



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

INFORME LEGAL N° 165-2022-JUS/DGDNCR

A : **JIMMY MARCOS QUISPE DE LOS SANTOS**
Viceministro de Justicia

DE : **CARLOS LUIS QUISPE ASTOQUILCA**
Director General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria

ASUNTO : Informe legal sobre el Proyecto de Ley N° 045/2021-CR, Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que crea el Consejo de Estado de la República del Perú

REFERENCIA : Oficio N° 054 -2021-2022-CCR/CR

FECHA : Miraflores, 22 de julio de 2022

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de remitirle el presente Informe Legal

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el oficio de la referencia, de fecha 31 de agosto de 2021, la Presidenta de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República solicitó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, “MINJUSDH”), emitir opinión jurídica sobre el Proyecto de Ley N° 045/2021-CR, Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que crea el Consejo de Estado de la República del Perú¹ (en adelante, Proyecto de Reforma Constitucional).
2. Con Proveído N° 003668-2021-VMJ, del 6 de setiembre de 2021, el Despacho Viceministerial de Justicia trasladó a esta Dirección General el citado Proyecto de Ley, para la atención correspondiente.

Objeto

El objeto del presente informe es analizar el Proyecto de Ley y su Exposición de Motivos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.3.1 del “Lineamiento para la atención de solicitudes de Dictámenes Dirimentes, Opiniones Jurídicas e Informes Legales”,

¹ Presentado por el Grupo Parlamentario Acción Popular, el 20 de agosto de 2021.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”





PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General
de Desarrollo Normativo
y Calidad Regulatoria

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

aprobado mediante la Resolución Viceministerial N° 003-2021-JUS-VMJ², correspondiendo emitir un Informe Legal.

Base Legal

- a) Constitución Política del Perú, publicada en el diario oficial El Peruano, el 30 de diciembre de 1993 (en adelante, la Constitución).
- b) Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1997 (en adelante, Ley N° 26889).
- c) Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007 (en adelante, LOPE).
- d) Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 2006 (en adelante, Decreto Supremo N° 008-2006-JUS).

II. ANÁLISIS

SOBRE EL PROYECTO DE LEY

1. Conforme se aprecia del título del Proyecto de Ley, se trata de una propuesta de reforma constitucional para crear el Consejo de Estado de la República del Perú.
2. La estructura de la propuesta normativa consta de tres artículos: el primero, referido al objeto de la ley; el segundo, a la incorporación del Título VII De los Organismos Auxiliares del Estado y de los artículos sobre el Consejo de Estado (artículo 207), Conformación del Consejo de Estado (208), Convocatoria al Consejo de Estado (artículo 209), Obligatoriedad de concurrencia al Consejo de Estado (artículo 210) y Acuerdos del Consejo de Estado (artículo 211); y, el tercer artículo referido a la modificación del artículo 117 de la Constitución, sobre la responsabilidad constitucional del Presidente. Asimismo, contiene una Disposición Complementaria Final referida a la vigencia.
3. El Proyecto de Reforma Constitucional tiene por objeto, conforme al artículo 1, crear el Consejo de Estado de la República del Perú a fin de ser incorporado en la Constitución.

² Publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 2021.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”





“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

4. En esa línea, la Exposición de Motivos señala que se plantea instaurar la institución del Consejo de Estado para solucionar los problemas urgentes y a la vez garantizar la gobernabilidad del país, la cual, pese a no estar regulada en nuestra normativa, ha sido utilizada anteriormente.
5. Asimismo, se precisa que *“el Consejo de Estado es un órgano constitucional auxiliar de carácter consultivo, que tiene como fin abordar temas políticos de carácter urgente para el estado, y está integrado por los más altos funcionarios de los poderes, los órganos constitucionales autónomos, así como demás funcionarios que desempeñan un rol orgánico y preponderante para la nación”*.
6. Así también, se señala que los diversos gobiernos han venido convocando al Consejo de Estado, por lo que resulta necesario plantear su regulación normativa que le dé carácter orgánico y constitucional, con el propósito que aborde los problemas del Estado.
7. Estando a lo señalado, a continuación, se desarrollarán algunas consideraciones sobre el origen histórico y configuración del Consejo de Estado.

Origen y configuración del Consejo de Estado en el constitucionalismo europeo

8. Aunque el Consejo de Estado tiene antecedentes desde la aparición misma de los Estados³, fue recién instaurada como una institución republicana por Napoleón Bonaparte en la Constitución de Francia de 1799. Bajo dicha Carta, los miembros del Consejo de Estado eran nombrados por el Primer Cónsul, actuaban como portavoces del Gobierno ante el Cuerpo Legislativo, redactaban tanto los proyectos de ley de iniciativa gubernamental como los reglamentos de la Administración Pública, autorizaban el juzgamiento de los agentes del gobierno, y resolvían las controversias en materia administrativa⁴.
9. Posteriormente, el modelo francés sufrió modificaciones, aunque manteniendo su esencia. Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958, señala que el Consejo de Estado emite dictamen previo sobre las propuestas normativas del Gobierno. A su vez, remite al Consejo Constitucional las controversias en las cuales se considera que alguna ley vulnera derechos constitucionales, designa a un miembro del Consejo Superior de la Magistratura, entre otros aspectos⁵.

³ Cordero Torres, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p. 15.

⁴ Constitución de la república francesa del 22 frimaire del año VIII (13 de diciembre de 1799), artículos 41, 52, 53, 70, 71 y 75.

⁵ Constitución de la república francesa del 4 de octubre de 1958, artículos 38, 39, 61-1, 65, 74 y 74-1.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

10. En el caso de España, en la Constitución de Cádiz de 1812, el Consejo de Estado estaba compuesto por cuarenta consejeros propuestos por la Cortes y nombrados por el Rey. Los consejeros no podían ser diputados ni extranjeros, y entre ellos debía haber cuatro eclesiásticos de reconocido merecimiento, cuatro ciudadanos ilustres de España, doce ciudadanos nacidos en las provincias de ultramar, y los demás eran elegidos entre los ciudadanos más distinguidos por su ilustración o por sus servicios al Estado.
11. En cuanto a sus funciones, el Consejo de Estado español era una instancia consejera del Rey, quien debía oír su dictamen antes de declarar la guerra, suscribir tratados, sancionar leyes, suspender magistrados, y otros asuntos graves gubernativos. Asimismo, proponía al Rey la presentación de obispados, beneficios eclesiásticos, así como la provisión de plazas de la judicatura⁶.
12. De lo anterior, se advierte que el Consejo de Estado español se concibió esencialmente como un órgano consultivo del Rey sobre cuestiones importantes, función que se mantiene en la vigente Constitución española de 1978, que reconoce al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno.
13. Al respecto, la doctrina señala que, entre el Consejo de Estado francés y el español, existen diferencias básicas. El Consejo de Estado francés es el juez administrativo supremo, lo cual garantiza su independencia y refuerza su posición frente al Gobierno, que no puede ignorar sus opiniones; en cambio, el Consejo de Estado español no tiene más esa condición de órgano jurisdiccional, lo cual ha depurado al máximo su función consultiva⁷.
14. Siendo así, puede afirmarse que, en el constitucionalismo continental, existen dos modelos de Consejo de Estado: el modelo francés, bajo el cual el Consejo de Estado se constituye básicamente en la máxima instancia jurisdiccional de la Administración Pública; y el modelo español, bajo el cual el Consejo de Estado se constituye básicamente en el máximo órgano de consulta previa y obligada para el Gobierno.
15. Por otra parte, resulta relevante resaltar que, mientras el modelo francés tiene un sistema de gobierno presidencialista, al modelo español le corresponde un sistema de gobierno parlamentarista; siendo que, en el sistema presidencialista, la nación elige directamente al Presidente de la República, quien es a la vez Jefe

⁶ Constitución política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, artículos 171 (numerales 4, 6 y 15), 231, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241 y 253.

⁷ Navarro Caballero, Teresa María, “El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre”; en: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 24, 2006, pp. 10 y 11.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

de Estado y Jefe de Gobierno, mientras que en el sistema parlamentarista, el Jefe de Estado es diferente al Jefe de Gobierno, siendo este último elegido por el Parlamento⁸.

16. En tal sentido, se comprende que en el ordenamiento español el Consejo de Estado tenga características muy particulares, puesto que, al tener un gobierno de corte parlamentarista, requiere de un órgano de consulta a quien acudir en apoyo de decisiones políticas importantes, dotándole de mayor legitimidad.
17. Es importante tomar en consideración los antecedentes históricos del Consejo de Estado, puesto que se incorporó, como veremos más adelante, en el ordenamiento peruano, a pesar que el modelo peruano es, a diferencia del español, un modelo no parlamentarista.

Configuración del Consejo de Estado en el Perú

18. La Constitución de Cádiz de 1812, con su configuración del Consejo de Estado como un órgano de consulta previa y obligada para el Gobierno, fue jurada en el mismo año por el Virrey del Perú de ese entonces, José Fernando de Abascal⁹.
19. El Estatuto Provisional de 1821, dado por quien entonces gestaba la independencia del Perú y se había proclamado su Protector, el General José de San Martín, reguló un Consejo de Estado, como órgano de consulta previa obligada para el Gobierno en asuntos importantes, cuyos miembros eran los máximos jefes del Gobierno, Judicatura, Fuerzas Armadas e Iglesia Católica¹⁰.
20. La Constitución de 1920, aprobada el 27 de diciembre de 1919 por la Asamblea Nacional convocada plebiscitariamente y promulgada el 18 de enero de 1920, por el Presidente de la República de ese entonces, Augusto B. Leguía, volvió a regular un Consejo de Estado, cuyos miembros, a diferencia de su antecesor de 1839, eran nombrados por el Consejo de Ministros y su nombramiento aprobado por el Senado, dejándose a la ley la regulación de los supuestos en los que su consulta previa era obligatoria y vinculante para el Gobierno¹¹.

⁸ Lago Carballo, Antonio, “Presidencialismo o Parlamentarismo: una cuestión disputada”; en: *Ius et Veritas*, N° 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 23 y 24.

⁹ Vid. Hampe Martínez, Teodoro, “Sobre la Constitución de 1812: Las Cortes Gaditanas y su impacto en el Perú”; en: *Revista de Historia Moderna y Contemporánea*, Universidad de Cádiz, N° 24, 2012, p. 31.

¹⁰ Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821, artículo 2 de la Sección Primera, artículos 3 y 8 de la Sección Segunda, y todos los artículos de la Sección Cuarta.

¹¹ Constitución para la República del Perú, dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, artículos 97 (inciso 3) y 134.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

21. Si se revisan las Constituciones que hasta ahora se han promulgado en el Perú, se aprecia que en dos de ellas se ha previsto el Consejo de Estado: la de 1839 y de 1920. Luego, a pesar de no tener una regulación constitucional ni legal, lo cierto es que el Consejo de Estado ha sido una figura que, en la práctica, ha estado presente en la dinámica de la política nacional con menor o mayor frecuencia en diversos periodos y circunstancias.

La reforma de la Constitución y sus límites

22. Según lo señalado por el Tribunal Constitucional, “suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional”. En ese sentido, se ha dicho que “el Poder Constituyente en cuanto poder creador, es único en su género y de él derivan, a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución. **En caso de que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas**”.
23. Sobre esta cuestión, *Jorge Carpizo* ha explicado lo siguiente:
- “El poder constituyente es original, una potestad en sí misma; en cambio los poderes constituidos derivan de la Constitución.
 - El poder constituyente crea todo orden jurídico, mientras que los poderes constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución.
 - El poder constituyente es, en principio, jurídicamente ilimitado; en cambio, los poderes constituidos se encuentran completamente limitados, pues no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución.
 - La función del poder constituyente es concreta en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos; en cambio, los poderes constituidos poseen múltiples funciones.”¹²
24. Bajo ese orden de ideas, se debe precisar que el poder constituyente se divide en dos categorías. La primera de ellas consiste en el denominado “poder constituyente originario”. Dicho poder es “previo y sin control jurídico”, tiene la capacidad de realizar transmuciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de crear la Constitución. Ello es así porque

¹² Cfr. Carpizo, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley. Lima. 2009, pp. 28 y 29.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente¹³, dicho poder responde “a tres características: es único, extraordinario e ilimitado”.¹⁴ Este poder se extingue cuando termina su obra: la Constitución.

25. Sin embargo, esto no significa que el poder constituyente se agote, sino que el mismo se transforma en lo que se denomina poder de reforma constitucional, el cual se encuentra consagrado en la Constitución, apareciendo en los momentos en que se necesite una reforma al texto constitucional. Pero dicho poder no es absoluto, sino que, se encuentra limitado por la propia Carta Magna y, de manera más específica, por lo dispuesto en el artículo 206° de la Constitución.
26. Así las cosas, con relación a la diferencia entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recordar el jardín). A partir de estas palabras, aquel colegiado explicita que, “lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente... El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció... En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El poder de reforma constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado.”¹⁵

27. Desde aquella perspectiva, tenemos que lo que el Tribunal Constitucional llama poder de reforma constitucional es el poder constituyente derivado, denominaciones que usa indistintamente *Nogueira Alcalá* para referirse a la

¹³ Tribunal Constitucional. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (Acumulados). Sentencia de 3 de junio de 2005, f. j. 17.

¹⁴ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00014-2002-PI/TC. Sentencia de 21 de enero de 2002, f. j. 60.

¹⁵ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00014-2002-PI/TC. Sentencia de 21 de enero de 2002, f. j. 63, 69, 71 y 72.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

misma potestad y que diferencia del poder constituyente originario en que éste último es una potestad en sí misma (pues no deriva de otro poder jurídico preexistente al interior de la sociedad), extraordinaria (pues no opera regularmente como potestad estatal, sino sólo en los momentos que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser sustituido) y autónoma (pues puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad democráticamente expresado); **en cambio, el poder de reforma constitucional es un poder constituido, creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales.**¹⁶

28. A propósito de lo expresado, tenemos que en el caso peruano el artículo 206° de nuestra Constitución señala lo siguiente:

“Artículo 206.-
Reforma Constitucional

Toda reforma constitucional **debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.** La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.”

29. La Constitución regula el poder de su reforma, condicionando su ejercicio a la observancia de un procedimiento. No obstante, en cualquiera de los dos supuestos establecidos (la aprobación por doble votación o vía *referéndum*) no se puede vulnerar la esencia misma de la Constitución. En efecto, “la existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.”¹⁷

¹⁶ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto. Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 36. 2017, p. 333.

¹⁷ Tribunal Constitucional. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (Acumulados). Sentencia de 3 de junio de 2005, f. j. 18.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

30. Por lo tanto, bajo el esquema que establece el artículo 206° de la Constitución, “debe quedar claro que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución. Su actuación tiene una frontera.”¹⁸ Es por esta razón que se ha establecido que “la legitimidad de la reforma constitucional dependerá de que se siga lo formal y materialmente establecido en la propia carta.”¹⁹
31. Así las cosas, respecto de los **límites al poder de reforma constitucional**, el Tribunal Constitucional ha establecido tanto límites formales como materiales. Respecto a los primeros, se ha señalado lo siguiente:

“a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.”²⁰

Por otro lado, respecto a los límites materiales, se ha establecido lo siguiente:

“b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

(...)

¹⁸ Tribunal Constitucional. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (Acumulados). Sentencia de 3 de junio de 2005, f. j. 18.

¹⁹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00008-2018-PI/TC. Sentencia de 4 de octubre de 2018, f. j. 9.

²⁰ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00014-2002-PI/TC. Sentencia de 21 de enero de 2002, f. j. 72.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 890 de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 1390 de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 1190 de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 1830 de la Constitución de 1839, el artículo 1420 de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, 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 o no 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.”²¹

32. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, cualquier reforma que se pretenda hacer de algún extremo de la Constitución deberá hacerse teniendo en cuenta los límites que el propio texto constitucional establece y que han sido desarrollados pormenorizadamente por el supremo intérprete de la Constitución. Y es que, a pesar de que el Congreso de la República es libre en su actuación legislativa, es importante tener en cuenta que “el sometimiento del Congreso a la Constitución lo obliga a proteger los derechos y bienes en ella recogidos, en el caso que desarrolle una norma a través de una ley regular o, aún más, cuando lo hace mediante una ley de reforma constitucional”.²² Por lo tanto, **“debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte el texto constitucional, su contenido no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.”**²³

²¹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00014-2002-PI/TC. Sentencia de 21 de enero de 2002, f. j. 74 y 76.

²² Tribunal Constitucional. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (Acumulados). Sentencia de 3 de junio de 2005, f. j. 22.

²³ Tribunal Constitucional. Expedientes N° 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC (Acumulados). Sentencia de 3 de junio de 2005, f. j. 22.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

SOBRE LA PROPUESTA CONTENIDA EN EL PROYECTO DE LEY

33. El artículo 1 de la propuesta normativa establece que el objeto de la norma es crear el Consejo de Estado de la República e incorporarlo en la Constitución Política.
34. En ese sentido, el artículo 2 de la propuesta normativa plantea incorporar el Título VII, De los Organismos Auxiliares del Estado, a la Constitución. Dicho título estaría conformado por los siguientes cinco artículos:

Título VII

De los Organismos Auxiliares del Estado

Artículo 207. Consejo de Estado

El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Estado, tiene carácter autónomo, auxiliar, plural y pacificador, y tiene como finalidad dar solución a las crisis políticas de interés nacional; salvaguardar los derechos fundamentales de la nación en regímenes de excepción; y otras urgencias del Estado debidamente fundamentadas.

Artículo 208. Conformación del Consejo de Estado

El Consejo de Estado está conformado por las más altas autoridades de/ Estado:

- a) Presidente de la República
- b) Presidente del Consejo de Ministros
- c) Presidente del Congreso de la República
- d) Presidente del Poder Judicial
- e) Presidente del Ministerio Público
- f) Presidente del Tribunal Constitucional
- g) Presidente de Jurado Nacional de Elecciones
- h) Contralor General de la Republica
- i) Defensor del Pueblo
- j) Presidente del Banco Central de Reserva del Perú
- k) Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas

El Consejo de Estado puede requerir la presencia de otros funcionarios, así como invitar a ciudadanos notables y personas extranjeras que considere pertinentes para sus fines, los cuales no tienen condición de miembros del Consejo de Estado.

Artículo 209. Convocatoria al Consejo de Estado

El Consejo de Estado es convocado por el Presidente de la República o el Presidente del Congreso de la República. En el caso de que la convocatoria sea por el Presidente de la Republica debe ser refrendada por el Consejo de Ministros; cuando la convocatoria sea por el Presidente del Congreso de la Republica debe ser aprobada por resolución legislativa del Congreso de la República. De igual forma, el Consejo de Estado también

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

puede ser convocado por dos de sus miembros previa resolución de sus respectivos organismos.

No existe límite en el número de convocatorias, estas responden a las necesidades políticas del Estado. Asimismo, las sesiones del Consejo de Estado se desarrollan en Palacio de Gobierno o, en su defecto, en el Congreso de la República.

Artículo 210. Obligatoriedad de concurrencia al Consejo de Estado

Los miembros integrantes del Consejo de Estado, así como los funcionarios requeridos tienen la obligación de concurrir a las sesiones del Consejo de Estado bajo responsabilidad política y administrativa, y bajo sanción de remoción por parte del órgano encargado de nombrarlos.

En el caso de que el Presidente de la República no concorra a las sesiones del Consejo de Estado efectuada por convocatoria del Presidente del Congreso de la República o por la de dos de sus miembros, tendrá responsabilidad constitucional, y estará sujeto a lo dispuesto por los artículos 113 y 117 de la Constitución Política del Perú.

En el caso de que el Presidente del Congreso de la República no concorra a las sesiones de/ Consejo de Estado efectuada por convocatoria de/ Presidente de la República o por la de dos de sus miembros puede ser objeto de censura por parte de/ Congreso de la República.

En el caso de que el Presidente del Consejo de Ministros no concorra a las sesiones del Consejo de Estado efectuada por convocatoria del Presidente de/ Congreso de la República se produce crisis total de gabinete, la cual no se contabiliza para accionar el mecanismo de disolución del Congreso de la República.

Artículo 211. Acuerdos del Consejo de Estado

Los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado tienen carácter vinculante y deben ser publicados, salvo que los asuntos tratados tengan carácter de secreto de estado.

- 35. Como puede apreciarse, el proyecto de reforma constitucional pretende introducir a la Constitución un Consejo de Estado de carácter consultivo, con la finalidad de dar solución a las crisis políticas de interés nacional, salvaguardar los derechos fundamentales de la nación en regímenes de excepción; y otras urgencias del Estado debidamente fundamentadas.
- 36. En la Exposición de Motivos se señala que, actualmente, la institución constitucional del Consejo de Estado no está regulada en la Constitución, pero que, sin embargo, los gobiernos de los Presidentes de la República Alejandro Toledo, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski, Martín Vizcarra y Francisco Sagasti, han venido convocándolo como espacio de diálogo interinstitucional para atender los problemas urgentes del país.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

37. Es importante precisar que respecto a la potestad de reforma constitucional contenida en el artículo 206 de la Constitución, como bien sostiene reiterada doctrina, se trata de una competencia de especial envergadura, considerada incluso como una especie de *competencia de la competencia*²⁴. En ese sentido, como ya se ha precisado en el presente informe, la validez en el ejercicio de esta potestad se encuentra sujeta al respeto de los límites formales previstos en el artículo 206 de la Constitución y los límites materiales desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²⁵
38. Bajo esta lógica, y teniendo en cuenta que en nuestra Constitución no se han previsto *cláusulas pétreas* de forma explícita como sí ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos como Alemania, Francia, Italia, entre otros, el Tribunal Constitucional ha identificado en su jurisprudencia, de manera enunciativa más no taxativa, algunos principios fundamentales que configurarían el *contenido esencial* de la Constitución, denominados por la doctrina como límites materiales implícitos²⁶, tales como: el principio de dignidad del hombre, la vida, la igualdad, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, **la separación de poderes**, la forma republicana de gobierno, el régimen representativo, la Constitución económica, el principio de alternancia del gobierno, y, en general, el régimen político y forma de Estado²⁷.
39. Así las cosas, tal y como se mencionó *supra*, la propuesta normativa pretende introducir a la Constitución un Consejo de Estado de carácter consultivo, con la finalidad de dar solución a las crisis políticas de interés nacional, salvaguardar los derechos fundamentales de la nación en regímenes de excepción; y otras urgencias del Estado debidamente fundamentadas; por lo que, corresponderá verificar si la fórmula propuesta contraviene o no alguno de los límites materiales de la reforma constitucional.

²⁴ De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. Madrid, 2001. pp. 236-238.

²⁵ Tribunal Constitucional. Expediente N° 014-2002-AI/TC, Sentencia del 21 de enero de 2002, f.j. 71 - 77.

²⁶ Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Tesis presentada al Departamento de Derecho de *London School of Economics* para obtener el grado de Doctor en Filosofía. Londres, 2014.

²⁷ Tribunal Constitucional. Expediente N° 014-2002-AI/TC, Sentencia del 21 de enero de 2002, f.j. 75-76. Tribunal Constitucional. Expediente N° 050-2004-AI/TC, Sentencia del 3 de junio de 2005, f.j. 35. Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2018-PI/TC, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, f.j. 49. Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2019-CC/TC, Sentencia del 14 de enero de 2020, f.j. 27.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Sobre la definición y finalidad del Consejo de Estado

40. En primer lugar, tenemos que el artículo 2 de la propuesta normativa plantea la inclusión del artículo 207 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 207. Consejo de Estado

El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Estado, tiene carácter autónomo, auxiliar, plural y pacificador, y tiene como finalidad dar solución a las crisis políticas de interés nacional; salvaguardar los derechos fundamentales de la nación en regímenes de excepción; y otras urgencias del Estado debidamente fundamentadas.

41. El reconocimiento del Consejo de Estado como un órgano consultivo cuya finalidad es convocar e involucrar a las más altas autoridades del Estado (poderes del Estado y órganos constitucionales autónomos) para la búsqueda y planteamiento de alternativas de solución a las diversas crisis de relevancia nacional que pueden suscitarse en el país, tiene sin duda un impacto en el principio de separación de poderes, por lo que, es importante que la regulación constitucional que se plantee no desnaturalice o vacíe de contenido a este principio que, como se expuso anteriormente, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un límite material implícito a la potestad de reforma constitucional.
42. Sobre el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha reconocido que presenta los siguientes rasgos de identidad²⁸:
- **Principio de separación de poderes propiamente dicho:** Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). (...) Se reconoce la división de poderes y se prevén formas razonables para resolver o superar las diferencias entre ellos.
 - **Principio de balance entre poderes:** Se refiere a la existencia de **mecanismos de coordinación** (tales como la delegación de facultades, el

²⁸ Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2018-PI/TC, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, fj. 56.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, (...) la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); mecanismos de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y mecanismos de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, (...), debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.). Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

- **Principio de cooperación:** Conforme a este principio, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (...), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de "**lealtad constitucional**", el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política.
- **Principio de solución democrática:** Este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos.

43. En consecuencia, el principio de separación de poderes no puede entenderse como un antagonismo o ausencia de colaboración entre los mismos, pues de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados en la Constitución también se desprende el principio de colaboración de poderes²⁹.
44. En este contexto, de la fórmula planteada como artículo 207 se advierte que la finalidad del Consejo de Estado, que es la de funcionar como un órgano consultivo que permita “dar solución a las crisis políticas de interés nacional; salvaguardar

²⁹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2019-CC/TC, Sentencia del 14 de enero de 2020, fj. 30-31.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

los derechos fundamentales de la nación en regímenes de excepción; y otras urgencias del Estado debidamente fundamentadas”, se enmarca dentro del principio de cooperación y balance entre poderes que constituyen rasgos identitarios del principio de separación de poderes, pues se configura como un mecanismo de coordinación interinstitucional cuyo objetivo es abordar asuntos altamente relevantes para el bienestar general de la población.

45. Por lo tanto, la creación de una instancia como la que se propone no vulnera, en principio, la separación de poderes. Sin embargo, es preciso determinar si es que la regulación propuesta no interviene indebidamente en el ejercicio de los poderes y/o competencias de otros poderes del Estado u organismos constitucionalmente autónomos. En efecto, no podría decirse, sin más, que la creación del Consejo de Estado no vulnera la Constitución sin haberse analizado los aspectos específicos de la regulación que se le pretende dar. Por ello, es necesario observar las demás disposiciones planteadas por el proyecto de ley a efectos de verificar si, en efecto, la propuesta normativa no irrumpe con el principio de separación de poderes.

Sobre la conformación del Consejo de Estado

46. La segunda disposición que plantea incluir el artículo 2 de la propuesta normativa es el artículo 208 de la Constitución, según los siguientes términos:

Artículo 208. Conformación del Consejo de Estado

El Consejo de Estado está conformado por las más altas autoridades del Estado:

- a) Presidente de la República
- b) Presidente del Consejo de Ministros
- c) Presidente del Congreso de la República
- d) Presidente del Poder Judicial
- e) Presidente del Ministerio Público
- f) Presidente del Tribunal Constitucional
- g) Presidente de Jurado Nacional de Elecciones
- h) Contralor General de la Republica
- i) Defensor del Pueblo
- j) Presidente del Banco Central de Reserva del Perú
- k) Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas

El Consejo de Estado puede requerir la presencia de otros funcionarios, así como invitar a ciudadanos notables y personas extranjeras que considere pertinentes para sus fines, los cuales no tienen condición de miembros del Consejo de Estado.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

47. La presente propuesta normativa resulta viable jurídicamente con algunas observaciones. Teniendo en cuenta la especial trascendencia de la labor que compete al Consejo de Estado es razonable que se convoque a las más altas autoridades del Estado, es decir, a los titulares de los poderes del Estado y de los órganos constitucionales autónomos.
48. Según se advierte de este extremo de la propuesta normativa, lo que se establece es que, dada la naturaleza del Consejo de Estado, este deberá estar integrado por los más altos funcionarios de los tres clásicos poderes del Estado, así como los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos que allí se mencionan. Al respecto, si bien es lógico que se establezca dicha conformación para el Consejo de Estado, es necesario hacer algunas observaciones para efectos de una mejor regulación constitucional de dicha institución.
49. La primera observación se encuentra referida a la inclusión del Presidente del Consejo de Ministros dentro de los integrantes del Consejo de Estado. Al respecto, se advierte que la propuesta incluye solo a los titulares de los poderes Legislativo y Judicial, pero, en el caso del Poder Ejecutivo, se incluye, además del Presidente de la República, al Presidente del Consejo de Ministros, sin que en la Exposición de Motivos se realice un desarrollo que justifique, en todo caso, por qué el Poder Ejecutivo deberá contar con dos representantes en el Consejo de Estado, más aun considerando que, según el artículo 7 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República es el jefe del Poder Ejecutivo.
50. Por otro lado, en cuanto al listado de los órganos constitucionales autónomos, se advierte que la propuesta normativa plantea una lista taxativa y cerrada de sus integrantes, entre los que se encuentran los titulares de solamente algunos de los organismos constitucionalmente autónomos. En efecto, no hay una justificación que sustente por qué solamente los organismos constitucionalmente autónomos nombrados en este extremo de la propuesta merecen integrar el Consejo de Estado y los otros no. Así por ejemplo, se advierte que en la propuesta normativa se ha omitido la mención a órganos como la Junta Nacional de Justicia, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro nacional de Identificación y Estado Civil, entre otros. Además, el establecimiento de una lista cerrada, excluye a los organismos constitucionalmente autónomos que se podrían crear en un futuro.
51. Finalmente, también corresponde hacer mención sobre la inclusión del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas como miembro integrante del Consejo de Estado. Al respecto, es menester observar lo establecido en el artículo 169 de la Constitución, el cual señala que: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

52. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que esta subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al “poder constitucional” pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente de la República, con el fin de sustraer a los “profesionales de las armas” de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización institucional, es decir, “permitir que ellas puedan servir objetivamente al cumplimiento de los fines que la Constitución les asigna, al margen de los intereses particulares de los gobiernos de turno o los suyos propios, sean estos corporativos o privados”³⁰.
53. En ese sentido, la participación del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas como miembro titular del Consejo de Estado sería contraria a la finalidad constitucional establecida en el artículo 169 de la Constitución, que es evitar la politización institucional de las Fuerzas Armadas, por lo que no sería viable jurídicamente.
54. En consecuencia, por las consideraciones expresadas, este extremo de la propuesta normativa no resulta viable.

Sobre la convocatoria del Consejo de Estado

55. La propuesta de incorporación del artículo 209 establece lo siguiente:

Artículo 209. Convocatoria al Consejo de Estado

El Consejo de Estado es convocado por el Presidente de la República o el Presidente del Congreso de la República. En el caso de que la convocatoria sea por el Presidente de la República debe ser refrendada por el Consejo de Ministros; cuando la convocatoria sea por el Presidente del Congreso de la República debe ser aprobada por resolución legislativa del Congreso de la República. De igual forma, el Consejo de Estado también puede ser convocado por dos de sus miembros previa resolución de sus respectivos organismos.

No existe límite en el número de convocatorias, estas responden a las necesidades políticas del Estado. Asimismo, las sesiones del Consejo de Estado se desarrollan en Palacio de Gobierno o, en su defecto, en el Congreso de la República.

56. Al respecto, de la propuesta normativa de este artículo, es preciso advertir que conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, nuestra forma de gobierno

³⁰ Tribunal Constitucional. Expediente N° 017-2003-AI/TC, Sentencia del 16 de marzo de 2004, fj. 49.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

tiene una base presidencialista, en la medida que el Presidente de la República es jefe de Gobierno, es elegido por voto popular, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado ni removido discrecionalmente por el Congreso de la República³¹. Si bien se reconoce asimismo que las constituciones peruanas han ido incorporando instituciones parlamentaristas al régimen político peruano; sin embargo, ello no niega su base presidencialista ni implica el reconocimiento constitucional de un sistema parlamentarista.

57. Este modelo de base presidencial no es casual, ya que es más bien el producto de una construcción histórica que se ha ido moldeando a través de las constituciones que el Perú ha tenido. Se ha dicho, sobre el particular, que a pesar que se han ido añadiendo elementos más próximos a una tendencia parlamentaria, lo cierto es que es innegable que, desde el principio, el Perú se decantó por construir su forma de gobierno sobre la base del modelo presidencial.³²
58. En ese sentido, como Jefe de Estado y de Gobierno, corresponde al Presidente de la República, en su calidad de funcionario que tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación³³, tomar directamente las decisiones sobre la política general del Gobierno³⁴, por lo que, no sería viable jurídicamente habilitar a la Presidencia del Congreso de la República u otra alta autoridad del Estado a que convoque al Consejo de Estado. Habilitar dicha posibilidad implicaría trastocar el régimen político de base presidencialista; aspecto que, como se ha señalado en el presente informe, actúa como límite material implícito de la reforma constitucional³⁵. En efecto, se estaría reconociendo a la Presidencia del Congreso de la República (Poder Legislativo) una potestad adicional a las que constitucionalmente les han sido asignadas por el poder constituyente originario.
59. Bajo la misma lógica, y teniendo en cuenta que al ser el Presidente de la República, el Jefe del Estado³⁶ y Jefe del Poder Ejecutivo³⁷, corresponde hacer incidencia sobre el requisito referido a que la convocatoria del Consejo de Estado por parte del Presidente de la República deba ser refrendada por el Consejo de

³¹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2018-PI/TC, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, f.j. 53.

³² Cfr. García Belaunde, Domingo. Forma de gobierno en la constitución peruana. *Revista de Estudios Políticos*. Número 74. 1991, p. 624.

³³ Artículo 39 de la Constitución Política del Perú.

³⁴ Artículo 118.3 de la Constitución Política del Perú: “corresponde al Presidente de la República...dirigir la política general del Gobierno”.

³⁵ Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2018-PI/TC, Sentencia del 6 de noviembre de 2018, f.j. 49.

³⁶ Artículo 110 de la Constitución Política del Perú.

³⁷ Artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

Ministros. Si bien el artículo 120 de la Constitución establece que “son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”, la finalidad de dicha disposición está dirigida a dotar del respaldo institucional y técnico a las decisiones que asuma el Jefe del Estado. En ese sentido, este requisito no resultaría exigible a la convocatoria del Consejo de Estado que formule el Presidente de la República, toda vez que se trata de un órgano de carácter esencialmente *consultivo*. La finalidad de su convocatoria radica en que las más altas autoridades del Estado aborden de manera conjunta problemáticas de gran trascendencia, sin que de ello derive una naturaleza decisoria propiamente dicha.

60. Ahora bien, el reconocimiento de esta potestad exclusiva de la Presidencia de la República de convocar al Consejo de Estado, dada su condición de funcionario que tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación, no desconoce la posibilidad de que otras altas autoridades del Estado bien puedan solicitar a la Presidencia de la República el ejercicio de esta potestad cuando consideren que las condiciones objetivas para su convocatoria se han cumplido.
61. Finalmente, teniendo en cuenta la vocación de permanencia del texto constitucional, así como su carácter rígido, no se considera apropiado que se regule en la Constitución el lugar donde podrá sesionar el Consejo de Estado. Este aspecto bien puede ser desarrollado por una norma de rango infra constitucional, cuya naturaleza permitiría dotar de un carácter más dinámico al mismo funcionamiento del Consejo de Estado, que responda a las diversas circunstancias fácticas que se podrían presentar. Por lo tanto, por las razones expuestas, este extremo de la propuesta normativa, en los términos en que se ha expuesto la misma, no resulta viable.

Sobre la obligatoriedad de concurrencia al Consejo de Estado

62. En lo que respecta a la obligatoriedad de la concurrencia a las sesiones del Consejo de Estado, se tiene que la propuesta normativa plantea la incorporación del artículo 210 a la Constitución, así como la modificación del artículo 117 de la misma según los siguientes términos:

Artículo 210. Obligación de concurrencia al Consejo de Estado

Los miembros integrantes del Consejo de Estado, así como los funcionarios requeridos tienen la obligación de concurrir a las sesiones del Consejo de Estado bajo responsabilidad política y administrativa, y bajo sanción de remoción por parte del órgano encargado de nombrarlos.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

En el caso de que el Presidente de la República no concurra a las sesiones del Consejo de Estado efectuada por convocatoria del Presidente del Congreso de la República o por la de dos de sus miembros, tendrá responsabilidad constitucional, y estará sujeto a lo dispuesto por los artículos 113 y 117 de la Constitución Política del Perú.

En el caso de que el Presidente del Congreso de la República no concurra a las sesiones de/ Consejo de Estado efectuada por convocatoria de/ Presidente de la República o por la de dos de sus miembros puede ser objeto de censura por parte de/ Congreso de la República.

En el caso de que el Presidente del Consejo de Ministros no concurra a las sesiones del Consejo de Estado efectuada por convocatoria del Presidente de/ Congreso de la República se produce crisis total de gabinete, la cual no se contabiliza para accionar el mecanismo de disolución del Congreso de la República.

Artículo 117° Responsabilidad Constitucional del Presidente

El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral; **por no concurrir a las sesiones del Consejo de Estado convocado por el Presidente del Congreso de la República o por dos de sus miembros.** (Negritas agregadas)

63. El reconocimiento de la obligatoriedad de los miembros integrantes del Consejo de Estado, así como de los funcionarios convocados, de concurrir a las sesiones del precitado Consejo se deriva de la especial trascendencia de su función. Ahora bien, junto con dicha obligación de concurrencia, se observa que el proyecto normativo establece una serie de sanciones aplicables en caso de inconcurrencia.
64. Respecto a la no concurrencia de cualquier miembro titular y/o funcionario requerido, se dispone que estos incurren en “responsabilidad política y administrativa”, siendo pasibles además de que se les imponga la sanción de remoción por parte del órgano encargado de nombrarlos. Respecto a la no concurrencia del Presidente de la República se dispone que éste incurrirá en responsabilidad constitucional, remitiendo en cuanto a la sanción a los artículos 113 (que regula la vacancia presidencial) y 117 (que regula los supuestos de acusación constitucional) de la Constitución. En ese mismo sentido, el proyecto normativo plantea la reforma constitucional del precitado artículo 117 a fin de

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

incorporar la no concurrencia a las sesiones del Consejo de Estado como causal para la acusación constitucional.

65. En cuanto al Presidente del Congreso de la República se plantea la posibilidad de ser censurado por el Congreso, y respecto a la inasistencia del Presidente de Consejo de Ministros se establece su sanción con la crisis total del gabinete.
66. Al respecto, es importante recordar que, según lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, uno de los rasgos distintivos del principio de separación de poderes radica precisamente en el respeto y garantía de la autonomía funcional que corresponde a cada poder del Estado y órgano constitucionalmente autónomo en el desempeño de sus competencias y funciones.
67. En ese sentido, no es de recibo este extremo de la propuesta normativa en tanto establece una serie de sanciones en caso de inconcurrencia de los miembros del Consejo de Estado y de los funcionarios requeridos, que puede ir desde la remoción del cargo hasta la acusación constitucional, la censura y la crisis total del gabinete. En efecto, el establecer dichas sanciones supone una afrenta al principio de separación de poderes, el cual busca garantizar en uno de sus ámbitos el respeto de la autonomía funcional de los poderes del Estado y los diversos órganos constitucionales autónomos.
68. Además de lo expuesto, el establecer que sea posible remover de su cargo al presidente de la República por no acudir a las sesiones del Consejo de Estado rompe con el sistema de gobierno de base presidencial, según el cual, como ya se ha advertido, el máximo mandatario no puede ser removido de forma discrecional.³⁸ Ello es precisamente lo que podría ocurrir con este extremo de la propuesta normativa: crear escenarios en los que, de manera discrecional y sin justificación razonable, se pretenda remover del cargo al presidente de la República.
69. Aunado a lo anterior, es necesario señalar que una regulación como la que se propone colocaría al eventual Consejo de Estado en una relación de supremacía jerárquica con respecto a los tres poderes clásicos del Estado y a cualquier otro organismo constitucionalmente autónomo, en la medida que concentraría tal poder al grado de habilitar que el alto funcionario que no concurre a las convocatorias del Consejo de Estado pueda ser despojado del cargo que ocupa. Además, se advierte que la regulación propuesta no toma en consideración que pueden existir escenarios de fuerza mayor que imposibiliten que alguno de los

³⁸ Cfr. Tribunal Constitucional. Expediente N° 00006-2019-CC/TC. Sentencia de 14 de enero de 2020, párr. 36.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

altos funcionarios que integra el Consejo de Estado pueda acudir a alguna de sus convocatorias. En efecto, la propuesta normativa simple y llanamente sanciona la no concurrencia, sin establecer, por ejemplo, que dicha no concurrencia deba obedecer a la falta de voluntad del alto funcionario en cuestión y no a cuestiones exógenas que objetivamente hagan imposible su participación.

70. En virtud de lo anterior, es pertinente recordar que la actuación de los poderes públicos y los organismos constitucionales autónomos se rige por el principio de lealtad constitucional, que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se configura en una manifestación del principio de separación de poderes. De acuerdo con este principio, las entidades estatales antes mencionadas deben ser respetuosas de las competencias y funciones ajenas, así como orientar su comportamiento hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política³⁹, por lo que, la observancia de este principio resulta exigible para los efectos de la concurrencia de las sesiones de Consejo de Estado. Por lo tanto, este extremo de la propuesta normativa no resulta viable por las consideraciones expresadas.

Sobre el carácter vinculante y publicidad de los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado

71. La propuesta de incorporación del artículo 211 a la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 211. Acuerdos del Consejo de Estado

Los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado tienen carácter vinculante y deben ser publicados, salvo que los asuntos tratados tengan carácter de secreto de estado.

72. Este extremo de la propuesta, en los términos expuestos, tiene dos propósitos a saber: i) establecer que los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado son vinculantes y, ii) establecer que los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado deben ser publicados, a excepción de aquellos que se encuentren relacionados con asuntos que tengan el carácter de secreto de Estado.
73. Respecto al carácter vinculante de los acuerdos adoptados en el Consejo de Estado, es importante advertir que, si bien la finalidad de la propuesta normativa en abstracto está dirigida a institucionalizar y fortalecer la figura del Consejo de Estado como espacio de coordinación interinstitucional en el que se abordan asuntos de suma relevancia para el bienestar general de la población, es

³⁹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 006-2019-CC/TC, Sentencia del 14 de enero de 2020, fj. 55.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

necesario observar su naturaleza. Así, conforme se aprecia del artículo 207 que la propuesta normativa plantea incorporar en la Constitución, el Consejo de Estado sería un órgano consultivo, Así las cosas, no se ha podido advertir una justificación que sustente debidamente cómo es que dicha función consultiva sería compatible con establecer, al mismo tiempo, que los acuerdos que adopte el Consejo de Estado sean vinculantes. En ese sentido, la compatibilidad constitucional de este extremo del proyecto de ley de reforma constitucional estará sujeto a la estricta observancia del principio de separación de poderes y sus alcances.

74. Como se desarrolló *supra*, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de separación de poderes involucra, a su vez, a otros principios que reconocen las siguientes garantías: **i) principio de separación de poderes propiamente dicho**, el cual reivindica la autonomía funcional de los poderes del Estado y otros órganos constitucionales autónomos, y en ese sentido descarta cualquier escenario de subordinación de un poder respecto de otro; **ii) principio de balance de poderes**, que, a partir de la premisa de autonomía de cada poder del Estado y órgano constitucional autónomo, reconoce que su interacción o relación se produce en una dinámica de equilibrio y contrapeso; **iii) principio de cooperación**, que reivindica el deber de lealtad constitucional que debe regir el ejercicio de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado y órganos constitucionales autónomos, en tanto deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado, a la concreción de bienes y valores constitucionales, y a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin último; **iv) principio de solución democrática**, según el cual, frente a un escenario de crisis política o institucional, las entidades deben preferir las salidas que involucren el diálogo institucional.
75. Siendo así, la vinculatoriedad de los acuerdos que se adopten en el Consejo del Estado está relacionada con los principios de balance y cooperación de poderes, que reconocen que los poderes del Estado y órganos constitucionales autónomos se encuentran en interacción y coordinación constantes en el cumplimiento mismo de sus competencias y funciones en la consecución del bienestar general de la población; no obstante, su grado de vinculatoriedad no puede ser absoluto, sino que resultará constitucionalmente permitido en tanto estos acuerdos no vacíen de contenido la autonomía que la Constitución reconoce a cada uno de sus miembros en el ejercicio de sus competencias y funciones. La inobservancia del principio de separación de poderes implicaría un escenario de contravención a uno de los límites materiales implícitos a la reforma constitucional que ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por lo tanto, el extremo de la propuesta que establece, sin más, que “los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado tienen carácter vinculante” no es viable en la medida que no toma en

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

cuenta el ejercicio de competencias de los otros poderes del Estado y organismos constitucionalmente autónomos.

76. Por otro lado, en cuanto a la publicidad de los acuerdos adoptados por el Consejo de Estado, “salvo que los asuntos tratados tengan carácter de secreto de estado”, se advierte que este extremo de la propuesta no ha tomado en cuenta las excepciones del acceso a la información pública señaladas en el TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Por lo tanto, este extremo de la propuesta, en la medida que no ha tomado en cuenta debidamente las normas pertinentes sobre la materia, no resulta viable.

Sobre la primera disposición complementaria final

77. Respecto a la primera Disposición Complementaria Final del Proyecto de Ley, es necesario anotar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. En ese sentido, lo previsto en la mencionada Disposición Complementaria Final resulta reiterativo de lo dispuesto en la Constitución, puesto que no establece un plazo de vigencia distinto que haga necesaria una previsión de esta naturaleza.

Precisión de forma

78. En el Proyecto de Ley se han dispuesto tres artículos y una disposición complementaria final que conforman la fórmula legislativa. Al respecto, es necesario que se corrija la numeración señalada en el texto propuesto, debido a que se ha repetido la numeración con respecto al artículo 2.

DE LA CALIDAD NORMATIVA Y TÉCNICA LEGISLATIVA

79. Mediante Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, se plantean los lineamientos generales para la elaboración, la denominación y publicación de leyes, con el objeto de sistematizar la legislación, garantizando su coherencia y seguridad jurídica.
80. Por su parte, el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, dispone en su primer artículo que los anteproyectos de ley se estructuran en las siguientes partes:

- a. Título de la disposición.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- b. Parte expositiva o exposición de motivos.
- c. Análisis costo beneficio.
- d. Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.
- e. Fórmula normativa, en la que se incluye una parte considerativa, parte dispositiva y parte final.

Título de la disposición

- 81. La Ley N° 26889, dispone en el primer párrafo del artículo 3, que *“la Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral”*.
- 82. En el presente caso, la propuesta normativa se titula “Ley de reforma constitucional que crea el Consejo de Estado de la República del Perú”. Sin embargo, se ha podido advertir que, en la práctica, la propuesta normativa también está diseñando una nueva causal para que los altos funcionarios puedan ser despojados de sus cargos: el no acudir a las sesiones del Consejo de Estado. En esa medida, se puede concluir que el texto del título del proyecto de ley no expresa de manera íntegra el propósito del mismo.

Exposición de Motivos

- 83. El artículo 2 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, dispone:

La exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración.

Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

- 84. Asimismo, el Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República⁴⁰ señala que la Exposición de Motivos contiene la fundamentación de la propuesta, *“en la que se hace referencia a la identificación del problema, análisis del estado actual de la situación fáctica o jurídica que se pretende regular o modificar y la precisión del nuevo estado que genera la propuesta, el análisis sobre la necesidad,*

⁴⁰ Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva N° 106-2020-2021/MESA-CR, página 83.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

viabilidad y oportunidad de la ley, el análisis del marco normativo; y, cuando corresponda, el análisis de las opiniones sobre la propuesta”.

85. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se advierte que no se ha contemplado el análisis sobre la constitucionalidad de la iniciativa planteada. En ese sentido, la Exposición de Motivos no ha sido sustentada debidamente. Es importante precisar que la exigencia de este requisito en el caso de proyectos de ley que plantean una reforma constitucional deriva del carácter limitado que el Tribunal Constitucional le ha reconocido a esta competencia, cuya validez se encuentra sujeta al cumplimiento de límites formales y materiales.

Análisis Costo Beneficio

86. El artículo 3 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa establece que el análisis costo beneficio sirve como método para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos.
87. Asimismo, señala que este análisis es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.
88. En el caso concreto, se señala que la presente propuesta normativa no irroga gasto al erario nacional por cuanto sólo se institucionaliza una práctica que se ha venido dando en gobiernos anteriores. Al respecto, teniendo en cuenta que el reconocimiento del Consejo de Estado como nuevo órgano constitucional autónomo implicará la creación de un pliego presupuestal independiente, de conformidad con los artículos 78⁴¹ y 79⁴² de la Constitución, que cautelan el principio de equilibrio presupuestal, corresponderá que en el trámite de la presente

⁴¹ **Artículo 78.-** El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

(...)

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

(...)

⁴² **Artículo 79.-** Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

(...)

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Viceministerial
de Justicia

Dirección General
de Desarrollo Normativo
y Calidad Regulatoria

“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

propuesta normativa se convoque al Ministerio de Economía y Finanzas a fin de que evalúe su impacto económico en el presupuesto público. En ese sentido, al no haberse tomado en cuenta dichas previsiones constitucionales, la propuesta normativa no ha cumplido con este requisito.

Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

89. De acuerdo al artículo 4 del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, el análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, éste se debe precisar expresamente.
90. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa.
91. En el presente caso, se advierte que la propuesta normativa no ha tomado en consideración que, con la entrada en vigencia de la norma, se podrían ver afectadas otras disposiciones constitucionales y legales que regulan las competencias y funciones de los poderes del Estado, así como de los organismos constitucionalmente autónomos. En ese sentido, no se puede advertir un adecuado análisis sobre el impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

III. CONCLUSIONES

Estando a las consideraciones expuestas, esta Dirección General concluye lo siguiente:

- i) El Proyecto de Ley N° 045/2021-CR, Ley de reforma constitucional que crea el Consejo de Estado de la República del Perú, es jurídicamente **no viable** en la medida que, si bien es constitucionalmente posible la creación de una institución como el Consejo de Estado, se advierte que, en los términos presentados en la propuesta normativa *sub examine* tienen una marcada incidencia negativa, sobre las competencias y funciones de los otros poderes del Estado y de los organismos constitucionalmente autónomos, conforme se desarrolla en el informe. Además de ello, la propuesta normativa también confronta nuestra forma de gobierno de base presidencial en la medida que establece la posibilidad de remover del cargo al presidente de la República si es que no acude a las sesiones del Consejo de Estado.

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”



“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del fortalecimiento de la Soberanía Nacional”

- ii) El Proyecto de Ley no cumple con ninguno de los requisitos de calidad normativa y técnica legislativa. En ese sentido, no cumple concretamente con lo referido a:
i) título de la disposición; ii) exposición de motivos; iii) análisis costo beneficio y, iv) análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

IV. RECOMENDACIÓN

Se recomienda derivar el presente informe a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, para su conocimiento y fines pertinentes.

Es todo cuanto se tiene que informar.

Atentamente,

CARLOS LUIS QUISPE ASTOQUILCA

Director General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

EVELYN MILAGROS CHILO GUTIÉRREZ

Directora de Desarrollo Jurídico y Calidad Regulatoria
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

“Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la tercera Disposición Complementaria final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/login.jsp e ingresando el Tipo de Documento, Número y Rango de Fechas de ser el caso o https://sgd.minjus.gob.pe/gesdoc_web/verifica.jsp e ingresando Tipo de Documento, Número, Remitente y Año, según corresponda.”