

MILAGROS CAMPOS RAMOS

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Ciencias Políticas por la misma Casa de Estudios.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Sistema de gobierno.
- III. El papel del Congreso:
 1. El voto de investidura;
 2. Invitación a informar;
 3. La interpelación;
 4. La moción de censura;
 5. La función legislativa.
- IV. No todo incumplimiento es sancionable:
 1. Principio de tipicidad;
 2. Principio de legalidad;
 3. Principio de razonabilidad;
 4. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.
- V. La sanción como "última ratio".
- VI. Las medidas cautelares y correctivas.
- VII. La administración y la internalización de los costos ambientales.
- VIII. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuánto importan las instituciones en el funcionamiento de la democracia? El diseño constitucional se complementa con las reglas y prácticas que han permitido la continuidad democrática y que a su vez han definido el modelo del sistema de gobierno. En este ensayo se propone contrastar el modelo constitucional del presidencialismo en el Perú con algunos rasgos que han caracterizado su ejercicio en los últimos años. Constatamos que con el mismo marco constitucional, los presidentes del Perú han ejercido mayores o menores cuotas de poder, pero en general aún en gobiernos que no tienen mayoría en el Congreso, se observan poderes metaconstitucionales, atribuidos a los presidentes por su desempeño y por la cultura política vigente en el país.

Diversos datos de Latinobarómetro y encuestas realizadas en el país muestran que en el Perú, los valores democráticos tienen una dimensión fundamentalmente procesal. No se ha interiorizado suficientemente el valor intrínseco de las instituciones y sin embargo, son las instituciones las que facilitan la gobernabilidad democrática: aún cuando instituciones y constituciones no pueden hacer milagros, *"difícil será que tengamos buenos gobiernos sin buenos instrumentos de gobierno"* (Sartori, 2003:8). Los gobiernos autoritarios han sido parte de la tradición histórica y de la cultura política. Así, la legitimidad democrática enfrenta una doble responsabilidad frente a los ciudadanos: Primero, demostrar que el sistema democrático funciona, que la política no es una actividad donde cada uno busca su propio interés. Segundo, propiciar el diseño políticas públicas que permitan la consolidación de la democracia. Al respecto, Krennerich citando a Nohlen explica que *"la mera existencia de gobiernos elegidos democráticamente y la preservación*

*de las instituciones democráticas y sus reglas de juego no son per se un índice de consolidación democrática. La consolidación es un proceso que se lleva a cabo en un nivel valorativo y se mide por el aumento en el reconocimiento que la población realiza de la democracia como forma de gobierno y de vida: como un valor en sí."*¹

El Perú, como la mayor parte de los países de la región, adoptó como sistema de gobierno la forma presidencial, apartándose del modelo clásico norteamericano. En los últimos años se ha debatido en diversos foros, reformas políticas. Buena parte del debate se ha llevado a cabo en el Congreso de la República, en la reforma integral debatida en 2002 y en los años posteriores tanto en la Comisión de Constitución como en las sesiones de pleno, aunque no de manera exclusiva, también se ha dado en foros universitarios, entre académicos e incluso en columnas en los principales diarios del país. Este debate ha contribuido a formular y en pocos casos aprobar algunas reformas políticas, dejando otras pendientes y en debate.

¿Cuál es el ámbito de la reforma política? En principio aquella que aborda algunos de los temas que Nohlen ha definido como la trílogía del sistema de gobierno, el sistema de partidos y el sistema electoral. Entendemos por sistema de gobierno el que enmarcado en las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo *"se identifica con la alternativa entre el presidencialismo y el parlamentarismo"* en un sistema democrático. *"La opción por una u otra de las alternativas tiene repercusiones de importancia respecto a la gobernabilidad de un Estado"* (Nohlen, 2003). El sistema electoral en una definición restringida, es aquel que determina las reglas a través de las cuales es posible convertir votos en escaños parlamentarios –en el caso de elecciones parlamentarias–, o en cargos de gobierno –en

1 (Sartori, 2003:8).

2 KRENNERICH, Michael. En: TRATADO DE DERECHO ELECTORAL COMPARADO DE AMÉRICA LATINA; México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007, p. 43.

3 (Nohlen, 2003).

el caso de elecciones para presidente, gobernador, alcalde, etc.⁴(Nohlen 2004:10). El sistema de partidos es definido como la *“red de relaciones de los partidos que actúan en la sociedad, la cual puede ser descrita según las diferentes características: número, relaciones de tamaño, distribución de poder distancias ideológicas, esquemas de interacción (...) y los grupos de interés, grado de institucionalización, etc.”*⁵ (Nohlen, 2006: 1259). El impacto de la reforma en alguno de estos sistemas suele darse en alguno de los otros sistemas. Así una reforma en el sistema electoral puede tener un impacto en el sistema de partidos- por ejemplo la barrera legal.

Asimismo, es necesario conocer el contexto de cada uno de los sistemas para prever el impacto. Así, no es lo mismo hacer una reforma en un país determinado destinada a cambiar el sistema presidencial por uno parlamentario, con un sistema de partidos políticos institucionalizado que en un país en el cual la volatilidad electoral es tan alta que no hay partidos sólidos, estructurados ni continuidad.

II. SISTEMA DE GOBIERNO

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del sistema de gobierno, puede afirmarse que los elementos que definen el modelo peruano son:

- El Presidente es el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno (artículos 110, 118 incisos 2 y 3).
- El acceso al cargo es por sufragio directo (artículo 111).
- Los periodos de mandato fijo para el Poder Ejecutivo (artículo 112).
- La formación y el ejercicio del gobierno es una prerrogativa del Presidente (artículo 122); sujeta a la aprobación de la cuestión de confianza. En efecto, la Constitución de

1993 incorpora la institución de la investidura del Consejo de Ministros (artículo 130).

- El periodo de mandato fijo para el Congreso está sujeto a la confianza, pues se ha previsto que el Presidente pueda disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros (artículo 134).
- El Congreso ejerce control y fiscalización, no influye en la designación de los Ministros pero sí en su sustitución a través de la no aprobación de la cuestión de confianza (artículo 133), o de la censura de los Ministros de Estado (artículo 132°).
- Los congresistas pueden ejercer el cargo de ministros de Estado (artículo 92).
- Finalmente, Presidente de la República dispone de poderes legislativos como la iniciativa legislativa (artículo 107), la posibilidad de legislar previa delegación de facultades, de dictar decretos de urgencia en materia económica y financiera (artículos 118, inciso 19 y 104). Tiene asimismo la potestad de observar las leyes, este poder es relativo pues el Congreso, con mayoría absoluta, puede desconocer el veto (artículo 108).

El nuestro no es pues un régimen presidencialista clásico, sino que el modelo constitucional apunta lo que se ha denominado presidencialismo parlamentarizado. Sartori⁶ (2003:98), señala que una característica esencial de los sistemas presidenciales es que el gobierno no es designado o desbancado mediante el voto parlamentario. El criterio dice Sartori, no se vulnera si se da al Parlamento el poder de censurar ministros individuales con la consecuencia de su renuncia. Sin embargo, en el caso peruano, la participación del Congreso se da en la investidura y la

4 (Nohlen 2004:10).

5 (Nohlen, 2006: 1259).

6 Sartori(2003:98).

eventual censura del gabinete. Existen otras instituciones del régimen parlamentario como la interpelación ministerial, la estación de preguntas, la delegación de facultades legislativas entre otras que han llevado a calificar el modelo peruano como el más parlamentarizado de los presidencialismos latinoamericanos.

El crítico del presidencialismo en la región, Linz precisa que dos características se destacan en los sistemas presidenciales: 1) Es un sistema de legitimidad dual, pues tanto el presidente, como el legislativo son elegidos por el pueblo. 2) El presidente y el congreso son elegidos por un periodo fijo, el cargo del presidente es independiente del legislativo, y la duración del legislativo es independiente del presidente, a lo que denomina la "rigidez del sistema presidencial".⁷ Estas características son negativas para el autor pues, frente a un conflicto entre el ejecutivo y el legislativo, cabe preguntarse ¿quién tiene más derecho para hablar en nombre del pueblo: el presidente o la mayoría parlamentaria que se opone a sus políticas? Dado que el poder de ambos se deriva del voto popular. De otro lado, el periodo fijo:

"(...) secciona el proceso político en periodos discontinuos y rigidamente demarcados, que no dejan espacio para los continuos reajustes que los sucesos pueden demandar". Adicionalmente, "la duración del mandato presidencial se convierte en un factor determinante en los cálculos de todos los actores políticos. Finalmente, en algunos casos, el sucesor puede representar una orientación política distinta a la del Presidente. Puede asimismo darse la paradoja siguiente, a la vez que lleva a la personalización del poder, sus mecanismos legales pueden también conducir -en caso de una

repentina sucesión durante el periodo de gobierno- al ascenso de alguien a quien el proceso electoral ordinario nunca hubiera convertido en jefe de Estado".⁸

En efecto, regularmente la selección de los Vicepresidentes no responde a la idoneidad para ejercer el cargo frente a la eventualidad prevista en la Constitución y durante el periodo gubernamental no tienen un rol protagónico en el ejercicio del poder.

En el debate académico entre Linz, Sartori, Liphart y Nohlen sobre el mejor sistema de gobierno para Latinoamérica se ha argumentado respecto de los problemas de gobernabilidad democrática. Quienes defienden el sistema parlamentario refieren que con la única excepción de los Estados Unidos, todos los demás sistemas presidenciales han sido frágiles, han sucumbido regularmente ante los golpes de Estado y otras calamidades. Otros encuentran que las causas tienen su origen en causas exógenas al sistema de gobierno.

En Latinoamérica, las dificultades del presidencialismo se relacionaron e intensificaron debido a las crisis, el estancamiento económico producto de la década y media década perdida, flagrantes desigualdades y herencias socioculturales⁹ (Sartori, 2003:109). En Perú, la inestabilidad política fue la regla. En efecto, en el siglo pasado, han sido más los gobiernos producto de un golpe de Estado que los elegidos por el pueblo. Así en 1994, Fernando Tuesta sostuvo que en "173 años de vida republicana, en lugar de 35 gobiernos, transitaron 107, de variado tipo y duración. Solo 19 de ellos tuvieron su origen en elecciones y de éstos sólo 9 terminaron su periodo presidencial"¹⁰ (1995:131). Mc Clintock¹¹ refiere a la crítica de Linz al presidencialismo y precisa

7 LINZ, Juan J. *Los peligros del presidencialismo*. En: Relaciones Ejecutivo - Parlamento, Comisión Andina de Juristas, serie Lecturas Constitucionales Andinas 2, Lima, Perú, 1993, p. 32.

8 *Loc. Cit.*

9 (Sartori, 2003:109).

10 (1995:131).

11 MAC CLINTOCK, Cynthia. *Presidents, Messiahs and Constitutional Breakdown in Peru*. En: *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*. Juan Linz and Arturo Valenzuela editores, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.

que entre 1919 y 1968, Perú sufrió cuatro quiebras del orden constitucional, en 1936; 1948; 1962 y 1968. Encuentra una constante en el régimen político, si bien el presidencialismo está profundamente arraigado en la cultura política peruana, hay una identificación del presidente con un mesías. Esta idea, refiere, no se inició en la década 1980, sino en los años veinte y treinta. El proceso electoral se inicia con una ciudadanía que evalúa las propuestas de la campaña, apoyo a un candidato que elige por «santificarlo» en medio de exageradas esperanzas, y termina con una gradual desilusión popular y acusaciones de traición y abandono. A este escenario hay que añadir la inexistencia de un sistema de partidos institucionalizado con alta volatilidad y fragmentación. Algunos problemas de los partidos políticos inciden en el caudillismo, falta de preparación y calificación de sus líderes y cuadros, lógicas cortoplacistas¹² (Tanaka, 2004), así como el uso de partidos para el uso personal de individuos, mantenimiento de grupos cerrados endogámicamente que sirven a sus propios intereses, olvido de promesas electorales, demagogia, manipulación de electores, clientelismo, incapacidad para la agregación de intereses y de identidades.¹³

Para Henry Pease¹⁴ las constituciones de 1933, 1979 y 1993 han fortalecido los poderes del Presidente de la República en desmedro del Congreso. Explica que *“Cada cinco años elegimos un Presidente de la República, pero si revisamos la forma en que la Constitución define sus atribuciones y la irresponsabilidad casi absoluta que lo blinda, pareciera tratarse de un rey. Él administra la hacienda pública, él negocia los empréstitos, él dirige la*

*política exterior, él es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”*¹⁵. Para Bernalés¹⁶ la Constitución de 1993 insiste en el híbrido del sistema mixto, pero exagera de tal manera la figura del Presidente de la República que rompe los más elementales criterios de equilibrio de poderes, configurándose entonces un anti-modelo: el cesarismo presidencial, también conocido por la doctrina como dictadura constitucional con hipertrofia de los poderes del Presidente. Fundamenta su posición en los siguientes hechos:

- a) Se otorga al Presidente de la República un amplio campo para la suscripción de tratados y convenios internacionales sin la participación del Parlamento.
- b) Se le da absoluta libertad para el nombramiento de embajadores y los ascensos de los altos rangos militares, sin necesidad de ratificación del Congreso.
- c) Asimismo, en lo que se refiere a las relaciones con las Fuerzas Armadas, la Constitución y las leyes han preferido una subordinación de éstas al Presidente de la República, antes que a la propia legalidad constitucional.
- d) El Congreso puede ser disuelto por el Presidente de la República, si censura o no otorga confianza a dos gabinetes, en lugar de tres como decía la Constitución de 1979.
- e) Se imponen limitaciones introducidas en el artículo 79 previendo informe previo

12. TANAKA, Martín. *Situación y perspectivas de los partidos políticos en la Región Andina: el caso peruano*. En: Partidos Políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio. IDEA Lima, 2004.

13. BOTANÍA, Natalia y otros. ALCÁNTARA, SAENZ, Manuel. *Partidos Políticos en América Latina: Precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*. En: La democracia en América Latina. Contribuciones para el debate. Buenos Aires, PNUD, 2004, pp. 99-122.

14. PEASE GARCÍA, Henry. *Electivos partidos y representantes: Sistema electoral, sistema de partidos y sistema de gobierno en el Perú*. Lima, 1999, p. 35.

15. PEASE GARCÍA, HENRY. *Reforma política para consolidar el régimen democrático*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2008, p. 80.

16. BERNALÉS, Enrique y OTÁRALA, Alberto. *Constitución Política Peruana de 1993. Análisis comparado*. Ediciones Constitución y Sociedad, 1993.

del Ministerio de Economía y Finanzas antes de legislar en materia tributaria, o aprobar por mayoría legal simple regímenes de tratamiento tributario especial para determinadas zonas del país.

- f) Se prevén de manera explícita los decretos de urgencia que se habían venido dando desde 1980.

Todo ello lo lleva a concluir que se ha roto el equilibrio de poderes, por cuanto el Parlamento pierde atribuciones legislativas y de control, en tanto que numerosas decisiones presidenciales serán ejercidas autónoma y discrecionalmente por el Presidente.

Tanaka explica que en su concepto no hay un hiperpresidencialismo en el Perú. Cita el estudio de PNUD de 2004 en el que la Presidencia del Perú aparece con poderes no legislativos muy bajos, poderes legislativos a niveles medio alto "lo que arroja un promedio medio bajo de poderes presidenciales formales que se complementa además con un nivel medio bajo de poderes presidenciales partidistas".¹⁷ Precisa que el parlamentarismo no soluciona las falencias de un mal presidente y, explica las caídas de los presidentes latinoamericanos antes del término de su mandato, asociándolas más con las crisis económicas que con el presidencialismo.

III. EL PAPEL DEL CONGRESO

En el Perú ha crecido el consenso respecto del papel esencial del Parlamento en la consolidación de la democracia. Aún así, ante la afirmación "no puede haber democracia sin Congreso", Perú está por debajo del promedio de América Latina que es 57 por ciento, mientras que en Perú alcanza 48 por ciento según Latinobarómetro. Los retos del órgano de representación por excelencia en un mundo globalizado, en

sociedades multiculturales y diversas como la peruana, con múltiples cambios en la formas de comunicación e información, merecen una atención prioritaria. El fortalecimiento institucional incide directamente en el fortalecimiento de la democracia, su modernización en potenciar la participación ciudadana y mecanismos de transparencia con la finalidad de mejorar los sistemas de información y comunicación entre representantes y representados.

En los párrafos siguientes analizaremos el desempeño del Congreso en el modelo constitucional del sistema de gobierno. Junto a la forma de elección y el término del mandato del Poder Ejecutivo un tema relevante para en el diseño, lo constituye el de los mecanismos de control parlamentario. El control es ejercicio de poder, responsabilidad frente a su ejercicio y garantía de libertad al impedir el abuso del mismo, es por ello garantía del sistema democrático.¹⁸ Como explica Valadés¹⁹, solo controla quien tiene poder. Controlar al poder es un acto de poder. Siendo el control político propio de los sistemas democráticos, se ejerce a través de mecanismos diversos según el sistema de gobierno. La presencia de instituciones propias del régimen parlamentario en regímenes fundamentalmente presidencialistas es lo que se ha denominado presidencialismo latinoamericano. Las diferencias y matices son de tal orden que no puede hablarse de dos idénticos. Así, podemos hablar de un presidencialismo atípico en el Perú, o como lo hemos precisado en párrafos precedentes, presidencialismo parlamentarizado, otros prefieren hablar de sistema híbrido. No es un sistema semipresidencial, el estilo de la Constitución Francesa de 1958, pues este tiene sus propias características.

En el caso de Perú, el presidencialismo ha incorporado tempranamente mecanismos de control propios del sistema parlamentario. Así,

17 TANAKA, Martín. *Situación y perspectivas de los partidos políticos en la Región Andina: el caso peruano*. En: *Partidos Políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio*. IDEA Lima, 2004, p. 105.

18 CAMPOS, Milagros. *El control parlamentario*. En: *Derecho Parlamentario*; Universidad San Martín de Porres, 2009.

19 VALADES, Diego. *El Control del Poder*. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 17.

por ejemplo, la moción de censura y la interpelación datan del siglo XIX. Otros, como cuestión de confianza son más recientes. Por último, la estación de preguntas y el voto de investidura fueron incorporados por la Constitución de 1993. Estas instituciones son particularmente relevantes en la definición del sistema de gobierno. Como mecanismos de control intraorgánicos, o frenos y contrapesos, tienen la finalidad de garantizar la libertad de los ciudadanos y disminuir el peligro del ejercicio de un poder absoluto o arbitrario.

La función de control político tiene un fundamento constitucional, no sólo en la definición misma de la democracia, sino en el principio de separación de poderes, ambos previstos en el artículo 43. Asimismo, en la mención reiterada, aunque genérica, de la obligación de dar cuenta al Congreso. Específicamente la función de control se encuentra prevista en la Constitución en los pedidos de información (artículo 96), las comisiones investigadoras (artículo 97), el voto de investidura (artículo 130); la interpelación (artículo 131), la moción de censura (artículo 132), la cuestión de confianza (artículo 133). También son mecanismos de control la invitación a los ministros para informar (artículo 129), el control parlamentario de los decretos de urgencia y decretos legislativos (artículo 118, inciso 19 y 104), el control sobre los tratados así como el que recae en la declaración del estado de sitio o del estado de emergencia (artículo 137). Excede a este trabajo pero no puede dejar de mencionarse el relativo a la aprobación del Presupuesto General de la República, tema esencial en la relación entre Ejecutivo y Legislativo y estrechamente vinculado a los orígenes del Parlamento. De la relación de los diversos mecanismos de control puede afirmarse que el nuestro puede resultar ser el presidencialismo más parlamentarizado. Para Eguiguren, el hecho que muchos textos constitucionales hayan sido elaborados durante los procesos de transición,

tras gobiernos dictatoriales o inmediatamente después de haberse establecido un régimen democráticamente electo, explica en mucho el temor hacia los excesos del presidencialismo que intentó plasmarse en algunas de nuestras cartas políticas²⁰ (2007:19). Sin embargo, de los hechos y la percepción ciudadana, podemos afirmar que el Presidente del Perú suele ser más poderoso que la figura constitucional de la Presidencia, que logra aún sin mayorías protagonizar la función legislativa a través de las iniciativas legislativas aprobadas, los decretos legislativos y los decretos de urgencia. Asimismo que logra reducir el efecto del control político pues las interpelaciones no han sido el preludio de censuras que desestabilicen al gobierno.

La valoración del sistema de gobierno es diversa, así Eguiguren considera que los excesos y las distorsiones a los que frecuentemente ha conducido el presidencialismo real imperante en el Perú son preocupantes a la par que negativos. Los principales problemas apuntan a la personalización del poder, la relativa incapacidad para favorecer políticas de consenso o niveles de concertación entre gobierno y oposición, así como el posible bloqueo entre el ejecutivo y el Legislativo. Pease sostiene que tal el desbalance que lo que denominamos presidencialismo puede fácilmente terminar en despotismo presidencial²¹ (2010:13). Para Domingo García Belaúnde, sin embargo, el sistema funciona, así lo han demostrado los dos últimos gobiernos en los que el Ejecutivo careció de mayoría en el Congreso.²²

Revisaremos algunos de los mecanismos de control definidos en la relación entre Ejecutivo y Legislativo.

1. El voto de investidura

El artículo 130 incorpora por primera vez el voto de investidura en nuestro sistema

20 (2007:19).

21 Pease (2010:13).

22 VALADES, Diego. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Aduis, Perú, 2006, p.X.

político, estableciendo que dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza. Las constituciones de 1933 y 1979 establecieron la exposición del Presidente del Consejo de Ministros, pero sin voto. El objetivo de esta institución, más cercana al sistema parlamentario fue menguar el poder excesivo que para algunos ostenta el Presidente de la República. ¿Pero, cuál es la naturaleza del poder del Presidente de Consejo de Ministros? El tradicionalmente llamado Premier, no es un Primer Ministro pues ni se le llama así en la Constitución ni de lejos, ejerce las funciones que le corresponden en sistemas parlamentarios. Aun cuando podemos distinguir entre presidentes y presidentas del Consejo de Ministros más o menos poderosos, lo cierto es que en el modelo constitucional el Presidente no comparte el poder ni puede dar un paso al costado cediendo la responsabilidad de dirigir la política general del gobierno.

Explica Rubio que la investidura debe comprometer el apoyo del Congreso al plan expuesto por el gabinete una vez aprobado. En los hechos constituye uno de los debates centrales sobre los problemas del país y las políticas a las que el gobierno dará prioridad. Si bien el nombramiento del Presidente del Consejo de Ministros se realiza sin la participación del Congreso, como ocurre en los países con sistemas parlamentarios o semipresidenciales como el francés, el nombramiento es, como lo ha precisado Delgado Guembes, uno con condición resolutive. En efecto de no aprobarse la investidura, el Presidente de Consejo de Ministros y su gabinete deben renunciar. "La investidura es un fase consolidadora e integradora en la formación del gobierno"²³. Hemos visto en los últimos años que la votación que concede la investidura no se mantiene durante la gestión del gabinete y no supone necesariamente el apoyo a las políticas expuestas. Desde 1993, no hubo ningún Presidente de Consejo de Ministros que no haya alcanzado la mayoría simple que requiere su investidura. Sin embargo, ello no ha significado que las votaciones sucesivas acompañen el desarrollo de las políticas propuestas.

Pcte. Consejo de Ministros	Favor	Contra	Abstenciones	Total presentes
CÓRDOBA	86	3	24	113
PANDOLFI	64	9	15	88
VALLE RIESTRA	68	32	2	102
PANDOLFI	63	17	1	81
JOY	64	18	7	89
BUSTAMANTE	57	2	0	59
SALAS	69	25	16	110
PÉREZ	74	1	7	82
DAÑINO	106	0	1	107
SOLARI	57	1	20	78
MERINO	61	1	17	79
FERRERO	49	6	44	99
PPK	60	6	29	95
DEL CASTILLO	75	18	23	116
SIMON	61	16	10	77
VELASQUEZ	68	14	11	95
CHANG	51	17	4	72

Fuente: Diario de Debates del Congreso de la República
Elaboración propia

23 DELGADO GUEMBES, César. *La Investidura: ¿Confianza en la Política del Gobierno, o en el Presidente de la República? En: Desafíos Constitucionales Contemporáneos*. César Landa y Julio Facúndez editores. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 94

2. Invitación a informar

La Constitución establece en el artículo 129 que el Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Concurren también cuando son invitados para informar. El Presidente del Consejo o uno, por lo menos, de los ministros concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas. Precisa el artículo 84 del Reglamento del Congreso que la invitación a los ministros para informar en forma individual ante el Pleno del Congreso se acuerda mediante moción de orden del día. La invitación para informar en las Comisiones se acordará en el seno de la Comisión y se hará efectiva mediante oficio del Presidente de la Comisión refrendado por el Secretario de la misma y dando cuenta a la Mesa Directiva del Congreso.

La presencia de los Ministros en el Congreso es parte de la constitución histórica. Rubio reseña que desde la Constitución de 1826 pueden encontrarse disposiciones similares a la del artículo 129.²⁴ La presencia de los ministros puede ser en las sesiones de Pleno o en las comisiones, de manera voluntaria o invitados por estas. Aún cuando pueden analizarse desde el ámbito de las relaciones de control, la invitación a informar puede ser vista también como relación de colaboración entre poderes del Estado. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, al expresar que "(...) existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129^o de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas"²⁵. Delgado²⁶ precisa que se trata de un mecanismo de obtención de información, que se agota en ese mismo fin, aunque permita o desarrolle otras funciones. El solo hecho de obtener

información, así no sea para contar con ella mas allá de la utilidad que genere es un fin válido y legítimo. Coincidimos con lo expresado, pues se trata de un mecanismo esencial en un órgano que en las democracias es el llamado a constituir el centro de la deliberación política. De lejos este mecanismo se ha convertido en uno de los más frecuentes. La presencia de los ministros de Estado en las comisiones es un mecanismo regular en las relaciones de control y colaboración. Así por ejemplo, durante las legislaturas 2009-2010, de acuerdo con los registros del grupo funcional de estadística del Congreso de la República, los ministros asistieron 189 veces, de las cuales 111 fueron a sesiones de las comisiones ordinarias. En la primera legislatura 2010-2011 asistieron 135 veces, 69 de las cuales, a sesiones de comisiones ordinarias.

En cuanto a la estación de preguntas, esta fue incorporada en la Constitución de 1993, siguiendo la tradición de los regímenes parlamentarios. Si bien la Constitución y el Reglamento lo regulan, tal vez por la frecuencia con la que van los ministros a las comisiones ordinarias, no se ha utilizado de manera regular. Se convocó a estación de preguntas en ocho ocasiones en el período 2001-2006 y, a en lo que va de este período 2006-2010, solo en cuatro ocasiones.

3. La interpelación

La interpelación es un mecanismo de control parlamentario, afín a los sistemas de gobierno parlamentarios, pero presente en muchos de los presidencialismos latinoamericanos. A través de la interpelación los Ministros de Estado los congresistas solicitan explicaciones, información o el esclarecimiento de hechos de interés público, a efecto de dilucidar responsabilidades en la toma de decisiones políticas de su sector. La Constitución establece en el artículo 130 que es obligatoria la concurrencia del Consejo de Ministros, o de cualquiera de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos.

24 Exp. 90004-2004-CC FJ 24.

25 DELGADO GUEMBES, César. La Constitución comentada. Director Walter Gutiérrez, Tomo 2, Gaceta Jurídica, Congreso de la República del Perú, Lima, 2005, p 385.

El antecedente de este mecanismo de control se encuentra en la Constitución de 1860, en el artículo 103, se repite en la Constitución de 1933, 1979 y 1933. Aunque Eguiguren²⁶ (2007) sostiene que surge de la práctica parlamentaria especialmente en la convención de 1855-56. Se trata de un mecanismo que si bien tiene sus raíces en el sistema parlamentario, muchos de los presidencialismos latinoamericanos cuentan con él. Es el caso de Argentina y Colombia.

Su uso ha sido frecuente en el Perú. Aún cuando la interpelación y la censura responden a mecanismos de control diferentes, la interpelación se agota en la absolución del pliego interpellatorio, sin que den lugar a votación alguna que evalúe el desempeño del ministro. Otras en cambio podrían dar lugar a la presentación de una moción de censura o a una acusación constitucional según la información que el ministro interpellado brinde. La censura es la forma como los Ministros de Estado se hacen políticamente responsables de determinada decisión, la responsabilidad penal en cambio debe ser evaluada por el Poder judicial previo antejuicio. En el período de gobierno del 2001 a 2006 se presentaron 22 mociones de interpelación y en el actual 37. Se realizaron diez interpelaciones entre 2001 y 2006. En lo que corresponde a los ministros del gobierno aprista, se han realizado 9 interpelaciones.

4. La moción de censura

El artículo 132 de la Constitución Política regula la moción de censura, estableciendo que el Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial. Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco

por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar. El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes. La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

La moción de censura corresponde también a los mecanismos de control propios del régimen parlamentario, se encuentra sin embargo muy arraigado en el Perú, pues está presente desde la Constitución de 1867, según da cuenta Rubio. Explica el autor que se trata del modo por el que se hace efectiva la responsabilidad política ejecutando una sanción, también política, debido a algún desacuerdo con su línea política o a alguna decisión tomada por él o por algún evento ocurrido en su sector, sobre el cual se le atribuye responsabilidad.²⁷ Desde sus orígenes se da un espacio temporal entre el la presentación de la moción y su debate y votación. Loewenstein²⁸ lo explica calificándolo como período de enfriamiento, aquel que se da entre la presentación de una moción de censura o el planteamiento de una cuestión de confianza y la votación, lo califica como mecanismos de racionalización del poder, procurando una reflexión madura de la mayoría parlamentaria.

Entre 1990 y 1992, año del golpe de Estado y disolución del Congreso se presentaron seis mociones de censura contra el gabinete Hurtado Miller (1), prosperando sólo la censura al Ministro de Agricultura. En el caso del periodo 2001-2006 se presentaron 9, prosperando 1, al Ministro del Interior. En lo que va de este periodo se ha presentado 12, ninguna ha prosperado.

26 Eguiguren (2007).

27 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 4, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, p. 441.

28 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1982, p. 264.

En relación a la censura, Eguiguren²⁹ considera que es un mecanismo eficaz para cambiar la política gubernamental. Precisa que *"en el caso peruano, la censura ministerial solo garantiza el cambio de la persona del ministro, pero no necesariamente un cambio de política gubernamental ni la solución de la controversia suscitada"* (2007:38). Sólo tienen significación en dos gobiernos donde el Presidente de la República carecía de mayoría absoluta en el Congreso y en ambos el partido aprista (partido estructurado y disciplinado) articuló la oposición al gobierno³⁰.

En reiteradas ocasiones se ha presentado el debate en torno a la necesidad que la moción de censura sea precedida de una interpelación. El Reglamento del Congreso ha previsto en el artículo 86^o que la moción de censura la pueden plantear los Congresistas luego de la interpelación, de la concurrencia de los ministros para informar, o debido a su resistencia para acudir en este último supuesto o luego del debate en que intervenga el Ministro por su propia voluntad. No obstante ello, coincidimos con quienes afirman que en supuestos muy excepcionales la censura puede ser presentada sin necesidad de escuchar al Ministro. Por ejemplo si tiene declaraciones públicas que constituyen a juicio de los parlamentarios razones suficientes para censurarlo, o ante hechos u omisiones graves.

5. La función legislativa

Regularmente, en la evaluación de la gestión parlamentaria, se puso énfasis en la función legislativa. Desde nuestro punto de vista si bien es una función importante, nada más equivocado que juzgar la función parlamentaria por el número de leyes que se aprueban o por el número de proyectos que se presentan. Es sabido que los Congresos de Europa continental suelen tener muy pocos proyectos presentados y menos aprobados. La máxima con la que se legisla es: aprobar solo aquellos que manifiestamente sea mejor a la legislación vigente. El

mejor consejo es *"ante la duda abstenerse"*. Y es que dictar normas nuevas tiene un costo en la adaptación de los ciudadanos e instituciones. De otro lado, muchas veces la solución a los problemas no atraviesa por nueva legislación sino más bien por evaluar la aplicación de las normas existentes. De hecho, hay pocos estudios en políticas públicas que evalúen las leyes que dictó el Congreso.

De allí la necesidad de exigir que los proyectos de ley tengan una exposición de motivos que defina el problema que la norma intenta solucionar, un adecuado análisis costo beneficio, que incluya no solo efectos monetarios, sino una relación de personas e instituciones afectadas positiva o negativamente con la norma, así como un estudio de antecedentes legislativos que permita ubicar las normas anteriores que se pretende derogar, evitando la perniciosa cláusula de derogación implícita que genera fundamentalmente inseguridad jurídica.

La función legislativa no es exclusiva del Congreso. Tampoco el Congreso puede legislar en todas las materias. En principio, aquello que la Constitución no reserva a otros órganos puede ser legislado por el Congreso. En la presentación de iniciativas, la Constitución ha sido generosa pues tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes el Presidente de la República, los Congresistas a través de sus grupos parlamentarios. En las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las Instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Además los ciudadanos pueden ejercer tal derecho. El Congreso ha mantenido el protagonismo en el número de proyectos presentados, pero lo comparte con el Ejecutivo cuando se observa los proyectos que se convierten en ley.

Pero, el Ejecutivo con mayor claridad esta función cuando observamos el número de decretos legislativos y decretos de urgencia

29 Eguiguren. (2007:38).

30 Pease, 2010:12).

que se ha dictado. Mc Clintock citando a Bernalles y Eguiguren refiere a la función legislativa durante el segundo mandato de Belaúnde y el primero de García. Es interesante recordar que ambos contaron con mayoría en el Congreso. Explica que con Belaúnde se aprobaron 1,071 leyes, el 70 por ciento fueron propuestas por el ejecutivo, y el 30 por ciento por el congreso. Aproximadamente el 65 por ciento de las leyes presentadas por el ejecutivo fueron finalmente aprobadas. Adicionalmente, el Ejecutivo aprobó 336 decretos legislativos y 667 de los hoy llamados decretos de urgencia. Durante los primeros cuatro años del mandato de García se aprobaron 722 leyes; aproximadamente la mitad de ellas fueron presentadas por el ejecutivo. El 75 por ciento de las leyes impulsadas por el ejecutivo fueron finalmente aprobadas. Registra 127 decretos legislativos y 662 decretos de urgencia³¹. En el caso del Presidente Toledo 78 por ciento de las normas que presentó fueron aprobadas y 64 por ciento de las leyes aprobadas tuvieron su origen en una iniciativa del ejecutivo. Además se dictaron 42 decretos legislativos. En el caso de García, en los primeros cuatro años de gobierno, se aprobaron 50 por ciento de las normas que envió y el 53 por ciento de las leyes aprobadas se originaron en iniciativas del Ejecutivo. Se delegaron facultades en cuatro ocasiones que dieron lugar a 134 decretos legislativos. De otro lado Bernalles³² cita un estudio de Abad y Garcés, que analizan comparativamente los decretos de urgencia de los gobiernos de Belaúnde, García y Fujimori. García expide en los dos primeros años 329 decretos de urgencia, Fujimori en los primeros 8 meses 575. Toledo expidió 305 decretos de urgencia, en lo que va de este período se han dictado 306.

Bastan estos datos para mostrar que el Ejecutivo ha tenido un protagonismo real en la función legislativa. Más aún, tanto en el gobierno de Toledo como en el de García se aprobaron sendas leyes autoritativas para legislar mediante

decretos legislativos. Corresponde al Congreso sin embargo, controlar al Ejecutivo en el ejercicio de esta función.

IV. NO TODO INCUMPLIMIENTO ES SANCIONABLE

Es necesario señalar, aunque pueda parecer obvio, que el incumplimiento de una norma no conlleva, necesariamente, una sanción. Es decir, no todo incumplimiento ambiental es pasible de sanción, entendida esta como el acto administrativo final de un procedimiento sancionador. Y no toda sanción es una multa; de serlo, se beneficiaría únicamente de la ejecución coactiva sobre el patrimonio del responsable, según lo establece el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Decreto Supremo No. 018-2008-JUS.

Motivados por las irregularidades que en materia ambiental hemos podido apreciar en ciertos procedimientos administrativos sancionadores, a continuación queremos repasar algunos de los aspectos legales más importantes que rigen la actividad sancionadora de la Administración.

1. Principio de tipicidad

Conforme al Principio de Tipicidad contenido en el inciso 4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Además, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el Principio de Tipicidad exige la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando este el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones estén redactadas con precisión suficiente, de manera que se pueda comprender sin dificultad lo que

31 Op. Cit. MAC CLINTOCK, Cynthia.

32 BERNALLES, Enrique y OTÁRALA, Alberto. *Constitución Política Peruana de 1993. Análisis comparado*. Ediciones Constitución y Sociedad, 1993.

se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.³³

En cuanto a nuestra Doctrina, Morón Urbina explica mediante un ejemplo lo que implica que la potestad sancionadora de una entidad pública se sujete al Principio de Tipicidad:

"Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio (de tipicidad), lo constituye el artículo 65° de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que pretende fijar las responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente: "El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público, así como las Directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar". Señala Morón, que "aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco que, no obstante su título, carece de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de tipicidad".³⁴

De acuerdo, pues, con la legislación, jurisprudencia y doctrina arriba citadas respecto del

Principio de Tipicidad, la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultada a imponer sanciones por infracciones, siempre y cuando estas se encuentren claramente tipificadas, redactadas con precisión suficiente y que definan de manera cierta la conducta sancionable. Las leyes sancionadoras en blanco son contrarias al Principio de Tipicidad, pues consideran como tipificación cualquier violación de la totalidad de una ley o reglamento.

El ejemplo citado de una ley sancionadora en blanco, cuyas características genéricas determinan la vulneración del Principio de Tipicidad, es similar a lo estipulado en materia ambiental por la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM, que aprueba la Escala de Multas y Penalidades y que es aplicada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN en los procedimientos administrativos sancionadores que se inician a la industria minera. El numeral 3.1 de esta norma, al cual se remite el numeral 3.2 de la misma, establece infracciones de manera genérica a un conjunto indeterminado de leyes y reglamentos. Esta resolución ministerial no expresa con precisión suficiente ni define de manera cierta y precisa la conducta sancionable, remitiendo de forma genérica a las obligaciones establecidas por un conjunto indeterminado de normas.

Siguiendo lo dicho arriba, la Resolución Ministerial No. 353-2000-EM/VMM es un ejemplo de una ley sancionadora en blanco y, por ende, vulneradora del Principio de Tipicidad. Desde esta perspectiva, atenta contra este principio que OSINERGMIN pretenda sancionar sustentándose en el numeral 3.2 de esta resolución, pues no define con precisión las conductas consideradas como infracción, sino que genéricamente señala como infracción el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las diversas normas legales allí señaladas. En consecuencia, el acto

33 Fundamento jurídico 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 5408-2005-PA/TC.

34 MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2008, pp. 704-705.

administrativo que pretenda sancionar sobre la base del numeral 3.2 de esta resolución, será nulo, conforme al Inciso 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por contravenir el inciso 4 del artículo 230° de la misma ley, que obliga a las entidades públicas a observar el Principio de Tipicidad en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Otro ejemplo claro, pero mucho más reciente, es el del artículo 17 de la propia Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental cuyo texto original señalaba vagamente lo siguiente: *"Las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales son las previstas en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, y demás leyes sobre la materia"*. Sin embargo, este texto legal fue acertadamente modificado el 2010 por la Ley 29514, quedando redactado de la siguiente manera:

"Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia".

De esta manera, la ley remite la determinación exacta de las infracciones a un decreto supremo, lo cual está aceptado por la doctrina.

Aunque no está relacionado directamente con el Principio de Tipicidad, pero sí está listado como uno de los diez principios de la potestad sancionadora administrativa, contenidos en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, vale la pena referirnos aquí al Principio de la Continuación de Infracciones. Según este principio, para determinar la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que haya transcurrido por lo menos treinta días hábiles desde la fecha de imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de ese plazo. Además, la ley es clara al disponer que no se puede atribuir el supuesto de continuidad o la

imposición de la sanción respectiva cuando se haya interpuesto un recurso administrativo y aún no se haya resuelto. No cabe, pues, que la Administración imponga una multa tras otra, cuando hay infracciones continuadas, sin que se respeten estos criterios.

2. Principio de legalidad

Además del Principio de Tipicidad referido a las conductas sancionables administrativamente (infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación), el Principio de Legalidad, contenido en el inciso 1 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que *"solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad"*.

Según Morón, nos encontramos aquí *"frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos"*. Para este autor, la reserva de identificación de las sanciones aplicables *"no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por ej., multa, suspensión o inhabilitación de derechos), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, su duración, etc."*. Considera que atenta contra el Principio de Legalidad que una norma legal señale una sanción de multa dando un amplio margen entre multa mínima y máxima, que por ello deje un gran espacio donde la Administración puede actuar arbitrariamente. Así, indica que

"(...) en el mismo nivel de reprochable se encuentran los casos en los que la norma señala la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde el monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando en la discrecionalidad de la

Administración ponderar su graduación. Aquí, el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de especificación de sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la Administración determinar su contenido gravoso para los administrados.³⁵

Si buscamos un ejemplo de norma ambiental que vulnera este principio, nos encontraremos con el Anexo 1 de la Resolución No. 185-2008-OS/CD del OSINERGMIN, ya que señala multas que van desde 1 UIT hasta el monto extremadamente alto de 1000 UIT, dejando un excesivo margen de discrecionalidad a la Administración para graduar la sanción, pudiendo prestarse a arbitrariedades que la Ley del Procedimiento Administrativo General proscribe. Siendo esto así, toda resolución que pretenda sancionar por infringir aquello señalado en el Anexo 1 de la Resolución No. 185-2008-OS/CD será nula, porque esta contraviene el Principio de Legalidad contenido en el inciso 1 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, con lo que incurre en el supuesto de nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 10° de la misma ley.

En materia ambiental general, de acuerdo con el artículo 19.2 de la Ley 29325, el Ministerio del Ambiente, a propuesta del OEFA, deberá aprobar la escala de sanciones en la cual se establecerán las aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las sanciones establecidas en el artículo 136 de la Ley General del Ambiente. Tal escala de sanciones deberá respetar el Principio de Legalidad.

3. Principio de razonabilidad

Como lo reconocen los tratadistas en Derecho administrativo, el problema más importante

de la multa es el de su cuantía legítima. Y en palabras del catedrático madrileño, Andrés Betancor, la restricción que ha de soportar la libertad de empresa como consecuencia de la ordenación, el control y la sanción de la administración debe ser razonable y proporcionada al objetivo que se pretende alcanzar, o sea, la protección del ambiente y de la salud de las personas.³⁶

En nuestro Derecho tenemos incorporado el Principio de Razonabilidad, contenido en los artículos IV y 1.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual las decisiones de la Administración, cuando establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

A propósito de este principio, Morón Urbina comenta que la autoridad, al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma sanción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal. El artículo 230.3 de la misma ley contiene un caso interesante de juicio de adecuación, para evitar caer en la insuficiencia de sanción, cuando dispone que debe preverse que la sanción a aplicarse no sea más ventajosa en relación con el beneficio que el infractor pudiera obtener a través de la conducta prohibida. Así sucedería si tuviéramos una sanción de amonestación o multa diminuta frente a la pesca ilegal en gran escala. Asimismo, por el juicio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser la medida menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados (generalmente patrimonio, o derechos subjeti-

35 *Ibid.*, pp. 687-688.

36 BETANCOR, Andrés. *El nulo: normas de emisión, contenido ambiental de los derechos fundamentales afectados y responsabilidad patrimonial de la administración*. En: *Lecturas sobre el Derecho del Medio Ambiente*, Tomo III. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 18.

vos) y que no existan otras medidas sancionadoras que siendo más respetuosas de la esfera jurídica privada cumplan con igual eficacia con los fines previstos para la sanción, en función de las circunstancias del caso.³⁷

4. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional

Para insistir en la importancia de lo arriba dicho, creemos necesario recordar que el Derecho administrativo tiene una relación de jerarquía con el Derecho Constitucional, por lo que la Administración debe subordinarse a las normas y principios constitucionales. Precisamente, a las normas contenidas en nuestra Constitución Política y a las normas que componen el llamado bloque de constitucionalidad³⁸ queremos referirnos, haciendo referencia a lo que señala el máximo intérprete de la Constitución.

Por ello, tiene especial importancia para nuestro tema la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2192-2004-AA /TC referida a los efectos del Principio de Legalidad y, más precisamente, del Principio de Taxatividad en el procedimiento administrativo sancionador; así como de los alcances y efectos del deber de motivar el acto administrativo, sobre todo cuando este contiene una decisión que restringe o limita un derecho fundamental; así como las implicancias del Principio de Razonabilidad en la sanción impuesta para determinar la justicia de la decisión. Sucede, pues, que la Administración no puede desatender estos principios rectores que son garantía de su adecuada actuación frente al administrado.

V. LA SANCIÓN COMO "ÚLTIMA RATIO"

Como decíamos al iniciar este ensayo, el daño ambiental puede ser irreversible, por lo que la sanción, el castigo al causante, no es lo primero que el Derecho debe buscar, sino prevenirlo. Como dice el reconocido tratadista inglés Philippe Sands, *"fácil consuelo sería que el Derecho ambiental se contentara con decirnos que pondrá en prisión a los que acaben destruyendo el planeta"*.³⁹

La sanción, según definición de García de Enterría es *"el mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal –constituido en el fin aflictivo de la sanción– consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho o en la imposición de una obligación de pago de una multa. Y se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración; estas, los tribunales penales"*⁴⁰ Siendo, pues, esta, la definición de sanción, y considerando las características del daño ambiental, es lógico deducir que si bien es necesaria imponerla, no será el primer objetivo de la Administración en la tarea de proteger el ambiente.

De otro lado, en palabras del profesor español, Alejandro Nieto:

"el principio represivo fundamental (o sea, el de que el objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es "la última ratio" del Estado, quien solo debe acudir

37 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 700.

38 El Tribunal Constitucional, en la STC 0047-2004-AI/TC publicada el 8 de mayo de 2006, explica que el bloque de constitucionalidad es un parámetro de control; es decir, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evalúa la validez de la ley cuestionada. De tal manera que el bloque de constitucionalidad está integrado no solo por las disposiciones constitucionales, sino también por todas las leyes a las que la Constitución ha conferido la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango (rango de ley).

39 SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Second Edition, Cambridge University Press, Reino Unido, 2003, p. 246.

40 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, España, 2000, p. 161.

a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones. El llamado principio de subsidiariedad debe generalizarse en un plano más elevado. La mayor parte de las infracciones que cometen las pequeñas empresas son debidas, además de la falta de información, a la falta de medios. Por ello, una adecuada política de financiación finalista es más eficaz que una dura política de represión, aunque naturalmente resulte más cara y menos cómoda que la simple aprobación de unas ordenanzas de infracciones. Sea como fuere, sigue diciendo Nieto, lo importante, dentro de esta temática, es la exigencia de colaboración pública, entendida como la adopción de medidas que puedan evitar las infracciones. (...) No se trata del Estado contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores. Mientras no tenga lugar este cambio de mentalidad en los funcionarios de la Administración, la política represiva seguirá siendo tan inútil como arbitraria y en modo alguno servirá para el logro de su verdadero objetivo: el cumplimiento de las normas. Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es, por tanto, que el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva".⁴¹

Lamentablemente, por el énfasis sancionador de la gestión ambiental, en nuestro ordenamiento jurídico son escasas las normas que se refieren a incentivos ambientales. Entre ellas está la Ley General del Ambiente, pero solo una, de muy reciente data, otorga un beneficio tributario por desempeño ambiental.

Aunque el impacto de esta norma en el ambiente será difícil de medir, la Ordenanza No. 182-2010-MDPH de la Municipalidad Distrital

de Punta Hermosa, publicada en junio de este año, viene a convertirse en la primera norma legal peruana que otorga, efectivamente, un beneficio tributario con un fin ambiental. Esta ordenanza dispone que aquellos vecinos de Punta Hermosa que pinten sus fachadas de color blanco recibirán un descuento del diez por ciento sobre el monto total de los arbitrios municipales. La mejora ambiental que reconoce la ordenanza para otorgar el beneficio tributario es la contribución a la disminución de los índices de calentamiento global.

Es probable que el impacto de esta medida sea mínimo en la mejora de este problema atmosférico, pero no podemos desconocer el valor que puede tener en la conciencia ciudadana y, por lo tanto, en el Derecho ambiental peruano. De eso se trata cuando se tiene como objetivo la producción limpia: las mejoras ambientales se logran no solo exigiéndolas, sino también con incentivos económicos y tributarios; de otra manera no podremos avanzar en una mayor eficacia de la gestión ambiental peruana.

A veces aparecen voces en nuestro Congreso de la República proponiendo la aprobación de más normas con sanciones más altas, como si esa fuese la solución a la degradación ambiental en el país. Pareciera que incluso quisieran volver a aquellas épocas en la que la Administración también podía imponer sanciones de privación de la libertad de las personas, yendo en contra de la corriente de despenalización. En todo caso, habría que recordarles normas como aquella contenida en el Artículo 25.3 de la Constitución Española de 1978, la cual dispone que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

Y no solo en el Congreso de la República, pareciera que entre algunos funcionarios públicos la potestad de inspección es confundida con la potestad de sanción, como si se tratase de lo mismo. Habría que recordar que la actividad

41 NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo sancionador. Cuarta Edición. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2005, pp. 35-40.

administrativa de inspección tiene por objeto verificar el cumplimiento de lo previsto por la ley, finalidad distinta y muchísimo más amplia que la potestad sancionadora. Esta confusión de algunos está llevando a limitar los efectos de la inspección a los casos de incumplimiento, sin advertir la utilidad de esta en la promoción del cumplimiento ambiental.

La actuación de inspección, la supervisión, por parte de la Administración, no tiene otro fin que verificar si los administrados cumplen o no con la legislación y su análisis. Por lo tanto, el advertir la existencia de una infracción, así como su posterior sanción a través de un procedimiento administrativo, no deben ser los únicos efectos de la inspección. Si las entidades públicas limitan la supervisión ambiental a la tarea de advertir incumplimientos y sancionarlos, la gestión ambiental estatal queda atrofiada en su capacidad de gestión promotora de la producción limpia.

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CORRECTIVAS

En materia de Derecho administrativo ambiental las normas que rigen la imposición de medidas cautelares y correctivas por parte de la Administración—además de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴²—son la Ley General del Ambiente⁴³ del 2005 y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁴⁴ del 2009, las cuales, por falta de técnica legislativa, no son del todo consistentes.

Ambas normas distinguen entre medidas cautelares y correctivas; mientras que aquellas tienen la finalidad de prevenir un daño irreparable, estas apuntan a revertir o disminuir, en lo posible, el efecto nocivo que una conducta infractora pudiera producir. Como se ve, las primeras tienen un carácter netamente preventivo y las

segundas tienen un carácter reparador y una finalidad correctiva, como su mismo nombre lo indica. Ambas medidas pueden expresarse en el decomiso; la paralización o restricción de la actividad; el cierre temporal, parcial o total; así como otras que pudieran ser necesarias para cumplir con los fines de la medida.

Además, por su carácter reparador, la medida correctiva puede incluir la obligación del responsable del daño a reparar, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensar en términos ambientales y/o económicos. Como sabemos, la medida cautelar es una decisión que debe tomar la Administración cuando prevé que se puede afectar la eficacia de un acto administrativo. Medida que solo debe ser adoptada dentro de un procedimiento administrativo ya iniciado, siempre y cuando la Administración tenga los elementos de juicio suficientes. Solo por excepción, dispuesto en normas especiales con rango de ley, cabe adoptar medidas cautelares antes de iniciado un procedimiento administrativo.

Además de las medidas cautelares y correctivas, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental incluye en su artículo 23 a las *medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación*. Sin embargo, nosotros no advertimos mayor diferencia entre estas medidas y las medidas correctivas del artículo 22. En todo caso, ya que debe haber una diferencia porque se las ha incluido en el mismo texto legal, creemos que esta radicaría en que el artículo 23, a diferencia del artículo 22, sí hace referencia al artículo IX de la Ley General del Ambiente que dispone la obligación de *compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera*

42 El artículo 146 de la Ley 27444 dispone que la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, medidas cautelares, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. Añade que no se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

43 Artículos 136 y 137 de la Ley 28611.

44 Artículos 21 al 23 de la Ley 29325.

lugar"; obligación que está limitada a aquellos casos en que no fuera posible adoptar medidas de "restauración, rehabilitación o reparación".

La pregunta, entonces, es ¿a qué se refiere la Ley General del Ambiente al pretender obligar a "compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar"? Como es obvio que no existe responsabilidad por daño ambiental que emane de un proceso distinto a aquellos seguidos en las sedes civiles, penales y administrativas, no se debe tratar de un proceso de atribución de responsabilidad distinto a los ya existentes en nuestro sistema legal. Por lo tanto, pensamos que se trataría de un concepto nuevo en el Derecho de daños peruano aplicable solo en aquellos casos en que ya no es posible restaurar, rehabilitar o reparar una situación, luego de ocurrido el daño ambiental. Más allá de lo dicho, la Ley General del Ambiente no da luces sobre el particular.

Tomando como referencia a otras jurisdicciones, pensamos que esta compensación "en términos ambientales" puede referirse a las medidas de compensación llevadas a cabo en lugares distintos al afectado. Puede ser el caso, por ejemplo, del daño irreparable a un humedal, que podría traer como consecuencia, además de la sanción al causante, la obligación de mantener o recuperar una mayor área de humedales, en peligro o no, en otro lugar de la geografía peruana. Por lo tanto, no se trataría de la reparación *in natura*, tan difícil en términos ambientales, sino de compensar en otro lugar "en términos ambientales". En materia de Derecho de daños, cuando no cabe la reparación *in natura*, cabe la compensación "en términos económicos"; sin embargo, como la naturaleza no acepta dinero, creemos acertado que se haya introducido la

compensación "en términos ambientales", si es que nuestra interpretación es correcta.

VII. LA ADMINISTRACIÓN Y LA INTERNALIZACIÓN DE LOS COSTOS AMBIENTALES

El principio de prevención, contenido en el Artículo VI de la Ley General del Ambiente, prioriza las políticas de gestión ambiental que eliminan o reducen posibles contaminaciones antes de que estas se produzcan. Este principio ha sido ampliamente reconocido por instrumentos internacionales como la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río.⁴⁵

De otro lado, el principio de internalización de costos, recogido en la Ley General del Ambiente⁴⁶, propone que las estructuras de costos de los bienes y los servicios incorporen los potenciales daños ambientales y –lo que es más importante– los riesgos que los mismos pudieran generar.

Como consecuencia de la incorporación de los riesgos ambientales en la estructura de costos de la producción de bienes o de la prestación de servicios en el mercado, hay que entender que no solo se debe considerar el costo por la reparación del daño generado, sino también el costo por la necesaria prevención para poner los medios más adecuados destinados a prevenir el daño.

Para entender el principio de internalización de costos, al que algunos llaman principio contaminador-pagador, hay que distinguir su doble finalidad. Por un lado, su finalidad inmediata es obligar al agente contaminante a cubrir los gastos, pagos o erogaciones que su conducta pueda causar, mientras que, de otro lado, su finalidad mediata es buscar que los potenciales contaminadores asuman el costo de la preven-

45 Ver los principios 6, 7, 15, 18 y 24 de la Declaración de Estocolmo y los principios 11 y 17 de la Declaración de Río.

46 Ver el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley Nº 28611. Otras normas que contienen este principio son el literal (n) del artículo 5 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245; el artículo 6, numeral 5 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Decreto Supremo No. 008-2005-PCM; y el artículo 2 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Ruido, Decreto Supremo No. 085-2003-PCM, entre otras.

ción del daño en los precios de sus productos o servicios, o a través de seguros obligatorios, entre otros mecanismos.⁴⁷

Es decir, el principio de internalización de costos no solo obliga a pagar a quien contamina, sino también al potencial contaminador en cuanto al costo de prevención. De limitarse al primer supuesto, es decir que solo el que contamina es el que repara el daño, no sería definitivamente un principio propio del Derecho ambiental, sino uno común al Derecho en general, ya que el Derecho contiene diversas disposiciones referidas a la reparación del daño. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 1969° y 1970° del Código Civil, en cuanto a la reparación civil extracontractual.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La actividad administrativa de inspección tiene por objeto verificar el cumplimiento de lo previsto por la ley, finalidad distinta y muchísimo más amplia que la potestad sancionadora. Pareciera que el sesgo sancionador está llevando a limitar los efectos de la inspección para los casos de incumplimiento y sanción sin advertir la utilidad de la inspección o supervisión en la promoción del cumplimiento ambiental. Si las entidades públicas siguen limitando la supervisión ambiental a la sola tarea de advertir incumplimientos para sancionar, la gestión ambiental estatal peruana quedará atrofiada en su capacidad de reacción frente al daño al ambiente.

En su labor fiscalizadora y sancionadora, las entidades públicas deben respetar los principios de legalidad y tipicidad dispuestos por la Ley del Procedimiento Administrativo General. El no hacerlo está llevando a los administrados a acudir al control judicial de las decisiones administrativas, perjudicando innecesariamente la inversión y sobrecargando las labores del Poder Judicial. La creación del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, regido por el OEFA, debe promover que la gestión ambiental estatal evolucione y tenga un carácter promotor de la producción limpia, caracterizándose no solo por el mero control, sino también por incentivar a que la industria invierta más recursos en prevenir la contaminación.

La Administración ambiental peruana no está influyendo debidamente en las conductas de las empresas, debiendo incentivarlas para que asuman estándares por encima del cumplimiento mínimo legal. Creemos que eso se debe a la actual gestión pública carente de mecanismos de incentivo, lo cual la convierte en una gestión pública reactiva y punitiva que no favorece la conservación del ambiente.

La Administración ambiental tiende a actuar sola sin tomar en cuenta la participación de los ciudadanos y sector empresarial en su gestión. Esta participación es indispensable para poder llegar a definir un marco promotor de la industria limpia en nuestro país. Como acertadamente lo ha dicho el profesor Nieto y lo señalábamos arriba: *"No se trata del Estado contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores"*.

47 PATIÑO POSSE, Miguel. *Derecho Ambiental Colombiano*. Legis Editores S.A. Colombia, 1999, p. 66.