





# DERECHO CONSTITUCIONAL

## **Colección Lo Esencial del Derecho 4**

### **Comité Editorial**

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

# DERECHO CONSTITUCIONAL



FONDO  
**EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Blancas Bustamante, Carlos, 1946-

Derecho constitucional / Carlos Blancas Bustamante.-- 1a ed., 1a reimpr.--Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017 (Lima : Aleph Impresiones S.R.L).

127 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 4)

Bibliografía: [123]- 124.

D.L. 2019-02436

ISBN 978-612-317-233-6

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho constitucional - Filosofía 3. Estado - Filosofía 4. Formas de gobierno - Filosofía I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

### *Derecho constitucional*

Carlos Blancas Bustamante

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 4

© Carlos Blancas Bustamante, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: marzo de 2017

Primera reimpresión: febrero de 2019

Tiraje: 500 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-233-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-02436

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900202

Impreso en Aleph Impresiones S.R.L

Jr. Risso 580, Lince. Lima - Perú

## Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
CONCEPTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	15
1. Objeto del derecho constitucional	15
1.1. Sociedad y poder	15
1.2. El Estado: una realidad política y jurídica	17
1.3. Estado y derecho constitucional como «ordenamiento»	18
2. Preguntas	20
CAPÍTULO 2	
NOCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DEL ESTADO	21
1. Concepto	21
2. Denominación	22
3. Los elementos del Estado	23
3.1. El pueblo	23
3.2. El territorio	32
3.3. El poder del Estado: sus elementos	34
4. Soberanía del Estado	37
4.1. Origen y evolución	37

4.2. Soberanía del Estado y soberanía en el Estado	38
4.3. Naturaleza de la soberanía del Estado: su carácter formal y negativo	39
5. El Estado de derecho. Evolución del Estado de derecho	40
5.1. Estado de derecho	40
5.2. Estado democrático de derecho	42
5.3. Estado social de derecho	44
6. Preguntas	46
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO</b>	
1. La Constitución	47
2. Clases de constituciones	48
2.1. Según su forma de expresión: constituciones consuetudinarias y escritas	48
2.2. Según su procedimiento de reforma: constituciones rígidas y flexibles	49
2.3. Según su vigencia real	50
3. La Constitución como norma jurídica	51
3.1. El principio de supremacía constitucional	51
3.2. Clases de normas constitucionales	52
3.3. El bloque de constitucionalidad	57
3.4. Interpretación de la Constitución	60
4. Establecimiento o «creación» de la Constitución: «cuándo»	61
4.1. El «momento constituyente».	
¿Cuándo se produce la creación de la Constitución?	61
4.2. Poder constituyente: ¿quién debe crear la Constitución?	63
4.3. Titularidad del poder constituyente.	
¿Quién es el titular del poder constituyente?	64
4.4. Ejercicio del poder constituyente: ¿cómo se crea la Constitución?	65
5. La reforma constitucional	70
5.1. Necesidad de la reforma constitucional	70
5.2. Poder constituyente originario y derivado	71

5.3. Iniciativa de la reforma constitucional	71
5.4. Titularidad y ejercicio del poder reformador	72
5.5. Límites materiales de la reforma constitucional	75
6. Preguntas	78
<b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>LA ESTRUCTURA DEL ESTADO</b>	79
1. Distribución funcional del poder. Las funciones y los órganos del Estado	79
1.1. Criterio material u objetivo	79
1.2. Criterio orgánico o subjetivo	80
1.3. Criterio formal	81
2. Poder Legislativo	82
2.1. Funciones	82
2.2. Organización del Poder Legislativo: unicameralismo y bicameralismo	92
3. Poder Ejecutivo	98
3.1. Funciones	98
3.2. Organización. Jefe de Estado y gobierno	102
4. La distribución territorial del poder	102
4.1. Estado unitario / Estado descentralizado	102
4.2. Estado federal	103
4.3. El Estado unitario descentralizado del Perú	105
5. Preguntas	107
<b>CAPÍTULO 5</b>	
<b>FORMAS DE GOBIERNO</b>	109
1. El régimen parlamentario	109
1.1. El origen parlamentario del Gobierno	109
1.2. La organización del Gobierno: distinción entre el jefe del Estado y el Gobierno	110
1.3. El control inter-órganos de gobierno y parlamento	111

2. El régimen presidencial	113
2.1. El origen del Gobierno	113
2.2. La organización del gobierno: unión de la jefatura del Estado y del Gobierno	113
2.3. No existen mecanismos de control recíprocos	114
3. El régimen semipresidencial	115
4. El régimen de gobierno peruano	117
4.1. El origen del Gobierno	117
4.2. Unión personal de la jefatura de Estado y de Gobierno	117
4.3. Mecanismos de control recíprocos entre Congreso y Gobierno	118
5. Preguntas	121
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>123</b>

Fondo Editorial PUCP

## PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

## INTRODUCCIÓN

La «constitucionalización del derecho», fenómeno por el cual se reconoce a la Constitución como la norma fundante del ordenamiento jurídico y de la comunidad —en la cual encuentran sus bases los diferentes sectores del derecho—, pone de relieve la importancia, y la necesidad, de que no solo los profesionales y estudiantes de derecho conozcan el derecho constitucional, sino que los ciudadanos en general tengan acceso a esta disciplina.

Por esta razón, este libro tiene como objetivo poner al alcance del público los conceptos e instituciones básicas del derecho constitucional, en un lenguaje directo y sencillo, sin perder por ello rigor académico.

El libro está organizado en torno a tres ejes centrales. El primero de ellos se refiere a la noción jurídica del Estado, en el cual se exponen los elementos que lo integran, tales como el pueblo, el territorio y el poder, así como los conceptos de la soberanía del Estado y el Estado de derecho. El segundo tiene como objeto a la Constitución como norma y se centra en la explicación de sus orígenes, su posición en el ordenamiento jurídico, las clases de disposiciones que la integran, así como su creación y reforma. Finalmente, el tercer eje expone las instituciones propias del Estado Constitucional, esto es, los poderes del Estado y las relaciones entre estos y, de la misma manera, los regímenes políticos, caracterizando la forma de gobierno vigente en el Perú.

Los temas referidos a los derechos fundamentales—que indudablemente forman parte indispensable de cualquier exposición sobre el derecho constitucional— no se incluyen porque son objeto de otra obra de esta misma colección.

Aun cuando este libro pretende presentar los conceptos esenciales del derecho constitucional, en muchos pasajes hace referencia a las instituciones propias del derecho constitucional peruano con la finalidad de aproximar al lector a su conocimiento.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 1

### CONCEPTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

#### 1. OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Preguntarse por el «objeto» de cualquier rama del derecho es inquirir sobre cuál es el ámbito o sector de la realidad social que esta regula. La respuesta no suele ser difícil cuando se trata de aquellas ramas que regulan sectores de la vida social perfectamente definidos o identificables, como ocurre con el derecho civil, el derecho del trabajo, el derecho penal o el derecho mercantil. Tratándose del derecho constitucional, en cambio, la tarea no es tan sencilla, porque este no regula, propiamente, un sector sino una actividad que a fin de cuentas está relacionada y subyace a todos los sectores. Identificar entonces el «objeto» del derecho constitucional exige analizar la configuración básica de la estructura social, para encontrar el lugar en el que se inserta y donde cumple una función esencial para la vida en comunidad.

##### 1.1. Sociedad y poder

El poder es un hecho social, pues todo grupo social —por primitivo o elemental que sea— requiere de la existencia de una autoridad que asegure su unidad y cohesión, condiciones indispensables para su continuidad y subsistencia como ser colectivo. Afirma por ello, y con razón, Burdeau que «poder y sociedad nacen juntos» (1981, p. 21).

Explica el jurista francés que «[...] el Poder es el fenómeno social por excelencia, porque, por una parte, no se concibe fuera de la sociedad y, por otra, sin la actuación de un Poder, una sociedad es un cuerpo inerte abocado a la decadencia social» (p. 21).

Las características y formas que ha revestido el poder en la historia de la humanidad han experimentado una constante evolución y profundas transformaciones, directamente relacionadas con la complejidad y dimensiones de las organizaciones sociales. No es posible en esta obra describir ese proceso en sus detalles y rasgos específicos, por lo demás muy diferentes en las diversas sociedades, pero sí podemos describir el trazado general del mismo, que ha supuesto el tránsito desde formas de poder personalizado y concentrado hasta formas institucionalizadas de ejercicio del poder.

En las sociedades más primitivas y antiguas el poder estaba, por lo general, «personalizado», al ser depositado en un hombre dotado de ciertas cualidades de gran valor y estima para su comunidad (religioso, militar, dinástico, o una combinación de ellas). De este modo, la figura del jefe, cacique, *basileus*, rey y otras equivalentes, sobresale claramente en la historia de esas sociedades sobre las estructuras colectivas, las cuales quedaban subordinadas a esa autoridad y difícilmente podían servir de mecanismo de control o límite a su indiscutible poder.

En ese contexto histórico, el poder presentaba las siguientes características: i) era un poder *fuerte*, al ser único y centralizado y no estar repartido entre diversos detentadores; ii) era un poder incontrolado, por no existir mecanismos de limitación del poder, de modo que podía derivar en abuso y tiranía, como sucedió en innumerables casos; iii) no obstante, era un poder inestable, porque la ausencia de reglas que regularan el acceso y la sucesión en el poder, lo dejaba a merced de la lucha abierta por el poder personal, basada en la fuerza de los oponentes. Esto desembocó muchas veces en conspiraciones, rebeliones y guerras civiles.

La evolución social y la experiencia histórica han conducido, lentamente, hacia el poder *institucionalizado*, donde el poder se distribuye

entre diversas autoridades, regidas por normas objetivas que al mismo tiempo les atribuyen sus competencias y lo limitan. Este proceso concluye con la formación del Estado como el ente en el cual se deposita el poder institucionalizado.

El Estado no solo es una noción abstracta —en la medida en que no se puede identificar con un único detentador del poder— sino una realidad compleja, pues está compuesto por diversas instituciones entre las que se distribuyen los atributos del poder con criterio de especialización. La idea del Estado como la suma de tres poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— sigue siendo válida pero insuficiente, pues en la conformación actual del Estado existen instituciones como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y otras que, dotadas de plena autonomía respecto de aquellos poderes, ejercen algunos importantes atributos del poder. Y ello sin contar con que también existe una distribución territorial del poder en la medida en que numerosos estados han optado por estructuras descentralizadas, reconociendo cuotas de poder —en ámbitos territoriales específicos— a gobiernos regionales y locales o municipales. La intensidad de esta distribución territorial del poder se acentúa en el caso de los estados federales como los Estados Unidos de Norteamérica, la República Federal Alemana o la Federación Rusa, entre otros.

## **1.2. El Estado: una realidad política y jurídica**

El Estado es una realidad bifronte: política y jurídica.

Política, porque en él, como depositario del poder, se decide el destino de la vida de la comunidad y se escenifica la lucha por el poder. La acción del Estado está determinada políticamente porque, vista en un sentido general, se dirige hacia la satisfacción del interés general de la comunidad a la cual gobierna; y apreciada en un sentido más específico, se orienta a realizar los fines políticos de los grupos que, de forma concreta, ejercen el poder estatal.

Jurídica, porque el Estado —como poder institucionalizado— está dotado de un ordenamiento jurídico y es la fuente más importante del derecho. En gran medida, el derecho es el medio para la institucionalización del poder, pues como lo sostiene Duverger, «El derecho da sobre todo al poder un carácter permanente que supera la vida de los gobernantes; es el elemento esencial de la ‘institucionalización’ del poder» (Duverger, 1970, p. 41).

Quedan atrás los tiempos en los que el poder era ejercido por autócratas, tiranos, aristocracias u oligarquías, sin reglas de derecho, limitaciones ni controles. En el Estado existe un ordenamiento jurídico con arreglo al cual el poder es atribuido a instituciones, a las que dicho ordenamiento fija competencias y límites a través de normas objetivas. De este modo, si bien el Estado es el productor del derecho, también se encuentra limitado por este.

### 1.3. Estado y derecho constitucional como «ordenamiento»

Desde la perspectiva hasta aquí trazada, se puede comprender la función que cumple el derecho constitucional: ser el ordenamiento jurídico del Estado. Desde el momento en que el Estado se configura como un ordenamiento jurídico, este tiene su punto de partida y su fundamento en la Constitución, documento que establece las bases de la organización estatal y la relación de esta con los ciudadanos.

La Constitución —y el derecho constitucional en general— regula de esta manera los complejos problemas que se plantean en toda sociedad en relación al origen y ejercicio del poder político. Por ello es pertinente la afirmación de André Hauriou cuando sostiene que el objeto del derecho constitucional es «el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos» (Hauriou, 1971, p. 17).

El Estado es esencialmente una realidad política, pero al mismo tiempo es una realidad jurídica en la medida en que se organiza, ejerce sus atribuciones y se relaciona con los ciudadanos sobre la base de normas objetivas de derecho plasmadas en lo sustancial en la Constitución, así

como en otras normas que se derivan directamente de esta, como veremos más adelante.

Sin un ordenamiento jurídico —esto es, sin normas ni instituciones— las cuestiones relativas al acceso y ejercicio del poder solo pueden resolverse sobre la base de «la ley del más fuerte»: el poderío militar, económico, religioso, etc. constituyen la fuente para «legitimar» un poder la más de las veces adquirido mediante procedimientos violentos e irregulares y en no pocas de ellas ejercido en forma autoritaria o incluso despótica. Por esta razón, la institucionalización del poder encarnada en el Estado y su ordenamiento jurídico representa un punto de inflexión en el proceso histórico, en virtud del cual, como puntualiza A. Hauriou, aquel cumple la importante misión de organizar la «[...] coexistencia pacífica del poder y de la libertad» (Hauriou, 1971, p. 36).

Pero, la función de la Constitución va más allá. No se limita a organizar al Estado y establecer sus relaciones con las personas que lo integran sino que es también el «orden jurídico fundamental de la comunidad» (Hesse, 2001, p. 5) en la medida en que establece las bases jurídicas de la vida en sociedad y se convierte en fundamento de los ordenamientos sectoriales.

La función que cumple la Constitución en relación al ordenamiento jurídico determina la primacía que corresponde al derecho constitucional respecto de los ordenamientos sectoriales regulados por las «ramas» del derecho. Y ello no solo porque en la Constitución se hallan las bases de tales ordenamientos sino también porque el derecho constitucional está conformado por normas que no pueden ser derogadas o modificadas por la ley ordinaria, a diferencia de lo que sucede con las normas que pertenecen a los ordenamientos sectoriales.

## 2. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el objeto del derecho constitucional?
2. Indique las diferencias entre poder «personalizado» y poder «institucionalizado».
3. Señale la relación que existe entre el derecho constitucional y las «ramas» del derecho.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 2

# NOCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DEL ESTADO

### 1. CONCEPTO

Ante la proliferación de conceptos que existen no solo en el campo del derecho sino también en el de otras disciplinas como la ciencia política, la economía o la sociología, es ciertamente difícil definir qué es el Estado. Es importante, sin embargo, tratar de delimitar lo que debe entenderse por Estado, y evitar identificarlo con algunas nociones que tienden a restringir su significado.

En primer lugar, el Estado no se identifica, como a menudo se hace en el lenguaje común, con el Gobierno o el Poder Ejecutivo. El Gobierno es solo un órgano del Estado, uno de sus poderes tradicionales, pero no agota, a pesar de su innegable presencia, todo el campo de la actividad estatal.

Más amplia, pero igualmente insuficiente, es la identificación del Estado con los poderes públicos o instituciones políticas. Aunque esta noción comprenda a todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y algunas otras instituciones, así como a los órganos de poder territorial (regiones, municipios) se refiere únicamente a los entes que ejercen el poder, pero deja fuera a las personas que conforman el Estado.

Una noción verdaderamente comprensiva de la realidad del Estado es aquella que la concibe como una colectividad humana que asentada en un territorio se gobierna autónomamente y establece sus propias normas

jurídicas. Se aprecia en esta idea que el Estado es una realidad compleja integrada por tres elementos: pueblo, territorio y poder. Ninguno de ellos puede faltar sin destruir la idea misma de Estado.

Esta concepción tiene la virtud de destacar que el lo que a su vez permite erigir a estas —ya en el Estado democrático constitucional— en la fuente misma de ese poder y en titulares de libertades y derechos que constituyen límites al poder del Estado.

En realidad, el Estado es la forma política actual de la sociedad contemporánea, no una estructura situada fuera de esta. La visión del Estado como la unidad de pueblo, territorio y poder permite descartar la noción dualista que pretende distinguir entre Estado y sociedad civil como dos estancos separados, a contrapelo de lo que dicta la realidad.

## 2. DENOMINACIÓN

La palabra «estado» (*stato*), fue acuñada por Nicolás de Machiavello en su célebre obra *El príncipe* —escrita en 1513 pero publicada recién en 1531— para referirse a la organización política de las ciudades italianas, en las cuales distingue dos regímenes políticos diferentes: la república y el principado.

En las sociedades antiguas se utilizaron otras expresiones para aludir a sus formas o regímenes políticos. *Polis* fue la palabra que emplearon los griegos para designar a las ciudades-estado que conformaron la Hélade pero no a sus regímenes de gobierno, pues según la conocida clasificación de Aristóteles estos podían ser monarquía, aristocracia y democracia. A cada una de estas formas puras correspondía una forma degenerada: la tiranía a la monarquía, la oligarquía a la aristocracia y la *oclocracia* (o demagogia) a la democracia.

Los romanos apelaron a la noción de *república* (*res pública* o cosa pública) para aludir a la organización política que sobrevino después de la desaparición de la monarquía etrusca que correspondió a su período inicial. La república romana fue una forma política aristocrática en la

cual gobernaba la clase de los patricios a través del Senado, aunque más adelante el régimen se democratizó cuando concedió a la plebe el derecho a elegir a sus tribunos mediante los comicios y a realizar plebiscitos para la aprobación de ciertas leyes. La expresión «imperio» (*imperium*) también corresponde a la época romana, pero tiene un significado distinto, no opuesto al de república: se refiere al poder romano, a la dominación ejercida sobre otros pueblos, y no a un régimen político, aun cuando en la etapa que se inicia con Octavio Augusto la figura del emperador tiende crecientemente a revestir características monárquicas. Sin embargo, Roma nunca dejó formalmente de ser una república gobernada por el Senado, a pesar del enorme poder personal que ejercieron los emperadores, el cual terminó por subordinar a la autoridad senatorial.

En la Edad Media las expresiones república y *regnum* (reino o principado) aludieron a las dos formas de régimen político a las que se refirió Maquiavello en *El príncipe*. Ciertamente, la expresión «república» no podía asociarse a la idea de democracia sino a un régimen político en el cual la clase aristocrática tenía el poder real y lo ejercía a través de cuerpos colegiados como el Senado, tal como ocurría en Venecia, Florencia y otras ciudades italianas. En lo que respecta a los reinos, estos fueron evolucionando, ya en la Edad Moderna, hacia la monarquía absoluta, basada en la doctrina del origen divino del poder de los reyes y en la primigenia concepción de la soberanía.

### **3. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO**

Para conocer la realidad del Estado en su cabal dimensión, consideramos que lo más adecuado es analizar los elementos que lo componen: el pueblo, el territorio y el poder.

#### **3.1. El pueblo**

El pueblo es el elemento humano o social del Estado, pues este es la forma política actual de la sociedad. Así, la materia esencial del Estado

es la comunidad humana que ha decidido constituirse como una unidad política y gobernarse autónomamente.

### *3.1.1. Pueblo y nación*

Ha sido frecuente en la literatura jurídica y política de cierta época identificar al pueblo del Estado con la nación. La identidad entre ambos conceptos no es el resultado de una confusión sino que tiene una explicación histórica, porque el Estado-Nación representa una etapa inicial en el desarrollo del Estado que corresponde a las monarquías absolutistas imperantes en Europa desde el siglo XVI. Estas, por un lado, se asentaron sobre grupos sociales que reunían las características propias de una nación, y de otro lado contribuyeron a que tales rasgos se profundizaran y consolidaran al considerar esencial la existencia de una identidad nacional para la unidad del Estado.

#### *Dos conceptos de nación*

Sin embargo, la idea misma de nación no es unívoca, y existen cuando menos dos concepciones diferentes. Una primera, de origen francés, que pone el acento en la comunidad de elementos históricos, culturales y espirituales, en el hecho de haber compartido un pasado común y el deseo de compartir el futuro. El filósofo Renán afirmaba que «Una nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que, a decir verdad, no son más que una, constituyen esta alma, este principio espiritual. La una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa» (1987, p. 82).

La otra concepción, de raíz alemana, sin desconocer la importancia de los factores históricos, culturales y espirituales en la formación de una nación, los subordina a un elemento inicial y de mayor trascendencia: el elemento étnico. De este modo la raza se erige en el factor determinante para la existencia de la nación. Esta teoría llegó al punto de establecer

una jerarquización entre las diversas razas existentes, en la cima de la cual se encontraba la raza aria pura que es el origen y fundamento del pueblo alemán. La ideología nacional-socialista adoptó esta concepción y predicó el derecho de la raza aria, es decir Alemania, de dominar el mundo y de exterminar a ciertas razas consideradas no solo inferiores sino decadentes. La consecuencia de esta teoría extrema fue la segunda guerra mundial y el holocausto del pueblo judío, una de las grandes tragedias de la humanidad. Hoy en día se considera que esta idea carece de sustento científico y real porque no existen razas puras, no se puede establecer una jerarquía intelectual o moral entre las razas y, por ello, ninguna de ellas tiene una superioridad natural sobre las demás ni, menos aún, el derecho de pretender dominarlas.

### *La nación como idea fundante del Estado*

Las monarquías francesa, inglesa y prusiana, rigieron en el ámbito de estados-nación en formación, pero a su lado existieron grandes imperios —como el imperio austriaco o el imperio ruso— que gobernaban sobre pueblos con diversas identidades nacionales. La Revolución Francesa, a fines del siglo XVIII, hizo del «principio de las nacionalidades» una idea revolucionaria que socavó las bases de esos imperios y permitió el surgimiento de nuevos Estados nacionales.

El principio de las nacionalidades afirmaba, en esencia, el derecho de toda nación a ser independiente y constituir un Estado. Fue propagado en Europa por los ejércitos franceses y permitió, por ejemplo, la liberación de Italia del Imperio Austriaco y de parte de Polonia del Imperio Ruso, para conformar, respectivamente, el Reino de Italia y el Gran Ducado de Varsovia. A pesar de que tras la caída de Napoleón Bonaparte el Tratado de Viena desechó el principio de las nacionalidades y de que los viejos imperios recobraron sus territorios anteriores, este principio tuvo una gran importancia a lo largo del siglo XIX e influyó de manera decisiva en procesos como la unidad italiana, la unidad rumana y la unidad alemana.

*El Estado plurinacional*

Luego de la primera guerra mundial, el Tratado de Versalles, que puso punto final a esta conflagración, produjo efectos contradictorios. De un lado, sobre la base del principio de las nacionalidades, favorecido por la derrota militar de los imperios alemán, austriaco y ruso, se constituyeron Estados nacionales como Polonia y Hungría, pero de otro lado surgieron estados integrados por varias naciones, como los casos de Yugoslavia y Checoslovaquia.

En otras partes del mundo, respondiendo a otros procesos históricos y políticos, también existen estados plurinacionales como India, Pakistán, Suiza, Canadá, Bélgica y Gran Bretaña, realidades que impiden identificar el «pueblo del Estado» con la «nación».

Por ello, debe concluirse que la nación es un concepto sociológico y cultural antes que jurídico o político, por lo que no puede confundirse con el pueblo del Estado. Sin duda alguna, cuando la comunidad social del Estado es una nación, la unidad y cohesión de este es mayor que cuando el Estado es plurinacional y en lugar de integrarse en una unidad mayor —como ha sucedido exitosamente en el caso de Suiza— subsisten conflictos y tendencias separatistas, como ocurre en Bélgica entre flamencos y valones, en Canadá respecto de Quebec o en Gran Bretaña en relación al intento de Escocia de recobrar su independencia. En algunos sonados casos como el de Yugoslavia, el Estado plurinacional creado en 1919 se desmembró al precio de una guerra feroz en los primeros años de la década de 1990, para dar lugar a los Estados-Nación de Serbia, Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Montenegro y Kosovo. Lo propio, aunque de forma pacífica, sucedió en 1993 al separarse la República Checa y Eslovaquia.

*3.1.2. Función del pueblo en el Estado*

El pueblo, siguiendo a Jellinek (2000, p. 378), puede verse desde dos ángulos distintos, aunque complementarios, caracterizados por la función

que cumple dentro del Estado: como objeto y como sujeto de la actividad estatal.

Como *objeto* de la actividad del Estado el pueblo es el destinatario de sus normas, órdenes y mandatos. Ello es lógico, porque siendo todo Estado una agrupación de individuos que se someten a una autoridad, la actividad de ordenación y coordinación de aquel solo puede estar dirigida hacia dichos individuos, estableciendo las normas y adoptando las decisiones que su vida en sociedad requiere. En este sentido, los miembros del pueblo son, siempre, sujetos de «deberes», como lo explicita el artículo 38° de nuestra Constitución cuando establece que todos los peruanos tienen el deber de «respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

El pueblo como *sujeto* del Estado significa que sus miembros no solo son los destinatarios de la actividad de este (pueblo-objeto) sino que ocupan una determinada posición, un estatus que les confiere el hecho de ser titulares de derechos. Este «status» se puede apreciar bajo dos aspectos:

#### *Aspecto pasivo*

Las personas son titulares de derechos fundamentales que el Estado en el ejercicio de su poder no puede desconocer ni vulnerar. En este sentido tales derechos constituyen un límite para la acción estatal, pues esta se encuentra obligada a respetarlos y protegerlos. Esto se desprende del artículo 1° de la Constitución, cuando establece que «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», así como del artículo 44°, que enuncia como uno de los deberes primordiales del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos».

#### *Aspecto activo*

Desde esta perspectiva se destaca el hecho de que los órganos e instituciones que titularizan y ejercen el poder del Estado son conformados sobre la base a la expresión de la voluntad popular. El pueblo del Estado participa

decisivamente en la integración y toma de decisiones de dichos órganos directamente o mediante sus representantes. «El poder del Estado emana del pueblo», reza el artículo 45° de la Constitución, y el artículo 31° enuncia el derecho de los ciudadanos «a participar en los asuntos públicos».

### *3.1.3. Pertenencia al pueblo: la nacionalidad*

La nacionalidad es el vínculo jurídico y político que determina que la persona tenga la condición de miembro del Estado. La nacionalidad establece la pertenencia de la persona a una determinada comunidad estatal y le confiere un haz de derechos y deberes en relación a esta<sup>1</sup>.

La nacionalidad es un derecho complejo, que incluye los siguientes aspectos:

- Tener una nacionalidad, conforme al numeral 21 del artículo 2° de la Constitución y al artículo 20 numeral 20.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
- Cambiarla (CADH, art. 20.3).
- No ser despojado de ella (CPP, art. 2.21/CADH, art. 20.3).
- No ser impuesta.
- Tener, en principio, una sola.

Existen dos clases de nacionalidad: la originaria o atributiva, y la derivada o adquirida o por elección.

#### **Nacionalidad originaria**

Esta clase de nacionalidad está determinada por un hecho natural: el nacimiento de la persona. Por tanto, esta, desde que nace posee una

---

<sup>1</sup> La denominación atribuida a este vínculo —nacionalidad— es, sin duda, una reminiscencia de la antigua identidad entre Estado y nación, según la cual el primero es la expresión política de la segunda. En rigor, pues, «nacionalidad» no significa pertenencia a una nación sino al Estado.

nacionalidad que se le atribuye de acuerdo a los principios o criterios que establece el ordenamiento jurídico del Estado.

Para determinar la nacionalidad de origen existen, sin embargo, determinados criterios que son completamente opuestos. Estos son el *ius soli* o principio territorial y el *ius sanguinis* o principio personal.

- *Ius soli* o principio territorial. Con arreglo a este principio, la nacionalidad del recién nacido viene determinada por el territorio en el cual tiene lugar su alumbramiento, con prescindencia de cualquier otra circunstancia. Es el criterio que afirma nuestra Constitución en el artículo 52º: «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República». Por consiguiente, de elegirse este principio, no interesa a la hora de establecer la nacionalidad del recién nacido la de los padres.
- *Ius sanguinis* o principio personal. Este principio se puede considerar la antítesis del principio territorial, pues en este caso no interesa el lugar de nacimiento de la persona, toda vez que su nacionalidad se establece de acuerdo a la de sus padres o, de ser distinta la de estos, la del padre.

La existencia de estos dos principios antagónicos, unida a la ausencia de una regulación internacional uniforme —pues cada Estado adopta el principio aplicable en ejercicio de su soberanía— puede dar lugar a superposiciones cuando, por ejemplo, el niño nace en un Estado que aplica el principio territorial pero el Estado al que pertenecen sus padres aplica el contrario, esto es el personal, según el cual la nacionalidad del niño es la de sus padres sin tener en cuenta el territorio en el que nació.

- Sistema mixto. Este sistema se presenta cuando se aplican los dos principios dentro de una misma legislación de manera complementaria, como es el caso de nuestra Constitución. Esta, después de afirmar el principio *ius soli* en su artículo 52º agrega en el mismo precepto lo siguiente: «También lo son los nacidos

en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad» (ius sanguinis).

De esta manera, nuestra Constitución adopta una posición conveniente a los intereses del país pero claramente incoherente, en cuanto respecto a los hijos de padres extranjeros nacidos en el territorio peruano les atribuye la nacionalidad peruana pero a los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el exterior no les reconoce la del territorio en que nacieron sino la peruana. Es fácil imaginar los conflictos de normas a que esta situación puede conducir.

### *Nacionalidad derivada o adquirida*

Conocida frecuentemente como naturalización, la nacionalidad derivada o adquirida no depende de un hecho natural como el nacimiento sino de un acto de voluntad de la persona que decide adoptar una nacionalidad distinta a su nacionalidad originaria.

Claro está que la adquisición de una nacionalidad diferente a la originaria no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante sino de su concurrencia con la voluntad del Estado al que desea integrarse, pues este tiene la facultad discrecional de concederla o no otorgarla. Por ello, se trata de una gracia y no de un derecho.

Para conceder la nacionalidad por naturalización los Estados suelen exigir ciertos requisitos: en primer lugar, el de tener residencia durante un tiempo determinado en el país cuya nacionalidad se desea. La Ley de Nacionalidad (ley 26574) establece que la residencia en el Perú debe ser no menor a dos años consecutivos (art. 3.1.a). Otros requisitos también frecuentes en las legislaciones de los Estados son ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial (art. 3.1.b) y carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral (art. 3,1.c).

La naturalización es un supuesto de cambio de nacionalidad al que se refiere la Convención Americana de Derechos Humanos (art.

20.3), en el cual la persona sustituye su nacionalidad originaria por la adquirida mediante naturalización. Una excepción al principio de que la naturalización conlleva la pérdida de la nacionalidad originaria, lo constituyen los tratados internacionales en los que se admite la posibilidad de la doble nacionalidad (originaria y adquirida), como el celebrado entre España y el Perú en 1959.

### *La nacionalidad por elección u opción*

Es una modalidad especial de adquisición de la nacionalidad que la Constitución prevé en su artículo 52°. La opción se distingue de la naturalización por el hecho de que en aquella no se requiere el concurso de las voluntades del individuo y del Estado, y es suficiente la expresión de voluntad del optante, lo que se configura como un verdadero «derecho de opción». Ello es así en razón a que tal derecho solo puede ejercerse en determinados y específicos supuestos previstos por la ley, todos los cuales implican una especial relación preexistente entre quien opta y el Estado cuya nacionalidad se adquiere.

La Ley de Nacionalidad (art. 4°) establece cuáles son los motivos que justifican la adquisición de la nacionalidad peruana por opción:

- Los extranjeros que residen en Perú desde los cinco años y optan por la nacionalidad peruana al llegar a la mayoría de edad.
- En caso de matrimonio, cuando el cónyuge extranjero reside en el Perú no menos de dos años.
- El hijo de padre o madre peruana nacido en el exterior no inscrito al nacer en el consulado peruano, al llegar a la mayoría de edad.

Por tratarse de un derecho, la opción no puede ser denegada si el optante cumple los requisitos.

### 3.2. El territorio

El territorio es el elemento físico o geográfico del Estado. Desde que los grupos humanos superaron el nomadismo y se asentaron en un determinado espacio, las diferentes formas que ha revestido el poder político a lo largo de la historia han afirmado su dominio sobre un área geográfica determinada convertida en fuente de sustento, riqueza, seguridad y poderío material.

#### 3.2.1. *Importancia y naturaleza jurídica*

El territorio es el elemento material o espacial del Estado, su base física; el espacio geográfico en el cual ejerce su poder. Por ello el Estado es un ente territorial; no es posible concebir un Estado sin territorio.

El Estado ejerce dominio sobre el territorio pero su relación con este corresponde al ámbito del derecho público y no al del derecho privado. Descartando viejas teorías patrimonialistas, vigentes en la Edad Media, en el Estado el fundamento del poder político sobre el territorio no reside en una relación de propiedad sino en una potestad superior, de derecho público, que corresponde a la noción de soberanía que veremos más adelante. Por ello, el dominio estatal sobre el territorio no es incompatible con la propiedad privada. Dominio estatal y dominio privado pertenecen a esferas distintas y no se oponen entre sí.

No obstante, nuestra Constitución establece que «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento» (art. 66°). La explotación de dichos recursos puede otorgarse a los particulares mediante concesiones de acuerdo a ley orgánica.

#### 3.2.2. *Jurisdicción territorial*

El territorio del Estado está delimitado por el espacio geográfico sometido a su ordenamiento jurídico y no necesariamente por fronteras naturales como cordilleras o ríos. En ese espacio el Estado ejerce jurisdicción sobre

las personas y las cosas, por lo que existe la presunción de la exclusividad del poder estatal dentro del territorio del Estado. A la inversa, y como principio reflejo, el poder estatal no puede realizar actos jurisdiccionales en el territorio de un Estado extranjero, pues allí vale la presunción a favor de la exclusividad del otro poder estatal.

### *3.2.3. Ámbito del territorio*

El territorio comprende el suelo y subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo (CPP, art. 54°).

#### **Suelo y subsuelo**

El suelo corresponde a la superficie con todas sus características físicas y accidentes naturales: montañas, selvas, ríos, lagos, desiertos, etcétera. El subsuelo, en el caso del Perú, es relevante por sus riquezas mineras y de hidrocarburos (gas), las cuales son patrimonio nacional.

#### **Mar**

Los estados con mar adyacente suelen afirmar su dominio sobre una parte de este, por razones básicamente defensivas y económicas. Desde los siglos XVII y XVIII se han aplicado distintos criterios. El Perú, el 1° de agosto de 1947, mediante el Decreto Supremo 781 rubricado por el presidente José Luis Bustamante y Rivero, proclamó unilateralmente un mar territorial de doscientas millas. Antecedente inmediato de esta decisión fue la declaración hecha por Chile bajo la presidencia de Gabriel González Videla el 23 de junio de 1947. Posteriormente, Ecuador se unió a la tesis chilena y peruana al suscribir en 1952, conjuntamente con Chile y el Perú, la Declaración de Santiago o Declaración sobre la Zona Marítima.

La Convención sobre el Derecho del Mar, aprobada en el seno de las Naciones Unidas en 1982, adoptó una fórmula distinta, al establecer en las 200 millas adyacentes a la costa dos situaciones jurídicas diferenciadas: un régimen de soberanía del Estado ribereño que se extiende a lo largo

de una franja de doce millas y, sobre el resto, hasta llegar a las doscientas millas (188 millas), una zona económica exclusiva, en la cual el Estado ejerce un derecho exclusivo para la explotación de sus riquezas.

El Perú no ha ratificado la Convención y por ello mantiene su posición primigenia, según la cual el mar hasta las doscientas millas de sus costas es parte del territorio en el cual ejerce soberanía. Cabe señalar que si bien la Constitución no emplea la expresión «mar territorial» sino «dominio marítimo», en el artículo 54° puntualiza que «En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción».

### **Espacio aéreo**

El espacio aéreo cubre todo el territorio nacional: «El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación [...]», según lo prescribe el artículo 54° de la Constitución.

## **3.3. El poder del Estado: sus elementos**

El poder es el elemento político del Estado, pero no resulta tarea fácil definirlo o conceptualizarlo, lo que se refleja en la existencia de múltiples intentos de describir su función. Por eso, la mejor aproximación que puede hacerse para comprender qué es el poder es analizar cuáles son los elementos que lo componen. Estos son la coacción material o física y la legitimidad.

### **3.3.1. Coacción material**

Todo poder entraña la capacidad de quienes lo detentan de imponer sus decisiones al conjunto de los individuos sometidos a él. Poco importa si estas decisiones son justas o no, o si quien las adopta es una autoridad aceptada o no por la comunidad. Lo realmente importante es que, bajo esta perspectiva, quien ejerce el poder puede imponer sus decisiones porque

dispone de la fuerza material para ello. La capacidad de coacción material o física es, así, un rasgo distintivo del poder del Estado, pues sin ella este solo tendría una autoridad moral, limitadamente eficaz para conducir al grupo social. Ya se trate del mero uso de la fuerza física o militar o de la aplicación de sanciones a través de un aparato legal-judicial, el hecho es que en última ratio el poder del Estado dispone de los medios materiales necesarios para que sus normas y decisiones sean cumplidas y los renuentes a acatarlas sean castigados.

### *3.3.2. Legitimidad*

Sin embargo, el poder no puede residir únicamente en la fuerza o poderío material del Estado sino que requiere de la presencia de otro ingrediente fundamental: el consentimiento o aceptación de los gobernados hacia el poder que se ejerce sobre ellos. En eso consiste la legitimidad del poder, expresión que ha alcanzado un significativo reconocimiento para identificar a este elemento político del poder del Estado.

Algunos identifican la legitimidad con la competencia de los gobernantes para dar soluciones justas a los problemas de la comunidad (Hauriou, 1971, p. 128); otros la hacen descansar en un sistema de creencias del cual se deriva una imagen del poder considerada válida según la cual es legítimo aquel poder que es conforme a esa imagen (Duverger, 1970, p. 29). Para Burdeau en toda sociedad existe una representación dominante del orden social deseable que denomina «idea del derecho», en la cual la función del poder consiste en satisfacer las exigencias que derivan de esa imagen (Burdeau, 1981, p. 39).

La legitimidad no es un elemento nuevo en la realidad del poder, exclusivo del Estado contemporáneo: ha estado presente, desde siempre, en las sociedades pre-estatales, aunque en el Estado presenta características diferentes. La imagen según la cual antes del advenimiento del Estado Constitucional prevaleció exclusivamente el imperio de la fuerza, la coacción militar y física, debe desterrarse por falsa. Lo que sucede es que en aquellas sociedades existieron otras creencias fundantes de la noción

de legitimidad. Esta situación ha sido esclarecida por Max Weber, quien ha identificado que a lo largo de la historia han existido tres tipos de legitimidad: la carismática, que descansa en la sumisión de los miembros del grupo social al valor personal de un hombre que se distingue por su santidad, su heroísmo o su ejemplaridad; la tradicional, que se basa en la creencia de la santidad de las tradiciones en vigor y en la legitimidad de quienes se llama al poder en virtud de la costumbre; y la racional, que tiene por fundamento la creencia en la validez de la legalidad de los reglamentos establecidos racionalmente y en la legitimidad de los jefes designados de acuerdo con la ley (Weber, 1944, pp. 172-173). Esta última es la que, sin duda, prevalece y caracteriza al Estado constitucional de nuestros días.

La legitimidad atañe a dos aspectos del poder íntimamente vinculados pero diferenciables, que nos permiten afirmar que existen dos clases de legitimidad:

- Legitimidad de origen: alude a la fuente del poder de los gobernantes y establece que solo son legítimos aquellos que acceden al poder de acuerdo con las reglas consentidas por la comunidad. Por ejemplo, en la legitimidad tradicional se consideraba legítimo al gobernante que accedía al poder siguiendo la tradición imperante, lo que en las monarquías suponía respetar la regla consuetudinaria de la sucesión dinástica. En las democracias, la fuente de la legitimidad es el respeto a las reglas de derecho, a la Constitución que establece el principio democrático. Al respecto, el artículo 45° de la Constitución indica que «El poder del Estado emana del pueblo [...]. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población, puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición».
- Legitimidad de ejercicio: se refiere a que no es suficiente tener un título legítimo para asumir el poder: su ejercicio también debe ser legítimo, es decir, debe respetar el orden constitucional y legal que establece límites al poder. El artículo 45° de la Constitución

puntualiza que quienes ejercen el poder «[...] lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

Los límites del poder son de dos clases: temporales y funcionales:

- Los límites temporales son aquellos que establecen la duración determinada de los cargos públicos, los cuales se ejercen en períodos máximos previstos por la Constitución o las leyes, descartándose la existencia de gobernantes vitalicios. Ejemplo de ello, entre otros, son los artículos 90° y 112° de la Constitución, que establecen que la duración del período de los miembros del Congreso y del Presidente de la República es de cinco años.
- Los límites funcionales son aquellos que se derivan del hecho de que los gobernantes no disponen de un poder omnímodo e ilimitado sino que solo pueden ejercer aquellas potestades, facultades y funciones que la Constitución y las leyes les atribuyen expresamente. Asimismo, están obligados a respetar los derechos fundamentales. De acuerdo al principio de separación de poderes, cada órgano del Estado cuenta con atribuciones específicas y no puede asumir las que están asignadas a otros poderes y organismos del Estado. Por ejemplo, el artículo 102° de la Constitución, enuncia las atribuciones del Congreso y el artículo 118° las del presidente de la República.

## **4. SOBERANÍA DEL ESTADO**

### **4.1. Origen y evolución**

La soberanía era un concepto desconocido en las edades Antigua y Media. Surge a finales de la Edad Media como expresión y arma política, en la doble lucha de las monarquías, de un lado contra los poderes de la Iglesia Romana y el Sacro Imperio Romano Germánico y, del otro,

contra los señores feudales, que pretendían subordinarlas desde el exterior y limitarlas desde el interior.

La soberanía era, por consiguiente, un concepto defensivo y práctico que pretendía fundamentar la independencia del monarca respecto de cualquier poder exterior y, asimismo, la supremacía de su autoridad sobre cualquier poder interno. Por ello, la soberanía es atribuida al monarca (el soberano) y no a un ente o institución abstracta. Por ello, en esta etapa histórica, que corresponde a la monarquía absoluta, la soberanía es la «soberanía del soberano».

Sin embargo, al producirse la caída de la monarquía absoluta con la Revolución Francesa y otros procesos similares en Europa, esta situación experimentó un cambio trascendental al extinguirse en numerosos países la figura del monarca-soberano. Aun así, la noción de soberanía no desapareció, aunque sufrió un cambio radical al atribuírsele a otros titulares distintos del monarca, como la nación (soberanía nacional) o el pueblo (soberanía popular).

## **4.2. Soberanía del Estado y soberanía en el Estado**

A partir de los acontecimientos históricos antes mencionados, se pueden distinguir dos conceptos de la soberanía: soberanía del Estado y soberanía en el Estado.

### ***4.2.1. Soberanía del Estado***

La soberanía del Estado es una cualidad del poder estatal que afirma la independencia del Estado en el exterior y su supremacía en el interior.

En el primer caso, la soberanía expresa la idea de que todo Estado, para ser tal, debe ser independiente, esto es, no encontrarse subordinado a otro Estado ni a otro poder distinto del suyo. En este sentido, el ordenamiento jurídico del Estado y sus decisiones políticas son las que el Estado adopta libremente, sin someterse a un orden jurídico superior ni al mandato de otra autoridad. En el concierto internacional solo se reconoce como Estado a aquel que goza de independencia.

El segundo aspecto se refiere a que dentro del territorio del Estado, el poder del Estado es supremo y se impone sobre cualquier otro. Ello no significa que el poder del Estado sea único sino que los otros poderes que pueden existir en el ámbito subnacional o local surgen de la Constitución como expresiones limitadas —territorial y funcionalmente— del poder estatal en el cual tienen su origen y al cual están subordinados.

La supremacía del poder estatal no significa tampoco el «absolutismo» de dicho poder, pues este se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales de las personas reconocidos por la Constitución.

Se alude a esta idea de soberanía cuando, en el artículo 44º la Constitución se refiere a la soberanía nacional, y en el artículo 54º afirma que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción en su dominio marítimo y el espacio aéreo.

#### *4.2.2. Soberanía «en el Estado»*

Esta noción es diferente a la anterior, pues se refiere a la soberanía como fuente u origen del poder del Estado y no como una cualidad de este. Tiene que ver, por tanto, con el principio democrático conforme al cual quienes detentan el poder del Estado lo hacen en representación de este. En este sentido, se identifica con el criterio de legitimidad de origen al que ya nos hemos referido y que se plasma en el artículo 45º de la Constitución según el cual «El poder del Estado emana del pueblo».

A este concepto de soberanía se le suele denominar «soberanía del pueblo» o «soberanía popular», como lo hace la Constitución en el artículo 3º.

#### **4.3. Naturaleza de la soberanía del Estado: su carácter formal y negativo**

El estudio de la noción de soberanía del Estado lleva a la conclusión de que esta es un concepto formal y negativo.

La soberanía es un concepto formal en el sentido de que se refiere únicamente a un atributo o cualidad del poder del Estado que no tiene

relación con el poder 'real' o efectivo de cada Estado, derivado de su potencia económica, política o militar.

La soberanía del Estado supone únicamente que el Estado es una comunidad perfecta, autosuficiente, que se basta a sí misma y posee una jurisdicción que es suprema en su orden. Por tanto, la soberanía de todos los Estados es formalmente igual, sin distinguir entre estados ricos y pobres o grandes potencias y estados débiles, del mismo modo que, formalmente, es igual la libertad del rico que la del pobre.

Es, también, un concepto negativo porque no está relacionado con ningún contenido específico a realizar mediante el ejercicio del poder, sino referido a la autonomía con la que el Estado decide dicho contenido. En este sentido, la soberanía no depende del contenido ideológico de la actividad estatal (liberal, socialista, comunista, socialcristiano etcétera), a la forma de Estado (monarquía o república, unitario o federal) o a la forma de gobierno (parlamentario, presidencial o mixto), pues precisamente el Estado adopta estas orientaciones porque es soberano.

## **5. EL ESTADO DE DERECHO.**

### **EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO**

La eliminación del Estado de monarquía absoluta cambió por completo la realidad del Estado. Bajo el impulso de las ideas liberales surgió un nuevo tipo de Estado: el Estado de derecho, el cual en los siglos posteriores ha ido experimentando una constante y profunda evolución.

#### **5.1. Estado de derecho**

Se configura este modelo histórico-político sobre la base de las siguientes características esenciales:

- a) El reconocimiento y garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas. El respeto y tutela de la libertad individual, en sus múltiples manifestaciones (de acción, pensamiento, opinión, religión, tránsito, asociación, reunión,

económica, igualdad ante la ley, etcétera), es un elemento central del Estado de derecho que marca su diferencia con el precedente absolutismo monárquico y con todo autoritarismo y totalitarismo. A las personas se les reconoce la titularidad de derechos fundamentales que aseguran un ámbito de libertad frente al poder del Estado, el cual solo excepcionalmente y de manera regulada puede intervenir en ese ámbito. Para la protección efectiva de tales derechos se establecen las garantías constitucionales, que son procedimientos de carácter judicial destinados a defender aquellos derechos cuando son vulnerados o existe amenaza inminente de que ello suceda.

Nuestra Constitución enuncia los derechos fundamentales de las personas en su Título I y en otras partes de su texto.

- b) La separación de los poderes del Estado. La distribución del poder del Estado entre los «poderes» legislativo, ejecutivo y judicial es otro rasgo esencial del Estado de derecho, que tiene por finalidad garantizar la libertad del ser humano al impedir la concentración del poder en una sola persona (monarca, dictador), grupo de personas (clase social) o institución (partido, fuerza armada). De esta forma, los poderes del Estado se controlan recíprocamente, evitando que cualquiera de ellos ejerza la totalidad del poder estatal. El artículo 43º de la Constitución reconoce explícitamente este principio, que se materializa a lo largo del Título IV referido a la estructura del Estado.
- c) Primacía de la ley. La ley, emanada del Parlamento, se considera la expresión de la voluntad general y regula el conjunto de la actividad del Estado, cuyos órganos y agentes están obligados a respetarla y cumplirla. De esta manera se evita la arbitrariedad de quienes ejercen las funciones públicas, limitando estrictamente su voluntad individual, que debe sujetarse a los parámetros que emanan de la ley. Por ello, el artículo 45º de la Constitución indica que quienes ejercen el poder del Estado «lo hacen con las

limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Forma parte de este elemento el principio de jerarquía normativa a que se refiere el artículo 51 constitucional, conforme al cual la Constitución prevalece sobre la ley («supremacía de la Constitución»), la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

- d) Control de constitucionalidad. En tiempos más recientes, se han expandido en los Estados diversos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes destinados a asegurar el respeto al principio de supremacía de la Constitución, lo cual también puede considerarse como un elemento del Estado de derecho.

Existen dos grandes sistemas, denominados «control difuso» y «control concentrado». El primero, que tiene su origen en los Estados Unidos, lo pueden ejercer todos los jueces en cualquier clase de procesos mediante la facultad-deber de inaplicar las leyes incompatibles con la Constitución al momento de resolver el caso sometido a su conocimiento. El segundo, de origen europeo, se encuentra monopolizado por una Corte o Tribunal Constitucional, a quien corresponde, ante la petición formulada por las instituciones o personas habilitadas por el ordenamiento jurídico respectivo, declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas con rango de ley, lo que conlleva la eliminación de estas de dicho ordenamiento.

Existe también un tercer sistema o sistema dual, como el que recoge nuestra Constitución en sus artículos 138º, 200º, inciso 4 y 201º a 205º, en los cuales regula tanto el control difuso cuanto el control concentrado, a cargo este último del Tribunal Constitucional.

## 5.2. Estado democrático de derecho

En sus inicios, el Estado de derecho de signo liberal no contempló la participación colectiva del pueblo en la designación de los cargos dirigentes

de los órganos del Estado. A través del llamado «voto censitario» se otorgó el sufragio únicamente a los miembros de las clases altas (gran y mediana burguesía), pues se exigía como requisito para votar tener propiedades inmuebles o determinado nivel de rentas. De este modo, la pequeña burguesía, los campesinos y los artesanos fueron privados del sufragio.

La Revolución Francesa de 1848 conquistó el sufragio «universal» para todos los varones mayores de edad, sin exigir para ello tener propiedades ni rentas determinadas. Sin embargo, aún no se concedió el derecho de sufragio a la mujer, el cual se alcanzaría en los países europeos después de la primera guerra mundial.

El Estado democrático supone el reconocimiento del principio de la soberanía popular, que radica en el pueblo la fuente de poder de los órganos y autoridades del Estado, tal como lo proclama el artículo 45º de la Constitución («El poder del Estado emana del pueblo»).

Con la extensión y universalización del sufragio, surgen los partidos políticos modernos y otras formas de participación política como el referéndum, la iniciativa popular, etcétera.

El Estado democrático supone, además del derecho de sufragio, la vigencia efectiva del pluralismo político; esto es, la libertad de organización política y la libre exposición y circulación de las ideas y postulados sobre el gobierno y la sociedad. Para la plena vigencia del pluralismo, son indispensables derechos fundamentales como los de asociación política (partidos), libertad de prensa y opinión y el derecho de reunión, además de otros que contribuyen a crear un verdadero clima democrático (en especial la «igualdad ante la ley»). La democracia descarta, así, los regímenes de partido único e ideología oficial.

La Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a la participación política además de mediante el sufragio, por medio del referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (art. 31º). También reconoce el derecho a la formación libre de partidos y organizaciones políticas.

Finalmente, un aspecto relevante —que se deriva y vincula con los anteriores— es que mediante las elecciones libres y periódicas de los representantes y gobernantes se establece la posibilidad de la alternancia en el poder, evitando la perpetuación en el mismo de personas o partidos.

### 5.3. Estado social de derecho

Esta es una nueva fase en la evolución del Estado que se inicia históricamente con la Constitución Mexicana de 1917 y se afirma con la Constitución de Alemania de 1919. Estas constituciones reconocieron por primera vez los derechos sociales (al trabajo, a la libertad sindical, a la tierra, a la seguridad social, etcétera) al lado de las libertades tradicionales y, consiguientemente, previeron la intervención del Estado en la vida económica y social para garantizar a todas las personas el ejercicio de esos derechos.

De este modo el Estado social de derecho —también llamado Estado del Bienestar— asume la tarea de garantizar no solo la libertad de las personas sino también la igualdad de oportunidades y la satisfacción de sus necesidades básicas. Se puede decir, por ello, que busca realizar —como señalan muchas autorizadas opiniones— la libertad real y no solo formal de los individuos.

La Constitución adscribe explícitamente a este modelo de Estado al señalar en su artículo 43º que «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana» y, asimismo, cuando en el artículo 44º establece como uno de los deberes primordiales del Estado «promover el bienestar general que su fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación». Consecuente con ello, reconoce en el Capítulo II de Título Primero los «derechos sociales y económicos», enumerando un conjunto de estos como el derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, al trabajo, a la remuneración equitativa y suficiente, a la jornada máxima de trabajo de ocho horas, a la protección adecuada contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, así como a la participación en las utilidades.

El otro elemento que integra la noción del Estado social de derecho es la llamada «constitución económica», expresión que describe la inclusión en los textos constitucionales de normas que regulan la actividad económica con el propósito de lograr la justicia social. La constitución económica nació con la Constitución alemana de 1919 (Constitución de Weimar) y se extendió a numerosas constituciones aprobadas después de la segunda guerra mundial. Está presidida por la idea de la intervención reguladora del Estado en la economía a fin de corregir situaciones de injusticia y desigualdad, pero sin eliminar por ello el mercado. La constitución económica expresa, en este sentido, una orientación distinta al liberalismo clásico, el cual rechaza cualquier intervención estatal en la vida económica y por esta razón considera que no corresponde a la Constitución establecer normas sobre esta materia.

La Constitución peruana de 1979 introdujo el concepto de «constitución económica» al regular en su Título III el régimen económico, el cual, conforme a su artículo 110° «[...] se fundamenta en principios de justicia social [...]». La vigente Constitución de 1993 mantiene el mismo título pero bajo una orientación diferente. Aunque en su artículo 58° señala que la iniciativa privada libre «Se ejerce en una economía social de mercado», el resto de su articulado responde a una ideología neoliberal que pretende limitar rígidamente cualquier intervención del Estado en la economía y regula, con prescindencia de criterios sociales, el derecho de propiedad y las libertades de empresa, comercio e industria. En ese sentido, el régimen económico constitucional no corresponde a la idea bajo la cual fue concebida la noción de constitución económica.

## 6. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los elementos que integran la noción de Estado?
2. ¿Son idénticos los conceptos de «pueblo» y «nación»?
3. ¿Qué elementos integran el poder político?
4. ¿Cuáles son las características del Estado de derecho?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 3

### LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

#### 1. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma fundamental del Estado, aquella que establece la organización de sus poderes, las competencias de estos y la posición de las personas en relación al Estado mediante el reconocimiento de sus libertades y derechos, y las garantías para su protección efectiva.

La Constitución del Estado de derecho es, como se ha expuesto, el producto de la liquidación del régimen monárquico-aristocrático, basado en el absolutismo despótico, y su reemplazo por un Estado sometido a reglas racional-jurídicas que limitan el poder de los gobernantes y aseguran la libertad y la igualdad ante la ley de las personas que conforman el Estado.

Por esta razón, histórica y política, no puede considerarse constitución a cualquier norma que organice el funcionamiento del Estado, por más que se encuentre dotada de la más alta jerarquía dentro de este, sino únicamente a aquella cuyo contenido responde a ciertos principios y orientaciones que se identifican con la noción de Estado de derecho. Hay que tener presente que la Constitución inicial fue la plasmación político-jurídica de la revolución liberal que propugnó el fin de la monarquía absolutista y los privilegios de la aristocracia para construir un nuevo Estado, basado en la libertad y la igualdad ante la ley. Estos principios, junto con la separación

efectiva de poderes, siguen representando el contenido esencial de toda constitución que merezca esa denominación.

## 2. CLASES DE CONSTITUCIONES

El estudio de las constituciones permite establecer algunas diferencias importantes entre ellas, que permiten clasificarlas en torno a ciertos criterios: su forma de expresión, su procedimiento de reforma y su vigencia real.

### 2.1. Según su forma de expresión: constituciones consuetudinarias y escritas

#### 2.1.1. *La constitución consuetudinaria o tradicional*

Está conformada por un conjunto de tradiciones, usos y principios fundamentales que, debido a su profundo arraigo en la comunidad, operan como verdaderas normas. El caso paradigmático es el de Gran Bretaña, que carece de una constitución escrita, pero cuyas antiguas instituciones políticas —que han inspirado significativamente el constitucionalismo moderno— se basan en la tradición. Ello no impide que la necesidad política haya obligado en determinadas ocasiones a dictar leyes sobre determinadas materias constitucionales, por lo que actualmente la constitución inglesa está integrada tanto por costumbres cuanto por leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento.

#### 2.1.2. *La constitución formal*

Sin embargo, en el mundo se ha generalizado la constitución que suele denominarse formal, para diferenciarla de la consuetudinaria o tradicional. La Constitución de los Estados Unidos de 1787, aún vigente, y la Constitución de Francia de 1791 son las primeras constituciones del mundo en sentido formal.

La constitución formal presenta los siguientes rasgos:

- a) Es escrita. Es el documento que enuncia las normas constitucionales que rigen la vida del Estado y sus relaciones con los ciudadanos. La constitución se expresa en un texto único sistemático y totalizador que pretende unificar las disposiciones que regulan al Estado, aunque estas siempre tendrán un carácter básico que no excluye la acción complementaria de la ley ordinaria a la que muchas veces remite la propia constitución.
- b) Emanada del poder constituyente. La fuente de la constitución no es el legislador ordinario sino el poder constituyente, que radica en la nación o en el pueblo, el cual tiene la potestad de dar la constitución sin sujeción ni ataduras al derecho vigente. El poder constituyente se diferencia del poder constituido que ejercen los órganos creados por la constitución. En cambio, el poder constituyente es un poder creador, originario e ilimitado.
- c) Tiene supremacía jerárquica. La constitución formal representa una *super legalidad*, porque es aprobada a través de procedimientos especiales, de mayor complejidad y de profunda significación política, que la sitúan por encima de las leyes ordinarias. Sus preceptos son obligatorios y la contradicción de la ley con las normas constitucionales se considera antijurídica.

## 2.2. Según su procedimiento de reforma: constituciones rígidas y flexibles

Este criterio diferencia las constituciones en función al grado de complejidad que se presenta para su reforma. Se puede distinguir entre constitución rígida y constitución flexible.

- a) Constitución rígida. Coincide con la constitución formal, la cual por situarse por encima de las leyes ordinarias, no puede ser modificada por estas y requiere de un procedimiento especial

y complejo —previsto expresamente por la propia Constitución— para su reforma. Nuestra Constitución lo regula en el artículo 206º.

- b) Constitución flexible. Corresponde a la constitución consuetudinaria, pues en este sistema no se establece jerarquía alguna entre costumbre constitucional y ley ordinaria. El Parlamento —como ha sucedido varias veces en Gran Bretaña— puede establecer en cualquier momento una ley sobre materia constitucional con el mismo procedimiento que para una ley ordinaria.

### 2.3. Según su vigencia real

Este es un nuevo criterio clasificatorio formulado por Karl Loewenstein (1976, pp. 216-222), quien considera que los criterios tradicionales ya son poco útiles porque la abrumadora mayoría de los Estados tienen constituciones escritas y, por tanto, rígidas. Esta clasificación que su autor denomina ontológica, se basa en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder.

- a) Constitución normativa. Es aquella cuyas normas dominan efectivamente el proceso político y, por tanto, este se adapta y somete a las normas de la constitución<sup>1</sup>. Recurriendo a una metáfora, Loewenstein sostiene que esta constitución es un traje que se ajusta al cuerpo de la persona.
- b) Constitución nominal. En este caso no existe concordancia entre las normas constitucionales y los presupuestos económico-sociales de la sociedad; no hay integración entre la Constitución y la vida política real, pero la constitución actúa como un «ideal» que la sociedad quiere alcanzar. Por ello, esta constitución puede llegar a

---

<sup>1</sup> Existe en los países desarrollados como Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia, entre otros.

ser «normativa»<sup>2</sup>. Equivale, según la metáfora de Loewenstein, a un traje grande pero que se ajustará a la persona cuando esta crezca.

- c) Constitución semántica. Esta constitución es la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores fácticos del poder. Su finalidad es encubrir, bajo la apariencia de la constitucionalidad, regímenes reñidos con los principios constitucionales, como es el caso de las dictaduras, los totalitarismos o los autoritarismos. En este caso, el traje es un disfraz.

### **3. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA**

#### **3.1. El principio de supremacía constitucional**

La Constitución se configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esto significa que los preceptos constitucionales tienen el rango más alto y, por consiguiente, prevalecen sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. De ello se desprende que la infracción de la constitución por cualquier norma legal u otra de rango inferior es antijurídica.

El artículo 51º de la Constitución recoge este principio cuando establece que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente».

La supremacía de la Constitución deriva no solo, ni principalmente, de su jerarquía formal —a la que se refiere el artículo 51º— sino de su condición de norma fundante del ordenamiento jurídico, en la cual se establecen las bases y valores de todos los sectores que lo conforman; así como del hecho de ser la norma que organiza el Estado y establece las reglas básicas del sistema político y de la convivencia social. Su rol, por ello, no es solo el de una norma situada jerárquicamente por encima de las demás

---

<sup>2</sup> Corresponde a los Estados de América Latina y de otras regiones del mundo que se encuentran en proceso de desarrollo económico y social.

normas del ordenamiento, sino el de una que determina y condiciona la existencia misma de esas normas y organiza al Estado y al sistema político, en el cual reside la fuente productora de tales normas.

La Constitución posee una verdadera fuerza normativa. Hoy se encuentra completamente superada la noción tradicional de la constitución como norma política o, en todo caso, como norma limitada a regular la producción del derecho o a servir como parámetro para interpretar las leyes o para examinar su constitucionalidad. La fuerza normativa de la Constitución significa que esta es norma directamente aplicable y que, como lo dice el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania «los [...] derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable».

### **3.2. Clases de normas constitucionales**

Las normas que contiene la Constitución son susceptibles de clasificarse con arreglo a ciertos criterios: su materia o contenido y su grado de aplicabilidad o eficacia.

#### ***3.2.1. Normas constitucionales según su materia o contenido***

Este criterio se basa en la materia o contenido de la normas, esto es, el objeto de la regulación.

- a) Normas iusfundamentales. Las constituciones modernas contienen un enunciado, por lo general bastante amplio, de los derechos fundamentales que se reconocen a las personas que conforman el Estado e incluso a los extranjeros que se encuentran en el territorio del mismo. La función de estas normas es establecer la relación entre la persona y el Estado, pues los derechos fundamentales se erigen en límites al poder político, el cual, de este modo, no puede devenir en absoluto e ilimitado.

Estos derechos se basan en la idea de la dignidad de la persona humana, tal como lo indica el artículo 1º de la Constitución al

señalar que «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

De este enunciado se deduce que el Estado adquiere obligaciones de respeto y protección (o tutela) de la persona humana y de sus derechos fundamentales.

Al proclamar que la defensa y respeto de la persona humana es el fin de la sociedad y del Estado, la Constitución descarta cualquier sistema político o ideología totalitarios que antepongan el interés o los fines del Estado a los de la persona humana. De otro lado, obliga a interpretar las normas constitucionales y las leyes en un sentido favorable a la dignidad humana (*pro personae*).

b) Normas orgánicas. Es propio de toda constitución establecer las reglas de organización y funcionamiento del Estado. Para ello, la constitución determina los órganos e instituciones que conforman el Estado, las competencias de cada uno de ellos y las relaciones entre los mismos.

El Estado actual es una estructura compleja en la que, además de los poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) existen numerosas instituciones que cumplen funciones distintas a las de esos poderes, como en el caso de la constitución peruana las que corresponden al Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional, los gobiernos regionales y locales, entre otros. La Constitución crea, ordena e integra en la unidad del Estado a todos estos órganos e instituciones a través de los cuales se ejerce el poder estatal.

### 3.2.2. Según su eficacia

Atiende este criterio a la aplicabilidad o eficacia inmediata o diferida de las normas de la constitución, ya que si bien todas las normas de la constitución son eficaces no lo son de la misma forma.

- a) Normas de eficacia o aplicación inmediata o directa. Son aquellas que a partir de su enunciado en el texto constitucional son inmediatamente aplicables o exigibles, sin necesidad de que su eficacia esté condicionada a que el legislador dicte normas para su aplicación o que el gobierno implemente políticas públicas para su realización.

Pertencen a esta clase la mayoría de las normas orgánicas, en cuanto establecen la estructura del Estado, así como aquellas que enuncian los derechos fundamentales de la persona, como es el caso en el Perú de los enumerados en el artículo 2º de la Constitución, como por ejemplo la igualdad ante la ley y no discriminación (art. 2.2), la libertad de conciencia y de religión (art. 2.3), las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (art. 2.4), el derecho de asociación (art. 2.13) y la libertad personal (art. 2.24), en especial a) y f), entre muchos otros.

La eficacia directa de estas normas no excluye la existencia de leyes que regulen las instituciones o derechos a los que aquellas se refieren, lo cual contribuye a su mejor aplicación o eficacia. Sin embargo, en ausencia de dichas leyes estas normas no carecen de eficacia directa y son plenamente exigibles por su titular.

- b) Normas de eficacia mediata o diferida. Son frecuentemente conocidas como normas programáticas, en cuanto son la expresión normativa de determinados objetivos políticos formulados por el constituyente, cuyo cumplimiento se encomienda al legislador futuro (Lucas Verdú, 1986, pp. 545-546). Esta clase de normas, por lo general, implican el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado a sus titulares, razón por la cual la concreción y realización del derecho está condicionada a la dación de normas legales o a la ejecución de políticas públicas y, en muchos casos, a ambas. Corresponden a la mayor parte de los derechos fundamentales de carácter social, económico y cultural que nuestra Constitución

enuncia en el capítulo II del título I, como es el caso del derecho a la salud (art. 7º), el derecho a la seguridad social (art. 10º), el derecho a la educación (art. 14º) y el derecho al trabajo (art. 22º).

Sin embargo, es necesario puntualizar que la aplicación mediata o diferida de estos derechos no significa que no exista un aspecto o dimensión de estos que esté dotado de eficacia inmediata. En efecto, se considera que todos los derechos fundamentales conllevan tres clases de obligaciones: de respeto, de protección y de satisfacción. La obligación de *respetar* supone no injerir, obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho por su titular o su acceso a los bienes que este conlleva; la obligación de *protección* va más allá y consiste en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el ejercicio del derecho o el acceso a los bienes que se derivan de este. Finalmente, la obligación de *satisfacción* se entiende como asegurar que el titular del derecho acceda a los bienes que este conlleva y desarrollar condiciones para que aquel acceda a dichos bienes. Esta obligación suele traducirse en el otorgamiento de prestaciones directas a favor del titular del derecho.

En el caso de la mayoría de los derechos sociales, económicos y culturales, la eficacia diferida se predica respecto de la obligación de satisfacción en cuanto esta, por lo general, conlleva un gasto que el Estado no siempre puede realizar o solo puede ejecutar de manera progresiva. Por tanto, esta clase de eficacia está referida únicamente a la obligación de satisfacción (prestación) que es propia de estos derechos, pero no a las obligaciones de respeto y de protección que son comunes a todos los derechos fundamentales y que, también en estos derechos, son de aplicación inmediata o directa. Así, por ejemplo, si una fábrica expelle gases tóxicos que afectan a las personas que viven en las cercanías, la autoridad administrativa o, según el caso, la judicial pueden disponer el cierre de la fábrica u obligarla a cambiar su tecnología para proteger la salud de los vecinos.

Igualmente, el derecho de los padres a escoger el centro de educación para sus hijos es un aspecto del derecho a la educación que tiene aplicación inmediata.

No obstante, la eficacia diferida o aspecto prestacional de los derechos sociales, económicos y culturales no puede significar su postergación indefinida o su falta de exigibilidad, pues conforme al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), los Estados están obligados a adoptar medidas, de forma progresiva, para lograr la plena efectividad de estos derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que «Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos [...] ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población» (STC 2945-2003-AA/TC, FJ.12 y STC N<sup>a</sup> 2016-2004-AA/TC, FJ.11).

- c) Afirmaciones políticas y definiciones constitucionales. Existen también en las constituciones otros enunciados que carecen propiamente de valor normativo pero que coadyuvan a la interpretación de la constitución. Estos son:
- Afirmaciones políticas: explicitan los valores superiores o la fórmula política de la Constitución o, en otras palabras, la ideología en que se sustenta (Lucas Verdú, 1986, p. 545). Encontramos expresiones de este tipo en nuestra Constitución en el art. 43º, primer párrafo: «La República del Perú es

democrática, social, independiente y soberana», o en el art. 45º, primer párrafo: «El poder emana del pueblo».

- Definiciones constitucionales: a diferencia de las afirmaciones políticas, poseen ciertos efectos jurídicos, pues vinculan al intérprete. Generalmente se refieren a la parte orgánica, a la estructura del Estado (Lucas Verdú, 1986, p. 545). Ejemplo de estas son las enunciadas en el art. 43º, tercer párrafo, que señala que el gobierno del Perú es «unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes»; y, en el artículo 188º que sostiene que «La descentralización es una forma de organización democráticas y constituye una política permanente de Estado de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país».

### 3.3. El bloque de constitucionalidad

La constitución no es una norma exhaustiva, a la manera de un código que regula todas las materias referidas a un sector del ordenamiento jurídico. Por un lado pretende regular todos los aspectos esenciales que tienen que ver con la organización y funcionamiento del Estado, así como el enunciado de los derechos fundamentales de las personas, a fin de sustraer esos temas al decisionismo legislativo; por otro lado, requiere configurarse como una norma abierta, compatible con el principio democrático que atribuye al legislador la facultad de configurar el ordenamiento jurídico y albergar nuevas lecturas e interpretaciones de su texto que garanticen su estabilidad y perdurabilidad. Esto determina que no todas las materias reguladas en la constitución lo sean de forma completa o total, e incluso que esta remita su regulación a la ley ordinaria, acaso con alguna orientación muy general.

De este modo surge la necesidad de que el texto constitucional sea completado con otras normas que pertenezcan al dominio de la ley ordinaria. Un caso típico, al que se refiere expresamente nuestra

Constitución, es el de las leyes orgánicas, a las que remite para definir y establecer la organización y funciones de poderes (Poder Judicial), instituciones constitucionales (Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Tribunal Constitucional), gobiernos locales (municipalidades) etcétera. Estas leyes requieren ser aprobadas o modificadas con el voto conforme de más de la mitad del número legal de los miembros del Congreso. Por otro lado, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución indica que «Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional». Alude esta disposición como leyes prioritarias a las normas sobre descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencia de servicios públicos. Sin embargo, no establece un requisito de mayoría absoluta para la aprobación de estas leyes.

Se considera que las leyes orgánicas y aquellas otras que regulan materia constitucional integran el denominado «bloque de constitucionalidad», el cual está conformado por aquellas normas que sirven como parámetro para juzgar la constitucionalidad de las leyes. Lo peculiar de esta situación reside en el hecho de que las normas integrantes del «bloque» son leyes ordinarias igual que las sometidas al control constitucional, sin embargo sirven como parámetro para apreciar la constitucionalidad de estas. Ello sucede —cuando menos en el ordenamiento jurídico peruano— en razón de la materia regulada por la ley integrante del bloque, tal como se desprende del artículo 79º del Código Procesal Constitucional que establece lo siguiente: «Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

El Tribunal Constitucional, ha señalado que «Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines,

estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos»<sup>3</sup>. En esta dirección, también ha indicado que el bloque de constitucionalidad está conformado por el conjunto de normas que sirve para juzgar los vicios de constitucionalidad de una norma, precisando que, a tal efecto, se utiliza como canon interpretativo las normas constitucionales y, en razón de desarrollar su contenido, diversos tipos de normas<sup>4</sup>.

Entre las normas que integran el bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional considera que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú ocupan un lugar preeminente. El artículo 3 de la Constitución contiene una cláusula abierta conforme a la cual el enunciado de los derechos fundamentales no se agota con los que son enumerados en su artículo 2 ni en otros preceptos de la misma, sino que comprende otros derechos de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre y en otros principios constitucionales. De este modo, concluye que los derechos contenidos en los referidos tratados conforman, necesariamente, el bloque de constitucionalidad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 0013-2003-CC.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 3330-2004-AA/TC.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. En esta sentencia se afirma, en relación al enunciado contenido en el artículo 3<sup>a</sup> de la Constitución, que «Los derechos de naturaleza análoga» pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudieran identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza constitucional» (fundamento jurídico 30).

### 3.4. Interpretación de la Constitución

La Constitución es norma jurídica y, como tal, puede ser interpretada utilizando los métodos tradicionales de interpretación de las normas jurídicas, esto es: i) el método gramatical o literal, ii) el método histórico, iii) el método sistemático y iv) el método teleológico.

Sin embargo, la Constitución es una norma singular que cumple una función única en el ordenamiento jurídico, razón por la cual la interpretación de sus normas requiere de la aplicación de determinados principios que garanticen la preservación de su carácter de norma abierta y, de esta manera, su perdurabilidad y estabilidad. Estos principios son los siguientes: principio de unidad de la Constitución, principio de concordancia práctica y principio de fuerza normativa.

- a) Principio de unidad de la Constitución. La interpretación de la Constitución requiere que esta sea apreciada como un todo, como una unidad, desechando la interpretación aislada de sus preceptos que no considera su conexión con los demás de la misma Ley Fundamental, especialmente con aquellos que expresan las decisiones fundamentales de esta.
- b) Principio de concordancia práctica. La labor interpretativa no debe llevar al sacrificio de una norma en beneficio de otra, debiendo recurrirse a la técnica de la ponderación, con el objeto de preservar, en la medida de lo posible, la vigencia y sentido de ambas.
- c) Principio de fuerza normativa. Toda interpretación del texto constitucional ha de tener presente que sus normas poseen fuerza normativa, por lo que deben preferirse las soluciones que preserven y fortalezcan esta eficacia.

#### 4. ESTABLECIMIENTO O «CREACIÓN» DE LA CONSTITUCIÓN: «CUÁNDO»

La cuestión relativa al establecimiento o creación de la Constitución solo tiene sentido en relación a la Constitución formal, pues la constitución consuetudinaria carece de un momento de creación, puesto que su formación se da a lo largo del tiempo a través de la conformación de tradiciones o costumbres.

##### 4.1. El «momento constituyente».

##### ¿Cuándo se produce la creación de la Constitución?

Atendiendo al momento histórico en el cual aparece la necesidad de crear una constitución, se puede afirmar que existen dos momentos en los cuales se crea la constitución:

##### 4.1.1. *Cuando se funda o nace el Estado*

El nacimiento o formación de un Estado es un momento natural para la creación de la primera constitución del Estado. En el Perú, tras la independencia de España la nueva república adoptó su primera Constitución en 1823. Lo mismo ocurrió en los demás países latinoamericanos.

En los siglos XX y XXI, ya constituidos la mayor parte de Estados que integran la comunidad mundial, este supuesto es mucho menos frecuente. Sin embargo, en África los procesos de descolonización desarrollados alrededor de 1960, así como los que tuvieron lugar en América —en la región de las Antillas y Caribe— y en Asia, condujeron a la formación de nuevos Estados soberanos que, naturalmente, adoptaron su constitucional inicial. Otros casos relevantes, en tiempos recientes, han sido la creación de los nuevos Estados de Eslovenia, Croacia, Serbia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina, tras la disolución de Yugoslavia durante la década de 1990. También se dieron recientemente los casos de Namibia (África) en 1990,

Timor Oriental (Asia) en 2002, Montenegro (ex-Yugoeslavia) en 2006, Kosovo (ex-Yugoeslavia) en 2008 y Sudán del Sur (África) en el año 2011.

#### *4.1.2. Cuando se cambia el régimen político (la forma del Estado o la forma del gobierno)*

Más frecuente es el supuesto en el que la creación de una constitución se justifica por la necesidad de cambiar profundamente el régimen político del Estado. En este caso existe una constitución que rige el Estado, pero se toma la decisión de sustituirla por otra, que por lo general obedece a otros principios u orientación y establece cambios radicales en el régimen político. Por ello, dice Hauriou que «[...] equivale a una renovación de la fundación del Estado [...]» (Hauriou, 1971, p. 309) y Burdeau anota que la nueva constitución se da «Para establecer las instituciones de un Estado cuya Constitución ha sido revolucionariamente derrocada» (Burdeau, 1981, p. 109). De este modo, la nueva constitución viene a establecer una nueva legitimidad política en el Estado.

Algunos ejemplos nos permiten ilustrar esta situación: Portugal (1976) y España (1978) adoptaron constituciones democráticas tras el fin de dictaduras de corte fascista; Ecuador (1978), Perú (1979), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988) y Paraguay (1992) aprobaron nuevas constituciones al caer las dictaduras militares que los gobernaban y retornar a la democracia; Grecia (1975) aprobó una constitución que abolió la monarquía y estableció la república; Sudáfrica (1994) estableció la constitución que puso fin al apartheid; Rumania (1991) y Rusia (1993) establecieron el régimen democrático luego de la caída del comunismo, como sucedió en otros países de Europa del Este (Polonia, Hungría, República Checa, Ucrania, etcétera); Venezuela (1999) estableció una constitución inspirada en la idea del «socialismo del siglo XXI», al igual que lo han hecho Ecuador (2008) y Bolivia (2009), orientados por la misma idea. Un propósito modernizador impulsó la adopción de la constitución de Colombia de 1991, para sustituir a la antigua constitución de 1886.

No se puede decir lo mismo del cambio de la Constitución peruana de 1979 por la de 1993, pues salvo la introducción de algunos cambios para favorecer el autoritarismo del régimen, la modificación del régimen económico y la supresión o debilitamiento de algunos derechos sociales, esta última no significó una transformación profunda del régimen político.

#### 4.2. Poder constituyente: ¿quién debe crear la Constitución?

El poder constituyente «es el poder creador del Estado» (Burdeau, 1981, p. 109). A él corresponde establecer la Constitución. Pero, antes de ver quién es el titular del poder constituyente, analizaremos las características de este y sus diferencias con el «poder constituido».

El poder constituyente puede definirse como un poder originario, extraordinario y absoluto.

- a) Originario: porque su fuente radica en él mismo y no en ningún otro poder. El poder constituyente no deriva ni encuentra fundamento en el poder vigente ni en el orden jurídico establecido. Es, dice Maurice Hauriou «[...] una apelación al derecho revolucionario» (1927, p. 311), por lo cual no puede estar basado en el derecho vigente. El poder constituyente opera frente a la ruptura de la continuidad del derecho del Estado, con la finalidad de establecer un derecho nuevo sobre fundamentos distintos, razón por la cual su poder para dar la Constitución no puede estar basado en la anterior ni derivar de esta. Se trata, en último análisis, de una expresión de la soberanía.
- b) Extraordinario: este poder solo aparece y actúa en circunstancias excepcionales de la vida de un pueblo, precisamente aquellas que ya mencionamos: cuando nace el Estado o se requiere cambiar profundamente el régimen político de este. Por ello, su única función es la de establecer la Constitución que ha de regir, en adelante, la vida del Estado y de la sociedad.

- c) Absoluto: en el sentido de no estar limitado ni regulado por el derecho vigente, gozando de libertad total para establecer las normas del nuevo ordenamiento constitucional, las mismas que plasmarán en este las creencias que han impulsado la abolición del orden vigente y son el fundamento de nuevos criterios de legitimidad. En este sentido, el poder constituyente es un poder «creador» y no «creado», cuya tarea creadora no está sujeta a otros límites que no sean los que emanan de las convicciones o creencias predominantes en la comunidad en el preciso momento histórico en que se produce el cambio constitucional. Sin embargo, en los tiempos actuales el ordenamiento internacional, especialmente los tratados referidos a los derechos humanos, opera como un marco-límite al ejercicio del poder constituyente.

Estas características permiten diferenciar nítidamente al poder constituyente del poder constituido, el cual, por oposición al primero es un poder derivado, porque nace de la Constitución que fija sus competencias; ordinario, porque actúa permanentemente rigiendo la vida del Estado; y limitado, porque está sometido al derecho vigente al ser un poder «creado» y no «creador».

#### **4.3. Titularidad del poder constituyente.**

##### **¿Quién es el titular del poder constituyente?**

Como se ha dicho, el poder constituyente es distinto al poder constituido, razón por la cual no puede radicar en los órganos e instituciones que detentan el poder ordinario del Estado.

La creación de la constitución solo puede, por ello, atribuirse a la comunidad que se encuentra en la base del Estado. Es esta quien debe, en las circunstancias excepcionales de un proceso constituyente, adoptar las decisiones fundamentales sobre la forma del Estado y del gobierno, así como sobre las libertades y derechos que se reconocen y que protegen a las personas.

En los tiempos de la Revolución Francesa se atribuyó el poder constituyente a «la nación», teoría que ha perdurado por mucho tiempo y que identifica a la nación con las personas que forman parte del Estado. Hoy en día, superados antiguos debates, existe consenso en afirmar que en una sociedad democrática el poder constituyente corresponde al pueblo, pues es este el que, de hecho, mediante los procedimientos que establezca, adoptará las decisiones políticas fundamentales que llevarán a la conformación de la constitución.

El pueblo, sin embargo, no es necesariamente una unidad. Por el contrario, está integrado por diversas fuerzas sociales y políticas que, a la hora del proceso constituyente participan en este representando intereses e ideologías distintas. Por ello, con criterio realista, Loewenstein afirma que la Constitución expresa «la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que intervienen en su nacimiento tal como están representadas a través de los partidos políticos» (1976, p. 163).

En una sociedad democrática, el pluralismo ideológico, social, y político se refleja, necesariamente, en el proceso constituyente, determinando que la constitución sea el producto de un equilibrio entre las distintas fuerzas sociales y políticas y no la imposición de un grupo dominante. Dado que la constitución debe ser una norma para el conjunto de la sociedad, y no solo para una parte de esta, el hecho de que su contenido normativo exprese la diversidad social y política que existe en aquella debe considerarse un factor positivo que contribuye a la estabilidad de la propia constitución y del régimen político.

#### **4.4. Ejercicio del poder constituyente: ¿cómo se crea la Constitución?**

Establecido que el poder constituyente reside en el pueblo, se plantea la cuestión relativa a la forma o modo en que este puede ejercer, efectivamente, dicho poder.

En los Estados actuales, incluso en los de menores dimensiones demográficas, y considerando únicamente como posibles actores del proceso

constituyente a los ciudadanos —esto es, a los mayores de edad—, el pueblo está conformado por un número muy amplio de personas cuya posibilidad de reunirse y deliberar en conjunto es prácticamente inexistente. Y, aún en el caso de que ello fuera posible, la elaboración de un texto constitucional requiere realizar estudios, análisis, debatir sobre cuestiones complejas y trascendentes, lo cual difícilmente puede ser realizado por una muchedumbre, aunque esta pudiera congregarse en algún lugar. Por eso, la experiencia histórica de los procesos constituyentes ha permitido establecer un elenco de procedimientos viables y efectivos para elaborar una constitución con rigor y seriedad sin, por ello, dejar de tener como fuente de la norma al pueblo.

En la siguiente exposición nos referiremos únicamente a los procedimientos propios de la democracia, dejando de lado otros como los de las constituciones otorgadas o pactadas que tuvieron lugar en el período de transición de la monarquía absoluta a la democracia.

#### *4.4.1. Procedimientos representativos o indirectos*

Estos procedimientos están fundados en la idea de la representación, propia de la democracia actual. En tal virtud, la aprobación de la constitución es efectuada por asambleas o cuerpos de representantes elegidos por el pueblo.

- a) Convención, Congreso o Asamblea Constituyente. En este procedimiento, el pueblo elige representantes para conformar un órgano colegiado que tiene a su cargo elaborar y aprobar la constitución. Las expresiones «convención constituyente», congreso constituyente» y «asamblea constituyente» utilizadas habitualmente para designar a este órgano, son sinónimas y su empleo corresponde a las tradiciones de cada Estado.

La asamblea, convención o congreso constituyente presenta las siguientes características:

- Redacta y aprueba la Constitución. No se requiere otra formalidad para la validez jurídica de esta, la cual una vez sancionada por la asamblea entra en vigor.
- Es un órgano exclusivamente constituyente. Por tanto, no ejerce el poder legislativo ordinario, salvo por excepción.
- Es extraordinaria. Está conformada por representantes extraordinarios, los cuales una vez aprobada la constitución cesan en su representación, quedando disuelta la asamblea.

Este es hoy en día el procedimiento más frecuente. Mediante este procedimiento se han aprobado algunas de las más importantes constituciones del mundo, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Estado	Año	Órgano constituyente	Vigencia
Estados Unidos	1787	Convención	Rige
Francia	1791, 1848, 1875 y 1946	Asamblea	No rigen
Francia	1793, 1795	Convención	No rigen
Alemania	1919	Asamblea	No rige
México	1917	Congreso	Rige
Italia	1947	Asamblea	Rige
Colombia	1991	Asamblea	Rige
Brasil	1988	Asamblea	Rige
Paraguay	1992	Convención	Rige
Rumanía	1991	Asamblea	Rige
Venezuela	1999	Asamblea	Rige
Perú	1823, 1828, 1867, 1933 y 1993	Congreso	Rige la de 1993
Perú	1834, 1856	Convención	No rigen
Perú	1979	Asamblea	No rige

b) Parlamento o Asamblea Legislativa con poderes constituyentes. Este es un supuesto de excepción en el que un órgano del poder constituido, como lo es el Parlamento o Congreso, aprueba la Constitución. Precisamente, por tratarse de un poder constituido se requiere que este órgano sea investido por el pueblo con facultades constituyentes. El otorgamiento de estas facultades es esencial porque el Parlamento no es titular del poder constituyente.

Un caso ilustrativo es el de España tras la muerte del dictador Franco. El referéndum del 15 de diciembre de 1976 encargó a las Cortes Españolas —elegidas el 15 junio de 1977— elaborar un proyecto de Constitución, el cual fue finalmente aprobado por el referéndum del 6 de diciembre de 1978.

En el Perú, los congresos nacionales de 1839, 1860 y 1919 interpretaron ser depositarios de facultades constituyentes y sancionaron las constituciones de 1839, 1860 y 1920.

#### ***4.4.2. Procedimientos participativos o directos: referéndum constituyente***

Esta clase de procedimientos se caracteriza por la intervención directa del pueblo en el proceso constituyente a través de alguna de las siguientes modalidades de referéndum:

- a) Referéndum integrativo. Este referéndum se caracteriza por actuar de manera complementaria con una asamblea constituyente o con el parlamento investido del poder constituyente, de modo tal que el proceso constituyente comprende a ambos. Presenta, a su vez, dos modalidades que se diferencian en razón del momento en el que tiene lugar el referéndum:
  - Programático: el referéndum se realiza en un momento previo a la elaboración de la Constitución por la Asamblea Constituyente y tiene por objeto adoptar ciertas decisiones

políticas fundamentales sobre las cuales esta debe redactar el texto constitucional.

Un ejemplo relevante es el de Italia, donde en la fecha de la elección de la asamblea constituyente, el 2 de junio de 1946, tuvo lugar simultáneamente el referéndum para decidir entre la subsistencia de la monarquía o el establecimiento de la república. Esta última opción triunfó, y la asamblea constituyente plasmó esta situación en la nueva constitución. Situaciones similares ocurrieron en Bulgaria con el referéndum del 8 de septiembre de 1946 y en Grecia mediante el referéndum del 8 de diciembre de 1974.

En el Perú, en 1919 mediante un referéndum se aprobó introducir diecinueve reformas a la Constitución de 1860, hecho que sirvió de pretexto al Congreso para considerarse investido del poder constituyente y aprobar la Constitución de 1920.

- Deliberativo o sucesivo: el referéndum tiene lugar después de que la asamblea ha elaborado y aprobado la Constitución, con el propósito de sancionarla definitivamente. En este caso, el proceso constituyente tiene dos momentos: la elaboración de la constitución por la asamblea y el referéndum para su aprobación o rechazo.

En Francia, el 5 de mayo de 1946 un referéndum rechazó el proyecto de la asamblea constituyente, pero el 13 de octubre del mismo año otro referéndum aprobó el elaborado por una nueva asamblea.

Han sido aprobadas mediante referéndum integrativo deliberativo las actuales constituciones de España (1978), Perú (1993) Rumania (1991), Polonia (1997), Rusia (1993), Venezuela, (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> También las de Estonia (1992), Lituania (1992), Albania (1992 y 1998) y Bielorrusia (1996).

b) Referéndum autónomo: esta clase de referéndum se caracteriza por tener lugar sin la existencia previa de un proyecto elaborado por una asamblea constituyente o el parlamento. La consulta al pueblo se hace sobre un proyecto elaborado por el gobierno. Es un procedimiento propio de regímenes autoritarios o dictaduras para investirse de una constitución semántica.

En Francia la Constitución de 1799, que inició el régimen bonapartista, fue sancionada por referéndum tras ser elaborada por una comisión *ad-hoc*. Igualmente lo fue la de 1804, que estableció el Imperio, y de la misma manera la Constitución de marzo de 1852 y su reforma de noviembre del mismo año, que estableció el Segundo Imperio. Siguiendo este modelo se aprobó la actual Constitución de Chile el 11 de setiembre de 1980.

## 5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### 5.1. Necesidad de la reforma constitucional

Las constituciones no son normas perfectas y, aunque tienen vocación de permanencia, tampoco son eternas. Los cambios sociales, políticos y culturales de las sociedades exigen que sus normas, y entre estas la Constitución, también cambien para adecuarse a aquellos y evitar así el divorcio entre norma y realidad. De allí la necesidad de que existan mecanismos adecuados que permitan la reforma de la Constitución cuando ello sea necesario.

La creación de la Constitución, como se ha dicho, es atribución exclusiva del poder constituyente, que es un poder extraordinario que emerge en momentos excepcionales de la vida de un Estado. Por ello, en principio, la reforma, modificación y, por cierto, la revisión total de la Constitución es atributo del Poder Constituyente y no de los poderes constituidos.

Sin embargo, la necesidad de posibilitar la reforma constitucional, haciendo más accesible el mecanismo jurídico para ello, ha llevado a las

constituciones a prever procedimientos de reforma constitucional a cargo del poder legislativo, sin tener que acudir a la convocatoria del poder constituyente. Ello ha permitido a la doctrina distinguir entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

## 5.2. Poder constituyente originario y derivado

- a) Originario. Es el poder extraordinario al que corresponde la creación de la constitución. Como se ha señalado, se ejerce mediante asambleas o congresos constituyentes y, también, mediante el referéndum constituyente.
- b) Derivado. Es el poder reformador de la constitución, ejercido por el Parlamento, cuando esta facultad le es atribuida expresamente por aquella, por lo cual no cabe deducirla si no existe una norma constitucional que conceda dicha facultad. Para realizar la reforma, la constitución impone a este poder límites formales referidos al procedimiento conforme al cual debe aprobarse y, a veces, límites materiales, atinentes al contenido de ciertas normas constitucionales.

## 5.3. Iniciativa de la reforma constitucional

Como lo señala Loewenstein (1976, p. 172) es una exigencia ideológica del Estado constitucional democrático que la iniciativa para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder sino que esté lo más distribuida posible entre gobierno, parlamento y pueblo.

De este modo, la regla general es que la iniciativa para la reforma constitucional esté atribuida a los poderes legislativo y ejecutivo.

Sin embargo, algunas constituciones reconocen el derecho al pueblo a través de la denominada iniciativa popular, como es el caso de nuestra Constitución, que establece que tienen derecho a esta iniciativa un número de ciudadanos equivalente al 0,3% de la población electoral. También reconocen la iniciativa popular en materia de reforma constitucional Suiza, Colombia, Paraguay, Rumania y Uruguay.

#### 5.4. Titularidad y ejercicio del poder reformador

En esta materia, de la misma manera que en la creación de la Constitución, también podemos distinguir entre procedimientos representativos o indirectos y procedimientos participativos o directos.

##### 5.4.1. *Procedimientos representativos o indirectos*

a) El Parlamento o Congreso (poder constituyente derivado). La titularidad del poder de reforma de la Constitución corresponde al Parlamento o Congreso siempre que aquella se lo atribuya expresamente. Por razones prácticas, dado lo complejo que sería convocar al poder constituyente para aprobar enmiendas a la Constitución, este es el procedimiento que la mayoría de constituciones han adoptado.

Sin embargo, el Parlamento debe ejercer esta facultad sujeto a estrictos límites formales que las propias constituciones establecen, los cuales se traducen en un procedimiento especial, distinto al que deben seguir para la aprobación de las leyes ordinarias. Estos procedimientos especiales se caracterizan por su mayor complejidad y dificultad, la cual se justifica en la necesidad de evitar que simples mayorías partidarias puedan modificar la Constitución según su conveniencia política. Por esta razón, los requisitos más frecuentes exigidos para la reforma constitucional son los siguientes:

- Aprobación por mayoría absoluta o calificada. Es frecuente exigir que la ley de reforma constitucional sea aprobada por una mayoría absoluta (superior a la mitad de los representantes) o calificada, siendo en este caso muy frecuente establecer su aprobación por 2/3 (Estados Unidos, Alemania) o 3/5 (España), de los representantes.
- Aprobación en doble votación. Este requisito consiste en exigir que la reforma sea votada dos veces en el Parlamento, generalmente con un intervalo no demasiado breve que permita

la intervención de la opinión pública, a fin de evitar la aprobación sorpresiva de una reforma constitucional. Por ejemplo, la Constitución italiana establece un intervalo no menor a tres meses entre la primera y la segunda votación y la Constitución peruana de 1979 dispuso que la aprobación tuviera lugar en dos primeras legislaturas ordinarias sucesivas<sup>7</sup>.

- Ratificación por los Estados miembros del Estado Federal. En los Estados Federales, como Estados Unidos, puede establecerse el requisito, como lo señala la constitución de ese país, de que la segunda votación o ratificación corresponda a los Estados que integran la Unión, exigiéndose que las tres cuartas partes de los mismos ratifiquen la reforma.

Estas fórmulas u otras semejantes pueden aplicarse de forma conjunta o no, según el criterio adoptado por cada constitución.

- Convención o Asamblea Constituyente. La hipótesis en la que solo el poder constituyente originario puede reformar la Constitución se presenta cuando esta no ha atribuido al Parlamento el poder constituyente derivado o no lo excluye como alternativa. Son muy pocas las constituciones que siguen este camino.

En los Estados Unidos la convocatoria a una Convención Constituyente es una alternativa que solo procede a petición de las dos terceras partes de las legislaturas de cada Estado (art. V).

La Constitución argentina (1853, art. 30º) no otorga al Congreso el poder de reforma, y establece la convocatoria a una Convención Constituyente para este objeto. En 1994 se reunió la más reciente convención y aprobó una amplia reforma de dicha constitución.

---

<sup>7</sup> La primera legislatura se inicia el 27 de julio y concluye el 15 de diciembre de cada año, en tanto que la segunda se inicia el 1º de marzo y termina el 15 de junio.

### 5.4.2. *Procedimientos directos o participativos*

Estos procedimientos se emplean siempre de manera complementaria a la aprobación de la reforma por el Parlamento, pues en el Estado constitucional el órgano legislativo no puede ser ignorado, salvo los casos en que no tenga atribuido el poder constituyente derivado. El objeto de estos procedimientos es posibilitar la participación directa del pueblo en la reforma constitucional, razón por la cual esta participación solo puede canalizarse a través del referéndum, el cual puede ser obligatorio u opcional.

- a) Referéndum obligatorio. En los países que establecen un referéndum obligatorio para sancionar la reforma constitucional, este representa una parte esencial e ineludible del proceso de aprobación de esta. Ello quiere decir que la reforma constitucional tiene dos etapas: su elaboración y aprobación por el Parlamento; y su ratificación mediante referéndum. Suiza, Rumanía, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Dinamarca se encuentran entre los Estados que establecen esta clase de referéndum para la reforma constitucional.
- b) Opcional u alternativo. En este caso, la Constitución no incluye el referéndum como una etapa necesaria del procedimiento para su reforma pero este puede tener lugar a solicitud de una parte de la población o de los integrantes de ciertos órganos del Estado, o funcionar como parte de un procedimiento alternativo.

Así, en Italia y Colombia puede convocarse por iniciativa popular o, en el caso de Italia, también a petición de cinco gobiernos regionales o un quinto de los miembros de una cámara del Parlamento. En España procede a petición del 10% de los miembros de cualquiera de las cámaras del Parlamento.

Como procedimiento alternativo el referéndum es una opción que el Parlamento puede descartar en caso de que se apruebe la reforma con una determinada mayoría.

Así, en Francia hay 2 alternativas: aprobación por ambas Cámaras y ratificación por referéndum; o aprobación del proyecto remitido por el presidente de la república por 3/5 de los votos emitidos por los miembros de las dos cámaras reunidos en Congreso, en cuyo caso no se requiere referéndum.

En el Perú, la constitución vigente establece un procedimiento parecido según el cual la reforma debe aprobarse por el Congreso (unicameral) con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ser ratificada mediante referéndum, pero este puede omitirse en caso de que la reforma sea aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación a favor, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

## 5.5. Límites materiales de la reforma constitucional

Hemos visto los límites formales o de procedimiento a que está sometida la reforma constitucional, los mismos que constituyen requisitos indispensables para su validez. Corresponde ahora preguntarse si, además, existen límites materiales, esto es si ciertos contenidos de la constitución son irreformables por el legislador aún cuando este observe estrictamente el procedimiento establecido para la reforma.

### 5.5.1. Límites expresos

El derecho constitucional comparado permite señalar que algunas constituciones establecen esta clase de límites:

- a) Disposiciones o contenidos intangibles o «pétreos». Son disposiciones o materias cuya modificación está prohibida expresamente por el propio texto constitucional. Se refieren a principios o decisiones fundamentales, como la adopción del régimen republicano, el cual no puede ser abolido según las constituciones de Italia, Francia, Alemania y Rusia; o la estructura federal del Estado en la Constitución de Alemania. La Constitución peruana de 1933 estableció

la prohibición de reformar el artículo 142º, que establecía la no reelección inmediata del presidente de la república.

Sin embargo, esta clase de normas lo que realmente hacen es dificultar la reforma pero no impedir la definitivamente, porque al tener todas las normas constitucionales igual jerarquía estas podrían ser suprimidas mediante una reforma constitucional para, una vez eliminada la prohibición, proceder a la reforma de la norma antes intangible o pétrea. Por ello, se considera que su valor es principalmente político, pues destaca aquellas decisiones del constituyente que poseen un valor político especial (Biscaretti di Ruffia, 1982, p. 282).

- b) Plazo de espera. La Constitución prohíbe su revisión o la de determinadas normas de ella por un período de tiempo. El objeto de estas normas es permitir a la constitución aplicarse y consolidarse antes de proceder a su reforma. Las vigentes constituciones de Portugal, Paraguay y Grecia establecieron esta clase de plazos, con distinta duración.

### *5.5.2. Implícitos o inmanentes*

Cuando no existen en la constitución límites materiales expresos, en particular disposiciones intangibles o pétreas, cabe plantear si a pesar de ello existen límites materiales implícitos o inmanentes que impiden al legislador ordinario reformar determinados contenidos del texto constitucional.

Al respecto, hay que tener en cuenta que en la Constitución están plasmadas un conjunto de decisiones políticas fundamentales relativas a la forma del Estado, el régimen de gobierno, los derechos fundamentales etcétera, al lado de las cuales coexisten normas de organización u otras de diversa índole, que son incluidas en aquella para dar estabilidad a determinadas instituciones pero que no son determinantes para configurar la estructura básica de la Constitución.

Una modificación de aquellas decisiones fundamentales —por ejemplo el retorno a la monarquía de un Estado que optó por la república, la sustitución del régimen presidencial por el parlamentario o la abolición de la estructura federal para implantar un Estado unitario— implica, en el fondo, el cambio de la constitución, no su reforma, aunque las normas que se modifican sean solo, formalmente, una parte de aquella. Por ello debe considerarse que el legislador ordinario no puede reformar esas decisiones fundamentales establecidas por el poder constituyente, por lo que el poder reformador debe operar únicamente respecto de aquellas normas que no corresponden a tales decisiones. Al respecto, el Tribunal Constitucional afirma la existencia de límites materiales implícitos, los cuales «[...] son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado» (STC 014-2002-AI/TC, FJ.76 y 00050-2004-AI/TC, FJ. 33). También agrega el TC lo siguiente: «En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales» (STC 014-2002-AI/TC, FJ.77).

En consecuencia, las decisiones políticas fundamentales de la constitución representan límites materiales implícitos de la reforma constitucional, excluidos del ámbito de esta. El cambio de tales decisiones solo puede tener lugar en el contexto de un proceso constituyente que signifique la creación de una nueva constitución.

## 6. PREGUNTAS

1. Indique las características de la constitución «formal».
2. ¿Qué clase de normas comprende la constitución?
3. ¿Cuáles son los rasgos que tipifican al «poder constituyente»?
4. ¿Existen límites materiales para la reforma constitucional?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 4

### LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

Uno de los contenidos esenciales de toda Constitución es la organización del Estado, razón por la cual la estructura del aparato estatal se encuentra trazada en aquella, cuando menos en sus rasgos principales.

Dicha estructura puede establecerse con arreglo a dos criterios distintos pero complementarios: criterio funcional y criterio territorial.

#### **1. DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL DEL PODER. LAS FUNCIONES Y LOS ÓRGANOS DEL ESTADO**

El poder del Estado, único y general, se desarrolla y concretiza a través de diversas actividades de distinta naturaleza, las cuales se manifiestan o representan bajo la forma de funciones, las cuales se pueden analizar y clasificar aplicando distintos criterios.

##### **1.1. Criterio material u objetivo**

Se refiere exclusivamente al contenido de la actividad realizada por el Estado, el cual permite distinguir las siguientes funciones: legislativa, ejecutiva o de gobierno, y jurisdiccional.

- a) Legislativa: es la actividad por la cual el Estado establece las normas del ordenamiento jurídico que rige la sociedad.

- b) Ejecutiva o de gobierno: es la actividad que realiza el Estado para dirigir a la sociedad hacia el logro de ciertos fines, garantizar la convivencia social y solucionar los problemas de la vida cotidiana. No se limita a la ejecución de las leyes, aunque su acción se desarrolla en el marco establecido por estas.
- c) Jurisdiccional: esta actividad el Estado de un lado asegura la vigencia y respeto del ordenamiento jurídico sancionando a sus infractores, y de otro lado resuelve los conflictos entre sujetos privados.

## 1.2. Criterio orgánico o subjetivo

Este criterio se refiere a la distribución de las mencionadas funciones entre diversos poderes u órganos del Estado.

A diferencia del criterio material y objetivo, este criterio recién aparece con el surgimiento del Estado de derecho, el cual se basa en el principio de separación de poderes.

- a) Origen histórico. El principio de separación de poderes encuentra su origen histórico en el desarrollo del Parlamento y el régimen representativo en Gran Bretaña. El Parlamento inglés se formó a partir de 1265 pero recién en el siglo XVII, entre la Revolución de 1688 y el ascenso de los Orange al trono, se consolida como un poder autónomo que sirve de contrapeso a la monarquía.
- b) Fundamento ideológico. El principio de la separación de poderes fue formulado por Locke en su obra *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690) y Montesquieu lo fundamentó y consagró en *Del espíritu de las leyes* con su célebre apotegma «Que el poder controle al poder» (1748).

Constituye el principio fundamental del constitucionalismo liberal, que distingue los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Nuestra Constitución lo reconoce expresamente en el artículo 43°. El objetivo de Locke y Montesquieu era asegurar la libertad individual mediante su afirmación y protección del absolutismo monárquico,

que concentraba en sí todos los poderes y no se encontraba sujeto a control alguno. El último de estos autores explicita este propósito al afirmar que «Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente» (Montesquieu, 1987, p. 104). Y agrega: «Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares» (p. 104).

La separación de poderes implica, por consiguiente, la eliminación del absolutismo, y de cualquier forma nueva de autoritarismo, mediante la distribución del poder estatal en tres poderes (propriadamente «órganos») que se controlan y limitan recíprocamente. Por ello, en un sentido amplísimo, puede sostenerse que representa la garantía de la libertad individual.

La evolución experimentada por el Estado de derecho lleva a considerar que la separación de poderes debe entenderse actualmente como una distinción antes que como una separación rígida, pues se admite que los poderes, en especial el Legislativo y el Ejecutivo, deben colaborar en la tarea de gobernar a la sociedad como sucede en el régimen parlamentario.

### 1.3. Criterio formal

Se refiere a las formas típicas adoptadas para los actos de los diversos poderes, es decir a su forma de exteriorizarse o manifestarse.

De esta manera, la norma emanada del órgano legislativo se denomina ley; las normas y decisiones del gobierno se expresan en decretos (ordenanza, orden, etcétera); y las decisiones judiciales se manifiestan mediante las sentencias.

Este criterio permite identificar por su forma de exteriorizarse la fuente de los actos del Estado: así ley es la norma aprobada por el Parlamento, pero la norma expedida por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas delegadas es un decreto legislativo.

### Cuadro resumen de las funciones y órganos del Estado

Criterio material y objetivo	Criterio orgánico o subjetivo	Criterio formal
Función legislativa	Parlamento (Congreso)	Ley
Función de gobierno o ejecutiva	Gobierno o poder ejecutivo	Decreto (ordenanza/orden)
Función jurisdiccional	Poder judicial	Sentencia

La Constitución peruana, en el artículo 43, señala que el Estado «se organiza según el principio de separación de poderes», principio este que, por lo demás, ha regido siempre nuestra vida republicana. De esta manera, la Constitución, en su Título IV, referido a la «estructura del Estado», regula al Poder Legislativo (capítulo I), al Poder Ejecutivo (capítulo IV) y al Poder Judicial (capítulo VIII). A continuación, estudiaremos, en sus rasgos generales, los dos primeros (Legislativo y Ejecutivo) por ser los poderes políticos del Estado, en torno a los que se estructura el régimen de gobierno.

## 2. PODER LEGISLATIVO

El Parlamento es el órgano que ejerce la potestad legislativa en el Estado pero es también el órgano de control del gobierno. Estas son sus dos funciones principales, aunque no las únicas.

### 2.1. Funciones

#### 2.1.1. Legislativa

La función legislativa es la función original y típica del Parlamento. El artículo 102° de la Constitución señala que «Son atribuciones del

Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes».

El acto de producción normativa no es un acto aislado sino un procedimiento conformado por varias fases sucesivas:

a) Introdutoria. Corresponde a la iniciativa para proponer al Parlamento un proyecto de ley. La iniciativa se configura como un derecho o facultad de ciertos órganos o entidades, siendo la regla general atribuirle a los miembros del Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, como lo reconoce nuestra Constitución (art. 107°).

Sin embargo, algunas constituciones, como las de Italia, Suiza, Colombia y Perú, admiten la llamada «iniciativa popular», que atribuye el derecho de iniciativa en materia legislativa a un colectivo o agrupamiento de ciudadanos. En el caso del Perú este debe representar el 0,3% de la población electoral<sup>1</sup>. Nuestra Constitución también otorga el derecho de iniciativa legislativa al Poder Judicial, las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales, pero limitada a las materias propias de sus competencias.

b) Constitutiva. Esta fase corresponde a la deliberación y aprobación de la ley por el Congreso. Comprende, a su vez, dos momentos: su estudio y dictamen por una comisión dictaminadora y su aprobación por el Congreso en pleno. La Constitución (art. 105°) exige que todo proyecto de ley deba ser previamente dictaminado, salvo excepción prevista en el reglamento del Congreso<sup>2</sup>.

La aprobación de la ley está sujeta a diversos procedimientos y requisitos de mayoría, según la estructura del Parlamento y la materia de las leyes.

---

<sup>1</sup> Conforme lo establece el artículo 17° de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley 26300.

<sup>2</sup> El artículo 78° del Reglamento del Congreso establece que la dispensa de este requisito es acordada por la Junta de Portavoces con el voto que represente no menos de 3/5 de los miembros del Congreso.

En los parlamentos con bicameralismo perfecto (Italia, EE.UU.) el texto debe ser aprobado por ambas cámaras, pero cuando rige el bicameralismo imperfecto (Gran Bretaña, España, Alemania), el Senado solo tiene facultades de observación o veto relativo sobre el proyecto aprobado en la Cámara de Diputados o Representantes, prevaleciendo, en caso de mantenerse el diferendo, la decisión de esta última. En los parlamentos unicamerales, como el congreso peruano, la aprobación de la ley compete al pleno de este.

En el Congreso del Perú las leyes ordinarias o de materia común se aprueban por mayoría simple y se someten a una segunda votación no antes del séptimo día posterior a la primera<sup>3</sup>. Las leyes orgánicas deben aprobarse por la mayoría absoluta del número legal de los congresistas y doble votación. En cuanto a las leyes de reforma constitucional, estas se sujetan al procedimiento previsto en el artículo 206º de la Constitución, anteriormente explicado.

- c) Integradora de su eficacia. Para que la ley entre en vigencia no basta su aprobación por el Congreso; es necesario además que sea promulgada por el Jefe del Estado. La promulgación es el acto formal, no necesariamente solemne, por el cual el Jefe del Estado (monarca o presidente) rubrica la ley y ordena su publicación y cumplimiento. Según la Constitución peruana (art. 108º) el presidente de la república dispone de un plazo de quince días para promulgar una ley.

Dentro de dicho plazo, el Presidente puede presentar al Congreso observaciones sobre la totalidad o una parte de la ley. En este caso, si el Congreso reconsidera la ley con el voto favorable de más de la mitad del número legal de los congresistas, la promulgación

---

<sup>3</sup> Están exoneradas de este requisito, según el Reglamento del Congreso, la Ley de Presupuesto y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas y la aprobación de la Cuenta General de la República.

de aquella la efectúa el presidente del Congreso. Este, asimismo, promulga la ley cuando el presidente de la república no la ha promulgado vencido el plazo de quince días.

Una vez promulgada, la ley debe ser publicada en el diario oficial del Estado y entra en vigencia desde el día siguiente, salvo que la propia ley difiera su entrada en vigencia en todo o en parte (CPP, art. 109º). La publicación es requisito esencial para la vigencia de la ley y de toda norma del Estado (CPP, art. 51º).

### *2.1.2. Función de control o fiscalización*

El Parlamento tiene, además de la legislativa, una función de control o fiscalización del gobierno que ha ido cobrando cada vez más importancia como una expresión del sistema de equilibrios dentro del poder que caracteriza al Estado Constitucional. Esta función presenta dos modalidades o aspectos: el control político y el control jurídico o de legalidad.

#### *Control político*

El control político tiene por objeto juzgar la eficacia y oportunidad de las políticas, decisiones y actos de los gobernantes. Estos tienen una responsabilidad política ante el Parlamento por el contenido, la forma y los resultados de su gestión, la cual debe diferenciarse de la responsabilidad legal que pueden asumir cuando incurren en conductas contrarias a la ley. En la responsabilidad política, el parámetro desde el cual esta se aprecia es el criterio político del Parlamento, el cual como depositario de la representación popular ejerce la potestad de juzgar la actividad de quienes ejercen el gobierno. Los principales mecanismos que en los diversos sistemas se han empleado con este fin y que nuestra Constitución reconoce son los siguientes: las preguntas, la interpelación, las comisiones investigadoras y la invitación a informar.

- Las preguntas (CPP, art. 129º) tienen su origen en la práctica del Parlamento inglés en la cual los miembros de la Cámara de los Comunes pueden formular directamente preguntas a los ministros en una sesión parlamentaria. En el régimen parlamentario —en el cual los ministros suelen ser al mismo tiempo parlamentarios, gobierno y oposición— se encuentran permanentemente en el Parlamento, lo que favorece este mecanismo de control. En el caso peruano, que recién incorporó este procedimiento en la actual Constitución, se ha previsto el desarrollo de sesiones de control periódicas, a las que deben asistir el presidente del Consejo o, cuando menos, uno de los ministros para absolver las preguntas<sup>4</sup>.
- La interpelación, prevista en el artículo 131º de la Constitución, tiene origen en el constitucionalismo francés y se introdujo en la Constitución de 1860 (art. 103º). Es también un mecanismo de interrogación pero sujeto a requisitos formales más estrictos. La interpelación debe ser formulada por escrito, solicitada por no menos del 15% del número legal de congresistas (20) y aprobada por no menos del tercio del número de representantes hábiles. El Consejo de Ministros o el ministro interpelado deben concurrir obligatoriamente al Congreso para responder la interpelación, la cual no puede realizarse antes del tercer día ni después del décimo posterior a su admisión. Se trata, en rigor, de una facultad que se reconoce a favor de la oposición, razón por la cual no se exige para su aprobación el voto de la mayoría de los congresistas sino, tan solo, el del tercio de los congresistas hábiles, esto es, una minoría calificada.
- Comisión de investigación. El Congreso está facultado para investigar cualquier asunto de interés público, lo cual realiza a

---

<sup>4</sup> El Reglamento del Congreso (art. 85º) ha terminado por desnaturalizar este mecanismo al limitar las preguntas a una al mes por cada congresistas, establecer que deben formularse por escrito cuatro días antes de la sesión en que serán respondidas y remitirse al Presidente del Consejo de Ministros con 72 horas de anticipación. Por esta razón, este mecanismo de control no se ha arraigado y ha perdido toda su potencial eficacia.

través de comisiones investigadoras constituidas para cada caso concreto (CPP, art. 97º). Es un mecanismo muy desarrollado en el derecho constitucional de los Estados Unidos que ingresó a nuestro derecho constitucional en la Constitución de 1920 (art. 99º). Las personas investigadas deben concurrir obligatoriamente en caso de ser citadas por la comisión bajo los mismos apremios previstos en el procedimiento judicial, y las comisiones pueden acceder a cualquier información, incluyendo el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, salvo la información que afecte la intimidad personal. Las conclusiones de la comisión investigadora no obligan a los órganos jurisdiccionales, pero pueden servir de sustento a los procedimientos parlamentarios destinados a hacer efectiva la responsabilidad política o jurídica de los investigados.

- Invitación a informar. Este mecanismo previsto en el artículo 129º de la Constitución fue introducido en la Constitución de 1979 (art. 222º) y puede considerarse un procedimiento de carácter preventivo, susceptible de evitar el uso de mecanismos más severos como la interpelación. Los ministros pueden ser invitados, de manera individual, para informar ante el Congreso o ante una de sus comisiones.

### *Control jurídico o de legalidad*

A diferencia del control político, el objeto del control jurídico o de legalidad es determinar si un funcionario público ha incurrido en conductas que supongan la infracción de la ley o de la Constitución. Podemos analizar esta clase de control desde tres aspectos: su ámbito, sus efectos y el procedimiento.

- a) Ámbito. Este puede ser objetivo y subjetivo. Es objetivo cuando se refiere a la materia o clase de actos o conductas que justifican el control. Desde esta perspectiva el control (acusación) procede

respecto de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública o por infracción de la Constitución (CPP, art. 99°).

Los delitos de función son aquellos que comete un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y se encuentran tipificados en el Código Penal. Los más relevantes son abuso de autoridad, concusión, peculado, malversación de fondos, cohecho y enriquecimiento ilícito.

Respecto a la infracción de la Constitución, ha de considerarse que incurre en esta conducta el funcionario que actúa al margen o en contra de los preceptos constitucionales.

En cuanto al ámbito subjetivo, los funcionarios públicos sujetos a este clase de control no son todos sino, por lo general, solo aquellos que ejercen elevados cargos. En el caso del Perú quedan sujetos a la Acusación Constitucional —que es la expresión reservada para esta clase de control— aquellos funcionarios expresamente enumerados en el artículo 99° de la Constitución: El presidente de la república, los congresistas, los ministros, los magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el defensor del pueblo y el contralor general.

Estos funcionarios pueden ser objeto de una acusación constitucional durante el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en estas. Ello significa que el control jurídico (acusación constitucional) por el Congreso es un requisito previo para el enjuiciamiento y sanción de aquellos, lo cual configura un mecanismo de protección frente a denuncias sin sustento. Este mecanismo, sin embargo, debe ser ejercido rigurosamente para impedir la impunidad.

En el caso del presidente de la república existe una regla de excepción en el artículo 117° de la Constitución, conforme a la cual este, durante su mandato, solo puede ser acusado por traición a la patria;

por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales y municipales; por disolver el Congreso, salvo el caso previsto en el artículo 134º de la Constitución; o por impedir la reunión o funcionamiento del Congreso, el Jurado Nacional de Elecciones y los organismos del sistema electoral. Salvo el primer supuesto, cuya extrema gravedad es evidente, los demás suponen la violación del orden democrático con miras a establecer la dictadura, por lo que procede acusar y sancionar al presidente durante su mandato. El juzgamiento y sanción del Presidente corresponde a la Corte Suprema de Justicia, quedando aquel suspendido en el ejercicio del cargo durante el proceso judicial (CPP, art. 114.2). En caso de ser hallado culpable, compete al Congreso destituirlo (CPP, art. 113.5).

- b) Efectos. Teniendo en cuenta los efectos que puede conllevar el ejercicio del control jurídico en la Constitución peruana, podemos diferenciar entre el antejuicio y el juicio político.
- Antejuicio. Cuando la acusación constitucional versa sobre delitos de función, el efecto de la resolución acusatoria aprobada por el Congreso es habilitar el procesamiento por el Poder Judicial del funcionario acusado. A este efecto, la Constitución establece que el fiscal de la nación debe formular denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días y que el vocal supremo penal debe abrir instrucción; los términos de la denuncia fiscal ni del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. También precisa que en caso de sentencia absolutoria de la Corte Suprema se devuelven al acusado sus derechos políticos (CPP, art.100º). El funcionario acusado es suspendido en el ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso judicial.
  - Juicio político. Este tiene lugar cuando el contenido de la acusación constitucional no versa sobre un delito de función sino sobre una infracción de la Constitución. En este caso,

precisamente por no existir delito, el Poder Judicial carece de competencia, y corresponde exclusivamente al Congreso apreciar la infracción a la Constitución y aplicar la sanción correspondiente. Esta puede consistir en la suspensión en sus funciones, inhabilitación hasta por diez años en el ejercicio de la función pública o destitución del cargo.

c) Procedimiento. El procedimiento se inicia con una denuncia que puede ser formulado por los congresistas, el fiscal de la nación o cualquier persona agraviada. El procedimiento sigue los siguientes pasos:

- Calificación e investigación. La denuncia es objeto de calificación por la subcomisión de Acusaciones Constitucionales de la Comisión Permanente del Congreso. En caso que se considere procedente, se presenta el informe pertinente ante la Comisión Permanente, la cual establece un plazo, que no puede exceder de quince días hábiles —que puede prorrogarse en casos excepcionales— para que dicha subcomisión realice la investigación correspondiente.
- Aprobación por la comisión permanente. Culminada la investigación, en caso de que la subcomisión proponga la acusación, la comisión permanente votará si formula acusación o no ante el Pleno del Congreso. En caso de aprobarse la acusación, designa entre sus miembros una subcomisión acusadora, encargada de sustentar ante el Pleno la acusación.
- Aprobación de la acusación constitucional por el Pleno del Congreso. Al Pleno corresponde aprobar la acusación constitucional con mayorías diferentes según se trata del antejuicio o del juicio político.

Si se trata de una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función (antejuicio), esta debe ser aprobada con el voto favorable de la mitad más uno (mayoría

absoluta) del número de miembros del Congreso, sin incluir a los miembros de la comisión permanente<sup>5</sup>.

Si la acusación constitucional se refiere a la probable infracción de la Constitución, la sanción a imponerse (suspensión, inhabilitación o destitución) debe ser acordada con el voto conforme de los dos tercios (mayoría calificada) del número de miembros del Congreso, sin la participación de la comisión permanente.

### *2.1.3. Función de colaboración con el Poder Ejecutivo (participación en decisiones políticas: co-decisión)*

Adicionalmente a las funciones legislativa y fiscalizadora, el Congreso participa, conjuntamente con el Poder Ejecutivo, en determinadas decisiones o actos del Estado que, por su especial trascendencia, requieren la colaboración de ambos poderes. De acuerdo al esquema de nuestra constitución esas materias son las siguientes:

#### *En la formación de la orientación política general (decisiones nacionales)*

1. Aprobación de tratados internacionales (CPP, art. 56º, reservada al Congreso).
2. Declaración de guerra y de paz (CPP, art. 118º, inc. 16).
3. Prórroga del estado de sitio (CPP, art. 137º, inc. 2).
4. Derecho de amnistía (CPP, art. 102º, inc. 6).
5. Aprobar la demarcación territorial propuesta por el Poder Ejecutivo (CPP, art. 102º, inc. 7).
6. Autorizar al Presidente a salir del país (CPP, art. 102º, inc. 8).

---

<sup>5</sup> Conforme al artículo 101º de la Constitución el número de miembros de la Comisión Permanente no puede exceder del 25% del número total de congresistas, lo que actualmente representa la cantidad de 33. A su vez, el artículo 42º del Reglamento del Congreso establece que su número mínimo es de veinte congresistas.

*En la gestión financiera*

1. Aprobar el Presupuesto de la República (CPP, art. 77).
2. Aprobación de la Cuenta General (CPP, art. 81).
3. Autorizar los empréstitos (CPP, art. 102, inc. 5).

*En la formación de órganos constitucionales y designación de altos funcionarios:*

1. Designación de magistrados del Tribunal Constitucional (CPP, art. 201°); Defensor del Pueblo (CPP, art. 161°); Contralor General, a propuesta del Presidente de la República (CPP, arts. 82° y 101.1: por la Comisión Permanente); tres directores del Banco Central de Reserva (CPP, art. 86°).
2. Ratificación del presidente del BCR (CPP, arts. 86° y 101.2: por la Comisión Permanente) y del superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (CPP, arts. 87° y 101.2: por la Comisión Permanente).

En la tradición constitucional peruana el Congreso también ratificaba el nombramiento de los embajadores como jefes de misión y el ascenso a los grados de general y almirante, pero la constitución vigente eliminó esta facultad del Congreso.

**2.2. Organización del Poder Legislativo:  
unicameralismo y bicameralismo**

**2.2.1. Origen histórico**

El Parlamento Inglés, cuna de esta institución, tiene su origen más remoto en el *Magnum concilium* que ya funcionaba a mediados del siglo XIII como un consejo de nobles y prelados religiosos que tenía la potestad de aprobar los impuestos y formular peticiones al monarca. Desde el 20 de enero de 1265, este cuerpo se amplió y dejó de tener una composición exclusivamente aristocrática al convocarse para integrarlo a dos caballeros

por cada condado<sup>6</sup>. Es a partir de la reunión del Parlamento Modelo, en 1295, cuando los tres estados o clases, se comenzaron a separar en dos asambleas. La separación se acentuó en los años 1322 y 1341 y se considera definida cuando en 1351 sesionan en un aula propia y en 1377 eligen su propio presidente, llamado *speaker* (orador o vocero ante el soberano).

De esta manera quedaron conformadas dos cámaras: la de los Lores, integrada por la nobleza y el alto clero y la de los Comunes, que representaba a los pobladores de los condados (campo) y los burgos (ciudades).

### 2.2.2. *Bicameralismo*

En mérito a la experiencia inglesa y a la difusión del principio democrático, se desarrolla el bicameralismo como técnica constitucional para la organización del Parlamento, integrado por una cámara representativa y una no representativa.

La cámara representativa nace de la elección popular. Tiene contenido político y es conocida como cámara joven (por la edad de sus miembros, menor a la otra); baja (por representar al pueblo y no a la clase alta) o política (por el predominio o hegemonía de esta en la conformación y control del gobierno). Generalmente es una Cámara de Diputados (denominación muy general) o de Representantes (Estados Unidos, Colombia, Japón), de los Comunes (Inglaterra) o Asamblea Nacional (Francia, Hungría).

La segunda Cámara puede ser, según su origen, aristocrática (no-representativa) o democrática (representativa); y según su función, paritaria o complementaria.

#### **Cámara de origen aristocrático**

La Cámara aristocrática o no representativa, que existió en Europa en el período de transición de la monarquía absoluta a la monarquía

---

<sup>6</sup> Los ingleses consideran que en esa fecha se inicia el Parlamento en ese país.

parlamentaria (Pares en Francia, los Magnates en Hungría o los Señores en Prusia), solo subsiste en Gran Bretaña. Sin embargo, la Cámara de los Lores tiene actualmente una posición disminuida frente a la Cámara de los Comunes, ya que por leyes de 1911 y 1949 se logró la preponderancia de la Cámara de los Comunes en el proceso legislativo, y la Cámara de los Lores solo conserva el «veto suspensivo», que solo puede demorar la aprobación definitiva de una ley cualquiera por un año y de una ley sobre materia financiera por un mes. Vencidos estos plazos prevalece la decisión de la Cámara de los Comunes. Además a la Cámara de los Comunes corresponde, de forma exclusiva, la conformación y la permanencia del gobierno, pues este es responsable políticamente ante ella y requiere contar con su confianza para mantenerse en el poder. Por eso, en el tradicional esquema bipartidista británico, gobierna el partido que alcanza la mayoría de los escaños en la Cámara de los Comunes.

La Cámara de los Lores es un órgano *sui generis*, pues además de funciones legislativas ejerce funciones judiciales, actuando como Supremo Tribunal de Apelación a través de los denominados «lores jurídicos» (*law lords* o *lords off appeal in ordinary*).

### **Cámara de origen democrático**

Las cámaras representativas o democráticas surgen con la implantación generalizada del régimen democrático, que conllevó a la eliminación de las cámaras aristocráticas y convirtió a la segunda cámara en una cámara representativa de origen electivo. Sin embargo, las razones para su existencia, así como los criterios adoptados para su conformación, permiten establecer una distinción entre cámaras de representación territorial y cámaras de representación política.

Las cámaras de representación territorial se originan en el Senado Federal establecido por la Constitución de los Estados Unidos de 1787. La representación se atribuye al territorio —el Estado Federado— con el propósito de mantener el equilibrio constitucional y político entre los Estados miembros de la Unión y garantizar la participación de estos, en pie de igualdad, en las decisiones políticas. Por ello, la representación de

los Estados es, en general, igualitaria, con independencia del volumen de su población y extensión territorial. En el caso de los Estados Unidos de América cada Estado elige dos senadores. Los Estados federales latinoamericanos como México, Brasil y Argentina atribuyen tres senadores a cada Estado federado. La República Federal de Alemania otorga tres miembros del Consejo Federal (*Bundesrat*) a cada Estado, pero bonifica con uno, dos o tres adicionales a los que superan determinado número de habitantes.

Las cámaras representativas de tipo político se justifican en los estados unitarios con argumentos referidos a la mayor racionalidad y equilibrio del proceso legislativo, tales como asegurar la reflexión y adecuado estudio de las normas a dictar, así como evitar la llamada «dictadura de asamblea» mediante el control recíproco entre ambas cámaras. Francia introdujo en la Constitución de 1795 el Senado (Consejo de los Ancianos), como una suerte de antídoto a los desmanes atribuidos a la Convención Nacional que derivaron en la dictadura de Robespierre. Se habla en ese sentido de la segunda cámara como «cámara de enfriamiento», encargada de moderar los arrestos de la cámara joven.

Sin embargo, para evitar la duplicidad en la representación con la otra cámara, se busca que el Senado tenga un origen electivo diferente al de la Cámara de Diputados. Este generalmente se atribuye a las provincias o distritos electorales de pequeño o mediano volumen poblacional. Con este propósito algunos países atribuyen la elección de los senadores a las regiones (Italia, España, Chile) y otros al ámbito nacional (Colombia, Paraguay, Uruguay).

Es frecuente establecer requisitos distintos para la elección al Senado. El más relevante es exigir una mayor edad para ser elegido senador que para ser diputado o representante.

También se pueden clasificar las segundas cámaras en atención a la función que cumplen en el proceso legislativo y en el control político. Aplicando este criterio, podemos distinguir entre i) cámara paritaria, y ii) cámara complementaria.

**i) Cámara paritaria**

Una cámara es paritaria cuando sus funciones fundamentales son iguales a las que ejerce la otra cámara. En este supuesto se habla de un bicameralismo perfecto, pues la voluntad de ambas cámaras debe concurrir en el proceso legislativo y político. Es el caso de Italia, Estados Unidos, Colombia, y Argentina, entre otros.

**ii) Cámara complementaria**

En este caso las funciones de la segunda cámara son menores o solo complementarias a las de la primera cámara, caso en el cual estamos ante un «bicameralismo atenuado o imperfecto».

En este modelo, en el ejercicio de la potestad legislativa, la Cámara Alta o Senado actúa solo como Cámara de reflexión o de revisión que puede retardar una decisión, pero no impedir, en definitiva, la voluntad de la Cámara Baja, la cual prevalece en caso de subsistir la discrepancia entre ambas.

En lo que respecta al control político del gobierno, este corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados o Representantes. En los regímenes parlamentarios de bicameralismo imperfecto, es la cámara baja o política a la que corresponde la formación del gobierno mediante el otorgamiento del voto de confianza, así como determinar su caída a través del voto de censura, función de la cual está privado el Senado o Cámara Alta. Este modelo predomina en los regímenes parlamentarios (Gran Bretaña, Alemania, España, Japón, etcétera).

A veces la segunda cámara puede asumir la mayoría o todas las funciones de colaboración con el Poder Ejecutivo atribuidas al Parlamento, como la ratificación de tratados y de secretarios (ministros) y altos funcionarios, como es el caso de Estados Unidos.

### 2.2.3. *Unicameralismo*

Se originó en las constituciones revolucionarias de Francia, que establecieron un Parlamento unicameral denominado Asamblea Nacional Legislativa (1791) y Cuerpo Legislativo (1793). La dictadura de la Convención Nacional de 1792, desprestigió a la cámara única y para colocar un contrapeso, la Constitución de 1795 estableció dos cámaras, el Consejo de los Quinientos y el Consejo de los Ancianos.

A favor del unicameralismo se argumenta la mayor rapidez para la expedición de las leyes, evitar la duplicidad de funciones y tareas entre las cámaras y el menor gasto que representa tener una sola cámara en lugar de dos<sup>7</sup>.

En el Perú, la tradición antes de la actual constitución ha sido el bicameralismo, con excepción de los congresos unicamerales establecidos por las Constituciones de 1823 y 1867, los cuales no llegaron a elegirse al no llegar a regir efectivamente esas leyes fundamentales<sup>8</sup>; y la de 1826, que organizó un parlamento tricameral que tampoco llegó a establecerse<sup>9</sup>. Sin embargo, breves experiencias unicamerales tuvieron lugar bajo la Convención Nacional de 1855 a 1857; el Congreso Constituyente de 1931 a 1936, luego de aprobarse la Constitución de 1933; y el Congreso

---

<sup>7</sup> En Europa predomina en Estados pequeños, de escasa importancia como San Marino, Andorra, Liechtenstein, Mónaco y Luxemburgo, pero también se ha extendido a otros de mayor envergadura como algunos países escandinavos (Dinamarca, Suecia, Finlandia), Portugal y Grecia. Rige, también, en Israel y predomina en Centroamérica (Panamá, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Honduras). En Sudamérica ha sido adoptado recientemente por el Perú, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

<sup>8</sup> La Constitución de 1823 fue suspendida por Bolívar y solo rigió entre junio de 1827 y marzo de 1828. Bajo esta constitución se eligió el Congreso Constituyente de 1827 (junio). La de 1867 rigió menos de cinco meses (del 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868), y fue derogada por la revolución del general Diez Canseco, iniciada en Arequipa.

<sup>9</sup> El parlamento tricameral pretendió imitar al parlamento tetracameral establecido por Napoleón Bonaparte en la Constitución del Consulado (1799). La Constitución de 1826, diseñada por Bolívar, previó la existencia de tres cámaras: la de los Tribunales, la de los Censores y la de los Senadores.

Constituyente Democrático de 1993 a 1995, después de sancionar la Constitución de 1993, que nos rige.

Precisamente, esta última constitución ha establecido el régimen unicameral que existe desde 1995 y que no ha demostrado ser mejor que el bicameral, como lo atestiguan las evidentes deficiencias de la producción legislativa, la devaluación de la función de control y el alto grado de desconfianza de la opinión pública hacia esta institución.

### **3. PODER EJECUTIVO**

#### **3.1. Funciones**

##### ***3.1.1. La función de gobierno o ejecutiva***

Es la actividad que realiza el Estado para alcanzar los propios fines inmediatos y concretos. No se limita a la «ejecución de las leyes», pues comprende el conjunto de decisiones, políticas y acciones a través de las cuales el Estado conduce a la sociedad hacia determinados objetivos de interés colectivo y soluciona los problemas que aquella enfrenta en su devenir.

En el ejercicio de esta función debe distinguirse entre actos políticos y actos de administración.

##### **3.1.1.1. Actos políticos o de gobierno**

En estos radica la función misma de gobernar, el liderazgo, la «orientación» del Estado. A través de estos tiene lugar la iniciativa, el impulso del proceso político. Es evidente que en todas partes el primer ministro o el presidente marcan el rumbo del Estado durante el período en que les toca gobernar.

La actividad política del Estado es discrecional; esto es, no reglada jurídicamente (en sentido específico) aunque se realiza dentro del marco constitucional y legal. En este marco, el gobierno (Poder Ejecutivo) adopta permanentemente decisiones y ejecuta acciones que generalmente obedecen al programa del partido o coalición de partidos que han sido

elegidos para gobernar. Esas decisiones confieren al Estado una orientación específica, en función a la cual se articulan sus políticas y acciones.

A esta clase de actos corresponde, por ejemplo, el nombramiento de ministros, la disolución del Congreso, la política económica, la política internacional (por ejemplo, demandar a Chile para fijar la frontera marítima; conformar la Alianza del Pacífico, etcétera), declarar el estado de emergencia o el de sitio, entre otros.

### **Actos de administración**

El Estado tiene a su cargo la gestión de los servicios públicos (sanidad, educación, transporte, etcétera), así como la recaudación y administración de los recursos públicos. En tal sentido, realiza una vasta labor administrativa dirigida a prestar a la población servicios esenciales, garantizar su seguridad, mejorar su nivel de vida y bienestar, y proteger sus derechos. Esta labor se materializa a través de los organismos que conforman la administración del Estado. En este marco, tienen lugar los actos de administración mediante los cuales el Estado cumple esta función.

#### ***3.1.2. La función normativa del Poder Ejecutivo***

El Poder Ejecutivo también tiene una función normativa, pues expide normas generales de cumplimiento obligatorio. En el ejercicio de esta función interesa distinguir los casos en los que el gobierno ejerce una función propia y aquellos en los que ejerce una función delegada o atribuida.

### **La potestad reglamentaria**

Es una potestad «propia» u originaria del gobierno, conforme a la cual se le reconoce la facultad de dictar reglamentos para la ejecución de las leyes, cumplir sus funciones y organizar sus servicios. En el ordenamiento jurídico, los reglamentos son normas de rango inferior a la ley, subordinadas, por consiguiente, a estas. Al respecto, la Constitución

indica que es atribución del presidente de la república «Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones» (art. 118. 8).

Los reglamentos pueden ser:

- Reglamentos de ejecución: los que tienen por objeto establecer disposiciones y procedimientos para la aplicación de la ley que reglamentan.
- Reglamentos independientes (o autónomos): los que regulan materias de competencia del Poder Ejecutivo no específicamente reguladas por leyes. En cualquier caso, como lo indica el artículo 118.8 de la Constitución, deben dictarse dentro de los límites establecidos por las leyes.

#### **La potestad legislativa delegada**

La potestad legislativa no es originaria ni propia del Poder Ejecutivo, el cual, por consiguiente, solo puede ejercerla en virtud de una delegación expresa de la facultad legislativa otorgada por el Poder Legislativo a su favor. Se justifica, en el Estado contemporáneo, en la necesidad de legislar sobre materias complejas y especializadas para las cuales los parlamentos no se encuentran adecuadamente preparados, a diferencia del gobierno, que suele contar con equipos técnicos calificados.

La Constitución en el art 104º autoriza al Congreso a delegar al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, pero sujeta a dos clases de límites: materiales y temporales.

- Límite material: la delegación se otorga sobre materia específica, lo que excluye que se pueda conferir al gobierno una delegación para legislar en general sobre cualquier materia, lo cual implicaría la abdicación por parte del Congreso de su función legislativa. Esto sería claramente contrario a la Constitución y al principio de separación de poderes. La ley de delegación o habilitante debe precisar con la mayor precisión la materia objeto de delegación.

La Constitución establece que no pueden ser objeto de delegación las siguientes materias: la reforma constitucional ni la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, la Ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

- Límite temporal: se confiere la delegación por plazo determinado, descartando una delegación *sine die*. La norma debe ser expedida dentro del plazo señalado en la ley habilitante, pues vencido este caduca la delegación y el gobierno queda privado de la facultad de legislar sobre la materia delegada.

La norma emitida por el Poder Ejecutivo en virtud de la delegación de la facultad legislativa se denomina decreto legislativo, y está sometida en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley.

### **Decretos de urgencia**

El Poder Ejecutivo puede dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, mediante decretos de urgencia cuando lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso (CPP, art. 118º, inc. 19). Estos decretos no pueden contener normas sobre materia tributaria, respetando el principio de legalidad tributaria (CPP, art. 74º).

A nuestro criterio, dichas medidas extraordinarias deben ser temporales y no pueden derogar o modificar las leyes, aunque pueden suspender sus efectos hasta conjurar la situación que motivó su adopción. El Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso de la expedición de estos decretos, y este puede modificarlos o derogarlos. Por ello, al Congreso corresponde efectuar el control sobre el ejercicio de esta atribución a fin de evitar su empleo abusivo por el gobierno.

### **3.2. Organización. Jefe de Estado y gobierno**

La organización del Poder Ejecutivo depende de la forma de gobierno —parlamentaria o presidencial— que adopte un determinado Estado, tema al que nos referimos más adelante.

En el Perú, el Poder Ejecutivo reside en el presidente de la república, a quien conforme al artículo 118.3 de la Constitución corresponde «Dirigir la política general del Gobierno».

## **4. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER**

El poder del Estado es susceptible, asimismo, de una distribución territorial, en virtud de la cual se pueden distinguir dos grandes modelos de Estado: el Estado unitario y el Estado federal.

### **4.1. Estado unitario / Estado descentralizado**

El Estado unitario es aquel en el cual los poderes estatales se encuentran centralizados, teniendo como ámbito propio de acción el conjunto del territorio del Estado, sin ceder sus funciones características a favor de entes territoriales, de ámbito geográfico menor. En este sentido, las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del Estado se encuentran concentradas, respectivamente, en el Parlamento, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sin que exista un correlato de estos en unidades políticas integrantes del Estado. El carácter unitario del Estado no se opone, sin embargo, a la desconcentración administrativa, en virtud de la cual el Estado puede adoptar una división administrativa del territorio, en la cual entes de ámbito local pueden ejercer, por delegación de aquel, ciertas competencias administrativas o prestar servicios. Es el caso de las dependencias locales o departamentales de los ministerios y agencias del gobierno nacional e, incluso, de los gobiernos locales o municipales, estrictamente limitados a funciones propias de ese ámbito (urbanismo, limpieza pública, tránsito, etcétera).

Existe, sin embargo, una variante del Estado unitario que ha ido cobrando cada vez mayor importancia, a la que algunos denominan «Estado unitario descentralizado» y otros «Estado regional» o «Estado de las autonomías»<sup>10</sup>, en la cual se produce una importante transferencia de competencias del Estado a favor de órganos de gobierno de ámbito territorial delimitado. El modelo de Estado regional adoptado por Italia (1947) y España (1978) va mucho más allá de una simple desconcentración administrativa para configurar un grado elevado de descentralización a favor de entes regionales, a los cuales se atribuyen amplias competencias en el campo del gobierno y de la legislación.

Los entes descentralizados, conocidos como regiones en Italia y comunidades autónomas en España, están dotados de órganos de gobierno propios, elegidos por el pueblo, conforme al principio democrático y ejercen las competencias que les transfiere directamente la Constitución del Estado (Italia) o las que estas mismas fijan en el marco de aquella (España). En el marco de esas competencias están facultados para ejercer la potestad legislativa y las respectivas funciones administrativas.

#### 4.2. Estado federal

El modelo de Estado federal, que surge con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, suele conocerse como «Estado compuesto», para aludir al hecho de que la federación ha sido, históricamente —aunque no en todos los casos—, el resultado de la unión política de Estados que eran soberanos antes de integrarse en aquella (Estados Unidos, Alemania). Este no es, sin embargo, el único origen posible del Estado federal, pues la experiencia histórica acredita que en otros casos el Estado federal ha surgido como producto de la transformación de un Estado unitario en federal (Brasil, Austria).

---

<sup>10</sup> Expresión empleada en España para referirse a la regionalización efectuada a base de las denominadas comunidades autónomas.

El Estado federal posee características singulares que lo diferencian claramente de cualquier versión, por avanzada que sea, de un Estado unitario descentralizado. La más saltante de todas es que los estados federados son titulares del poder constituyente, el cual ejercen dentro de los límites trazados por la Constitución federal. En tal virtud, dichos estados aprueban su propia constitución, la cual establece su estructura y competencias. Estas últimas comprenden el conjunto de las funciones del Estado, esto es, las potestades legislativa, ejecutiva y judicial, razón por la cual los estados federales poseen su propio gobierno, parlamento y poder judicial.

Otra nota característica es el reparto de competencias entre el Estado federal y los estados miembros, la cual puede hacerse con arreglo a las siguientes técnicas: i) la lista única en la cual se establecen las competencias propias, ya sea del Estado federal o de los estados federados, atribuyéndose las no enumeradas a aquel cuyas competencias no se establecen (Estado federal o estado federado); ii) la doble lista, en cuyo caso cada una de ellas enumera con precisión las competencias del Estado federal y de los estados miembros; y iii) la triple lista, caso en el cual a las dos listas anteriores se agrega una tercera en la que se enumeran competencias concurrentes o compartidas que ambos pueden ejercer indistintamente.

La distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros tiene como sustrato, en cualquier caso, el reconocimiento de que la soberanía corresponde al primero de ellos, motivo por el cual la competencia en materias tales como política exterior, defensa y mando de las fuerzas armadas, comercio exterior, sistema monetario, pesos y medidas, etcétera, son siempre atribuidas al Estado federal.

Otro rasgo diferencial del Estado federal es la existencia de un Parlamento bicameral, en el cual, al lado de la cámara política que representa a la población, se erige un Senado de representación territorial con el propósito de conceder a los estados federados participación en esa instancia legislativa. Siguiendo el modelo de Estados Unidos, en algunos Estados el Senado está integrado por un número igual de senadores por

cada estado federado, con independencia de la densidad poblacional y la extensión territorial de este. Estos son dos por estado en Estados Unidos y tres en los casos de Argentina, Brasil y México. En otros casos, como Alemania, se atribuye una representación básica igualitaria a cada Estado (3), pero se bonifica a los que superan una cantidad determinada de habitantes agregando senadores adicionales hasta un máximo de seis, en total, por *Land*.

#### 4.3. El Estado unitario descentralizado del Perú

El artículo 43º, párrafo final de la Constitución, preceptúa que el gobierno de la República del Perú es «unitario, representativo y descentralizado». La aspiración a la descentralización del Estado ha estado presente a lo largo de la vida de la república en muchas constituciones y leyes, pero no ha llegado a concretarse como un modelo de organización territorial del poder realmente eficiente.

La opción por la descentralización a través de la creación de regiones se plasmó en la Constitución de 1979 y, con algunos rasgos organizacionales diferentes, se mantiene en la actual constitución. Esta considera (art. 188º) que la descentralización es «una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado [...] que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país». También señala que la descentralización se realiza por etapas y que el territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos. El elemento nuevo en esta formulación es la creación de las regiones, pues los departamentos, provincias y distritos son demarcaciones administrativas de antigua data, constituyendo los últimos sede de los gobiernos locales (provinciales y distritales), mientras que los primeros han sido tradicionalmente el ámbito de la acción administrativa del gobierno nacional a cargo de los prefectos nombrados por este.

El artículo 190º de la Constitución alude al concepto de región al puntualizar que las regiones «se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente,

conformando unidades geoeconómicas sostenibles». Se advierte, de esta descripción, que la idea de región supera un concepto político-administrativo para proyectarse hacia una noción más amplia en la cual el potencial de desarrollo económico de una determinada área del territorio juega un rol esencial para la constitución de una región. De esta manera, el propósito de la descentralización regional no es solo la democratización del poder político sino el desarrollo económico y social del país a través de las regiones.

No parece, por ello, muy coherente con este propósito, la disposición que contiene el segundo párrafo del artículo 190º, según el cual el proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos regionales en los departamentos existentes y en la Provincia Constitucional del Callao. Ello ha significado la conversión de los departamentos en regiones, con sus respectivos gobiernos, no obstante muchos de ellos no son, en modo alguno, unidades geoeconómicas sostenibles. Pese a que el mismo precepto indica que mediante referéndum podrán integrarse departamentos contiguos para conformar una región, la tendencia prevaleciente parece ser la consolidación de los antiguos departamentos como regiones, subordinando, de este modo, el objetivo del desarrollo económico regional a los tradicionales esquemas de poder político afincados en los departamentos.

La estructura orgánica básica de los gobiernos regionales se encuentra expresamente establecida en la Constitución, y es la misma para todos. Consta de un consejo regional como órgano normativo y fiscalizador, el gobernador regional<sup>11</sup> como órgano ejecutivo y un consejo de coordinación regional como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades. El gobernador regional, el vicegobernador y los miembros del consejo regional son elegidos por sufragio directo para un período de cuatro años.

---

<sup>11</sup> La denominación Gobernador Regional ha sido adoptada en sustitución de la de Presidente Regional en virtud de la reforma del artículo 191º de la Constitución, efectuada mediante la Ley 30305.

A los gobiernos regionales se les atribuye la función de promover el desarrollo y la economía regional y fomentar las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad. Entre sus competencias se reconocen, entre otras, las de aprobar su organización interna y presupuesto, aprobar el plan de desarrollo regional, administrar sus bienes y rentas, dictar las normas inherentes a la gestión regional y presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.

Las normas que dicten los órganos regionales en las materias sujetas a su competencia tienen rango de ley, conforme lo precisa el artículo 200º, inciso 4 de la Constitución, conforme al cual solo pueden ser impugnadas mediante la acción de inconstitucionalidad.

## 5. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste y cuál es la finalidad del principio de separación de poderes?
2. ¿En dónde radica la diferencia entre el control político y el control jurídico que ejercer el poder legislativo?
3. Indique los principales mecanismos de control político establecidos por nuestra Constitución.
4. ¿Cuáles son los límites de la potestad legislativa delegada al Poder Ejecutivo?
5. Indique las principales diferencias que existen entre el Estado Unitario y el Estado Federal.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 5

### FORMAS DE GOBIERNO

Habida cuenta de que el principio de separación de poderes es consustancial al Estado de derecho, se habla de forma de gobierno para referirse a la manera específica de relacionarse e intervenir en el proceso político que existe entre los dos poderes políticos: el legislativo y el ejecutivo, de acuerdo con la constitución de cada Estado. Desde esta perspectiva se distingue entre: régimen parlamentario, régimen presidencial y régimen semipresidencial.

#### **1. EL RÉGIMEN PARLAMENTARIO**

##### **1.1. El origen parlamentario del Gobierno**

Una característica esencial del régimen parlamentario es que en este la fuente del gobierno reside en el Parlamento, pues aquel necesita, como requisito indispensable, la confianza política de este para formarse y mantenerse. En tal sentido, el gobierno es la expresión de la mayoría parlamentaria, la cual puede corresponder a un partido o a una coalición de partidos que obtienen la mayor parte de los escaños en la elección del Parlamento.

El Parlamento determina la constitución del gobierno (Gabinete o Consejo de Ministros) a través del voto de investidura, el cual puede ser expreso o tácito.

El voto de investidura expreso se manifiesta mediante:

- El voto de confianza del Parlamento al jefe de gobierno y su gabinete, después de que este se presente y exponga su programa (España, Italia).
- La elección del jefe de gobierno por el Parlamento, a propuesta del jefe del estado (presidente), quien propone al líder de la mayoría parlamentaria (Alemania).

El voto de investidura tácito no requiere el voto de confianza, pues basta simplemente con que el Parlamento no vote por la censura (Gran Bretaña, países escandinavos).

## **1.2. La organización del Gobierno: distinción entre el jefe del Estado y el Gobierno**

En los regímenes parlamentarios existe una nítida diferenciación entre el jefe de estado y el jefe del gobierno.

El jefe del estado puede ser un monarca (rey, emperador, príncipe, gran duque) en aquellos estados que conservan la forma de Estado monárquica (Gran Bretaña, España, Japón, Mónaco, Luxemburgo, etcétera) o un presidente en aquellos que han adoptado la forma de república (Alemania, Italia, Grecia, Austria, etcétera). Este régimen se caracteriza por el hecho de que el jefe de Estado no tiene funciones de gobierno y solo cumple funciones representativas y ceremoniales.

El jefe de Gobierno es, por lo general, un primer ministro (Gran Bretaña), presidente del Consejo de Ministros (Italia), canciller (Alemania) o presidente del Gobierno (España), quien preside y dirige el gabinete o Consejo de Ministros, el cual, con la confianza del Parlamento, gobierna al Estado. Por consiguiente, el Poder Ejecutivo se encuentra depositado en el gobierno, quedando el jefe del Estado situado fuera de los ámbitos reconocidos a los tres poderes del Estado.

El primer ministro o presidente del Consejo de Ministros es un *primus inter pares* que se encuentra a la cabeza de un cuerpo colegiado —el gabinete o consejo— al cual le corresponde dirigir al Estado y adoptar las decisiones políticas requeridas para ello. El carácter colegiado del gobierno no resta importancia al hecho de que el jefe del Gobierno ejerce el liderazgo político, pues generalmente es simultáneamente el jefe del partido o coalición mayoritaria y, por tanto, la persona en quien el electorado ha depositado su confianza para la tarea de gobierno.

Es importante anotar que los miembros del Gobierno (ministros, subsecretarios) y, necesariamente, su jefe (primer ministro), son miembros del Parlamento, por lo que se produce lo que se conoce como vinculación personal. Esta situación, sin duda, favorece la cooperación de los poderes legislativo y ejecutivo, y se traduce en lo que se conoce como separación flexible de poderes, distinta a la separación rígida que prima en el régimen presidencial.

Sin embargo, esta regla admite excepciones, por lo que puede nombrarse como ministro a un político que no es parlamentario.

### **1.3. El control inter-órganos de gobierno y parlamento**

Uno de los rasgos característicos del régimen parlamentario reside en la existencia de mecanismos de acción y control recíprocos entre los poderes del Estado. Veamos cuales son.

#### ***1.3.1. La responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento***

Uno de los aspectos fundamentales del régimen parlamentario reside en la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento. Ello es consecuencia del hecho de que el Gobierno se forma cuando recibe la confianza del Parlamento y, en consecuencia, debe cesar cuando la pierde.

El Parlamento hace efectiva la responsabilidad del Gobierno, en forma conjunta o individual, mediante el voto de censura o negando la cuestión de confianza planteada por el gobierno o uno de sus ministros.

El Gobierno o ministro que pierde la confianza del Parlamento debe dimitir al cargo, pues no es posible continuar en este sin la confianza de aquel.

Una variante del voto de censura, dirigida a dar mayor estabilidad al gobierno, está prevista en la Ley Fundamental de Alemania con arreglo a la cual la desconfianza del parlamento federal al canciller federal se expresa mediante la elección de un sucesor y la solicitud al presidente federal de que releve al canciller. En España, que ha adoptado el mismo sistema, conocido como «voto constructivo de censura», la moción de censura debe incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno. Con este mecanismo se exige que la oposición coincida no solo en la censura al gobierno sino, asimismo, en la designación de otro jefe de gobierno.

### *1.3.2. La disolución del Parlamento por iniciativa del Gobierno*

Es una facultad que tiene el gobierno en el régimen parlamentario. Por lo general se emplea en caso de que el Parlamento haya provocado la caída del gobierno con un voto de censura o negándole la confianza solicitada, para someter el conflicto al veredicto del pueblo. Sin embargo, también la puede ejercer sin necesidad de que el gobierno haya perdido la confianza, por razones de mera oportunidad política.

La disolución del parlamento implica el adelanto de elecciones, pues de inmediato debe convocarse a la elección de un nuevo parlamento. Con la disolución también se pone fin, de forma anticipada, al mandato del gobierno, pues aún en caso de que la fuerza política que lo sustenta obtuviese la mayoría parlamentaria se dará inicio a un nuevo período, sin completar el anterior; y, obviamente, en caso de quedar en minoría luego de los comicios, el partido que estaba en el gobierno tendrá que dejarlo al partido o coalición ganadora.

La disolución no es obligatoria en caso de que el Gobierno pierda la confianza del Parlamento, pues se trata de una facultad discrecional de aquel. El conflicto puede superarse recurriendo a la formación de un nuevo gobierno, situación que puede darse cuando este descansa sobre mayorías

formadas por coaliciones de partidos que pueden dividirse o ampliarse, según las circunstancias.

El régimen de partidos reduce la posibilidad de utilización de estos mecanismos, especialmente en los sistemas bipartidistas (Inglaterra, Alemania, España, Austria, Japón) o de coaliciones que hacen el equivalente (Francia y Escandinavia), pues el partido o coalición mayoritaria dispone de mayoría parlamentaria, lo que le permite obtener la confianza y evitar la censura, haciendo innecesaria la disolución (salvo para adelantar las elecciones por conveniencia política).

El problema se presenta en los sistemas multipartidarios con coaliciones inestables, como ocurrió en la IV República francesa (1946-1958), Italia, antes de la reforma electoral (1993), o Israel, en los que la ruptura de la alianza que sostiene al gobierno determina que este quede en minoría y caiga.

## **2. EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL**

### **2.1. El origen del Gobierno**

A diferencia del régimen parlamentario, en el régimen presidencial el presidente es elegido por el pueblo, no por el Parlamento. El origen popular de su mandato le confiere una gran autoridad y representatividad, que afirma su independencia del parlamento.

### **2.2. La organización del gobierno: unión de la jefatura del Estado y del Gobierno**

En este régimen no existe la distinción de funciones entre las jefaturas del Estado y del Gobierno, pues el presidente es, a la vez, jefe del Estado y jefe del Gobierno. Así, por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos señala que «Se deposita el poder ejecutivo en un Presidente de los Estados Unidos» (artículo II, Primera Sección) y la Constitución argentina indica que «El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de «Presidente de la Nación Argentina» (artículo 87º).

Al ser el presidente el titular del Poder Ejecutivo, este es un órgano monocrático. Por tal razón, los ministros son colaboradores del presidente, que dirigen los distintos departamentos que integran el gobierno y gozan de una reducida autonomía. No existe, por consiguiente, un cuerpo colegiado de ministros (gabinete, consejo) dotado de decisión propia, ni, por consiguiente, existe un primer ministro o presidente del Consejo de Ministros.

Por esta razón los ministros son libremente nombrados por el presidente y permanecen en el cargo mientras tengan la confianza de este.

### **2.3. No existen mecanismos de control recíprocos**

En el régimen presidencial no existen los mecanismos de control recíproco propios del régimen parlamentario.

#### ***2.3.1. Los ministros no son políticamente responsables ante el Congreso***

El nombramiento de los ministros no está sujeto a un voto de investidura del Congreso como requisito para asumir sus funciones y, por esta misma razón, el Congreso no puede derribar a los ministros mediante el voto de censura o al negarles la confianza solicitada, figuras estas propias del modelo parlamentario pero desconocidas en el régimen presidencial. Ello significa que no existe el principio de la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento.

Además, existe una separación funcional entre la condición de ministro y la de parlamentario que los hace incompatibles entre sí, a diferencia del régimen parlamentario. Incluso, en Estados Unidos los ministros no asisten ni participan en el Congreso y no tienen acceso a las salas.

#### ***2.3.2. El presidente no puede disolver el Parlamento***

El presidente, en el régimen presidencial, carece de la facultad de disolver el Parlamento y convocar elecciones anticipadas. La convivencia del

presidente con el Parlamento es obligada desde el momento en que los períodos de uno y otro deben cumplirse por completo sin posibilidad de una finalización adelantada. Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, no es infrecuente que el partido del presidente se encuentre en minoría en el congreso, situación que no se traduce ni en la caída de los ministros ni en la disolución del Congreso y la realización de elecciones anticipadas de este.

Se habla por ello de una separación rígida de poderes, la cual, en la práctica, puede ser atenuada mediante otros mecanismos propios de la tradición constitucional y política de cada Estado.

### 3. EL RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL

La Constitución francesa de 1958 establece el modelo denominado semipresidencial, el cual tuvo como antecedente la Constitución alemana de 1919.

Este modelo se caracteriza por el robustecimiento de la figura del presidente de la república, el cual deja de ser un mero jefe de Estado para asumir algunas funciones de gobierno, pero sin, por ello, suprimirse la función del jefe de Gobierno o primer ministro y la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento.

La Constitución francesa atribuye al presidente un poder moderador y de arbitraje destinado a asegurar «el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado» (art. 5). Para investirlo de la mayor legitimidad se establece la elección popular del presidente, hecho que afirma su independencia ante el Parlamento. Le corresponde nombrar al primer ministro y, a petición de este, a los demás ministros; con el mismo procedimiento puede cesarlos. Además, preside el Consejo de Ministros, ejerce la jefatura de las fuerzas armadas y negocia y ratifica los tratados y acuerdos internacionales. También puede disponer medidas de excepción en caso de grave peligro o amenaza para las instituciones de la república, la independencia nacional, la integridad territorial o el cumplimiento

de sus compromisos internacionales. Entre sus facultades discrecionales se cuenta también la de disolver las cámaras y convocar a referéndum sobre proyectos de ley que afecten la organización de los poderes públicos o que autoricen la ratificación de un tratado que incida sobre el funcionamiento de las instituciones. Para acentuar los rasgos presidenciales del régimen se establece expresamente la incompatibilidad entre la función de miembro del gobierno y el mandato parlamentario, abandonando así una de las notas típicas del régimen parlamentario.

No obstante, se mantiene el principio de la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento, lo que se traduce en la exigencia de que el primer ministro debe obtener el voto de confianza del parlamento para asumir sus funciones y que, asimismo, debe dimitir en caso de que el parlamento apruebe una moción de censura o rechace la cuestión de confianza solicitada.

En Francia, después de una primera etapa dominada por la descollante personalidad del presidente Charles de Gaulle y de sus inmediatos sucesores —que acentuó los rasgos presidenciales del nuevo régimen—, favorecida por la obtención de mayorías parlamentarias del partido gobernante, a partir de 1986 la victoria de la oposición en los comicios parlamentarios obligó a la conformación de un gobierno de signo político distinto al del presidente. De este modo se inauguraron períodos bautizados como «cohabitación» en alusión a la convivencia forzosa de un presidente y un primer ministro pertenecientes a distintos partidos. Este hecho vino a demostrar que el componente parlamentario del régimen no había desaparecido debido al fortalecimiento de los poderes presidenciales sino que conservaba la importante facultad de determinar la composición del gobierno.

Después de la caída del régimen comunista en Europa Oriental, algunos países —en primer lugar Rusia— se han sentido atraídos por este modelo y lo han adoptado con algunas variantes surgidas de su realidad política.

## 4. EL RÉGIMEN DE GOBIERNO PERUANO

Explicamos a continuación las características del régimen de gobierno vigente en el Perú, aplicando los criterios anteriormente utilizados para describir los regímenes predominantes en el mundo.

### 4.1. El origen del Gobierno

En el Perú, el presidente de la república es elegido directamente por el pueblo (CPP, art. 111), lo cual es un rasgo típico del régimen presidencial. Su mandato dura cinco años y no puede ser reelegido para un mandato siguiente (CPP, art. 112).

Sin embargo, al lado del presidente existe el Consejo de Ministros. Este existe desde la Constitución de 1856 pero recién a partir de la constitución actual requiere obtener el voto de confianza del Congreso para iniciar sus funciones (CPP, art. 130).

### 4.2. Unión personal de la jefatura de Estado y de Gobierno

Según nuestra constitución actual—y nuestra constitución histórica— el presidente de la república no solo es el jefe del Estado sino, también, el jefe del Gobierno. A su función representativa prevista en el artículo 118.2 de la Constitución se agrega la señalada en el numeral 3 del mismo precepto, conforme al cual el presidente «Dirige la política general de gobierno» y, asimismo, la que indica el numeral 11 consistente en «Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales [...]». No cabe duda, por ello, de que el Poder Ejecutivo reside en el presidente de la república.

Al Consejo de Ministros compete «La dirección y la gestión de los servicios públicos» (CPP, art. 119). Sus atribuciones consisten en: aprobar los proyectos de ley que el presidente remite al Congreso; aprobar los decretos legislativos y decretos de urgencia que dicta el presidente, así como los decretos y resoluciones que dispone la ley; deliberar sobre asuntos de interés público; y las demás que le otorgan la Constitución y la Ley (CPP, art. 125). En los tres primeros casos, el gabinete ministerial posee voto

vinculante y en el último voto consultivo, pues en este caso su función se limita a deliberar pero no a tomar decisiones.

El Consejo de Ministros está integrado por todos los ministros de Estado y tiene un presidente —presidente del Consejo de Ministros— al cual se atribuye ser el portavoz del gobierno, después del presidente de la república, y coordinar las funciones de los demás ministros (CPP, art. 123).

Los ministros son nombrados por el presidente de la república a propuesta y con acuerdo del presidente del Consejo de Ministros, el cual es nombrado por aquel (CPP, art. 122). De la misma manera pueden ser removidos de sus cargos.

Si bien existe un presidente del Consejo de Ministros, este —como se puede deducir de las funciones que le asigna la Constitución— no es un jefe de gobierno sino, simplemente un coordinador de los ministros y el portavoz secundario del gobierno.

#### **4.3. Mecanismos de control recíprocos entre Congreso y Gobierno**

##### ***4.3.1. Del Congreso al Gobierno***

En el régimen que rige en el Perú, los ministros son responsables políticamente ante el Congreso, que hace efectiva esta responsabilidad mediante el voto de censura o rechazando la cuestión de confianza.

El voto de censura debe ser presentado por no menos del 25% del número legal de congresistas (33) y aprobado por más de la mitad del número legal (66) (CPP, art. 132). Para denegar la cuestión de confianza es suficiente la mayoría simple.

La aprobación de la censura o el rechazo de la cuestión de confianza determina la renuncia del Consejo de Ministros o del ministro censurado, según el caso, la cual debe ser aceptada por el presidente dentro de las 72 horas siguientes (CPP, art. 132).

La censura o el rechazo de la cuestión de confianza al presidente del Consejo de Ministros produce la crisis total del gabinete, supuesto bajo el cual todos los ministros que lo integran están obligados a renunciar (CPP, art. 133).

#### *4.3.2. Del Gobierno al Congreso*

La Constitución de 1979 introdujo en nuestro régimen de gobierno la figura de la disolución de la Cámara de Diputados por el presidente de la república en caso de que esta hubiera censurado o negado la confianza a tres consejos de ministros. La norma actual reduce el supuesto de hecho a la censura o rechazo de la confianza a dos consejos de ministros (CPP, art. 134).

Como límite a esta prerrogativa presidencial se establece que la disolución no puede tener lugar en el último año del mandato del Congreso ni durante el estado de sitio.

Conjuntamente con la disolución, el presidente debe convocar a elecciones que se realizan dentro de los cuatro meses desde la fecha de la disolución (en la Constitución de 1979 el periodo era solo de treinta días). Durante ese período se mantiene en funciones la Comisión Permanente del Congreso, que no puede ser disuelta (CPP, art. 134).

En la etapa que media entre la disolución del Congreso y la instalación del nuevo congreso, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar mediante decretos de urgencia, de los que debe dar cuenta a la Comisión Permanente para que lo examine y los eleve al Congreso cuando este se instale (CPP, art. 135). Como se puede apreciar, en este caso los decretos de urgencia no están limitados a materia económica y financiera, lo cual significa que el Poder Ejecutivo asume una potestad legislativa general e ilimitada, lo que, a nuestro juicio, es incompatible con el Estado de derecho.

En caso de que las elecciones no se realicen dentro del plazo previsto, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades y destituye al Consejo de Ministros. Los miembros de este no pueden volver a ser nombrados ministros durante el resto del mandato presidencial (CPP, art. 136).

El Congreso elegido extraordinariamente completa el período constitucional del Congreso disuelto (CPP, art. 136).

Este diseño de la disolución del Congreso en el régimen presidencial peruano tiene una función diferente a la que cumple en el régimen parlamentario, pues afecta únicamente al poder legislativo pero no al poder ejecutivo, pues el presidente de la república continuará en sus funciones hasta el vencimiento de su mandato. Por el contrario, en el régimen parlamentario la disolución del Parlamento interrumpe la continuidad del mandato del Gobierno, pues en función al resultado de las elecciones anticipadas, este puede irse para que gobierne la oposición o dar inicio a un nuevo período en caso de recibir el respaldo del electorado, pero en ningún caso el parlamento elegido se limita a completar el período ya iniciado. Ambas posibilidades evitan que subsista el conflicto entre el Parlamento y el Gobierno que originó la disolución de aquel, situación que, sin embargo puede presentarse en nuestro régimen en el supuesto de que tras las elecciones para un nuevo congreso triunfe la oposición al presidente. Por ello, la introducción de este mecanismo en el régimen presidencial no es coherente con la lógica del sistema parlamentario, que es la colaboración entre los poderes legislativo y ejecutivo y la solución del eventual conflicto entre estos mediante elecciones anticipadas del parlamento para restaurar dicha colaboración.

En nuestro régimen constitucional la disolución del Congreso se configura, antes bien, como un arma de defensa y protección del gobierno ante un parlamento opositor que extreme las medidas de control hacia aquel. Opera, por consiguiente, más como una amenaza que como un mecanismo de recomposición de la cooperación entre ambos poderes.

## 5. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste la responsabilidad política del gobierno en el régimen parlamentario?
2. ¿Qué mecanismo de control hacia el Parlamento tiene el gobierno en el régimen parlamentario?
3. En el régimen presidencial ¿quién es el jefe del gobierno?
4. En el régimen de gobierno del Perú ¿se justifica la existencia del cargo de Presidente del Consejo de Ministros?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

## BIBLIOGRAFÍA

- Bernales Ballesteros, Enrique (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: IDEMSA.
- Blancas Bustamante, Carlos (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo (1982). *Derecho constitucional* (segunda edición). Madrid: Tecnos.
- Burdeau, Georges (1981). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional.
- Duverger, Maurice (1970). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Quinta edición. Barcelona: Ariel.
- García Toma, Víctor (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Lima: Universidad de Lima.
- Garrorena Morales, Ángel (2013). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hauriou, André (1971). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel.
- Hauriou, Maurice (1927). *Derecho público y constitucional*. Madrid: Reus.

- Hesse, Conrado (2001). Constitución y derecho constitucional. En Benda y otros, *Manual de derecho constitucional*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Jellineck, Georg (2000-1911-). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kresalja Roselló, Baldo & César Ochoa Cardich (2009). *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Loewenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Barcelona: Ariel.
- Lucas Verdú, Pablo (1986). *Curso de Derecho Político*. Vol. II, tercera edición revisada. Madrid. Tecnos.
- Montesquieu (1871-1748). *Del espíritu de las leyes*. Séptima edición. México: Porrúa.
- Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Weber, Max (1964-1922). *Economía y Sociedad*. Segunda edición. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

## VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.  
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*  
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.*  
Diego Zegarra Valdivia

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de  
Impreso en Aleph Impresiones S.R.L.

Jr. Riso 580, Lince. Lima - Perú  
correo: [ventas@alephimpresiones.net](mailto:ventas@alephimpresiones.net)

Teléfono: 634-5000

Se utilizaron caracteres

Adobe Garamond Pro en 11 puntos  
para el cuerpo del texto  
febrero 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP