de mercado*. En: *Derecho*. Número 39. Lima: PUC, 1985. p. 241.

económicas y competir con los agentes económicos privados tendría un freno mucho más costoso y complicado de activar.

Por el contrario, nos encontramos conforme con la tesis intermedia -constitucionalismo social flexible- con la que un régimen económico consagrado en esta línea no sólo evitaría que se produzcan situaciones como las descritas en los párrafos precedentes sino que permitirá que cada nuevo gobierno elegido democráticamente adopte medidas acordes con planteamientos económicos particulares sin la necesidad de modificar la Constitución.

En este capítulo abordaremos las modificaciones propuestas en las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, preparadas por la Comisión de Estudio (en adelante, las Bases) relativas al régimen económico constitucional, centrándonos en dos de los principios recogidos.

### 3.1 Libre iniciativa privada y economía social de mercado.

#### 3.1.1 Definición de libre iniciativa privada.

En palabras de Martín Bassols, la iniciativa privada es “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia<sup>(9)</sup>”. Entonces, de acuerdo con el principio de libre iniciativa privada, toda persona tiene derecho a realizar las actividades económicas que considere conveniente, siempre que cumpla con las normas que las regulan. Estas deben estar destinadas a estimularla y no a lo contrario.

#### 3.1.2 Sistemas en los cuales se inserta la libre iniciativa privada.

Existen dos sistemas en los cuales se inserta la libre iniciativa privada, ambos implementados históricamente; a saber: (i) el capitalismo liberal; y, (ii) la economía centralizada.

El capitalismo liberal se desarrolló en los siglos XVIII y XIX en los Estados Unidos de Norteamérica y en Europa. Si bien en sus inicios propuso que la iniciativa privada era absolutamente libre -con excepción de las actividades delictivas- con el tiempo, y por necesidad, se estableció ciertos límites.

En una economía centralizada, la totalidad de las decisiones económicas las toma el Estado quien deja poco o nada de iniciativa a los privados. La teoría económica la define como “un sistema en el que quien decide qué y cuánto se va a producir, cómo se combina los factores de producción y para quién se va a producir, es el Estado, o quien ejerza el poder central de un país, a través de mandatos<sup>(10)</sup>”. Los ejemplos más claros de este sistema lo constituyen aquellos adoptados por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas durante varios decenios del siglo XX y por Cuba a partir de los años sesenta del siglo XX hasta nuestros días<sup>(11)</sup>.

En nuestra opinión, el sistema más adecuado, y que debería recogerse en la Constitución, es aquél en virtud del cual los individuos pueden desarrollar libremente sus iniciativas dentro de ciertos límites normativos que tengan por única finalidad garantizar y proteger intereses igualmente importantes como el adecuado desarrollo del mercado, la protección de los consumidores y el respeto de los derechos fundamentales. Para la doctrina constitucional, es claro que las regulaciones económicas son impuestas para intentar mejorar el funcionamiento del sistema económico, esto es, para remediar o eliminar los excesos o las limitaciones del mercado, como la asimetría de información, perjudicial para el consumidor, y el abuso de posición de dominio en el mercado<sup>(12)</sup>.

#### 3.1.3 La libre iniciativa privada en una economía social de mercado.

Con la Carta de 1979, que consagró en su Título III el régimen económico, se produjo en el Perú la configuración de la primera Constitución Económica del país, sistematizada y orgánica. En dicha Constitución se reconoció a la iniciativa privada dentro de una “economía social de mercado”, y se consagró un rol potencialmente intervencionista del Estado en materia económica. Si bien

(9) Citado por OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995. p. 90.

(10) SAMUELSON, Paul A. *Curso de Economía Moderna. Una descripción analítica de la realidad económica*. 11ava. edición. Madrid: Aguilar, 1964. p. 63.

(11) Para mayores detalles sobre el capitalismo liberal y el centralismo estatal ver: BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Tercera Edición. Lima: ICS, 1997. p. 348 y ss.

(12) SIEGAN, Bernard H. *Reforma Constitucional*. Lima: Citel, 1993. p. 79.

en la Constitución de 1993 se mantuvo como principio la economía social de mercado, se adoptó un régimen comparativamente más liberal, eliminándose gran parte del contenido social, y reemplazándose el papel interventor del Estado por otro subsidiario.

El principio de la libre iniciativa privada también ha sido recogido en las Bases. De acuerdo con este texto, la libre iniciativa privada se ejerce dentro de una economía social de mercado, sistema que funciona según las reglas del libre mercado, en el cual el Estado interviene para completar su funcionamiento y ofrecer seguridades sociales mínimas.

El ubicar la libre iniciativa privada en una economía social de mercado permite introducir correctivos, en el plano constitucional, al funcionamiento libre de oferta y demanda, con la finalidad de orientar la actividad a objetivos colectivos y no únicamente individuales<sup>(13)</sup>. Ello, especialmente cuando nos encontramos ante necesidades que van más allá de lo económico y que el mercado no puede satisfacer por sí solo. Ejemplos de esto, lo constituyen los casos en los que el Estado promueve, invirtiendo en obras o reduciendo de una u otra forma los costos de provisión de un servicio público, que éste sea ofrecido aun en los lugares en donde ello no sería una inversión rentable para el concesionario que lo presta.

Como puede observarse, el concepto de economía social de mercado incorpora al sistema de libre iniciativa privada un elemento socializante. No obstante, dicho elemento deberá verse reflejado a lo largo de toda la Constitución y no sólo en la definición del sistema económico adoptado, como sucedió en la Constitución de 1993.

#### 3.1.4 Contenido de las Bases.

De acuerdo con el contenido de las Bases, se pretende incorporar en la Constitución diversas manifestaciones de corte social. Así, por ejemplo, se establece como principios rectores del orden económico los siguientes:

a) La riqueza debe estar siempre subordinada al interés social. En el proceso de creación de riqueza, tanto la persona como su trabajo e iniciativa deben tener un rol preeminente.

b) El Estado debe buscar nivelar positivamente las desigualdades, haciendo posible el logro de un nivel aceptable de vida para los menos privilegiados, con el

objeto de que puedan gozar de los beneficios de una sociedad moderna.

c) El Estado interviene para ofrecer las seguridades sociales mínimas.

Consideramos pertinente rescatar que, a diferencia del régimen económico consagrado en la Constitución de 1993, en el que existía una incongruencia entre la adopción de una economía social de mercado y las demás normas, constitutivas de una economía netamente liberal, los principios contenidos en las Bases no muestran tal incongruencia. Por el contrario, dentro de ciertos límites a la intervención estatal -que desarrollaremos en el siguiente punto- buscan alcanzar la justicia e igualdad social de los ciudadanos. No obstante, consideramos que la asignación de los roles sociales al Estado, así como la actuación de éste en procura de la justicia e igualdad social mencionados, deben desarrollarse respetando los roles de subsidiariedad y promoción que también se le asignan.

### 3.2 Subsidiariedad del Estado y pluralismo económico.

#### 3.2.1 Definición de subsidiariedad del Estado.

La subsidiariedad es el reflejo de un sistema económico donde la intervención del Estado se limita a corregir las deficiencias del mercado (allí donde no hay mercado, o donde habiéndolo, el desarrollo de determinadas actividades no resulta atractivo a los inversionistas por su baja o nula rentabilidad). En este sentido, la intervención del Estado en la economía únicamente deberá ocurrir en aquellas áreas que no sean interesantes para la iniciativa privada.

Sobre este principio, Gaspar Ariño señala que “en una economía de mercado de una sociedad libre, la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada, y la actuación del Estado deberá ser excepcional (por tanto justificada en cada caso), ante la falta, inexistencia o fracaso de aquélla<sup>(14)</sup>”.

La incorporación del principio de subsidiariedad tiene como finalidad evitar que el Estado reemplace al sector privado en la provisión de bienes y servicios que pueden ser ofrecidos por este último. La violación de este principio o su ausencia en la Constitución perjudica gravemente a los agentes económicos debido a la generación de distorsiones en la competencia. Bástenos

(13) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993...*, p.351.

(14) ARIÑO, Gaspar. *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 88. Madrid, 1979. p.59.

imaginar lo que sucede cuando a un mercado ingresa un competidor -una empresa del Estado- que no está obligado a ser eficiente para subsistir. En la medida que el Estado y sus empresas tienen como fuente inagotable de financiamiento aquello recaudado a través de la tributación, serán los propios contribuyentes quienes solventen, permanentemente, la existencia de una empresa que nunca quiebra en el mercado.

### 3.2.2 Rol subsidiario y rol promotor.

Mientras que el rol subsidiario permite al Estado intervenir en el desarrollo de actividades económicas - como ya vimos- a falta de iniciativa privada o insuficiencia de la misma, el rol promotor obliga al Estado a generar incentivos para que, bajo las mismas circunstancias, es decir, cuando las iniciativas privadas no se presentan, el Estado genere las condiciones necesarias para que los agentes privados las emprendan.

Consideramos que ambas funciones del Estado no son excluyentes entre sí. Por el contrario, estimamos que un adecuado régimen económico debería consagrar los dos papeles de tal manera que, a falta o insuficiencia de iniciativa privada, el Estado promueva el desarrollo de actividades económicas por los particulares a través de incentivos (rol promotor) y, sólo en el caso que ello no sea posible, intervenga en la economía para desarrollar dichas actividades él mismo (rol subsidiario).

### 3.2.3 Pluralismo económico.

En una economía en la que se permite al Estado participar en el desarrollo de actividades económicas debe garantizarse el pluralismo económico. En virtud de este principio pueden coexistir en un mismo sistema diversas formas de propiedad y empresa. Asimismo, allí donde el Estado realiza actividad empresarial debe establecerse una igualdad jurídica entre los competidores. Tal como señala César Ochoa, "(e)n la doctrina mercantilista el pluralismo económico se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, siendo éste uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad en la competencia al que se someten tanto la empresa pública como la empresa privada constituye una garantía para la empresa privada puesto que la empresa pública ha de someterse a las reglas de juego del sector privado para sobrevivir en el mercado. Así, el pluralismo y la coexistencia empresarial se interpretan en armonía con el principio de subsidiariedad del Estado"<sup>(15)</sup>.

Bajo un modelo proteccionista, en el que el Estado le da determinadas ventajas a un sector económico o cierto grupo económico, los agentes no podrán competir bajo las mismas condiciones, produciéndose una distorsión en el mercado. Algunos agentes económicos se verían beneficiados en perjuicio de otros. Se desincentivaría el desarrollo de esta actividad, los consumidores tendrían menos opciones, menos calidad disponible, etcétera. Por el contrario el pluralismo económico, como garantía de la igualdad de trato a los competidores, impedirá que se desnaturalice la competencia.

### 3.2.4 Contenido de las Bases.

En cuanto a los principios rectores del orden económico contenidos en las Bases relativos al rol subsidiario y promotor del Estado en la economía y al pluralismo económico, podemos señalar los siguientes:

a) La intervención del Estado en la economía debe estar debidamente delimitada como garantía especial para todas las personas y los agentes económicos en especial.

Consideramos de vital importancia el establecimiento de dicho principio en la Constitución. La delimitación de la actuación del Estado en la economía incentivará la participación y competencia de los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades con la certeza y seguridad de que el Estado no va a participar ni competir con los agentes privados en condiciones inalcanzables por éstos, generando una competencia desleal y causándoles perjuicios. En otras palabras, el establecimiento de reglas claras para la actuación del Estado estimulará la inversión de los agentes privados en el país.

b) El Estado debe priorizar su actuación promoviendo el desarrollo económico, regulando la actuación de los agentes y buscando nivelar positivamente las desigualdades, haciendo posible el logro de un nivel aceptable de vida para los menos privilegiados, con el objeto de que puedan gozar de los beneficios de una sociedad moderna.

Este principio consagra el rol promotor y regulador del Estado. En nuestra opinión, el Estado debe promover el desarrollo de actividades económicas en general pero, principalmente, de aquellas en las que existe un vacío, es decir, las que no son realizadas por agentes privados por no resultar rentables. En estos supuestos, la promoción deberá consistir en la

(15) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales*...., 1995. p. 89.

generación de incentivos adecuados como la reducción de los costos de la actividad privada. Así, por ejemplo, para promover que las empresas prestadoras del servicio de transporte aéreo cubran rutas que no les son convenientes, el Estado podría reducir el Impuesto General a las Ventas para el desarrollo de esa actividad en específico. Sólo si los incentivos no son suficientes, el Estado puede intervenir brindando directamente el servicio, en virtud del principio de subsidiariedad.

La regulación a la que hace referencia el presente principio debe quedar limitada al comportamiento de los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades. Es decir, el Estado no debe intervenir regulando condiciones como los precios a los que se debe ofrecer los productos y servicios, los insumos que deben ser utilizados en la producción de bienes o determinando qué actividades deben ser ejecutadas por los agentes privados, etcétera.

Por el contrario, la regulación debe quedar limitada a la verificación de que los agentes económicos estén actuando en el mercado de acuerdo a las normas que protegen la libre y leal competencia en el mercado sin causar perjuicios a los consumidores y sin perturbar el funcionamiento de aquél. No es función del Estado reemplazar a los agentes privados en sus actividades. Al respecto, Kresalja y Ochoa opinan que “el estado se encuentra obligado a respetar la autonomía de la gestión empresarial, no sólo porque constituye una exigencia esencial para el funcionamiento exitoso de las empresas y un derecho indiscutible de sus propietarios, promotores y gestores, sino porque además no tiene ni el conocimiento ni los medios para hacerlo con idoneidad<sup>(16)</sup>”.

Finalmente, cabe resaltar que la búsqueda de la igualdad a la que hace referencia el principio comentado refleja, indudablemente, el carácter social que se pretende consagrar a través de la modificación constitucional. Dicha búsqueda tiene que ir de la mano con el rol promotor y subsidiario del Estado. No cabe que, con la intención de procurar un nivel aceptable de vida para las personas y ofrecer seguridades sociales mínimas, el Estado intervenga en la economía indiscriminadamente, distorsionando el mercado, para a la larga perjudicar al consumidor y ciudadano, precisamente al que pretendía beneficiar.

c) Los derechos de propiedad privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al trabajo, así como el respecto a los consumidores y usuarios, deben ser los cimientos fundamentales sobre los que se

construye un sistema económico moderno y equitativo, en el cual el Estado tiene un rol subsidiario.

Nos encontramos de acuerdo con este principio. En nuestra opinión, resulta indispensable que estos derechos mencionados se encuentren garantizados previamente y cuenten con un marco legal que asegure su respeto. De otro modo, no existirán incentivos para el desarrollo de actividades económicas.

Como ya mencionamos anteriormente, resulta necesario consagrar el principio de subsidiariedad del Estado. En efecto, y tal como nos lo han demostrado las experiencias pasadas, el Estado no debe participar en actividades económicas que pueden ser desarrolladas por los agentes privados. Consideramos que la participación innecesaria del Estado en las actividades económicas causa perjuicios en el bienestar de los consumidores y al mercado en general, principalmente, por las siguientes razones; (i) el Estado cuenta con una posición de privilegio jurídico y financiero respecto de los agentes privados; (ii) el Estado no está sometido al imperio de autoridades de la misma manera que los agentes privados; (iii) el Estado no va a supervisar las actividades de la empresa estatal de la misma forma como lo haría con un ente privado porque no tiene incentivos para ello; y, (iv) las empresas del Estado, al ser propiedad pública, no asumen los costos de una posible ineficiencia, sino que ésta debe ser solventada por los ciudadanos contribuyentes quienes, por ejemplo, además de pagar por la prestación de un servicio, terminan pagando por los costos adicionales o pérdidas generadas por la empresa.

d) El Estado podrá intervenir en situaciones de carácter excepcional, coyuntural o temporal, ejerciendo funciones de suplencia, cuando no existe el mercado, o cuando éste se vea amenazado por su propia debilidad. En situaciones de emergencia económica, calamidad pública o por razones ecológicas, el Presidente está facultado para dictar decretos de urgencia, siempre de duración transitoria, que deben guardar relación directa con las causas que lo motiva.

Consideramos que la presente disposición le otorga al Estado facultades excesivamente amplias para su intervención en la actividad económica. Una disposición de tal naturaleza podría dar lugar al ejercicio arbitrario y abusivo de las facultades contenidas en ella.

Con relación a la primera parte de esta disposición, consideramos que la intervención del Estado deberá producirse después de haber tomado

(16) KRESALJA, Baldo y OCHOA César. *Propuesta para un nuevo régimen económico...*, p. 21.

medidas destinadas a incentivar el desarrollo del “mercado inexistente” (rol promotor). Únicamente en el supuesto que dichas medidas resulten insuficientes, podrá intervenir el Estado. Esa intervención deberá producirse de manera temporal, ejerciendo las “funciones de suplencia” a las que hace referencia el texto de la disposición comentada (rol subsidiario).

Respecto a la segunda parte del principio comentado, Kresalja y Ochoa señalan que “se trata de un reconocimiento válido (...) se trata de tres situaciones puntuales, tales como la emergencia económica (generada por razones internas o externas), la calamidad pública (vinculada esencialmente a asuntos de salubridad cuyo origen puede ser diverso) y a razones ecológicas. Las medidas, que siempre tendrán una duración transitoria, deben guardar proporcionalidad y ser la respuesta a las causas que las motivan (...) se trata de una disposición racional, que debe ser interpretada en un contexto de respeto irrestricto a los derechos fundamentales y al Estado de Derecho<sup>(17)</sup>”.

No compartimos en su totalidad la postura asumida por estos autores. En primer lugar, si bien las situaciones de la emergencia económica y la calamidad pública, así como las razones ecológicas son puntuales, la disposición bajo comentario permite que quede al libre arbitrio del Estado la posibilidad de calificar dichas situaciones. Bajo este criterio, el Estado podrá dictar decretos de urgencia, de contenido económico, aun cuando las situaciones de emergencia económica, calamidad pública y las razones ecológicas, no lo justifiquen. En segundo lugar, el criterio de temporalidad que los autores utilizan para justificar el principio bajo comentario carece de sustento. En nuestra opinión, cualquier medida económica adoptada por el Estado puede afectar al mercado inmediatamente. No se necesita mucho tiempo para generar inseguridad y desconfianza en los agentes económicos. En tercer lugar, consideramos que la disposición bajo comentario no puede ser interpretada en un contexto de respeto irrestricto a los derechos fundamentales. Como sabemos, los derechos fundamentales no son absolutos. Por el contrario, se encuentran limitados a menudo, por ejemplo, por otros derechos fundamentales. En este sentido, el Estado podrá justificar una intervención arbitraria y abusiva, que afecta los derechos económicos constitucionalmente establecidos (como por ejemplo, la propiedad, libertad de contratación, etcétera.), argumentando que su interés es proteger el interés

social.

e) Debe reconocerse las distintas modalidades de propiedad, las que deberán usarse de conformidad con el interés social. Se propone reconocer las diversas modalidades empresariales mediante una legislación adecuada y dar igual trato a todas para acceder al mercado.

De un lado, resulta necesario rescatar que en las Bases se ha recogido el principio de pluralismo económico al reconocerse distintas modalidades de propiedad y de empresa. No obstante, es pertinente señalar que la igualdad de trato a las empresas no debe quedar limitada al momento de acceso al mercado. Garantizar la igualdad de trato a las empresas que ya se encuentran en el mercado y a las empresas que logran acceder al mismo es tan importante como garantizar dicha igualdad en la etapa de acceso. De otro lado, si bien la disposición no lo establece expresamente, debe entenderse que la igualdad de trato se aplica tanto a las empresas privadas como a las empresas estatales que desarrollen actividades económicas. Sólo de esta manera podrá garantizarse a los agentes privados la competencia en igualdad de condiciones respecto de las empresas estatales. El Estado deberá transferir a los agentes privados las labores y funciones que puedan ser desarrolladas por éstos, evitándole a los ciudadanos sufragar las pérdidas que las empresas estatales generan.

f) El Estado, mediante ley, determina qué actividades esenciales para la vida en sociedad pueden ser consideradas como servicios públicos. Asimismo, se encuentra obligado a supervisar su funcionamiento dentro de los marcos regulatorios correspondientes, alentando su gestión por la empresa privada y previendo la participación efectiva de las asociaciones de usuarios, con el objeto de garantizar que sean ofrecidos con oportunidad, calidad y transparencia.

Consideramos pertinente que mediante ley -y no en el texto constitucional- el Estado determine qué actividades deben ser consideradas servicios públicos. Asimismo, es acertado entregar la gestión a los agentes privados y limitar el rol del Estado a la supervisión de dicha gestión. No obstante, en nuestra opinión, debe tenerse presente las siguientes consideraciones:

En primer lugar, un servicio público es, por definición, un concepto que va necesariamente ligado con el concepto de “necesidad pública”. No existe consenso respecto de la definición de servicio público, sin embargo, podemos señalar que éste consiste, en términos generales, en la realización de actividades

(17) KRESALJA, Baldo y OCHOA César. *Ibid*: pp. 24-25.



destinadas a satisfacer necesidades de importancia para la vida diaria de los miembros de una sociedad, procurando el bienestar general.

Una aproximación más adecuada a la definición de servicio público la podemos encontrar identificando los caracteres distintivos que se encuentran presentes en un servicio público: (i) generalidad, por la cual el servicio va dirigido a una universalidad de personas, (ii) igualdad, es decir, el servicio se presta en igualdad de condiciones para todos salvo que existan clases o categorías<sup>(18)</sup>, (iii) continuidad, de modo que el servicio se presta ininterrumpidamente, salvo que se satisfaga necesidades ocasionales y, (iv) regularidad, esto es, el servicio prestado debe funcionar de manera adecuada.

En segundo lugar, existe una distinción económica entre los bienes públicos, los servicios al público y los servicios públicos. A través de los bienes públicos, tales como la seguridad nacional y el servicio de justicia, se favorece a una colectividad de tal manera que el beneficio por parte de un individuo no excluye la posibilidad de beneficio de otros individuos. Los bienes públicos suelen ser financiados por el Estado a través del dinero recaudado de los contribuyentes. No existen incentivos económicos para que los particulares provean de estos bienes a la colectividad<sup>(19)</sup>.

Los servicios al público, como el suministro de agua potable o el servicio telefónico, son aquellos que satisfacen a una colectividad a pesar de que su prestación puede ser individualizada. Estos servicios al público pueden consistir en la provisión de bienes privados en el sentido económico, es decir, aquellos bienes cuyo consumo por parte de un individuo puede excluir la posibilidad de beneficio de otros individuos. Estos servicios al público son prestados a cambio de una contraprestación que debe ser pagada por el beneficiario.

En tercer lugar, existe la necesidad de crear un sistema coherente en el que se defina claramente lo que son servicios al público y servicios públicos, basándose en sus caracteres distintivos. Asimismo, deberá determinarse cuáles servicios constituyen

servicios al público y cuáles servicios públicos en sentido estricto. Dicha diferenciación evitará que se produzca inseguridad jurídica respecto de los sectores sujetos a regulación.

En cuarto lugar, el Estado debe permitir que los servicios al público sean prestados por empresas privadas, interviniendo a través de sus reguladores para garantizar la prestación del servicio en óptimas condiciones, o de manera subsidiaria cuando el mercado no garantice por sí solo la prestación o suministro del servicio.

Finalmente, si bien el Estado es el titular de los servicios públicos, la gestión debe ser trasladada al sector privado. La prestación de servicios por parte de la empresa privada es más eficiente que su prestación por el Estado, toda vez que los agentes privados cuentan con los incentivos para ello. La empresa privada asumirá todos los costos derivados del buen o mal manejo del desarrollo eficiente o no de la actividad. Por el contrario, la prestación de servicios públicos por parte del Estado suele ser ineficiente en la medida en que éste no asume los costos que la prestación de los servicios genera.

En conclusión, creemos adecuado el esquema establecido para el libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, sin embargo éste se debe realizar sin afectar los derechos fundamentales según concordancia práctica y eficacia integradora de la Constitución, siguiendo el planteamiento de Hesse.

#### 4 Los derechos del Derecho del Trabajo en la reforma.

##### 4.1 El Estado social de Derecho.

El Estado de Derecho supone, entre otros elementos, el reconocimiento de Derechos fundamentales de la persona. Mientras el Estado liberal de Derecho se limita a consagrar derechos civiles y políticos (esto es, los del hombre y del ciudadano, respectivamente), en el Estado social de Derecho el catálogo se amplía incorporando a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>(20)</sup>. La vigencia efectiva de los derechos del primer tipo, que consisten en libertades del individuo, como las de

(18) Aun existiendo clases o categorías, el servicio debe prestarse en condiciones de igualdad dentro de cada clase o categoría.

(19) De acuerdo con Cooter y Ulen "un bien público es un bien con dos características íntimamente relacionadas: primero, el consumo del bien por una persona no deja menos de él para cualquier otro consumidor (...) y segundo, los costos de excluir a los beneficiarios no pagantes que consumen el bien son tan altos que ninguna empresa privada maximizadora de beneficio está dispuesta a distribuir el bien. Considérese el ejemplo convencional de un bien público: defensa nacional. El hecho de que un ciudadano esté seguro frente a la amenaza de invasión por un ejército extranjero no deja ninguna seguridad menos para otros ciudadanos. Más aún, es difícil excluir a cualquier ciudadano de la seguridad otorgada a otros. Debido a estas dos características, los bienes públicos no son susceptibles de ser provistos en forma alguna en el mercado, o si estos son provistos, lo son en cantidades menores a las socialmente óptimas". COOTER, Robert, y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. pp. 45-46.

(20) MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor. *El tránsito del estado de derecho al estado social de derecho*. En: *Revista peruana de Derecho Constitucional*. Ira. Edición, Octubre de 1999, p. 250.

expresión, reunión, asociación, etcétera, se favorece con la abstención del Estado; la de los segundos, en cambio, requiere una intervención correctora del Estado sobre las desigualdades materiales.

De este modo, en el Estado liberal de Derecho el único derecho laboral que obtiene reconocimiento es la libertad de trabajo, que permite a una persona decidir si trabaja o no, en qué y para quién y es, por tanto, compatible con el abstencionismo estatal. El Estado social de Derecho extiende su protección, además, al propio derecho al trabajo y a los derivados de su materialización, como la limitación de la jornada, el pago de una remuneración suficiente, la estabilidad en el empleo, etcétera, lo que exige una presencia del Estado en la vida económica y social del país.

Los dos principales instrumentos de reequilibrio de que dispone el Estado social de Derecho para compensar la doble desventaja en que se encuentra el trabajador respecto de su empleador, en lo material (derivada de su no posesión de bienes de producción) y jurídica (derivada de la subordinación), son la ley y el convenio colectivo. Ambos fijan beneficios mínimos que la autonomía individual puede mejorar pero no disminuir.

Todas las constituciones peruanas desde la de 1920, se han adscrito -aunque con matices- a la línea del Estado social de derecho. Esta es también, sin duda, la perspectiva que adopta el anteproyecto que analizamos.

## 4.2 Anteproyecto de Constitución.

Vamos a aproximarnos al texto del Anteproyecto a través de tres ejes, que son: el papel que se le reconoce al trabajo en el sistema económico y la vida social, qué principios y derechos se consagran y cómo son regulados.

Respecto del papel asignado al trabajo, el anteproyecto proclama tres ideas centrales: (i) que es un derecho y un deber, (ii) base de bienestar social y medio de realización de la persona, y (iii) objeto de protección por el Estado, que resultan una síntesis de las recogidas por las constituciones precedentes.

El derecho al trabajo actúa en el acceso y en la conservación del empleo. En el primer momento es un derecho de preceptividad diferida que tiene toda persona a obtener un puesto de trabajo y necesita para su plasmación que el Estado ejecute las políticas económicas y sociales pertinentes. En el segundo, el derecho tiene preceptividad inmediata y se traduce en la prohibición a la extinción injustificada de la relación laboral.

El deber de trabajar está concebido desde una perspectiva social y moral, pero no jurídica. Por tanto,

no conlleva una obligación exigible de trabajar y no entra en colisión con la libertad de trabajo.

La dimensión individual y social del trabajo aparece en la fórmula “base del bienestar social y medio de realización de la persona”, que entronca con una valoración propiciada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las encíclicas sociales de la Iglesia Católica.

La protección por el Estado es un mecanismo jurídico de compensación de la desigualdad material que afecta al trabajador. De ella derivan, por consiguiente, los principios y derechos laborales más importantes.

### 4.2.1 Principios.

En cuanto a la recepción de los principios, el anteproyecto reitera los tres que se encuentran reconocidos en las constituciones precedentes: igualdad y no discriminación, irrenunciabilidad e *in dubio pro operario*, y añade otros cuatro: norma más favorable, condición más beneficiosa, primacía de la realidad y autonomía colectiva. La lista no debería considerarse cerrada, por cuanto otros principios de naturaleza similar podrían ser válidamente añadidos por la legislación o la jurisprudencia. La regulación nos parece técnicamente correcta, ya que se resalta los aspectos esenciales que definen cada principio y no se produce una restricción en su contenido, como la que en muchos casos provoca la Constitución vigente.

a) Igualdad: la igualdad tiene una dimensión formal y otra sustancial. La igualdad formal impone un trato igual para los individuos o colectivos que se encuentran en una situación igual o, a la inversa, un trato desigual para quienes están en situación de desigualdad. Si el sujeto obligado es el Estado estamos ante una igualdad ante la ley y si es un particular, estamos ante una igualdad de trato. La igualdad sustancial busca corregir los desequilibrios existentes entre diversas colectividades, igualándolos en los hechos.

Asimismo, prohíbe la discriminación directa e indirecta. La primera consiste en un trato desigual carente de causa objetiva y razonable; y la segunda, en una medida neutra que provoca un impacto adverso en un colectivo en forma desproporcionadamente mayor que en otro.

El Anteproyecto proclama el principio de igualdad, en sus aspectos formal y sustancial. En el primer caso, lo hace al enunciar la igualdad ante la ley entre los derechos de la persona y la igualdad de trato entre los de los trabajadores. En el segundo, se pronuncia

en favor de una igualdad real y efectiva en el marco de los derechos de la persona y de una igualdad de oportunidades entre los correspondientes a los trabajadores.

En lo que respecta al mandato de no discriminación está recogido en su acepción amplia (“toda forma de discriminación”), que debe englobar la directa y la indirecta. Se formula, además, un listado numeroso y abierto de motivos prohibidos para la discriminación.

b) Irrenunciabilidad: la irrenunciabilidad proscribía la disposición por el trabajador de sus derechos surgidos de normas imperativas.

De este modo se corrige la deficiente expresión contenida en la Constitución vigente que, por una parte, pareciera restringir el alcance del principio sólo a los derechos nacidos de la Constitución y la ley, excluyendo a los creados por el convenio colectivo; y, por la otra, pareciera comprender a todos los surgidos de esas dos primeras fuentes, sin tener en cuenta que las leyes laborales suelen ser imperativas pero pueden ser dispositivas.

c) *In dubio pro operario*: este principio exige que si al interpretar una norma ésta ofrece varios sentidos posibles se elija entre ellos el que resulte más ventajoso para el trabajador.

La fórmula adoptada por el Anteproyecto nos parece más adecuada que la de la actual Constitución, en tanto suprime la desafortunada expresión “duda insalvable”, que pretende constreñir la utilización del principio, mediante la configuración de un requisito absurdo, ya que la teoría de la interpretación se construye justamente para salvar las dudas.

d) Primacía de la realidad: la primacía de la realidad opera cuando existe discordancia entre la denominación que las partes le otorgan a un acto y la naturaleza de éste, caso en el cual se debe preferir la segunda. Tal sería, por ejemplo, el caso del ocultamiento de una relación laboral tras la apariencia de un contrato civil o mercantil, o la simulación de una relación laboral de duración indefinida enmascarada por otra de duración determinada. Este principio ya está recogido por nuestro ordenamiento en la Ley General de Inspección (artículo 3, inciso b) y su reglamento (artículo 3).

e) Norma más favorable: este principio se aplica para seleccionar la norma más ventajosa para el trabajador entre dos o más que se encuentran en conflicto. Actúa fundamentalmente en la antinomia entre normas estatales de un lado y profesionales o internacionales del otro. Por ejemplo, en la incompatibilidad entre una ley y un convenio colectivo o entre una ley y un tratado. Es

debatido en doctrina si el principio puede utilizarse para resolver los conflictos entre normas estatales del mismo rango. El principio ya está incorporado a nuestro ordenamiento a través del artículo II del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo.

f) Condición más beneficiosa: la condición más beneficiosa permite conservar los beneficios otorgados por el contrato de trabajo, la concesión unilateral del empleador o la consolidación por el transcurso del tiempo frente a actos no normativos del empleador o normativos de cualquier origen que los rebajen o los supriman. El principio operaría, por ejemplo, si una ventaja concedida por el empleador a un trabajador determinado pretendiera luego dejarse unilateralmente sin efecto. Pensamos que la regulación de este principio no debió carecer de una definición de su contenido, como la se ha hecho en los otros casos. Asimismo, creemos que hubiera sido conveniente que se precisara que la condición más beneficiosa no resulta oponible a un convenio colectivo posterior, porque en tal caso se privilegia el interés individual sobre el colectivo, lo que resulta incoherente en una Constitución que fomenta la autonomía colectiva.

Si bien este principio se recoge por primera vez en su formulación general, diversas normas de nuestro sistema, especialmente referidas a trabajadores públicos y seguridad social, lo han consagrado puntualmente, incluso en supuestos de sucesión normativa.

f) Autonomía colectiva: se ha incluido como principio por su importancia para la constitución y desarrollo del ordenamiento laboral, pero como es el fundamento del derecho a la negociación colectiva vamos a tratarlo en la parte correspondiente.

#### 4.2.2 Derechos.

El Anteproyecto reconoce los más importantes derechos laborales, tanto individuales como colectivos, en una enumeración coincidente con la de la Constitución vigente, pero bastante más detallada. De dicho conjunto, vamos a ocuparnos enseguida sólo de tres derechos individuales, que son la remuneración justa, la jornada máxima y la estabilidad laboral, así como de los tres colectivos, que son la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, ya que todos ellos nos parecen los más relevantes.

a) Remuneración justa: la remuneración es la contraprestación por el servicio que brinda el trabajador y una de las principales causas por las que pone su actividad a disposición de su empleador. Debe ser suficiente para cubrir las necesidades individuales y de las personas a su cargo.

La remuneración mínima debe permitir costear los bienes esenciales para la subsistencia en condiciones de dignidad. El Anteproyecto señala que el Estado debe reajustarlas, con participación de las organizaciones de trabajadores y de empleadores. No se precisa en el texto el grado de participación, que podría consistir en la mera información, la consulta o la decisión compartida, pero entendemos que no debería ser inferior a la primera. Tampoco se hace referencia a la oportunidad del incremento, que en nuestro concepto debería ocurrir cuando hubiera un desbalance entre el monto de la remuneración mínima y la evolución del costo de vida.

b) Jornada máxima: la jornada es el tiempo en que el trabajador pone su actividad a disposición de su empleador. La jornada ordinaria es la duración de dicha puesta a disposición prevista en cada empresa, que no puede exceder de la máxima señalada por el ordenamiento.

El Anteproyecto regula esta materia en términos semejantes a los de la Constitución vigente, estableciendo un tope diario y semanal y permitiendo las jornadas acumulativas o atípicas. De este modo, sería válido que se fijara una jornada de más de ocho horas diarias siempre que se respetara las cuarenta y ocho semanales como máximo, o que se trabajara veintiún días seguidos y se descansara siete continuos en las labores que por su naturaleza lo justifiquen (actividades de pesca, minería, petróleo, etcétera).

c) Estabilidad laboral: la estabilidad en el empleo actúa en dos momentos de la relación laboral, que son el de su inicio y el de su extinción. En el primer caso supone la preferencia del ordenamiento por los contratos de duración indefinida sobre los de duración determinada, los que sólo se pueden celebrar para labores temporales. En el segundo caso, se manifiesta en la prohibición del despido injustificado y puede adoptar una forma absoluta (en la que se reconoce al trabajador arbitrariamente despedido el derecho a reclamar su reposición) o relativa (en la que le reconoce únicamente el derecho a reclamar una indemnización). El sustento de este derecho está en procurar la seguridad en la conservación del empleo, ya que de ella derivan no sólo la continuidad de la remuneración y el incremento de todos los beneficios aparejados con la antigüedad, sino también la propia carrera profesional del trabajador.

Esta es una institución controvertida, cuya regulación ha provocado intenso debate en las últimas tres décadas. A diferencia de la Constitución actual, que no utiliza el concepto de estabilidad laboral, aunque su regulación lo supone, el anteproyecto sí acude explícitamente a dicho término.

El texto pone el énfasis en la llamada estabilidad de salida, esto es, en la prohibición del despido injustificado y remite implícitamente a la ley la determinación del sistema de reparación más apropiado frente a aquél: la indemnización, la reposición u otra alternativa, lo que nos parece apropiado.

Por último, recoge el concepto de despido nulo, que tenía en nuestro ordenamiento recepción solamente legal y lo extiende para todos los supuestos de lesión a los derechos constitucionales y no sólo algunos, como se encuentra en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

d) Sindicación: la libertad sindical comprende un conjunto de derechos, algunos de los cuales tienen titularidad individual y otros colectiva. Entre los primeros están los derechos de los trabajadores a la constitución, afiliación y participación en organizaciones sindicales. Entre los segundos se encuentran los de las organizaciones sindicales a constituir y afiliarse en organizaciones de grado superior, a elegir a sus representantes, redactar sus normas internas, ejercer actividades sindicales de negociación o conflicto y disolverse. El ejercicio de estos derechos no puede acarrear perjuicio alguno para los trabajadores, ya que debe contarse con mecanismos y facilidades para ello.

El Anteproyecto es en esta materia bastante más amplio que la Constitución vigente. Mientras ésta se limita a garantizar la libertad sindical, aquél se refiere a aspectos importantes de ésta, tanto en el plano individual (constituir sindicatos sin autorización previa, afiliarse libremente a éstos y desarrollar actividad sindical), como en el colectivo (la autonomía interna para organizarse y actuar libremente).

De otro lado, declara la nulidad de los actos que impidan o obstaculicen el ejercicio de estos derechos. Esta precisión resulta fundamental porque en un sistema de relaciones colectivas de trabajo tiene más importancia que la descripción de la libertad sindical la previsión de mecanismos efectivos de tutela para quienes la ejercen.

Finalmente, ordena al legislador determinar las garantías y facilidades que deben reconocerse a los dirigentes sindicales.

La influencia de los Convenios Internacionales del Trabajo referidos a la libertad sindical, especialmente el 87 y el 98, pero también el 135 todavía no ratificado por el Perú, resulta manifiesta.

e) Negociación colectiva: es el derecho de las organizaciones sindicales y, sólo a falta de ellas de los representantes de los trabajadores, a regular sus

relaciones con los empleadores a través de negociaciones y convenios colectivos.

En este asunto el Anteproyecto repite la fórmula de la actual Constitución: fomento de la negociación colectiva, promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales y fuerza vinculante del convenio colectivo. La diferencia más saltante radica en que el Anteproyecto explicita el contenido normativo y obligacional que tiene el convenio colectivo, lo que consideramos positivo porque resalta las dos partes centrales de su regulación.

f) Huelga: la huelga es una medida de conflicto colectivo que supone una modificación en la forma habitual de prestar el servicio, ya sea cesando la actividad, ya sea alterando su modo común de ejecutarla. Su ejercicio debe ser pacífico, por lo que no debe afectar a las personas o bienes de la empresa.

En esta materia el Anteproyecto vuelve al texto constitucional de 1979: reconocimiento del derecho y remisión de la regulación de su ejercicio a la ley. Se ha añadido, sin embargo, una limitación al desarrollo de la huelga en el caso de los servicios esenciales para la comunidad, que consideramos más precisa que la expresión de la Constitución actual sobre el ejercicio del derecho en armonía con el interés social.

### 4.3 El trabajo en el Perú.

El análisis jurídico del Anteproyecto constitucional sobre la regulación del trabajo resulta insuficiente si no se hace una referencia al contexto socioeconómico en el que se va a aplicar el articulado correspondiente.

Lo primero que debemos resaltar es que en la mayoría de sus disposiciones laborales el anteproyecto rige el trabajo por cuenta ajena y subordinado, del que disfruta una porción reducida de nuestra población económicamente activa. Sólo las reglas sobre libertad de trabajo, derecho al trabajo, seguridad e higiene en el trabajo y los aspectos orgánicos de la sindicación, deben extenderse a los trabajadores independientes.

Para el amplio sector de la población que no posee un trabajo sujeto al ordenamiento laboral, su principal expectativa estará en las acciones efectivas que el Estado emprenda para procurarle lo que -en terminología de la Organización Internacional del Trabajo- se viene

denominando un trabajo decente, es decir, no cualquier ocupación, sino una que respete la dignidad del trabajador y favorezca su desarrollo integral. Hace ya buen tiempo que las encuestas de opinión destacan que aquí se encuentra el tema central de la agenda social. Para lograr ese objetivo es indispensable que el Estado propicie la inversión privada nacional y extranjera mediante reglas claras y estables y garantice el cumplimiento real del ordenamiento laboral.

El reto en esta materia es enorme pues, de un lado, tenemos una alta tasa de desempleo (9,3 por ciento), más alarmante en la población joven (14 a 24 años), en la cual la cifra asciende a 15,9 por ciento, así como de subempleo, que llega al 52,5 por ciento, y del otro, un sector informal muy extendido, que abarca el 53 por ciento de la población económicamente activa<sup>(21)</sup>. Esta dramática realidad no es, sin embargo, exclusiva del Perú, ya que el resto de países de América Latina sufre estos problemas en similares magnitudes: el promedio de desempleo es del 9 por ciento, el sector informal participa con el 46 por ciento de la ocupación total y contribuye con 60 de cada 100 nuevos empleos. Además 55 de cada 100 nuevas plazas para asalariados carecen de protección social<sup>(22)</sup>.

De lo expuesto encontramos tres problemas fundamentales a tomar en cuenta, los cuales intentaremos resumir en términos generales: (i) el desempleo supone que un sector de la población en capacidad de trabajar y que busca empleo, no encuentra espacio en el sistema económico para insertarse y generarse ingresos para subsistir y muestra un defecto estructural de nuestra economía, la cual no crece lo suficiente para incorporar a todos los miembros de la sociedad, especialmente a los jóvenes; (ii) el subempleo abarca a aquellos que tienen un empleo inadecuado, en tanto reciben una remuneración baja, trabajan menos horas de las que necesitan, o se desempeñan en un puesto inferior a aquél para el que están calificados<sup>(23)</sup>; y, (iii) la informalidad consiste en “un conjunto de actividades económicas remuneradas (aunque no siempre monetarizadas) cuya práctica no sigue las pautas institucionales reguladoras establecidas por una sociedad da en un momento histórico determinado<sup>(24)</sup>”.

(21) Diario *El Comercio*, edición del jueves 7 de mayo de 2002.

(22) *Panorama laboral 2000*. Ginebra: OIT, 2001.

(23) En palabras de Bermedo: “(u)n empleo adecuado debería comprender suficientes horas de trabajo, buena remuneración, es decir una combinación de ganar y trabajar; una correspondencia entre el puesto de labores y el oficio o profesión para la que una persona ha sido formado”. *El Comercio*, edición del 22 de abril de 2000.

(24) MONSERRAT, Hurtado. *Las organizaciones sindicales y el sector informal: reflexión para la formación y la acción*. Lima: OIT, 2000. p. 14.

Queremos incidir en el tema de informalidad ya que implica que el principio protector que garantiza el equilibrio de las partes no alcanza este sector. Esto tiene como consecuencia que el único mecanismo para regular sus relaciones sea la voluntad de las partes, esta capacidad dispositiva tiene como consecuencia que la voluntad del empleador se impone a la del trabajador debido a su manifiesta ventaja negocial.

Ante esto cabe decir que el desempleo, al ser un problema consecuencia de una crisis estructural del sistema económico, es limitado lo que las normas del Derecho del Trabajo pueden hacer. Sin embargo creemos que ante los problemas de subempleo e informalidad el Derecho del Trabajo tiene un rol fundamental, ya que debería significar un marco normativo que coadyuve a garantizar un empleo adecuado y a su vez extender el alcance de sus efectos a aquellas relaciones de hecho situadas al margen del sistema.

Como respuesta a estos problemas los países latinoamericanos hicieron, con matices particulares por país, una profunda reforma, con miras a flexibilizar el esquema de regulación de las relaciones laborales. Esta flexibilización buscaba un cambio a la vocación proteccionista de las normativas laborales precedentes, para así atraer inversión y reducir los costos empresariales. Cabe decir que las reformas más profundas se realizaron en Perú y Argentina<sup>(25)</sup>.

En el Perú la Constitución de 1993 legitimó un proceso previo de flexibilización y consolidó el marco para su aplicación. Esto se evidencia en las palabras de Marcenaro, autor directo en la elaboración de nuestra carta vigente, cuando nos dice: “(e)xiste ahora plena conciencia que el trabajo está íntimamente vinculado a la economía de un país y que, por lo tanto, está mucho más protegido un trabajador en una sociedad que crece y se desarrolla que si se aferra exclusivamente a un garantismo legal o convencional<sup>(26)</sup>”. Así, más allá de la específica plasmación de los enunciados en nuestra Constitución la vocación flexibilizadora, el sustrato y contenido desregularizador, era criterio informador del Derecho del Trabajo en nuestro país.

Un primer balance a la luz de las cifras actuales nos indica que este problema no tiene una única salida: flexibilizar. El desempleo, y sobre todo el subempleo y la informalidad así lo demuestran. Sin embargo, creemos que la tendencia opuesta, es decir imponer un esquema

demasiado rígido que impida desarrollar a la empresa como proyecto económico y haga inviable el generar riqueza, aunado a esto empleo, tampoco es una solución.

En cuanto al texto del Anteproyecto creemos que contiene los principios y derechos que estructuran un adecuado marco de regulación. A diferencia de las constituciones precedentes, que se ubicaron en las antípodas del proteccionismo y la desregulación, aquél ha logrado en su articulado laboral un punto más equilibrado. El modo en que se ha abordado la mayoría de las instituciones laborales, como el derecho al trabajo, la jornada máxima, la remuneración suficiente y cada uno de los derechos colectivos, así como los principios, nos parece apropiado en cuanto recoge los elementos centrales sin abundar en detalles innecesarios en un texto constitucional. La cuestión más polémica será, sin duda, la recuperación del concepto de estabilidad laboral. En nuestra opinión lo más relevante de este problema no se encuentra en la utilización de este término, ya que el mismo estaba implícito en la Constitución de 1993, sino en la proclamación del derecho con preceptividad inmediata y no como estaba en el texto anterior. Pensamos, sin embargo, que el cambio de efectividad no debería entenderse como sustento para la interposición de acciones de amparo por despidos arbitrarios o nulos, ya que para éstas se requiere no solo que el derecho esté consagrado con preceptividad inmediata sino que la vía ordinaria no ofrezca las seguridades de una reparación plena, pronta y efectiva.

Es de esperar que el posterior desarrollo legislativo de los preceptos contenidos en el anteproyecto respete su contenido esencial y enriquezca sus posibilidades.

## 5 La problemática de la descentralización<sup>(27)</sup>.

### 5.1 Centralismo, una enfermedad de larga data.

“La tradición centralista que ha padecido el Perú durante largas décadas consecutivas del presente siglo, ha provocado, entre otros efectos más notorios, una prostitución del contenido de la descentralización<sup>(28)</sup>”. Por lo tanto, resulta pertinente, como primer paso, prestar una definición de descentralización.

La descentralización es el proceso por medio del cual se busca crear gobiernos intermedios entre el Gobierno Central y los poderes municipales,

(25) OIT. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. Lima, 2001.

(26) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva constitución*. Lima: Cultural Cuzco, 1995. p.25.

(27) El 07 de marzo de 2002 se promulgó la Ley No. 27680, Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre Descentralización, sustituyendo así el texto de la Constitución de 1993.

(28) PLANAS, Pedro. *Manual del buen descentralista*. Lima: Nuevo Norte, 2001. p.51.

confiriéndosele a los gobiernos regionales autonomía política y administrativa, determinando de manera clara las materias en que son competentes. Se entiende por autonomía política el otorgamiento de una participación a los órganos descentralistas en la formación de la voluntad del Estado, lo que implica una cierta competencia legislativa sobre materias específicas y determinadas. La autonomía administrativa se refiere a dejar al arbitrio del órgano descentralista el manejo y organización interna de su circunscripción territorial, dándose una competencia originaria y no delegada de funciones. Otra característica elemental de todo proceso descentralista es la autonomía económica y presupuestal que se debe reconocer a favor de los gobiernos regionales, ya que “sin rentas propias y sin una reserva presupuestal mínima, sería ilusorio el ejercicio de competencias y atribuciones por el Gobierno territorial o regional. Es decir, a tal nivel de competencias, debe consignarse un nivel proporcional de rentas que hagan factible ejercerlas con autonomía<sup>(29)</sup>”. Finalmente, para encontrarnos frente a un efectivo proceso de descentralización, eliminando todo vestigio de dependencia o subordinación a un órgano central, la elección de los representantes regionales debe ser directa y no delegada.

Dada esa reflexión resulta necesario precisar una definición que suele confundirse, esto es, la figura de la desconcentración. La desconcentración, a diferencia de la descentralización, no refleja una real autonomía o autarquía en el espacio geográfico sobre el cual se delega determinado poder o función. La desconcentración se caracteriza por delegar una función, pero supeditando su real competencia al poder del cual emana la delegación.

El Perú es sin lugar a dudas uno de los países más centralistas de América Latina, consolidándose esta posición durante el gobierno anterior. El gobierno que se instauró en el país durante la década de los noventa demostró una falta total de voluntad política para llevar a cabo el proceso de descentralización, a la vez que buscaba que se consoliden las instituciones del centralismo, pese a que la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1993 se refería a priorizar la elección de autoridades regionales a más tardar en 1995, lo que se ignoró de manera flagrante. Todo lo contrario, como resultado del golpe de Estado de 1992 se creó once Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR's), los que fueron

subordinados al también reciente Ministerio de la Presidencia. “¿Cómo puede haber un órgano descentralizado que dependa de un Ministerio, que es un órgano del gobierno Central? He ahí la cuestión de fondo<sup>(30)</sup>”. Resulta evidente que estos CTAR's no eran órganos descentralizados, sino meras desconcentraciones de poder, pues su presupuesto era administrado por el Ministerio de la Presidencia y porque sus presidentes eran elegidos mediante Resolución Suprema. Estos Consejos no tuvieron nada de transitorios y en febrero de 1998 se elevó su número a 23, uno por cada departamento, a pesar de que “desde enero de 1996 los CTAR's se han convertido en entes inconstitucionales, que usurpan las atribuciones y rentas que deberían haberse trasladado a los gobiernos regionales electos<sup>(31)</sup>”. Queda entonces clara la falta de motivación descentralista del régimen anterior.

En realidad, la falta de vocación descentralista no es algo que se deba circunscribir al anterior gobierno. Durante muchas décadas se habló de llevar a cabo un proceso descentralista en el país, se dieron iniciativas legislativas e incluso constitucionales, pero en la realidad nunca se dio un mayor avance. Esto es un claro reflejo de que en el Perú no se ha dado un proceso de descentralización, sino únicamente una desconcentración de facultades y materias, siempre bajo la subordinación de un omnipresente Gobierno Central.

## 5.2 Aspectos negativos respecto al proceso de descentralización.

El proceso de descentralización es una necesidad urgente en nuestro país, sin embargo se debería tener en cuenta que este proceso involucra a más de 20 millones de personas, y que, según la experiencia comparada, viene tomando más de 23 años en Chile; una década en Colombia; y 7 años en Bolivia, sólo por mencionar algunos ejemplos cercanos. La descentralización más que un tema jurídico es un tema político, económico y social, mas eso no elimina la trascendencia jurídica que el fenómeno descentralista encierra. En primer lugar, vamos a analizar qué problemas son inherentes al proceso descentralista *per se*, para luego, aterrizando en la Ley No. 27680 determinar qué errores ha cometido el legislador peruano al momento de redactar la Reforma Constitucional.

(29) PLANAS, Pedro. Op. cit.: p.58.

(30) Ibid.: p.53.

(31) Ibid.: p.61.

### 5.2.1 Problemas inherentes al proceso de descentralización.

En primer lugar, un problema que nos plantea la regionalización es que podría atentar contra la unidad del Estado. “No tiene el Perú, a Dios gracias, un problema regional en el sentido en que lo tiene España. Pero el legislador quiere inventarlo. (...) No simpatizo con la idea misma del gobierno regional -en cuanto entraña peligro para la insoslayable unidad de la nación-<sup>(32)</sup>”. A lo largo de 180 años, el Perú ha buscado plasmar una identidad o determinar cierta cohesión entre sus individuos, tarea harto compleja si tomamos en cuenta lo disímil de nuestra población. A todas luces este proceso de construir o desarrollar una conciencia o identidad nacional no se ha dado de manera adecuada, motivo por el que debemos reconocer que el Perú no es un país con un fuerte sentido de unidad. Por medio del proceso descentralista, al subrayar la preeminencia de geografías departamentales se podría resquebrajar la delicada identidad y unidad nacional que de manera tan frágil logra aglutinar al país bajo una misma bandera.

Si a la falta de conciencia de nación que tiene gran parte de la población nacional le sumamos la reivindicación de los departamentos, y su consecuente ampliación de poder y facultades, podría generarse una desintegración, es decir el poblador no va a sentir que es miembro del todo que es el Perú, sino que se va a ver a sí mismo únicamente como cuzqueño, arequipeño o tacneño. Llevado a un extremo esto podría generar fuertes regionalismos que terminen por impulsar a la idea del separatismo, tal como se da en la provincia de Quebec en Canadá o con los territorios al norte de España. Esta preocupación es, en nuestra opinión, legítima aunque no la consideramos alarmante.

Otro problema importante es el costo que este proceso implica para el Estado que pretenda llevarlo a cabo. En el caso peruano estamos hablando de las remuneraciones que se deberá pagar a los consejeros regionales, cuyo número fluctuara entre 7 y 25<sup>(33)</sup>, lo que de acuerdo a la ONPE hace un total de 371. Asimismo se necesitará personal administrativo, de asesoría y de apoyo, que resultarán en 1,875 nuevos puestos públicos. De otro lado, el presidente y vicepresidente de cada región necesitarán también un

grupo de colaboradores; sumándole gastos operativos, gastos de construcción o implementación significaría para las regiones una suma ascendente a S/. 346 millones por año<sup>(34)</sup>. La pregunta que surge entonces es si estamos dispuestos a arriesgarnos y pagar con los escasos recursos públicos disponibles este costoso proceso de descentralización que nada nos asegura vaya a ser exitoso.

### 5.2.2 Problemas en el tratamiento legislativo de la reforma.

Dentro de lo que ha sido el trato legislativo que se ha dado a la reforma constitucional lo primero que se debe cuestionar es la premura con que se esta tratando de llevar a adelante el proceso de descentralización. A menos de dos semanas de la promulgación de la reforma constitucional referida al tema de la descentralización, se procedió a convocar a elecciones regionales para el domingo 17 de noviembre, sin tener aún nada claro sobre los objetivos, competencias o transferencia de recursos a favor de los gobiernos regionales. En opinión de Juan Paredes Castro, “el centralismo limeño no va a acabarse con un mero rito de ánforas. Hemos pasado de la convocatoria a elecciones regionales cuando sencillamente no existían a la creación de éstas sin saber qué pies y cabeza tendrán y cuales serán sus facultades y movimientos<sup>(35)</sup>”. ¿Por qué el apuro? Creemos que sería más positivo para el país postergar la fecha de las elecciones para que estas se lleven a cabo cuando las regiones se encuentren preparadas para ello y cuando la reglamentación sea la más adecuada.

Por otra parte, el inciso 5 del artículo 193 de la Ley No. 27680<sup>(36)</sup> al tratar respecto a los bienes y rentas de los gobiernos regionales menciona los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo. Por medio de este método se facilita recursos a ciertos departamentos que no disponen de ellos, y así se busca romper con el extremo centralismo económico reinante en el país, porque resulta evidente que si los departamentos no empiezan a convertirse en polos de producción y a apoyar de manera significativa al Producto Bruto Interno nos encontraremos en un proceso infructuoso. Con cargo al referido fondo se entregará más a algunas regiones y

(32) CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Nueva Constitución*. Lima: pp. 318-319

(33) Ley No. 27680. Artículo 191- Tercer párrafo. El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

(34) Cifras tomadas de *El Comercio*, 13 de marzo de 2002. p. A3.

(35) Tomado de *El Comercio*, 13 de marzo de 2002. p. A2.

(36) Ley 27680. Artículo 193. Son bienes y rentas de los gobiernos regionales: (inciso 5) Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.



menos a otras, esta será en definitiva una nueva fuente de conflicto. Se generarán así resentimientos y pugnas entre las provincias.

Si se pretende dotar de autonomía económica a las regiones resulta entonces contradictorio el inciso 3 del referido artículo, ya que determina que son bienes y rentas de los gobiernos regionales los tributos creados por ley a su favor. ¿Por qué no se confiere potestad tributaria a las regiones? Sería una manera de traducir más ingresos a la vez que una mayor autonomía a favor de las regiones si ellas fuesen capaces de administrar y, obviamente dentro de una política marco y con ciertas limitaciones, crear tributos a su favor, sean estos impuestos, contribuciones o tasas.

El cuarto párrafo del artículo 191 de la Ley antes referida señala que el Presidente de la región es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable e irrenunciable, conforme a ley. Mientras que el anteproyecto de Constitución, en lo que se refiere al Presidente de la República, no permite la reelección presidencial inmediata. Interpretar en este extremo que la reelección puede ser inmediata, nos daría a entender que la Constitución se está contradiciendo. La lógica detrás de prohibir la reelección es impedir que el presidente utilice la maquinaria estatal para entronizarse en el poder, resulta evidente que nos encontramos ante cargos distintos, por un lado, Presidente de la República y por el otro Presidente regional, pero el riesgo que se pretende combatir al prohibir la reelección se encuentra presente en ambos casos. Por este motivo es que no entendemos la lógica que ha seguido el legislador para permitir la reelección del Presidente regional e impedir la reelección del Presidente de la República.

Finalmente, merece especial atención el artículo 198 de la reforma<sup>(37)</sup>. En el referido artículo se alude a que la Capital de la República no integra ninguna región. ¿Qué función cumple este artículo? Se habla de descentralizar, de crear regiones con autonomía política, administrativa y económica, apuntando así al desarrollo integral del país, y a acabar con el centralismo que

atrofia el desarrollo del país, pero se mantiene la preponderación de la capital al excluirla de la regulación como un supuesto distinto no delimitado y al margen de las regiones.

Resulta entonces claro que la descentralización no es un proceso sencillo, ni falto de complicaciones. El ímpetu descentralista se enfrenta entre otras con cuestiones como el despliegue monetario que el proceso significa, así como la desintegración que se puede ocasionar, que aunado a un deficiente trato legislativo nos llevaría a repensar el proceso en marcha para corregir deficiencias.

### 5.3 Enfoque crítico de la reforma.

“(L)a descentralización presupone un conjunto de instituciones regionales y locales, debidamente jerarquizadas, como instancias territoriales de distribución del poder y como cauces de participación del pueblo en su ejercicio<sup>(38)</sup>”, por lo que se puede concluir que la descentralización sería un “medio de racionalizar y democratizar el poder<sup>(39)</sup>”. Consideramos que por medio del proceso de descentralización se puede distribuir de manera más equitativa y representativa el poder político, a la vez que se puede estimular el financiamiento a zonas distintas de la capital de la República.

El poder político se vería distribuido en la medida que las regiones tendrían dentro de su circunscripción órganos ejecutivos de primer orden, los mismos que serían elegidos de manera directa por las poblaciones de la región correspondiente, fomentándose de igual modo la representatividad y la democracia real. De este modo se retiraría toda la carga política de la capital y se redistribuiría ésta a lo largo de las demás regiones. Por otro lado, si se crea regiones fuertes e independientes; crearía mercados que podrían atraer inversiones ayudando así al desarrollo de la localidad. Un primer e importante escollo que se debe vencer para poder pretender un crecimiento económico es la excesiva burocracia que en puntos anteriores ya hemos detallado. Por tanto, la descentralización bien llevada, planteada sobre lineamientos sólidos, en respuesta a exigencias sociales y voluntades concretas, sería una solución más que un problema.

(37) Ley No. 27680. Artículo 198. La Capital de la República no integra ninguna región. Tienen régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades. La Municipalidad Metropolitana de Lima ejerce sus competencias dentro del ámbito de la provincia de Lima.

(38) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *Regionalización: Una descentralización centralista y autoritaria*. En: *Ius et Veritas*. No. 1 Año 1, 1990, p.31.

(39) *Ibid.*

El artículo 188 de la reforma de la Constitución manifiesta que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del Gobierno Central hacia los gobiernos regionales y locales. Nos parece importante resaltar la noción de proceso que acompaña a la propuesta de reforma, no es algo que se va a poder hacer de manera instantánea.

En declaraciones publicadas el 6 de marzo de 2002 en el Diario Oficial *El Peruano*, el Secretario Técnico de Descentralización del Ministerio de la Presidencia, Rudecindo Vega manifestó que llevar adelante la descentralización en el país tomará, al menos 15 ó 20 años. La descentralización en el Perú se realizará este año en tres etapas: la definición del marco normativo, la elección de las nuevas autoridades municipales y regionales y la instalación de los nuevos gobiernos y municipios autónomos. Al tratarse de un proceso, nos encontramos ante algo que se va a dar de manera gradual a la vez que acumulativa, esto significa que la descentralización no se va a dar durante el actual gobierno, sino que al trascenderlo va a ser algo que deberá ser fomentado y retomado por los gobiernos que se sucedan. Si se pretende que gobiernos futuros se adhieran al proceso descentralista que se está germinando en la actualidad se deben sentar bases sólidas y coherentes, debe diseñarse un plan inteligente a la vez que realista. Toda vez que el resultado final no va a ser responsabilidad única de quienes actualmente están tomando las decisiones, debe tenerse suma cautela. Asimismo, consideramos importante la categorización de la descentralización como una política de carácter obligatorio, pues genera así más confianza en el común denominador de la población. En este extremo hay que ser realista, y la experiencia nacional es más que abundante al respecto, que la norma determine algo no significa que eso se va a cumplir.

Por otra parte, el artículo 192 de la Ley de Reforma en su inciso 9 señala que los gobiernos regionales son competentes para presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia. Esta novedad nos parece una iniciativa positiva. Recalcando la autonomía de las regiones en las cuestiones para las que son competentes se les confiere poder de iniciativa

en todo aquello que cae dentro del radio de su competencia. De este modo las regiones son capaces de proponer regulaciones a problemas reales que enfrentan en el territorio que les ha sido asignado, las regiones ya no canalizarán sus propuestas e inquietudes por medio de un intermediario sino que ellas directamente estarán facultadas a presentar sus propias iniciativas, eliminando así un claro signo de subordinación.

Otro tema que merece ser discutido son las cuestiones para las que se considera competente a los gobiernos regionales. Pedro Planas refiere que sobre la base de un “principio de reserva de competencias colocada en la misma Constitución, se establece un mecanismo de garantía que evita las mutilaciones que puede acometer el legislador ordinario, mediatizando la transferencia de funciones a los gobiernos regionales<sup>(40)</sup>”. Resulta claro que lo ideal sería poder determinar en la Constitución las competencias de las regiones, y así evitar que por la vía legislativa o peor aun mediante la vía reglamentaria se pueda transformar o reducir las facultades que el poder constituyente le habría asignado a las regiones. La Constitución de 1993 en su capítulo sobre descentralización no hace referencia alguna a las materias que comprenden la competencia de los gobiernos regionales. En contraposición, la actual reforma constitucional, aunque sea de manera un tanto amplia y ambigua determina las competencias de los gobiernos regionales.

#### 5.4 La descentralización: regiones *versus* departamentos.

Quizás el punto más trascendente sea el recogido en el segundo párrafo del artículo 189 de la reforma, el mismo que dice que el proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales. La discusión se presentó respecto a si la descentralización se llevaba a cabo sobre la división de departamentos o sobre la creación de regiones resultante de la unión de dos o más departamentos. “Que las regiones sean creaciones artificiales de la ley -de una ley que elaboran los expertos del Poder Ejecutivo, como jugando al ajedrez sobre el cuerpo vivo de la nación- me resulta absolutamente inaceptable<sup>(41)</sup>”. Asimismo, Valentín Paniagua señala que salvo contadas excepciones “la Región aparece como una suerte de imposición que las poblaciones toleran todavía a regañadientes<sup>(42)</sup>”.

(40) *Ibid.*: p. 58.

(41) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Op. cit.*: p.320

Las regiones realmente no existen, son simplemente creación del legislador, son ficciones. El problema que surge con las regiones es el de determinar cómo es que estas delimitaciones regionales se configuran. Resulta claro que la unión de territorios para conformar regiones puede ser utilizado como un medio político, construyendo un organigrama en el cual se junta territorios que apoyan al gobierno y territorios que no lo apoyan para así buscar reducir la fuerza de las voces de crítica. De otro lado, al ser una creación artificiosa, los pobladores que conformen esta región van a continuar considerándose miembros del departamento o localidad del cual son originarios, generándose por lo tanto una total falta de identidad con la región a la que se suscribe uno.

Un punto de vista distinto es el planteado por Pedro Planas quien determina que la descentralización se debe hacer sobre la base de regiones y no de departamentos puesto que se deben desarrollar fuertes mercados regionales, “limitarse a crear instancias departamentales como entidades administrativas, olvida la finalidad básica del proceso descentralista: promover el desarrollo económico y social de los espacios territoriales descentralizados. Y ese desarrollo económico no puede encapsularse en una estructura departamental<sup>(43)</sup>”. Un departamento es una circunscripción demasiado pequeña dentro de la cual puede que no se desarrolle un mercado lo suficientemente atractivo, por lo que no atraería flujos económicos, tornándose imposible el desarrollo económico y social del departamento.

Resulta claro a su vez, que el poder que puede englobar un departamento es mucho menor a aquel que se puede conferir a una región. Por este motivo, en su calidad de contrapeso del poder del Gobierno Central más poder se depositarían en las regiones, pero eso sí se deberá hacer frente a los problemas de manejo inherentes a aglomerar a sujetos distintos con metas e ideologías distintas en una misma construcción jurídico teórica. Las regiones son quizás más poderosas, pero a la vez son espacios exponencialmente más difíciles de manejar y de coordinar.

Atendiendo a ambas razones consideramos más eficiente la propuesta admitida por la reforma actual, es decir, realizar la descentralización sobre la base de departamentos y no a regiones. Los departamentos ya se encuentran ahí, no se requiere mayor trabajo analítico o de investigación para conformarlos, son espacios

territoriales que preexisten, motivo por el cual no nos encontramos dentro del mundo de las ficciones jurídicas. Por otro lado, la gente que conforma los departamentos tiene una conciencia de unidad y pertenencia mayor a la que se podría dar en una región, configurada en el Congreso de la República. Por este motivo sería más simple el manejo de los habitantes pues estaríamos ante individuos con intereses, pretensiones y problemas más coherentes entre sí, que las que podrían resultar de mezclar diversos departamentos y así, diversas formas de ver, vivir y enfrentar la vida.

De otro lado, es cierto que la descentralización por medio de la división en departamentos conlleva a un descentralismo menos orgánico y más segmentado, que cuenta con fracciones más débiles, pero también es cierto que por medio del referéndum que determina el párrafo 3 del artículo 190 de la ley de reforma los departamentos pueden integrarse para constituir una región y aglomerar así un mayor poder.

Por otra parte, la reforma determina que la descentralización se llevará a cabo tomando como base a los departamentos y luego una vez iniciado el proceso se podrá dar la regionalización. Por su lado, la Constitución de 1993 manifestaba que las Regiones se constituían sobre la base de la iniciativa de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes; parecería que el ímpetu descentralista se detiene hasta el momento en que las poblaciones determinen configurarse como regiones, siendo esto hartamente complicado. Resulta claro que el impulso del proceso de descentralización recogido en la reforma es exponencialmente más sencillo que el otro, pues no requiere una actuación de las poblaciones para poder llevarse a cabo.

Finalmente, consideramos que la reforma en el tema de descentralización contiene un balance negativo, en primer lugar, debido a la premura en regularse, lo que impidió un adecuado debate y diálogo crítico sobre las opciones y alternativas a tomar, en segundo lugar, debido a la falta de planeamiento económico para solventar los costos que implica un organigrama de gobierno de esta envergadura, que finalmente nos lleva a tener estructuras jurídicas ineficaces por su imposibilidad financiera de cumplimiento. Consideramos estos argumentos, sumados a los demás desplegados líneas arriba, como un punto de partida para una revisión profunda del texto constitucional en este extremo.

(42) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Op.cit.: p.31.

(43) PLANAS, Pedro. Op.cit.: p.65.

## 6 Unicameralidad y bicameralidad.

El debate sobre cuál es la mejor estructura del Parlamento es un tema ampliamente abordado por el Derecho Constitucional, sin haberse llegado a una respuesta final incontrastable. Prueba de esto es que en el anteproyecto de Reforma Constitucional del Congreso ambas opciones han sido planteadas. Y es que todo punto a favor de una de estas opciones tiene su contraparte. Es así como hemos decidido abordar el tema de la función parlamentaria a la luz de este debate, tomando en cuenta los distintos argumentos planteados sobre ambas posiciones. Por ello, expondremos los motivos que a lo largo de nuestra vida republicana se han expuesto y que han justificado la preeminencia del modelo Bicameral, presentando las respectivas réplicas de los partidarios del Unicameralismo.

Nos parece importante señalar, primero que nada, que las opciones planteadas son: (i) instaurar un régimen de Unicameralismo Imperfecto, en el cual existe una sola cámara parlamentaria, la cual desempeña las funciones del Parlamento, pero no en forma integral, tal que existe un órgano en el parlamento que obra como una segunda cámara en pequeño; o, (ii) un Bicameralismo Imperfecto, modelo en el que existen dos cámaras, una de las cuales desempeña las funciones políticas del parlamento, siendo la otra una cámara más deliberativa y técnica; existiendo más o menos una clara diferenciación entre funciones de una y otra cámara<sup>(44)</sup>.

### 6.1 La Constitución histórica.

Un primer punto a favor de la bicameralidad es el retorno a nuestra llamada Constitución histórica, la cual reconoce el valor de la historia y de las instituciones políticas creadas en el proceso de la evolución democrática del Perú. Las instituciones fundamentales de la constitución histórica, según Paniagua, son: (i) el bicameralismo; (ii) la descentralización; (iii) la afirmación constante de los derechos populares; y, (iv) el reconocimiento de las competencias y funciones del Estado y de responsabilidades de la sociedad, la empresa, y las personas frente a la economía y la sociedad<sup>(45)</sup>. El bicameralismo es un elemento integrante

de esta constitución histórica porque en el Perú solamente tres Cartas han consagrado el unicameralismo. La constitución de 1823, la cual no tuvo eficacia real debido al clima político de constante guerra interna que se vivía en los inicios de nuestra República. Una segunda implementación fue en la constitución de 1867, la que sólo tuvo vigencia por seis meses, en la cual el sistema no logró materializarse por la breve vigencia de dicha carta. Finalmente, nuestra actual carta consagra un régimen de unicameralismo imperfecto cuyo segundo órgano “en pequeño” es la Comisión Permanente del Congreso. Así, a lo largo de nuestra experiencia republicana la mayoría de constituciones han consagrado el bicameralismo, señalándose incluso que la propuesta bicameral está ligada a periodos de estabilidad del país, lo cual es sumamente rebatible si consideramos todas las irrupciones militares en el gobierno a lo largo de nuestra historia republicana<sup>(46)</sup>. Sin embargo, este aspecto histórico ha sido criticado duramente por ser considerado un modelo impuesto, copiado, importado y no sociológico como debiera.

Por otro lado, nuestra única experiencia real del unicameralismo (vivida durante la década pasada), cayó en los temores y críticas más antiguas a ese modelo; el sometimiento al Gobierno del Parlamento y el manejo del parlamento por la mayoría, ignorándose a las minorías.

Otro punto a tomar en cuenta es que la doctrina señala cómo actualmente la bicameralidad es cada vez menos frecuente. Como señala Guzmán Napurí “la subsistencia de una segunda cámara hoy parece responder solamente a la existencia de diversos criterios de representación (Estados federales) o al evidente ejercicio de funciones diferentes<sup>(47)</sup>”. Y no podemos dejar de lado a Duverger quien señala, ya en 1970, que “salvo en los estados federales, las segundas cámaras están en desaparición<sup>(48)</sup>”.

### 6.2 La función legislativa.

Atribución por excelencia del órgano legislativo, se argumenta que es sumamente afectada en el modelo bicameral, debido a la excesiva demora para la dación

(44) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Unicameralidad o Bicameralidad del parlamento peruano*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año 51, No 22. Mayo 2001. p. XII.

(45) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *La constitución semántica: el proyecto del CCD*. En: *Themis-Revista de Derecho*. No. 49. p. 150.

(46) ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *La composición Uni o Bicameral del Congreso Peruano: ¿Tema Resuelto o Asignatura Pendiente?*. En: *Materiales de enseñanza del curso de Derecho Constitucional I ciclo 2001-1*. p. 140.

(47) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit: p. VI.

(48) DUVERGER, Maurice. *La separación del Gobierno y el parlamento*. En: *Instituciones políticas y Derecho constitucional*. Barcelona: Ariel. 1970. p.44.

de una norma, demora que implica un aumento en los costos, tanto económicos, políticos, como sociales. Por otro lado se señala que el legislativo no puede legislar adecuadamente para satisfacer las necesidades sociales, mientras que en el modelo unicameral se critica la irreflexión y premura del legislador para dar las normas.

#### 6.2.1 El procedimiento Legislativo.

Pasaremos a describir los dos procedimientos legislativos propuestos para luego pasar a un análisis comparado de los puntos comunes, así como de la conveniencia de los mismos.

##### 6.2.1.1 *El procedimiento legislativo en el modelo bicameral.*

La aprobación de las leyes se inicia en la Cámara de Diputados. Pero como sabemos, ésta, por cuestiones funcionales, se estructura en comisiones dictaminadoras ante las que presentan las iniciativas. Son estas comisiones las que definirán un proyecto de Ley emitiendo un dictamen favorable o desfavorable. De ser favorable se pasaría, a la Cámara de Diputados, órgano encargado de la aprobación de las leyes, donde habrá una discusión y votación sobre el proyecto presentado. De aprobarse, pasaría a la Cámara de senadores quien es la encargada de revisar o ratificar las leyes, cumpliendo así la labor de reflexión del Parlamento, para que luego el Presidente de la República las promulgue o las observe.

##### 6.2.1.2 *El procedimiento legislativo en el modelo unicameral.*

De igual manera que en el modelo anterior las iniciativas se presentan ante las comisiones de trabajo las que darán un dictamen favorable o desfavorable; para que luego el congreso apruebe o desapruebe la norma. Tras aprobarse, el proyecto es enviado al Presidente de la República para que sea este el que la observe o promulgue.

#### 6.2.2 La iniciativa legislativa.

Contarían con iniciativa legislativa en el régimen Bicameral los Diputados, Senadores, el Presidente de la República, y en las materias que le son propias la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, los Presidentes de los gobiernos regionales, los alcaldes, los colegios profesionales y la ciudadanía de acuerdo a ley. Éstos contarían con iniciativa en el modelo unicameral propuesto, a excepción de los senadores, como resulta obvio. El

hecho de que se otorgue a distintos órganos esta facultad es algo fundamental, ya que debemos tomar en cuenta las necesidades de los distintos grupos que conforman la nación, de manera que estas necesidades se vean satisfechas con las normas. La iniciativa permite a los distintos agentes expresar cuales son sus necesidades.

#### 6.2.3 Las comisiones dictaminadoras.

A pesar de que para muchos la labor de las comisiones puede dilatar aun más la función legislativa, para nosotros la labor de las comisiones es fundamental para el efectivo funcionamiento del Parlamento. Es en esta instancia donde son planteadas y deberían ser perfeccionadas las iniciativas legislativas. Es por eso que la Constitución y el funcionamiento de las comisiones debe ser regulado adecuadamente.

Desde nuestro punto de vista, las funciones de las comisiones de trabajo se dividen en tres: (i) la función legislativa que consiste en dictaminar favorable o desfavorablemente así como perfeccionar los proyectos de ley que son presentados; (ii) ejercer el control y la fiscalización de los temas de su competencia, siendo estos los que manejan los aspectos técnicos, como la información relevante, a la vez que mantienen relaciones con los organismos de su materia, están en una posición más apropiada que los demás legisladores; y, (iii) ejercer labores de investigación sobre el tema de su competencia a fin de que sean estas las que adviertan las necesidades y limitaciones a fin de que propongan como solucionarlas. Siendo estas las funciones que debe atender cada comisión el futuro parlamento a instaurarse debe:

a) Evitar el excesivo uso de comisiones, buscando distribuirse adecuadamente las materias. De lo contrario, se perdería la proporcionalidad en las comisiones, las que debieran ser un reflejo de las cámaras. Adicionalmente, la existencia excesiva de comisiones, sobretodo de las especiales, hace que la labor de los parlamentarios se expanda demasiado, lo que ocasiona que no pueda ejercer un adecuado desempeño en sus comisiones de trabajo. Así, creemos que las comisiones investigadoras deberían ser formadas por miembros de la comisión que sea pertinente en virtud del tema en discusión, ya que debieran ser ellos los que tienen el mayor y mejor manejo de la materia.

b) Contar con el debido asesoramiento. Siendo las comisiones el lugar de donde surgen los proyectos, es necesario buscar a los mejores técnicos, quienes no siempre son los diputados, para perfeccionar la función legislativa.

Por todo esto consideramos necesaria la obligatoriedad de que los proyectos sean aprobados por

la comisión dictaminadora, lo que ha sido planteado en el Anteproyecto tanto para la bicameralidad como para la unicameralidad.

#### 6.2.4 La promulgación y la observación.

En el proyecto de reforma se establece, en ambos modelos, que no existirá aprobación parcial de las leyes. Nos parece una decisión acertada, porque esta facultad le permite al Ejecutivo, actualmente, promulgar parcialmente una norma de manera que puede desnaturalizarla y usarla a su antojo y conveniencia. Por su parte, la observación -figura que existe para que el Presidente consulte la norma con sus ministros y las evalúe desde un punto de vista sectorial- o veto puede ser total o parcial, de manera que se señalen los eventuales errores o problemas de implementación de la norma al Parlamento, para que éste las tome en cuenta.

#### 6.2.5 La función legislativa.

Debemos señalar que en la alternativa bicameral del anteproyecto, la cámara de Diputados contará con atribuciones legislativas, de fiscalización y de control político. Mientras que la Cámara de Senadores tendrá la función de revisión de las leyes y la ratificación de los ascensos militares y policiales, así como al nombramiento de embajadores, a la par que la ratificación o el nombramiento de algunos funcionarios públicos. En la alternativa unicameral es el Congreso el que aprueba las normas y las labores de fiscalización son dejadas a la comisión permanente.

La Comisión Permanente es un organismo creado para funcionar mientras no está reunido el Congreso, por lo que se entiende que en un modelo bicameral sólo lo haga durante ese periodo, ya que de permanecer durante todo el año solo complicaría la labor legislativa. Pero en el modelo unicameral se justifica que además de funcionar durante el receso, tenga atribuciones durante el periodo de legislatura ordinaria. Esto se da por los procedimientos que requieren una doble instancia, como la acusación constitucional, o para funciones especializadas que en la bicameralidad cumplen solo una de las cámaras. No debemos olvidar que en este caso la Comisión Permanente funciona como una cámara "en pequeño". Pero de las atribuciones previstas por ambas propuestas para esta institución, nos parecen destacables dos: el hecho de que se le mantenga la potestad legislativa y el que puedan revisar la legislación de urgencia dada por el Presidente,

entendiendo que el supuesto se diera en el receso del parlamento para ambos casos, tema que abordaremos más adelante.

Visto todo lo anterior, debemos advertir que se rescata en el bicameralismo una mejor reflexión y seguridad en la emisión de las normas, esto en el entendido de que en el unicameralismo los diputados pueden caer en intereses y pasiones momentáneas. Pero en el debate del Congreso Constituyente Democrático (en adelante, CCD), que no es más que la Asamblea Constituyente instalada para la Constitución de 1993, Antero Flores-Araoz señalaba que se debía tomar una decisión prudente y reflexiva, existiendo en el bicameralismo un debate más serio, así el error de la primera puede ser compensado por la segunda. Además que el parlamento no es una fábrica de leyes<sup>(49)</sup>. Esto no niega, sin embargo, que el procedimiento legislativo bicameral parezca ser demasiado burocratizado y engorroso. Mientras que en la unicameralidad, el procedimiento, por razones obvias, es más corto, sí pasa por una reflexión suficiente: comisiones, pleno y Ejecutivo.

### 6.3 Los costos legislativos.

Como bien señalo Ferrero Costa, el procedimiento en el propio CCD era ya muy costoso en tiempo, dinero y personas. Además, y siguiendo la lógica de que este es un modelo unicameral y que las funciones en el bicameralismo se dividen, aquel costoso consenso político logrado en la cámara de Diputados puede no correr la misma suerte en la cámara de Senadores, sin olvidar la posibilidad de que pueden existir diferencias entre las cámaras y entre el ejecutivo y éstas. Es decir, habrá un innegable aumento del costo político. Por otro lado, debemos tomar en cuenta que ya no serán sólo 120 congresistas. En la alternativa unicameral se plantea un número de 180 congresistas, mientras que en la alternativa bicameral serían 180 diputados (aunque se plantea la posibilidad de 120), más 60 senadores (con la posibilidad de que sean 50). Éstos, incluyendo a sus asesores y colaboradores, así como el personal administrativo y de servicio de cada cámara, elevarían los costos considerablemente. Además, como ya vimos, el factor temporal es algo innegable.

Esperemos que cualquiera de las opciones que se tome no caiga en la premura, o irreflexión o en la excesiva dilación del procedimiento legislativo, ponderando adecuadamente los costos y beneficios de cada opción.

(49) TORRES GARCIA, Carlos. *Unicameralidad como alternativa legislativa*. Tesis. 1995.

#### 6.4 La representación.

Siendo el Parlamento el órgano de representación por excelencia, ya que en su pluralidad, se cree que se recogen todos los intereses sociales de la ciudadanía a través de sus representantes. Y una representación adecuada implica regionalización con delegación de facultades, concientizando a la ciudadanía y a sus representantes, la representatividad mientras más directa será mejor. También es necesario un parlamento fiscalizador de acciones y delegaciones<sup>(50)</sup>.

Se señala que en el bicameralismo la representación esta garantizada, ya que consagra dos sistemas de elección diferentes en las cámaras. Mientras que la Cámara de diputados se plantea una elección por circunscripciones electorales sobre las bases de los departamentos actuales, la provincia de Lima Metropolitana y la provincia constitucional del Callao, fijando el número de diputados tomando en cuenta la densidad electoral (distrito electoral múltiple); el Senado será elegido por distrito electoral único. Pero, ¿usando solamente la fórmula del sistema de distrito electoral múltiple planteado para los diputados, se daría una representación adecuada, en un congreso unicameral? Esta alternativa también es planteada en el anteproyecto.

Se critica al sistema de distrito electoral único que, son los grupos de poder los que acceden al Parlamento, subordinando los intereses colectivos a los suyos, lo que en más de una ocasión ha ocurrido en la cámara de Senadores. Como señalaba Alberto Ruiz Eldredge en el debate constituyente de 1978, el senado busca los intereses de los poderosos por lo que tiende a retrasar cuestiones nacionales urgentes<sup>(51)</sup>. También Paniagua en crítica sobre el sistema de distrito electoral único elegido para la conformación del CCD comentaba “(s)erá elegido, en verdad, por Lima y Callao. Será, un congreso oligárquico o de notables respaldado por los grupos de presión o de las empresas de comunicación social pero no podrán acceder a él los representantes del interior del país<sup>(52)</sup>”. Pese a lo expuesto, el anteproyecto plantea que la elección de senadores se hace por distrito nacional, debido a que permite que el criterio de representación atienda por un lado a la participación local (caso diputados), y por otro lado, a una visión integral de la nación (caso senadores), afirmación que como hemos visto es bastante discutible.

#### 6.5 El control legislativo-ejecutivo.

Otra de las actividades principales del Parlamento es el empleo de mecanismos de control frente al Ejecutivo. En entendible que, bajo la lógica de la separación de poderes se creen mecanismos para mantener el equilibrio entre estos para evitar la superposición de uno sobre el otro, cayendo en una dictadura constitucional o en el asambleismo parlamentario, paradójicamente en el gobierno pasado concurren ambas. Como señala Guzmán Napurí “si no existe un adecuado régimen de control inter-órganos no se asegura de manera adecuada el respeto a los derechos fundamentales de las personas, con lo cual el Régimen tiende al autoritarismo y el despotismo<sup>(53)</sup>”.

##### 6.5.1 El control presupuestario.

En el modelo bicameral planteado en el anteproyecto, está a cargo tanto del Senado como de los diputados la aprobación del presupuesto anual de la República, mientras que en el modelo unicameral, éste se llevaría a cabo por el Congreso. En ambos casos, la Comisión Permanente aprobará los créditos suplementarios durante el receso parlamentario. Es así como el Congreso evalúa las propuestas de presupuesto y puede aprobarlo o modificarlo, según sea el caso. El Congreso, empero, no cuenta con iniciativa presupuestaria, ya que podría tender a favorecer a ciertos sectores en detrimento de otros.

##### 6.5.2 La interpelación, la censura y la cuestión de confianza.

Estas tres figuras responden al hecho de que siendo el Gobierno quien plantea la política estatal, se le da al congreso la potestad de evaluar y controlar esta actividad.

La interpelación es cuando se le obliga al Consejo de Ministros, o cualquiera de ellos a concurrir a la cámara de diputados, o al Congreso, de acuerdo al modelo en el que nos encontremos, para ser interrogados por el pleno sobre materias de su competencia. Para la admisión de la moción de interpelación se requiere de un tercio del número de diputados o congresistas hábiles.

La moción de censura responde al hecho de que son los ministros los responsables políticos por las decisiones de gobierno que han refrendado. De esta

(50) Ibid.: p. 85.

(51) RUIZ ELDREDGE, Alberto. La Constitución comentada de 1979. Lima: WGA, 1980. pp. 260-262. Citado por: TORRES GARCÍA, Carlos. Op. cit.: pp. 138 y 139.

(52) PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Op cit: p.146.

(53) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Propuestas para la obtención de un adecuado equilibrio de poderes*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año 51. Número 28. Noviembre de 2001. p. 21

manera el Congreso convoca esta moción si cuenta con la aprobación del 25 por ciento del número legal de congresistas, pudiendo el Congreso separarlos del cargo mediante el voto de censura, el cual se debate y vota, requiriendo para su aprobación más de la mitad del número legal de votos. El o los ministros censurados deben renunciar.

La cuestión de confianza es una figura similar sólo que es a pedido del Consejo de Ministros o de uno de ellos, teniendo como consecuencia de negarse la cuestión, la renuncia del solicitante. Pero es importante señalar que si al Presidente del consejo de ministros se le rehúsa la cuestión de confianza, o es censurado, o renuncia o si es removido por el Presidente de la República, todo el gabinete se ve obligado a dimitir.

Otro punto a tomar en cuenta es que el Congreso debe aprobar el nombramiento de los ministros. Es así como debe ratificarlos en el cargo, entrando así a la figura de una cuasi-investidura, ya que la investidura supone que el parlamento es quien nombra a los ministros.

Pero, como señala Néstor Pedro Sagües<sup>(54)</sup> refiriéndose a la crisis del control en el modelo presidencial, pero con criterios aplicables a nuestro caso:

a) No hay personas ni datos técnicos para evaluar. Muchas veces se cae más que en cuestiones personales y políticas que en técnicas.

b) Los congresistas se someten a presiones diversas de los organismos intermedios, como los partidos.

c) Existe una transferencia en el sujeto de control, en realidad son los partidos los que controlan o no, en función de sus conveniencias o acuerdos.

Además, en nuestro país los ministros son los responsables políticos, pero no son quienes fijan la política. Según la Constitución es el presidente quien los nombra a propuesta del Primer Ministro, propuesta que en los últimos tiempos se ha dado raras veces, por lo que frente al cese de un ministro nada impide que el presidente nombre ministros que mantengan la misma política que sus antecesores. Como consecuencia de ello, puede que no se le deje al ejecutivo aplicar sus políticas de gobierno, como que tampoco el legislativo podrá demarcarlas. Una alternativa que debe ser tomada en cuenta es otorgarle al Presidente del Consejo de Ministros mayores atribuciones. Creemos que de esta forma el control ejercido por el Parlamento,

sobre la política de gobierno, sería más factible.

### 6.5.3 El control al Parlamento

El mandato parlamentario es por cinco años y la cámara de diputados se renovarían por mitades en el modelo bicameral, empleándose la misma fórmula para el caso de los congresistas en la unicameralidad. Por ello, consideramos innecesaria la revocatoria y disolución. Nos parece correcto el que no haya disolución, ya que esta hace que el parlamento no pueda ejercer apropiadamente el control político, por estar limitado ante la posibilidad de ser disuelto por el Ejecutivo. Pero la revocatoria, que se ha planteado para congresistas en el anteproyecto, se justifica en el temor de la disparidad entre la ciudadanía y la cámara de Diputados o de Congresistas. Esta preocupación, sin embargo puede paliarse con la renovación parcial, y de optarse por el régimen bicameral, el senado controlaría que se legisle para los intereses sociales en ese periodo. La posibilidad de revocatoria, de otro lado, debe ser tomada con cuidado ya que si tomamos en cuenta la disparidad que existe entre el número de votos que requieren los distintos congresistas para ser elegidos, en virtud del sistema electoral múltiple, algunos podrían ser fácilmente revocados, por lo que las mayorías políticas podrían usar este método para neutralizar a sus retractores.

Otro elemento propuesto para ambos modelos es que el mandato sea renunciante. Siendo los congresistas representantes de la pluralidad, debería dárseles la posibilidad de evaluar su función, y si consideran que no la están ejerciendo debidamente, que puedan dejarla.

Finalmente, se dice que una sola cámara puede estar sometida al gobierno. Con lo que la necesidad de otra cámara es indispensable. ¿Pero acaso esta sujeción no ha ocurrido también en sistemas bicamerales? “el poder de un parlamento no responde necesariamente a la cantidad de cámaras de la que esta conformado, sino de su composición partidaria, de las armas que el régimen constitucional le brinda y de su adecuada o inadecuada institucionalización política<sup>(55)</sup>”, por lo que debemos entender la necesidad de crear y fomentar, la difusión de cuerpos intermedios, grupos de distinta envergadura, que representen las distintas esferas de la sociedad. De manera que reflejen de mejor manera las necesidades de la ciudadanía, abarcando esto tanto a

(54) SAGÜES, Nestor Pedro. *Aproximaciones a una teoría del control Parlamentario sobre el poder Ejecutivo*. En: *Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima: Codice. Citado por TORRES GARCÍA, Carlos. Op. cit.; 152.

(55) GUZMÁN NAPURI, Christian. Op cit; p. VII.



las instituciones constitucionales, como las políticas y sociales.

#### **6.6 La delegación de facultades legislativas al ejecutivo y la dación de cuenta al Congreso.**

En los últimos tiempos mediante la legislación delegada, el Ejecutivo ha obtenido la preponderancia legislativa, siendo así que un gran número de normas han sido dadas por esta institución. La existencia de esta figura se da porque muchas veces las necesidades sociales necesitan de respuestas inmediatas las cuales no pueden ser resueltas por el Parlamento, con la velocidad requerida. Sobre el tema no son pocas las notas a tomar en cuenta. Como lo señala Eguiguren<sup>(56)</sup>, la legislación delegada no es algo negativo, sino más bien positivo, siempre que se realice con el debido control por parte del legislativo. Ese control se realiza en nuestro país a través de la fórmula del dar cuenta al Congreso, la que no ha sido señalada apropiadamente en más de una ocasión y en la realidad, lamentablemente, ha llegado al punto de solo consistir en que la norma es comunicada al Congreso, manifestándose lo que consideramos es una falta del control debido. Son dos las formas en que el Ejecutivo ejerce funciones legislativas:

a) Decretos de Urgencia: los que de acuerdo al anteproyecto de reforma, tendrían fuerza de ley haciéndolos pasibles de someterse a la acción de inconstitucionalidad, versando sobre materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta a la cámara de diputados o congresistas para que este los ratifique, de manera que el parlamento, podrá derogarlo. Se le establece una duración de cuarenticinco días de su entrada en vigencia, salvo ratificación expresa del congreso, o de la comisión permanente que los puede prorrogar. Pero lo cierto es que los Decretos de Necesidad y Urgencia caen bajo la decisión discrecional del presidente, pero en su configuración están pensados, según Hurou y Burdeo para dos supuestos; i) amenaza grave a la seguridad y estabilidad del país e ii) imposibilidad de solicitar la legislación delegada. Pero como vemos en nuestra carta estos Decretos de Urgencia se circunscriben a la materia económica y financiera. Mientras que el supuesto de amenaza grave a la seguridad y estabilidad del país son regulados a través de los Regímenes de Excepción, el cual es Decretado por el Presidente de la República con

acuerdo del Consejo de Ministros, por plazo determinado, en todo o parte del territorio, también con cargo a dar cuenta al Congreso. La naturaleza excepcional de estos supuestos, así como el hecho de que están dejados a la discrecionalidad del Ejecutivo obligan a que tengan un plazo determinado fuera del cual, de no haber sido prorrogados por el Congreso, pierdan vigencia. Es así como creemos necesario que haya una ratificación tácita durante su vigencia, pero que al término de ésta, que no deberá ser muy larga, se haga necesario que el congreso sea quien decida si se debe prorrogar o no.

b) Legislación Delegada: que se da a través del pedido del Ejecutivo y que se materializa en los Decretos Legislativos. Estos requieren, en primer lugar, establecer las materias indelegables, lo cual esta presente en el proyecto de reforma. En segundo lugar, debe existir un adecuado control parlamentario, el cual debería hacerse desde el momento en que se da la ley autoritativa, fijándose los límites y marcos de la delegación, así como estar sometérsele a ratificación expresa, antes de entrar en vigencia, por un plazo determinado, para que el parlamento evalúe la adecuación y validez de la norma expedida. Todos estos parámetros deberían estar consagrados en la constitución en lo referente a la delegación de facultades. Así el dar cuenta sería anterior a la vigencia de las normas elaboradas por el ejecutivo. Pero la fórmula planteada no habla de un control previo a la vigencia de estas normas. Aunque se establece que una vez utilizada la delegación se agota la habilitación, lo que nos parece acertado.

Pero ¿por qué se hace necesario tanto control sobre estas figuras? La respuesta es porque la experiencia pasada nos indica que las citadas figuras han sido utilizadas como una suerte de carta blanca para legislar por el Ejecutivo. El desnaturalizar la figura de los Decretos de Urgencia, usándolos para temas distintos a su materia o la delegación de facultades de manera genérica, sin límite de tiempo, hacia que el Ejecutivo legisle al margen de que el congreso tuviese la posibilidad de hacerlo.

Finalmente, podemos llegar a la conclusión de que ninguno de los sistemas es perfecto. Aun así, creemos que la mejor opción es que el retorno al modelo bicameral ya que consideramos que la experiencia reciente del país ha demostrado que las razones dadas para optar por la unicameralidad como: mejor estructuración para la elaboración de las leyes, mejor

(56) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Funciones legislativas del Ejecutivo*. En: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (compilador). *La constitución de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: PUCP, pp. 453 y 454.

control político y menor gasto, no han funcionado. Por esto, nos inclinamos por un sistema de dos cámaras que asegure un mejor control parlamentario, mayor criterio de representación y seguridades para la elaboración de las leyes.

## 7 Justicia militar.

### 7.1 Principales modelos de justicia militar en la experiencia comparada.

La Justicia Militar durante muchos años ha sido tratada como un tema polémico y ha constituido preocupación en la mayoría de países. Pero en la actualidad, para las democracias maduras de Europa y América, ya no es así debido a que con el correr de los años se ha ido perfilando en el derecho comparado tres principales modelos sobre la posición de la Justicia Militar en el ordenamiento constitucional y a su relación con el órgano jurisdiccional ordinario.

Es así como podemos apreciar que, en todos los modelos de justicia militar, la regla general es la primacía de la Corte Suprema sobre la jurisdicción castrense y, en consecuencia, la revisión judicial de las sentencias militares. Este rasgo se acentúa en el modelo europeo continental, seguido por el Perú, como una forma de controlar la existencia en tiempo de paz de tribunales militares permanentes que comportan, inevitablemente, un riesgo de afectación de las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, en la práctica la justicia militar peruana se apartó de este modelo debido a que en estos últimos nueve años se ha venido afectando la potestad revisora de la Corte Suprema. De esta manera, la justicia castrense ha dejado de ser un privilegio personal de los militares en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, para asumir como finalidad la de ayudar a mantener la disciplina al interior de las Fuerzas Armadas para que éstas puedan cumplir con su tarea constitucional que es la defensa nacional<sup>(57)</sup>.

De ahí, que Fernández Segado<sup>(58)</sup>, opine que hay una tendencia predominante hacia la reducción competencial de la jurisdicción castrense, al reforzamiento de su independencia, al respeto de las

garantías procesales de los inculpados ante ellos y, finalmente, a su integración en el esquema o marco general de la jurisdicción ordinaria.

#### 7.1.1 Modelo europeo continental: Tribunales Militares permanentes en tiempos de paz.

Un primer modelo es el europeo continental, el cual postula la existencia de tribunales militares permanentes en tiempos de paz. Los países representativos de este modelo son Italia y España.

Se reconoce en este modelo la posibilidad de establecer secciones especializadas al interior del órgano judicial para el conocimiento de materias determinadas, en las cuales podrán participar incluso ciudadanos que no pertenezcan a la magistratura.

Se contempla, sin embargo, la facultad de la Corte Suprema para conocer en casación o revisión las resoluciones emitidas por los tribunales militares. Asimismo, se limita la competencia de los tribunales castrenses a los militares en servicio activo, por actos relacionados con este servicio, y por delitos y faltas puramente militares, es decir, que afecten de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar.

Es así, como el sistema italiano delimita claramente, a nivel objetivo y subjetivo, los alcances de la Justicia Militar, que se entiende restringida a personas que tienen la calidad de militares y a los delitos de carácter militar que éstas cometan<sup>(59)</sup>. Por ende, en tiempo de paz, los civiles no son juzgados por los tribunales castrenses, ni éstos conocerán de los delitos comunes perpetrados por personal militar.

Respecto al sistema español<sup>(60)</sup>, Fernández Segado<sup>(61)</sup> señala que la ubicación de los tribunales militares dentro del Título correspondiente al Poder Judicial no sólo reafirma el principio de unidad jurisdiccional sino que clarifica los fundamentos de la especialización que justifican la existencia de tribunales militares, antes que su vinculación a criterios corporativos. Es en esta misma línea, que la Constitución establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los niveles, salvo en materia de garantías constitucionales. Asimismo, el

(57) La Constitución de 1993 hace mención a esta tarea en el artículo 165: "garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República".

(58) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Justicia Militar en el Derecho Comparado*. En: *Revista de Derecho General*. Madrid, p.336.

(59) El tercer párrafo del artículo 103 de la Constitución Italiana de 1947 establece: "(l)os Tribunales Militares, en tiempo de guerra, tienen la jurisdicción establecida por la Ley. En tiempo de paz, tienen jurisdicción por los delitos militares cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas".

(60) El artículo 117, inciso 5 de la Constitución Española establece que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y el funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

(61) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 770.

Tribunal Constitucional ha señalado que “ámbito estrictamente castrense” debe interpretarse en el sentido que la justicia militar sólo es competente cuando se lesiona bienes jurídicos de carácter militar, agregando que el carácter especial de la justicia militar hace necesaria que sea interpretada restrictivamente presumiendo la competencia de los jueces ordinarios.

En lo que respecta a los países latinoamericanos, la jurisdicción militar en general es tributaria del modelo europeo continental debido a la tradición jurídica que en esta materia heredamos del dominio colonial español. Es así, como este modelo ha inspirado el diseño de la justicia militar en países como Colombia<sup>(62)</sup>, que tiene singular interés para nosotros; Argentina<sup>(63)</sup> y el Salvador e incluso en casos como Chile, en donde se llega a configurar a la Corte Suprema como un órgano con autoridad en lo correccional y económico sobre todos los tribunales de la nación en tiempos de paz.

#### 7.1.2 Sistema Británico: Inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente.

Un segundo modelo es el denominado Sistema Británico, donde el rasgo más relevante es la inexistencia de órganos jurisdiccionales militares de carácter permanente. En este sistema, según la Mutiny Act, de 1869, la justicia militar en tiempos de paz reside en los Consejos de Guerra (Courts Martial), atribuyéndoles competencia para conocer de los delitos de motín, sedición y desertión.

En este sentido, la principal característica de este modelo es la rigurosa delimitación de las competencias de las cortes marciales y de las personas que éstas pueden juzgar, siendo aplicables a los militares en actividad y a los reservistas, sólo mientras dura su servicio activo. En cuanto a los “no militares”, la regla es que no están sujetos a la ley militar, ni siquiera en tiempo de guerra, salvo escasas y específicas excepciones. Los tribunales militares, en todos los casos, son órganos que no tienen existencia permanente siendo expresamente convocados por la

autoridad pertinente para el enjuiciamiento de un determinado caso o casos.

En esta línea, ninguna pena impuesta por un Consejo de Guerra es válida ni puede ejecutarse mientras no sea confirmada por la autoridad superior, que es quien normalmente lo convocó. Dicha autoridad puede disponer que el Consejo vuelva a revisar el caso o solicitar la modificación del fallo, no pudiendo imponerse una pena superior. Así, la falta de aprobación por la autoridad acarrea la nulidad del procedimiento.

#### 7.1.3 Modelo alemán y francés: existencia de justicia militar sólo al tiempo de guerra.

Un tercer modelo, de origen más reciente, circunscribe la existencia de la justicia militar sólo al tiempo de guerra. Este es el caso de Francia, que en 1982 suprimió la jurisdicción castrense, absorbiendo sus funciones la justicia ordinaria, salvo para los ejércitos que se encuentran fuera del país o durante tiempo de guerra.

Este es también el caso de Alemania, donde la Ley Fundamental sólo prevé la existencia de tribunales federales para conocer asuntos disciplinarios y de quejas de los soldados. Se podrán establecer Tribunales Penales Militares pero sólo ejercerán jurisdicción en tiempo de guerra o sobre personal militar en servicio fuera del país.

### 7.2 Características de la justicia militar peruana en el marco de la Constitución de 1993.

La Constitución vigente ha establecido un diseño de la justicia militar que se aleja de los modelos contemporáneos, que hemos mencionado líneas atrás.

Cuatro son los puntos centrales que la Constitución de 1993 plantea con relación a la justicia militar:

#### 7.2.1 Unidad de la función jurisdiccional.

El principio de unidad jurisdiccional tiene dos significados, uno material que es la exigencia de un “juez ordinario” y otro orgánico, que es la exigencia de un cuerpo unitario de juzgados y tribunales. En otras

(62) En este país se reconoce a la Corte Suprema facultad casatoria en forma genérica y a un singular Consejo Superior de la Judicatura la de dirimir la competencia entre la justicia común y la militar. Sin embargo, el aporte más importante constituye la sentencia de la Corte Constitucional del año 1995, la cual señaló: “no se garantiza una administración de justicia independiente e imparcial, si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos, en virtud del ligamen del mando militar jerárquico, que supone que aquellos están sometidos a la obediencia debida”.

(63) La Constitución Argentina contiene la prohibición general de privilegios o fueros personales, y la potestad del Poder Legislativo de dictar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas. En efecto, la Constitución reconoce la existencia de la jurisdicción militar como un “fuero real” y no “personal”, esto es, como una jurisdicción especializada en razón de la materia, desterrando toda idea de privilegio personal para los militares.

palabras, la unidad significa que no hay más que un tipo de juzgados y tribunales ordinarios predeterminados por ley, de modo que no hay más diferencia entre éstos que la que se deriva de la especialización por materias y de la organización de competencias e instancias. Por otro lado, supone que esos juzgados y tribunales están integrados en un cuerpo unitario y orgánico con un gobierno y administración común llamado Poder Judicial. Estos dos aspectos de la unidad jurisdiccional son indeslegables entre sí y no pueden existir uno sin el otro.

En este sentido el inciso 1 del artículo 233 de la Carta de 1979 estipulaba que:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación (...).”

Asimismo, el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución de 1993 establece que:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral

(...).”

Como podemos apreciar, tanto en las Constituciones de 1979 como en la del 1993 se consagra este principio, estableciendo la excepción de las jurisdicciones militar y arbitral. Esto último nos resulta bastante cuestionable, ya que no es fácil comprender que en un mismo precepto se afirme la unidad de la función jurisdiccional, a la vez que se reconoce la existencia de la Justicia Militar como otra jurisdicción independiente y paralela. Ello contradice la naturaleza de la Justicia Militar que, si bien se sustenta en criterios de especialidad y autonomía, tiene que encontrarse integrada y subordinada dentro del órgano jurisdiccional, en aplicación del principio básico de unidad y exclusividad de dicha función.

De esta manera, no sólo se evidencia una tradición de no someter la Justicia Militar a un concepto de unidad jurisdiccional, sino además un notable descuido en el empleo de la palabra: jurisdicción en la

norma de la Constitución para referirse al “fuero militar” ya que la jurisdicción es necesariamente única, siendo imposible conceptualmente hablando que un Estado tenga más de una jurisdicción<sup>(64)</sup>.

### 7.2.2 Casación ante la Corte Suprema.

El artículo 241 de la Constitución de 1979 regulaba que correspondía a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señalaba. Este mismo aspecto es regulado por la Constitución de 1993 en sus artículos 141 y 173. Señala el artículo 141 que la Corte Suprema falla en casación o en última instancia, según sea el caso y conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173. Según este último artículo, la casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte, la cual resulta aplicable a los delitos de traición a la patria, en caso de guerra, y de terrorismo. Este precepto constitucional, como se señala en el Informe de la Defensoría del Pueblo<sup>(65)</sup>, no puede aplicarse en cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José que impide extender la pena de muerte a delitos anteriormente no contemplados por el Estado Parte.

A partir de las mencionadas normas constitucionales, establece una justicia militar separada e independiente, que parece obedecer más bien a criterios de interés corporativo y de segregación. Además, con el juego de palabras utilizadas en los mencionados artículos se buscaría evitar decir con claridad que el conocimiento en casación de la Corte Suprema de los fallos de los tribunales militares no es la regla sino un supuesto muy excepcional, ya que sólo procede cuando un tribunal castrense imponga la pena de muerte, quedando excluidos de control ante el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria todos los casos en que se imponga cualquier otra pena. De este modo, atendiendo a la imposibilidad de extender la pena de muerte según lo dispone el artículo 4 de la mencionada Convención, ninguna sentencia de la Justicia Militar sería recurrible en casación ante la Corte Suprema ni susceptible de revisión por el alto tribunal.

De esta manera, se dio paso gravemente a la expansión y consagración de la autonomía de la justicia militar argumentando la desconfianza hacia el Poder Judicial, al cual no se considera apto para juzgar este tipo de delitos comunes.

(64) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. 2a. Edición. Madrid: Tecnos, 1979. p. 28.

(65) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Lineamientos para la Reforma de la justicia militar en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998. p. 18.

### 7.2.3 Juzgamiento de civiles por tribunales militares.

El tema se vuelve más delicado cuando la vigente Constitución, en el citado artículo 173 extiende la aplicación del Código de Justicia Militar y la competencia del Fuero Militar para el juzgamiento de civiles en los delitos de traición a la patria y de terrorismo, incluso en tiempos de paz. Cabe aclarar que los fallos y las penas que se imponga a estos civiles procesados, también están exentos de revisión por la Corte Suprema lo cual genera una situación inconcebible en el marco de un Estado Democrático de Derecho, debido que el juzgamiento de civiles ante tribunales militares lleva consigo un debilitamiento de la vigencia de los elementos que conforman el debido proceso. En palabras de Daniel O'Donnell: "esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia(...)"<sup>(66)</sup>.

En este sentido, es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy crítica de esta situación ya que en su Informe Anual de 1996 sostuvo que las Fuerzas Armadas exceden su función natural cuando juzgan a los civiles acusados de pertenecer a los grupos subversivos, porque esta función corresponde a la justicia penal ordinaria. Asimismo, considera que el cometido principal de las Fuerzas Armadas consiste en combatir a los terroristas, luchando en el plano militar contra los grupos armados irregulares y esta es su principal función en la campaña contra la subversión<sup>(67)</sup>.

### 7.2.4 Principio de igualdad: rechazo de los fueros personales.

El Principio de Igualdad ante la ley exige el sometimiento de todos a unos mismos tribunales, o a tribunales de la misma naturaleza, sin lugar a tratos privilegiados o discriminatorios por razón de las condiciones personales o sociales de los individuos. En el caso específico de la jurisdicción militar, no se le debe entender asociada a la idea de privilegio o gracia personal.

La Constitución de 1979 en su artículo 282 establecía lo siguiente:

"Artículo 282.- Los miembros de la Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de delitos de

función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235".

El artículo 235 consagraba como regla general la no existencia de la pena de muerte, con la excepción del tema de traición a la patria en caso de guerra exterior.

En este sentido, el ya mencionado artículo 173 de la Constitución vigente determina la competencia de los tribunales militares sobre la base de la comisión del llamado delito de función. De esta forma, se rechaza la consideración de los tribunales militares como un privilegio o un fuero personal, pues se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que cometan "delito de función". Esta norma debe ser interpretada en estrecha relación con el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución que reconoce el derecho a la igualdad.

En efecto, nadie debe pretender que por desempeñar funciones públicas, por su condición, social, económica o de otro tipo, no será llevado ante los tribunales o recibirá un trato diferente en la determinación de sus derechos, o que en atención a sus características especiales deberá ser tratado en forma especial. De ahí que si se aceptara concepciones subjetivas no sólo se estaría afectando la presente norma constitucional sino además el derecho a la igualdad<sup>(68)</sup>.

De esta manera, queda la opción para que el legislador desarrolle definiendo el marco de competencia de los tribunales militares; el Código de Justicia Militar debería precisar cuáles son los tipos legales que considera comprendidos en dicha calificación.

## 7.3 Lineamientos para una adecuación o encauzamiento constitucional de la jurisdicción militar dentro de un régimen democrático.

El artículo II del Título Preliminar del Código de Justicia Militar, modificado por la Ley No. 26677 recoge la finalidad de la Justicia Militar, la cual consiste en mantener el orden, la moral y la disciplina en las instituciones armadas y policiales.

Para Francisco Fernández Segado, la razón de ser de la justicia militar radica "en la necesidad de mantener a los Ejércitos como una eficaz organización de combate

(66) Comentario General No. 13, párrafo 4. Citado por O'DONNELL Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988. p.161.

(67) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual. Organización de Estados Americanos, 1996. pp. 772-773.

(68) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. cit; p.22.

en orden al más exacto cumplimiento de los altos fines que les asigna la Constitución<sup>(69)</sup>”.

En efecto, la justificación de la justicia militar se encuentra en que trata de garantizar el cumplimiento de la misión asignada por la Constitución a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, lo cual implica la salvaguarda de la disciplina y el orden, para lo cual es necesario contar con una judicatura altamente conocedora de los deberes militares.

En este sentido, creemos que deben haber ciertos lineamientos que la Reforma de la Constitución debe tener en cuenta, en lo que respecta al presente tema para que así coincida dentro de un régimen democrático.

### 7.3.1 Principio de unidad jurisdiccional.

Tal como señala David Lovatón: “El Principio de Unidad Jurisdiccional exige que, cualesquiera sean las personas o el derecho aplicable, sean juzgados por tribunales integrados en un solo cuerpo y provistos de unas mismas garantías; ello, sin embargo, no excluye la diferenciación de los órganos jurisdiccionales y la especialización del juzgado según los diversos, siempre y cuando se deba a razones técnicas y no políticas y no pretenda ni conduzca a la disminución de garantías<sup>(70)</sup>”. En definitiva, el criterio principal que justifica la existencia de la justicia militar es aquel que la fundamenta en la especialización técnica de los jueces militares.

Esencialmente, la Justicia Militar está sujeta entonces a los principios y garantías jurisdiccionales por el solo hecho de estar ubicada en el Capítulo referido al Poder Judicial. Así, cuando se habla de la unidad de la función jurisdiccional, es porque la misma no se divide o delega hacia otros sectores institucionales, sino que constituye un todo organizado cuya actuación se puede distribuir por razones territoriales o económicos cuantificables, pero no dividir o desmembrar con la pretensión de crear funciones paralelas. Por ello, toda aplicación o interpretación de la jurisdicción militar debe hacerse de una manera sistemática y no aislada, ya que no puede transgredir la unidad jurisdiccional.

En este aspecto, hoy resulta claro que la naturaleza excepcional de esta jurisdicción ha sido malinterpretada, en el sentido de entender que el establecimiento de tribunales militares por fuera del cuerpo orgánico del Poder Judicial permite suspender

los principios y derechos de la función jurisdiccional. Esto termina por constituir una grave violación a los derechos fundamentales, ya que muchas veces no se acatan las decisiones de la justicia común. Es por esta razón, que surge la necesidad de tener a este principio como uno de los lineamientos rectores de la regulación de la actuación de la Justicia Militar.

Cabe señalar que, la Comisión de la Reforma de la Constitución propone mantener el ámbito de la justicia militar como un órgano especializado del Poder Judicial, la cual no juzgará a civiles ni a militares en situación de retiro, limitándose únicamente a procesar a militares que hayan cometido delitos de función castrense.

En este sentido el artículo 227 del Anteproyecto establece:

“Artículo 227.- Organos especializados en materia militar.

Los miembros de la Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses están bajo la competencia de los jueces militares, que constituyen órganos especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares”.

Estamos totalmente de acuerdo con la presente propuesta ya que la Justicia Militar debe ser regulada como una rama especializada del Poder Judicial, pero inserta y subordinada dentro de este único órgano jurisdiccional. En este sentido, los tribunales militares si bien son una excepción al principio de unidad en su sentido organizativo, no lo son en el material, pues constituyen un todo como cuerpo orgánico del Poder Judicial.

### 7.3.2 Principio de independencia e imparcialidad.

La independencia de los tribunales es una de las condiciones elementales de la administración de la justicia.

En lo que concierne a la regulación de este principio podemos decir que, en la medida que los jueces militares son designados por el Poder Ejecutivo (que en su calidad de oficiales en actividad siguen estando subordinados a sus superiores y obligados a respetar la jerarquía militar establecida); la manera como llevan a

(69) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial*. En: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Domingo García Belaúnde*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 1997. p.154.

(70) LOVATÓN PALACIOS, David. *Tribunales Militares: ¿Poder Judicial aparte?*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1997. p.30.

cabo la tarea asignada jugará un rol decisivo en sus futuros ascensos, incentivos personales, así como la asignación de servicios<sup>(71)</sup>.

Este principio está estrechamente relacionado con el Principio de Imparcialidad, el cual supone que el tribunal o juez no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso a conocer y, en particular, no presuman la culpabilidad del acusado. El requerimiento de imparcialidad exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías para eliminar cualquier duda sobre su posición observada en el proceso.

Es en este sentido, que en el caso de los civiles acusados por delitos de traición a la patria que van a ser juzgados en los tribunales militares, por oficiales en actividad que se encuentran comprometidos en la represión de los mismos delitos que juzgan, no ofrecen suficiente garantía de imparcialidad.

En consecuencia, se hace necesario para el funcionamiento de una judicatura militar garante al mismo tiempo del cumplimiento de los deberes y las disciplinas militares, así como de los derechos fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción, que los tribunales militares si bien no estén absolutamente desligados, tampoco sea monopolio de los mandos castrenses.

Este tema está siendo abordado por la Comisión de la Reforma de la Constitución de la siguiente manera: los juzgadores en materia castrense deben ser designados por el Consejo Nacional de la Magistratura a propuesta del Comando Militar, por un plazo de tres años prorrogables, entre oficiales en retiro, abogados asimilados a las Fuerzas Armadas y oficiales en actividad.

Coincidimos con la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma de la Constitucional del Perú en el propósito general de someter al poder civil lo relativo a la designación de los jueces militares, asegurando su imparcialidad; de ninguna manera coincidimos con la idea que el Comando Militar proponga a los juzgadores en materia castrense ya que de esta forma se estaría dejando influenciar en su elección desde un primer momento. Tampoco estamos de acuerdo con la idea que la selección sea entre abogados asimilados a las FF.AA., y menos oficiales en actividad debido a que, como sostuvimos en párrafos anteriores, la manera como llevarían a cabo la tarea asignada jugaría un rol decisivo en sus futuros ascensos, incentivos personales, así como

la asignación de servicios. En efecto, sostenemos la idea que los tribunales militares deben estar conformados por oficiales en retiro porque de este modo no están sujetos, ni influenciados en que las decisiones que tomen, puedan afectar el futuro de su carrera profesional.

### 7.3.3 Recurso ante tribunal superior.

Otro aspecto importante a tomar en cuenta para una adecuada regulación dentro de un régimen democrático es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia que imponga una sanción irreparable o cuando este gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales. Este derecho podría verse afectado de dos formas: de un lado, por la aplicación del artículo 2 del Decreto Ley No. 25708, por el cual en los delitos de traición a la patria sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar cuando la pena impuesta sea la cadena perpetua o privativa de libertad de treinta (30) o más años. De otro lado, se vería afectado el debido proceso ante el hecho que el superior ante la apelación de una resolución en la cual se absolvió al acusado o se le redujo la pena, modifique tal situación y en vez de confirmar la decisión impugnada o reducir la pena, decida condenar o ampliarla.

En consecuencia, el derecho de recurrir el fallo está diseñado como un medio de defensa del encausado y no como un mecanismo de revisión *per se* de lo ya resuelto. Es así como el derecho a la doble instancia perdería su sentido si al ejercerlo se correría el riesgo de una agravación de la condena.

En esta línea, la Comisión de Reforma de la Constitución en el Anteproyecto<sup>(72)</sup> propone, de una manera muy atinada a nuestro parecer, que las resoluciones de la máxima instancia a nivel militar puedan ser revisados por la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, se estaría protegiendo a la persona juzgada que es militar.

Como se puede inferir de los párrafos anteriores, en el Estado de Derecho, la Justicia Militar tiene carácter excepcional que se expresa en la interpretación restrictiva de su ámbito competencial, en la **adecuación** al marco de un régimen democrático y a los principios que este consagra y en la preferencia en todo momento de la justicia ordinaria frente a los tribunales militares.

(71) Además, por razones de su profesión, los oficiales de armas no poseen la formación jurídica que se exige a un juez. Todos estos factores debilitan la independencia de quienes ejercen el cargo de jueces militares.

(72) El Anteproyecto en el artículo 227 postula que: "...Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares".

Siguiendo a Eguiguren, consideramos que la Reforma de la Constitución debe tener como pilares fundamentales, que la Justicia Militar sea independiente, profesional, técnica, eficiente, que garantice en primer lugar y por sobre todo, el debido proceso a la persona que es militar<sup>(73)</sup>.

Asimismo, la Constitución vigente regula un modelo de Justicia Militar que en la actualidad carece de justificación. De ahí que la próxima Constitución deba contener los siguientes puntos:

a) La Justicia Militar no tiene por qué ser un órgano excluido y, menos, paralelo al Poder Judicial.

b) Debe ser permanente y especializada, pero inserta dentro del órgano jurisdiccional.

c) Sus fallos deben ser susceptibles de ser recurridos para su revisión ante la Corte Suprema, para lo cual es necesario modificar los artículos 139 inciso 1 y 173 de la Constitución que establecen una “jurisdicción militar independiente” y que se muestra reacia a la casación por parte de la Corte Suprema.

d) Se debe eliminar el juzgamiento de civiles ante la Justicia Militar. En consecuencia, dentro de su competencia no estaría el juzgamiento de delitos de terrorismo y traición a la patria a que se refiere el artículo 173 de nuestra actual Constitución.

La regulación legislativa y el enfoque doctrinal de la justicia militar debe ser un asunto exclusivo de los militares. Debería buscarse puntos de consenso para que, de un lado, la justicia castrense siga cumpliendo sus fines de disciplina al interior de la Fuerzas Armadas y, de otro lado, su adecuación a los principios de unidad e independencia que contiene el establecimiento de determinadas garantías que hagan del juez militar un juez ordinario e independiente.

Finalmente, consideramos que el Anteproyecto en el artículo 227 llega a englobar las ideas más importantes propuestas en el presente trabajo, ya que se pronuncia sobre los siguientes temas:

a) Los Tribunales Militares constituyen **órganos especializados** del Poder Judicial.

b) Estos tribunales son competentes de los **delitos estrictamente castrenses**.

c) Asimismo, estarán sometidos a estos tribunales los **miembros de las Fuerzas Armadas en actividad**.

d) Por lo tanto, el ámbito de sus atribuciones **no se extiende, en ningún caso, a los civiles**.

e) Por último, corresponderá a la **Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por los jueces militares**.

## 8 Corolario

Transitadas las líneas precedentes y llegados a este punto sólo nos queda afirmar la necesidad de apertura hacia el debate crítico y el diálogo constructivo como único instrumento para consolidación de las instituciones jurídicas. Es en este sentido que el presente trabajo no significa algo más que una opinión dirigida a la búsqueda del consenso. Así, creemos en un régimen económico informado por la creciente necesidad de descargar en la iniciativa de los privados la adecuada composición de sus intereses a través del mercado, sin dejar de lado la intervención subsidiaria del Estado en los supuestos excepcionales en que a través del mercado no se transite hacia una solución adecuada. Por otro lado, consideramos que el Estado, partiendo del reconocimiento de la desigualdad de las partes existente en el vínculo laboral, tiene la obligación de estructurar un marco jurídico adecuado para la efectiva igualación de éstas, fomentando la necesidad de reconocer a la autonomía colectiva como el mecanismo idóneo para lograr este objetivo. Asimismo, estamos convencidos del ineludible deber de descentralizar nuestro país, de dotar de autonomía integral a los colectivos que, relegados por un centralismo indesligable de nuestra historia, nunca encontraron efectivamente representadas sus legítimas expectativas. La dicotomía unicameralidad o bicameralidad nos obliga a definir una postura, ante lo cual y sin perjuicio de la conciencia de los elementos negativos de cada modelo, acogemos el valor de la representatividad que imprime el modelo bicameral, en línea de lo señalado con relación a la descentralización. Finalmente, y en atención a nuestro pasado inmediato, creemos en el deber de instaurar el verdadero alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en la mal llamada “jurisdicción militar”, eliminando espejismos de prebendas y atribuciones que fundamenten un régimen especial que conduzca a sustraer de la estructura judicial ordinaria los casos en que la función militar determine la competencia.  $\text{PE}$

(73) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La Justicia Militar en el Estado de Derecho*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1997. p.71.