

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

**TEORIA
Y PRACTICA
DE LA
CONSTITUCION
PERUANA**

TOMO I



EDDILI



DOMINGO GARCIA BELAUNDE

Teoría y Práctica de la Constitución Peruana

TOMO I

Lima 1989



Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

Av. Universitaria 636 - San Miguel - Telf. 639510

**Derechos Reservados
según Ley 13714**

*A
Héctor Fix-Zamudio,
maestro y
jurista
ejemplar*

INDICE

I

ANTECEDENTES

1.- Los gobiernos de facto	13
2.- Perú: veinticinco años de evolución político-constitucional (1950-1975)	21
3.- Cuarenta años de constitucionalismo peruano (1936-1976)	33
4.- La jurisdicción constitucional en el Perú	88
5.- Normas económico-financieras en la nueva Constitución	115

II

EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCION

1.- La nueva Constitución peruana	129
2.- Control constitucional	139
3.- El Presidente del Consejo de Ministros en la nueva constitución	151
4.- El dominio marítimo en la nueva Constitución	159
5.- La evolución legislativa del Habeas Corpus en el Perú (1897-1979)	181
6.- Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano	211
7.- Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución	240
8.- El Habeas Corpus en la nueva Constitución	266
9.- El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy	271
10.- La acción de Habeas Corpus	279
11.- La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)	286

12.- El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales	296
13.- Tres años de jurisprudencia constitucional peruana ..	332
14.- Constitucionalidad vs inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia	338
15.- Defensa Nacional y Constitución	344
16.- Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas	353

PROLOGO

Desde 1980, en que entró en vigencia la Constitución sancionada en 1979, el país ha vivido, en lo sustancial, bajo un régimen de derecho, por encima de incumplimientos, excesos o desaciertos que son frecuentes en todo país con las limitaciones como el nuestro. Esto es, el texto constitucional, cuya historia más cercana se remonta a 1977 cuando el gobierno militar anunció la convocatoria a una Asamblea Constituyente, ha venido aplicándose desde 1980, con la vuelta a la normalidad institucional producida con la llegada al poder del arquitecto Fernando Belaunde Terry, tras elecciones impecables.

Desde entonces la Constitución ha sido continuamente puesta a prueba, y en líneas generales ésta ha sido observada, lo que por un lado ha motivado seguimientos y por otro ha mostrado sus problemas al momento de ser aplicada. Desde entonces, ha transcurrido más de seis años, lo que nos permite tener una idea general sobre las bondades y los defectos del texto.

Durante todo este tiempo he publicado artículos y ensayos sobre diversos tópicos de nuestra Constitución, que han aparecido en revistas especializadas, tanto en el país como en el extranjero. Todos ellos constituyen enfoques o análisis parciales que tocan, a mi entender, los aspectos sustantivos de la Carta Política en vigor.

Lo anterior no hubiera pasado de una simple constatación de hecho, si es que no hubiera advertido, con motivo de viajes o por correspondencia recibida, que muchos de esos textos eran objeto de utilización por colegas y alumnos de diversos centros universitarios, utilizando el moderno sistema de la fotocopidora. Incluso yo mismo, al tener que responder a pedidos de colegas de fuera, he tenido que adoptar el mismo sistema, al no contar con sobretiros suficientes de tales trabajos. Todo esto me ha hecho pensar en la conveniencia de reunirlos en forma de libro y de esta manera

ponerlo al alcance de los interesados. El primer problema que se presentó, fue, por cierto, el de la selección. Para un autor es muy difícil saber a ciencia cierta cuales de sus escritos son rescatables y cuales no. Además se presentaba el problema del espacio, pues no todos podían ser incluidos en esta compilación.

Felizmente, con la generosa ayuda de amigos cercanos, pude realizar una selección de textos bastante rigurosa, en la cual han quedado fuera no solo aquellos de carácter general, sino también los que pudieran ser inactuales, poco útiles hoy día, o simplemente reiterativos (aun cuando esto no se logre eliminar por completo). No obstante estas precauciones, se trata por cierto de una compilación que tiene diversas limitaciones, y que son: a) son textos redactados en épocas diversas, b) si bien todos ellos tienen unidad temática, no forman un conjunto orgánico sobre la Constitución, sino tan solo sobre algunos de sus temas, que sin embargo consideramos básicos, c) presentan diferentes estilos y estructuraciones, incluso en lo relacionado con la presentación del aparato bibliográfico y d) en algunos puntos mi posición teórica ha sufrido modificaciones.

No obstante lo anterior, todos ellos representan un muestreo muy significativo, que puede ser de utilidad al estudiante e incluso al estudioso interesado en profundizar estos temas, en los cuales se hace referencia no solo al aspecto teórico, sino a su aplicación y vigencia (lo que explica el sentido del título).

Finalmente, un apartado de esta obra se dedica a una selección (necesariamente más rigurosa) de artículos y notas aparecidos en diarios y revistas de circulación nacional. En efecto, desde hace años he llegado al convencimiento de la utilidad de la divulgación de temas constitucionales —surgidos en la vida diaria— a través de los medios de comunicación masiva, y con ese propósito he escrito gran cantidad de ellos en los últimos tiempos. Aquí la selección ha sido más exigente, pues el texto periodístico tiende a ser muy coyuntural. Pero como quiera que mi preferencia ha sido cultivar un periodismo de ideas antes que un periodismo de hechos, es que muchos han podido resistir la prueba del tiempo.

En todos los casos, los textos se reproducen tal cual fueron publicados en su oportunidad, motivo por el cual se anota siempre

la fuente de donde han sido tomados. Como es usual en toda compilación, se han introducido pequeñas correcciones estilísticas que no cambian ni el sentido ni la estructura de los mismos, y solo en contadísimos casos, se han añadido notas con comentarios o actualizaciones.

El conjunto reunido en esta oportunidad presenta, de esta suerte, con las limitaciones propias de su origen, un panorama sobre los problemas más recientes de nuestra vida constitucional, y en todo caso mi punto de vista sobre los mismos. Por sugerencia del editor, la obra se ha distribuido en dos volúmenes, a fin de facilitar su manejo.

* * *

El libro ha sido dividido en cinco partes; la primera está dedicada a los antecedentes. Se trata de un total de cinco textos escritos en el período 1975-1979, que tratan problemas específicos y de desarrollo histórico previos a la vigente Constitución. Si bien estamos convencidos de la utilidad de conocer los antecedentes para explicarnos muchos puntos de la actual carta, esta parte puede ser obviada por los que no tengan interés ni tiempo para ello.

*La segunda parte, denominada "el desarrollo de la Constitución", es la más extensa y representativa de esta selección. Comprende trabajos diversos, todos ellos relacionados con nuestra vigente Constitución y en función de los problemas que tuvo su aplicación y puesta en práctica. Como todos los demás textos que integran este libro, los de esta parte han permanecido hasta la fecha dispersos, y solo ahora se publican en forma de libro. Sin embargo, en esta sección existe una excepción y es el ensayo dedicado al análisis del dominio marítimo que con ligeras variantes ha sido incorporado a mi libro **Mar y Constitución** como capítulo II (y que se encuentra actualmente agotado). Esta única excepción al criterio general que ha orientado esta compilación, obedece al solo hecho de no dejar fuera de este panorama, el importantísimo problema de las 200 millas, cuyas consecuencias son de gravitante interés. Así mismo, en esta sección se reproducen cuatro ensayos inéditos, motivo por el cual no se incluye referencia alguna sobre su previa publicación.*

La tercera parte es la más breve; está relacionada con lo que llamo aspectos metódicos, y no es más que un excursus sobre el estudio del Derecho Constitucional.

La parte cuarta es una selección de textos bajo el nombre de "crónicas, semblanzas". Es una muestra, muy escueta, de mi trato con algunos personajes, sucesos o eventos constitucionales, con los que he tenido relación en los últimos años.

La quinta y última parte se denomina "la Constitución puesta a prueba". Esta integrada en su totalidad por artículos periodísticos escritos al compás de los acontecimientos de estos años, incorporándose algunos que por diversas razones no llegaron a ser publicados. Aquí fue donde la selección se hizo no solo más apremiante, sino más difícil y por eso es que quizá se nos reproche —por alguno de esos cazadores de datos— la no inclusión de alguno que otro texto que pudiera considerarse importante. Si existen tales omisiones, que quede constancia que ellas lo son de la mejor buena fe.

No sabemos a ciencia cierta si lo que aquí presento es todo lo que debiera, pero en todo caso he intentado que así lo sea. El indulgente lector podrá apreciar si se ha logrado alcanzar tal objetivo.

Lima, marzo de 1987.

Domingo García Belaunde

NOTA Cuando este libro se encontraba en prensa se dio el gran debate nacional en torno al proyecto (y después Ley) de Nacionalización del Sistema Financiero. En vista de la trascendencia de tal decisión política, se ha incluido un texto ad-hoc en donde se analiza la problemática constitucional de tal medida.

I. ANTECEDENTES

§ 1

LOS GOBIERNOS DE FACTO (*)

El día de ayer al señalar las nuevas tendencias del Derecho Constitucional, mencionamos que por su nuevo enfoque realista, admitía ahora contrariando una tradición de muchos años, la necesidad de estudiar ciertas realidades, que aunque en principio eran inconstitucionales, tenían una existencia tan vigorosa y persistente en muchos casos, y creaba además una serie de consecuencias en el ordenamiento jurídico, que no era posible ignorarlos por más tiempo. El fenómeno típico sobre el que hoy llamaremos la atención es el de los gobiernos de facto, que es la forma más frecuente en que se ha desarrollado nuestro constitucionalismo, por lo menos en gran parte de su historia reciente.

Antes de seguir adelante, es necesario tener presente que en el Perú no se ha enfocado seriamente hasta la fecha el problema de los gobiernos de facto. Existe, es preciso reconocerlo, una abundante bibliografía de índole costumbrista, literaria, histórica y sobre todo política, esta última casi siempre a nivel panfletario, sin ningún rigor científico, publicada ya sea para ensalzar al caudillo o golpista afortunado o para defender al gobernante depuesto. Esta actitud sin embargo empieza a ser modificada, y es preciso señalar que el año 1971 inicia un saludable viraje en este sentido. Ese año, y por iniciativa del entonces Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Dr. Roberto Mac Lean, se lleva a cabo una Mesa Redonda sobre los aspectos jurídicos de los gobiernos de facto, en la que intervienen el mencionado doctor Mac

(*) Publicado en Boletín Informativo (Universidad Católica de Santa María, Arequipa) No. 11, 1976. Se trata de la conferencia dictada el 8 de noviembre de 1975, dentro de un ciclo de jornadas interdisciplinarias llevadas a cabo con el co-patrocinio de la Universidad Católica de Lima. La conferencia del día 7 de noviembre fue publicada en mi libro *Constitución y Política*, Lima 1981, pp. 179-190.

Lean, los doctores Enrique Bernales y Rolando Ames, así como el que les habla. El interés que concitó fue enorme, y claro indicio de ello fue el numeroso público, sobre todo estudiantil, que se agolpó en el salón de las ponencias, para seguir de cerca dicho debate; los que lamentablemente no se llegaron a publicar. El mismo año 1971, el doctor Sigifredo Orbegoso, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Trujillo, publica en la revista de dicha Facultad, un interesante ensayo monográfico, que representa un primer y serio esfuerzo por situar los gobiernos de facto desde un punto de vista jurídico. El mismo año 1971, el Dr. Javier de Belaúnde L. de R. presentó para optar su grado de Bachiller en Derecho en la Universidad Católica, una interesante investigación comparativa sobre los gobiernos de facto en el Perú y la Argentina, que revela también una seria capacidad académica y un alto nivel científico, algunas de cuyas partes más importantes, está en vías de publicarse en la revista "Derecho" que edita dicha Universidad.

Este año 1971, por lo que hemos señalado, es sumamente interesante y creo yo que marca el inicio de la investigación seria sobre los gobiernos de facto, en nuestro país. (1)

Debemos mencionar aquí que el interés de los constitucionalistas por los gobiernos de facto, si bien tiene antecedentes algo remotos, tienen su origen más cercano después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a la Ciencia Política; no porque ésta trajese la innovación de su estudio, sino porque esta novel ciencia convenció a los constitucionalistas que estos regímenes había que considerarlos con la misma seriedad que los gobiernos legítimamente constituidos, porque al fin y al cabo tenían ante sí una realidad incontrastable. Este fenómeno, por cierto, está muy ligado al militarismo, que si ha sido muy estudiado, no solamente en el Perú, en donde últimamente tenemos los espléndidos trabajos de Víctor Villanueva —aún cuando representen una interpretación muy personal y discutible— sino también en el extranjero, no solo en casos concretos de países o aún de todo el continente latinoamericano, sino a nivel general, de las cuales el reciente libro de S. E.

(1) En la Revista del Foro (1970) se publicó el valioso ensayo de W. Duran Abarca "Consideraciones en torno a la Constitución y los gobiernos de facto", cuya circulación fue tardía y que no conocimos sino hasta fecha muy posterior (Nota de 1987).

Finner es una de las muestras más representativas.

En principio, diremos que por gobierno de facto debe entenderse todo lo que es opuesto a gobierno de jure. Esta definición que puede parecer algo simple, y que puede pecar de una **petitio principii**, merece sin embargo una mayor aclaración. Por ello diremos que la diferencia entre gobierno de facto y gobierno de jure radica en el **origen**. Esto es, será de jure cuando su origen se establezca y precise de conformidad con normas expresas que existieron con anterioridad a dicho gobierno. Será de facto, por el contrario, cuando dicho gobierno tenga un origen distinto a la legalidad pre-establecida. En tal sentido —y solo en tal sentido— será válida la afirmación de Carlos Cossio, al decir que la revolución —diremos nosotros los gobiernos de facto— son aquellos que rompen la lógica de sus precedentes.

En el derecho administrativo, y luego en el derecho constitucional, se ha venido elaborando muy lentamente y desde principios de siglo, lo que se conoce como “Doctrina de facto”, del cual existe el gran trabajo del canadiense Albert Constantineau; que continúa al norteamericano Goodnow y luego es desarrollado entre otros por el eminente administrativista francés Gastón Jeze. En América Latina ella ha sido incorporada —en lo que a los países de habla hispana se refiere— únicamente por la Argentina, en donde existe una copiosa literatura sobre el particular, entre la que hay que destacar a Sánchez Viamonte, que escribe un libro sobre el tema el año 1946, Segundo V. Linares Quintana, Germán J. Bidart Campos, Federico Rayces, entre otros. Pero fuera de este trato riguroso que se aprecia en la tratadística argentina, no existe en los demás países, y por cierto tampoco en el Perú, nada orgánico ni serio que pueda ser exhibido, no digo con orgullo, pero por lo menos con satisfacción. Por eso, el intento iniciado en 1971, al que nos acabamos de referir, debe ser mirado con benevolencia y como un hito para el futuro de nuestras investigaciones.

Ahora bien, esta “Doctrina de facto” tiene diversas interpretaciones y alcances. En su origen, ha sido atribuido únicamente a los funcionarios de facto, y no a los gobiernos en cuanto tales. Ha habido y hay sobre ella mucha sofisticación, que aquí no podemos tratar, pero baste decir por el momento que en sus aspectos

de detalle no las compartimos. Para nosotros, y esto será nuestro punto de partida, la “Doctrina de facto”, es la que se aplica para explicar teóricamente, académicamente, aquellos regímenes que se instalan en el poder por vías distintas a las contempladas en el ordenamiento constitucional vigente, y que por asentimiento, o cualquier otro motivo, logran perdurar en el tiempo, ser aceptados por los gobernados y reconocido, expresa o tácitamente por la comunidad internacional. Esto es, lo que nos interesa será únicamente su “origen” extra-jurídico, o anti-jurídico, pero que conmueve desde sus cimientos, o por lo menos afecta sensiblemente al ordenamiento jurídico. Dejamos acá por cierto de lado el problema de las motivaciones o justificaciones de dichos actos. No nos pronunciaremos sobre si ellos son correctos o no, acertados o desacertados. Esto es competencia del análisis político, y en especial de la filosofía moral y política, que aquí dejamos de lado. Lo importante es reconocer un **hecho** que ha modificado una situación jurídica, sin que eso nos mueva a justificar, ni menos a excusar tales acciones.

Así entendida, la “doctrina de facto” estudia los “gobiernos de facto” fundamentalmente, y llamamos “gobiernos de facto” a aquellos que aunque logren copar solo uno de los tres poderes que tradicionalmente se conocen, logre sin embargo una ascendencia tal, que los otros poderes o se ven cohibidos por el nuevo gobernante de facto, o en todo caso lo toleran. Así por ejemplo, si el Ejecutivo es de facto, pero el Legislativo y Judicial son de jure, se podrá hablar de gobierno de facto si es que el ejecutivo realmente es el que lleva la dirección del Estado, aún con la presencia de otros dos poderes de origen distinto, porque si logra imponer su voluntad, al final lo que predomina en el Estado es el poder de facto y no los de jure. Ahora bien, lo que sucede frecuentemente es que todo Poder Ejecutivo de facto depone también al Poder Legislativo, con lo cual entra en aparente colisión solamente con el Poder Judicial, el que en realidad depende, por lo menos para la ejecución de sus fallos, del Ejecutivo, en cuyo caso, la tónica general será la de un gobierno de facto, aún cuando uno de sus poderes sea de jure. Esto dicho en términos generales, y sin analizar una tesis que es también interesante, y que parcialmente comparto; o

sea que no debe hablarse de Poder Judicial, sino en rigor de Administración de Justicia, que sería más acertado.

La expresión “gobierno de facto” sería así el género. La especie la darían las múltiples variedades en las que estos gobiernos de facto aparecen, sin importar ahora dar mayores precisiones sobre el particular. Entre estas pueden mencionarse la rebelión popular, las revueltas, la insurrección armada, las guerrillas, la sedición, los golpes de Estado, la invasión de terceros países, etc. Como es claro advertir, todas estas maneras de romper la legalidad existente e instaurar un gobierno de facto, se hace o puede hacer en nombre de diversas doctrinas y valoraciones de orden económico, político, social, religioso, etc. cuyo análisis lo dejamos para otra oportunidad.

Lo que hemos señalado anteriormente, es sin lugar a dudas nuevo en nuestro constitucionalismo. Por lo general los textos de Derecho Constitucional no lo estudian, y en el Perú ello es tema vedado, aún para los profesores universitarios y los abogados de prestigio. Sin embargo, el gobierno de facto, o mejor dicho la Doctrina de Facto merece un lugar importante dentro de la enseñanza constitucional, así como también en el libro y en la cátedra. Claro está, que ello necesita un mayor esclarecimiento, sobre todo si recordamos lo que se debe entender como Derecho Constitucional. Todos sabemos que el constitucionalismo supone el reinado de la ley, y no de los hombres, o sea es un gobierno de derecho y no de hechos. Por otro lado, todo sistema normativo tiene una Constitución, que da validez jurídica al sistema de un país (sin importar por ahora cual sea la forma que esa Constitución tenga o que descansa en usos y costumbres como Inglaterra o Israel). Pero la realidad nos demuestra que la Constitución, no obstante tener la categoría de norma suprema, no es siempre observada en la realidad, porque al lado de ella se suceden hechos que no siempre están previstos en la normatividad constitucional, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra charla de ayer. Estos hechos, que son violatorios de la Constitución, son irregulares, o sea, suceden pero no deberían suceder. Sin embargo, ahí están con toda su fuerza produciendo actos y consecuencias jurídicas, que no podemos ignorar. La realidad lamentablemente es más fuerte que las normas. El constitucionalismo moderno por ello las estudia, dentro de lo

que designa como “emergencias constitucionales”, es decir, paréntesis entre una legalidad que se dejó atrás y otra que vendrá.

Independientemente a su tipificación (golpe de estado, revuelta, revolución, etc.) el Gobierno de Facto siempre significa una ruptura, un **hiatus** de la normalidad prevista. Sin embargo, con respecto a la realidad, se puede hablar de una “continuidad constitucional” en sentido material, pues la marcha del país, la marcha del Estado, su actividad en distintos campos, no se interrumpe, no se puede interrumpir, porque la vida misma no conoce ni de cortes ni de fisuras. El famoso apotegma heracliteo sobre los ríos, se cumple aquí a carta cabal. La “dinámica constitucional” reposa en una realidad, que como la vida misma, no puede ser interrumpida. Así, si repasamos brevemente los gobiernos de facto que ha tenido el Perú en lo que va del siglo, veremos que ha habido nada menos que seis (1914, 1919, 1930, 1948, 1962 y 1968) sin que ello haya significado que la dinámica de Estado se haya visto paralizada o impedida de avanzar. No importa por ahora si lo que se hizo bajo esas circunstancias fue acertado o no, pero el hecho rotundo es que la vida misma del Estado continuó.

Los gobiernos de facto producen efectos, y estos indudablemente tienen carácter jurídico y repercusión jurídica. La primera manifestación de un gobierno de facto, tal como se estilaba en la América Latina y entre nosotros, son los Decretos Leyes, que a veces subsisten mucho tiempo después que ha cesado el régimen que los promulgó. Durante mucho tiempo se pensó que los Decretos Leyes que emanaban de los gobiernos de facto tenían una validez restringida, y que no podían sobrevivir a sus autores. La jurisprudencia en la Argentina y en el Perú, por ejemplo, sostuvo que cesado el gobierno de facto e instalado un gobierno de jure, sea por elección o por institucionalización de aquel, los Decretos Leyes debían revisarse y aprobarse por el Congreso, como **conditio sine qua non** de su validez. Este criterio felizmente ha sido superado. Hoy se sostiene por el contrario que los Decretos Leyes tienen plena vigencia, en tanto no sean derogados o modificados por otra norma. Por último, en los últimos años hemos visto que se ha aplicado sin problema alguno diversos Decretos Leyes promulgados en épocas anteriores, sea para reconocerlos explícitamente con

una reforma parcial, sea ejecutando un acto netamente político, como aquel que consiste en “elevar a la categoría de ley un decreto-ley determinado”. En el Perú el proceso de este reconocimiento puede situarse en dos dimensiones: hasta 1963, tanto la doctrina, el Parlamento como el Poder Judicial sostenían en términos generales la necesidad de la revisión de todos los Decretos Leyes dados por los gobiernos de facto; a partir de 1963, se acepta la fórmula moderna antes mencionada, reconociéndoseles plena vigencia, al igual que una ley, con la sola diferencia en el origen (esto es, no dictada por un parlamento, sino por un gobierno de facto).

Por lo mismo que los gobiernos de facto irrumpen por vías extra-legales, es normal suponer que no necesariamente tienen que guiarse en sus actos por la legalidad que precisamente han violado. Si bien es cierto que los aspectos generales del derecho privado y muchas partes del derecho público siguen rigiendo con el cambio de gobierno, en el nivel constitucional y en sus decisiones, el Gobierno tiene que buscar sus propias normas. Es así que es característico en América Latina, que todo gobierno de facto se inaugure con un Manifiesto, que de cuenta a la ciudadanía del porqué de su comportamiento, al que normalmente debe seguir un Estatuto, por lo general muy breve, que contendrá las pautas generales bajo las cuales se guiarán los gobernantes mientras estén en situación de facto. El problema que aquí surge es cual es la situación del Estatuto con respecto a la Constitución vigente. Todo dependerá en última instancia de lo que quiera ese gobierno de facto, y así podríamos señalar dos posibilidades; a) cuando se pretende continuar con la Constitución vigente; en cuyo caso el Estatuto es solo un injerto que se acomoda al texto constitucional, rigiendo la Constitución en todo aquello que no se vincule específicamente al funcionamiento del nuevo gobierno; en este caso se vive una constitucionalidad, con un pequeño refuerzo de normas de facto que tenderán a desaparecer con el tiempo, b) cuando por el contrario, lo que se desea es una nueva Constitución, (asumir el poder constituyente) entonces el Estatuto pasa a tener primacía, y la Constitución juega un rol secundario y supletorio en la marcha del Estado; esto es, se la utiliza solamente cuando hay interés en utilizarla, sino, se la archiva en el desván de las cosas perdidas. En el Perú hemos tenido las dos situaciones. En la actualidad y a te-

nor de lo que han sostenido los dirigentes del Gobierno Militar, se pretende promulgar una nueva Constitución que reemplace a la vigente de 1933; en conformidad con esto, la vigencia de la Constitución de 1933 a partir de 1968, ha sido totalmente disminuída, y ha desempeñado un papel muy discreto en el proceso político iniciado en aquel entonces.

Pero siempre cabe preguntarse: ¿qué hacer con los gobiernos de facto? ¿Debemos simplemente condenarlos como se hacía antaño, o es preferible aceptar su realidad y buscar la causa que los motiva?. Porque de lo que si hay que estar bien convencido, es que no siempre los gobiernos de facto se originan en ambiciones personales o intereses de camarilla. Si ellos prosperan y sobre todo si se repiten con una frecuencia tal que ya forman parte de nuestro sistema de vida, ello se debe sin lugar a dudas porque algo está funcionando mal en todo nuestro sistema socio-económico. No recurramos entonces a la postura cómoda de negarlos aunque tampoco sea necesario aplaudirlos. El constitucionalista y el hombre de derecho deben mirar con pesar la existencia de gobiernos de facto, que a no dudar no son ni siquiera el más remoto ideal de lo que es un sistema de gobierno. Tampoco es aconsejable, como señala, por ejemplo la Constitución de México y la de San Salvador, prohibir **a priori** todo golpe de Estado y declararlo nulo en caso de ocurrir, porque eso no es posible. La esencia misma del constitucionalismo es opuesta a los gobiernos de facto. Por tanto, todo intento de justificar **a posteriori** el derrocamiento de un gobierno constitucional con argumentos estrictamente constitucionales, no tiene sentido, y en el peor de los casos no pasa de ser, como diría Wittgenstein, un abuso cometido aprovechando las vacaciones del lenguaje.

La vigencia de la Constitución es sobre todo un ideal, un valor ético. Por lo mismo que es un ideal, como lo es el constitucionalismo, es difícil de alcanzar. Y a él solo se podrá llegar paulatinamente, mediante una lucha denodada y sin cuartel, contra todas las asechanzas de orden económico, social o político, que conspiren contra ella.

§ 2

PERU: VEINTICINCO AÑOS DE EVOLUCION POLITICO-CONSTITUCIONAL (1950 - 1975) (*)

En la última centuria, el Perú ha vivido bajo tres constituciones: la de 1860, la de 1920 y la de 1933. La realidad constitucional, no ha sido sin embargo únicamente la de las constituciones; los golpes de Estado han sido más frecuentes que ellas, y su misma vigencia ha estado muchas veces situada dentro de un contexto en donde estaban ausentes motivaciones de orden jurídico-constitucional.

Los últimos veinticinco años no son excepción a esta regla, pero constituyen a no dudar un período crucial para entender lo que vendrá después. Y es que este cuarto de siglo, conserva en sus extremos ciertas características que la hacen muy propia, como veremos más adelante. (1)

En líneas generales podríamos dividir en dos etapas este período: el que va de 1950 a 1968 y el que abarca de 1968 a 1975. En el primero se encuentran los siguientes regímenes políticos: general Manuel A. Odría (1950-1956) Manuel Prado Ugarteche (1956-1962) gobierno militar presidido primero por el general Ricardo Pérez-Godoy y luego por el general Nicolás Lindley (1962

(*) Publicado en AA.VV. Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950 - 1975) UNAM, México 1979, Vol. II.

(1) La bibliografía sumaria para el período al que se refiere este informe es la siguiente: Bourricaud, F., Poder y sociedad en el Perú contemporáneo, 1967; Matos J., et. al., Perú hoy, 1971; Chirinos Soto, Enrique, El Perú frente a junio de 1962, 1962; Aguirre Gamio, Hernando, El proceso peruano, 1974; Delgado, Carlos, Problemas sociales del Perú contemporáneo, 1971; Figueroa A.-Webb R., Distribución del ingreso en el Perú, 1975; José Pareja Paz Soldán Derecho constitucional peruano, 1973; García Belaunde, Domingo. El constitucionalismo peruano y sus problemas, 1970, y Aspectos recientes del constitucionalismo peruano, 1973.

-1963) y por último Fernando Belaunde Terry (1963-1968). El segundo período cubre el gobierno militar presidido por el general Juan Velasco Alvarado (1968-1975), que es reemplazado a mediados del año 1975 por el general Francisco Morales Bermúdez.

Si buscásemos una caracterización general de estos dos períodos, podríamos señalar lo siguiente: la década del cincuenta, aun con sus irregularidades, inicia el funcionamiento normal de la Constitución de 1933. En efecto, con anterioridad habían existido regímenes que si bien aparentemente se comportaban de acuerdo con las pautas constitucionales, en la realidad no respetaban las libertades públicas, los parlamentos generalmente carecían de oposición organizada, el periodismo estaba amedrentado, algunos partidos políticos estaban perseguidos o fuera de la ley. En ese año empieza a vivirse lentamente una experiencia constitucional, que irá afirmándose poco a poco, lo que incluso se traduce en la pureza del sufragio, antes tan venida a menos. En el orden económico, el país vive un auge creciente de su economía —con sus naturales reveses— siempre dentro de la órbita de los Estados Unidos y respetando las reglas de la economía de mercado. En el campo de las reformas sociales, éstas recién empiezan a aparecer, aunque por lo demás en forma tímida y embrionaria. Puede decirse que el problema social no ha ingresado todavía en el ámbito de las realizaciones gubernamentales. Por el contrario, a finales de este cuarto de siglo —década del sesenta— sucede un fenómeno contrario y de signo opuesto al anterior. Así tenemos que el problema social empieza a ingresar en la conciencia del electorado, se cuestiona la vigencia —y también la utilidad teórica— de la Constitución de 1933, a la que sin ambages se califica de obsoleta, y se critica seriamente la economía capitalista que vive el país. Veamos cómo opera lentamente esta transformación tan radical, que va de un extremo a otro, y cuya salida todavía no se avizora.

La década del cincuenta, coincide con el inicio del período gubernamental del general Odría. El nuevo gobernante llegó al poder mediante elecciones amañadas, en las cuales fue el único contendor, por haber encarcelado a su opositor y adversario. Odría había sido ministro del anterior gobernante, José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948), a quien derrocó poco tiempo después. De 1948 a 1950 gobernó el país a través de una junta militar,

y ya desde la cúspide organizó una elección general que lo llevó al poder. Se trató, sin lugar a dudas, de una acción fraudulenta, pero que sirvió para “constitucionalizar” un golpe de Estado. En lo formal, su período no tuvo contratiempos. Modificó la Constitución —a través de un Congreso sin oposición— hasta en dos oportunidades: la primera en 1952 (Ley 11874) cuando oficializó el período del presidente y de las Cámaras Legislativas en seis años (con anterioridad los períodos duraban cinco años, y antes cuatro). En 1955 (Ley 12391) concedió el voto a la mujer, de acuerdo a las nuevas corrientes que asomaban en aquel entonces. En lo interno, se crearon dispositivos de excepción para apresar, investigar y deportar, en forma sumaria, a todo aquel que intentase una oposición al régimen. Se trató, en tal sentido, simplemente de una dictadura. En lo económico, la guerra de Corea dio una bonanza al país, y se inició una gran red de construcciones y obras de infraestructura. Hechos y no palabras fue el lema del régimen, y a él se atuvo. Por diversas circunstancias que sería demasiado largo explicar aquí, fue respetuoso del período gubernamental que él mismo se había fijado y entregó el poder en 1956 al elegido por las urnas, Manuel Prado Ugarteche.

La campaña electoral de 1956 presagió algo que sólo se apreciaría después: el electorado y la opinión pública adquirieron conciencia que existía una irritante desigualdad económica entre los diversos estratos de la población y que era necesario poner remedio a ello. El tema de las estructuras sociales y su reforma fue una de las banderas que más se esgrimieron. No obstante, el nuevo gobernante, Manuel Prado, hombre proveniente de los altos círculos financieros y que por segunda vez llegaba a tan alto cargo, no tenía la intención ni la vitalidad suficiente —por su avanzada edad— de iniciar las transformaciones que muchos reclamaban. Pero, sin lugar a dudas, el proceso electoral de 1956, fue un claro indicio de que la estructura tradicional del país no podía conservarse por más tiempo. El gobernante de 1956 así lo comprendió, y recién llegado al poder nombró una comisión de estudio de la reforma agraria, que era una de las necesidades más sentidas y reclamadas. La comisión sin embargo, demoró cuatro años (1956-1960) para concluir su informe. El primer mandatario lo puso en conocimiento público, pero no hizo ningún intento de llevarlo a cabo, ni menos aun de remitirlo para su debate en el Congreso.

En lo que se refiere a la dinámica constitucional, el gobierno efectuó una modificación, por lo demás muy poco significativa. En 1961 (Ley 13739) enmienda la Constitución para otorgar ciudadanía a las religiosas, y establece la condición de tener la nacionalidad peruana para los cargos de obispo y arzobispo.

Desde el punto de vista de la democracia política, el Perú vivió en aquel entonces (1956-1962) una experiencia muy positiva y puede decirse que fue una época en la cual se inicia una plenitud de vida política. Prado se jactó de gobernar democráticamente, de vivir bajo una constitución, y de proclamar que su gobierno había sido un Estado de Derecho. No obstante, la estructura social permaneció intocada. En el periodismo, en las universidades, en el Parlamento a través de una oposición minoritaria, en las agrupaciones profesionales, se levantaron voces que pedían reformas y cambios. El país empezó a vivir en esa época, en forma colectiva, una necesidad de cambios estructurales. El *pathos* del momento era la justicia social. El régimen, sin embargo, por sus orígenes, por sus vinculaciones y, sobre todo, por los compromisos contraídos, no atinó hacer nada al respecto. Por lo demás, la fuerza popular que lo respaldaba (el Partido Aprista Peruano), revolucionario de los años treinta, estaba de regreso de sus aventuras juveniles. Los grupos hegemónicos, encaramados en el poder o controlándolo, preparaban el final del régimen con comicios cuya autenticidad se discutía. En 1962 se enfrentaron tres grandes fuerzas electorales: el Apra, con su líder Haya de la Torre, el exmandatario general Odría y un joven partido, Acción Popular, con su líder Fernando Belaunde Terry, conjuntamente con otras fuerzas menores. El resultado no favoreció a nadie, porque la Constitución de 1933 en su artículo 139 exige, para ser proclamado vencedor, reunir por lo menos el tercio de los votos válidos. Si eso no se consigue, el Parlamento deberá hacer la elección. Entonces fue cuando se unieron las fuerzas parlamentarias del Apra y del general Odría, avalados por los sectores conservadores, para proclamar presidente al segundo de los nombrados. Es aquí cuando interviene la Fuerza Armada (18 de julio de 1962), diez días antes de que termine el período de Manuel Prado, para derrocarlo. El movimiento militar de aquel entonces es sumamente interesante, y ha sido objeto de numerosos análisis, pues inicia en rigor lo que puede denominarse el “cuarto militarismo”.

Tradicionalmente el militarismo en el Perú ha sido calificado en tres tipos: el primero surgido después de la independencia de 1821 y que es capitalizado por los generales vencedores del poderío español. El segundo que aparece en 1883 tras la Guerra del Pacífico y que dura hasta 1895. El tercero que surge bajo la invocación de la defensa social en 1930 y dura con intermitencias hasta 1956.

Todas estas intervenciones militares se han tipificado por su carácter individualista. Se ha tratado siempre de generales o coroneles que han tomado el poder, sea por ambiciones personales, sea empujados por algún grupo de presión, sea por recibir instrucciones de los grupos u oligarquías económicas. Pero en 1962, la intervención no va a ser de un hombre, sino de una institución. Aparece así la denominada intervención institucional de la Fuerza Armada. Son las tres armas (ejército, marina y aviación) las que asumen el poder. Esta es su primera característica. Aparece una nueva modalidad en la que se manifiestan los factores reales de poder, en la terminología de Lasalle. Otra característica es la siguiente: los militarismos anteriores llegaron al poder para defender el sistema. Esta vez el objetivo es distinto: lo cuestionan e intentan su cambio. Hay importantes medidas que se toman; entre ellos merece destacarse la Ley de Bases de Reforma Agraria, que es un valioso antecedente en este campo. Este régimen militar sin embargo no pretende entronizarse en el poder. Anuncia su permanencia por sólo un año, al final del cual entregará el poder a quien resulte legítimamente elegido por las ánforas. Se convocan elecciones para mediados de 1963, con una modificación importante. Se promulga un nuevo estatuto electoral. Durante los últimos años, el sistema electoral descansaba plenamente en el principio de la mayoría simple. Con eso se garantizaba estabilidad y apoyo parlamentario al elegido. Pero esta vez se introduce una modalidad: el sistema D'Hondt, también conocido como cifra repartidora.

Los militares han intervenido en los asuntos del poder inspirados por una nueva idea: el cambio de las estructuras del país. A ellos también les ha llegado las nuevas inquietudes. Pero entonces sólo aspiran a que dichos cambios los realice un civil. El civil en quien ellos confían es Belaunde, el único de todos los posibles

candidatos que cuenta con una plataforma reformista, y que parece garantizar los cambios dentro del marco constitucional. La intervención de los militares es además para garantizar que salga elegido Belaunde. En elecciones limpias —aun cuando estén de lado los analfabetos que no votan— sale elegido Belaunde con un gran respaldo popular. No obstante, el sistema electoral le juega una mala pasada en las cámaras legislativas: el sistema D'Hondt ha dividido al Parlamento en tres partes iguales, cada una representativa de las tres grandes fuerzas electorales.

La Constitución del Perú es de tipo presidencialista, de acuerdo a su intención y a la tradición histórica. Pero esa Constitución ha introducido diversos mecanismos que dan fuerza sorprendentemente grande al Parlamento: los ministros de Estado deben renunciar si es que el Parlamento los censura, pero el presidente nada puede hacer para disolver al Congreso. El Parlamento es el que aprueba o rechaza los presupuestos; el que aprueba y rechaza las leyes, aun contra la voluntad del presidente. Se comprende entonces por qué era importante para el nuevo presidente contar con una mayoría parlamentaria. Se hace claro entonces que ninguna de las tres fuerzas enquistadas en el Parlamento puede gobernar sola. Es inevitable la alianza. Y ella se logra entre el Apra y las huestes del general Odría. Belaunde que encarna la reforma queda así inerte frente a un Parlamento conservador. Durante sus primeros cien días, Belaunde demuestra un dinamismo sorprendente. Empieza con gran celeridad a cumplir lo ofrecido en campaña electoral. Devuelve a los pueblos el derecho de elegir a sus municipios, tras cuarenta años de municipios elegidos por el Poder Ejecutivo. Envía sendos proyectos de leyes (reforma agraria, etcétera) al Parlamento. Pero éste se empeña en obstaculizar la labor del nuevo gobernante. La mayoría opositora intenta desgastar al régimen a fin de preparar el terreno para las próximas elecciones de 1969.

El primer obstáculo serio que encuentra Belaunde es con la reforma agraria. La Constitución en su artículo 29 señala claramente que toda forma de expropiación debe ser realizada previo pago. El proyecto que remite el Ejecutivo al Parlamento, contempla el pago en bonos, redimidos a largo plazo. El pago en bonos no es pago, sino únicamente promesa de pago, aun cuando cuente

con el aval del Estado. El sector más conservador de la economía, que detenta los grandes latifundios, inicia una campaña gigantesca pidiendo que el proyecto no prospere. Por primera vez en muchos años los grupos de presión se muestran en toda su desnudez. Los señores de la tierra dicen que el pago de bonos es anticonstitucional. Como la tesis es cierta, se corre el grave riesgo que la ley sea declarada inconstitucional —lo que es factible únicamente a partir de 1963, gracias a la Ley Orgánica del Poder Judicial— y en consecuencia quede paralizado **ab initio**, este proyecto. El Parlamento comprende la importancia del asunto y accede a modificar la Constitución. Esto sucede en 1964 (Ley 15242). Lo que no impide por cierto que la Ley de Reforma Agraria de ese año salga recortada y no acierte a enfocar el problema de la tierra en su verdadera dimensión. Por otro lado las contradicciones se agudizan, tanto a nivel social como económico. Hay crisis en el país. En 1965 surge un movimiento guerrillero, que aunque es sofocado, marca seriamente a la opinión pública. Se empieza a cuestionar la Constitución, que no permite avanzar en el campo de las reformas sociales. El Poder del Parlamento es tan grande, que incluso se denomina, a través de sus líderes, como “primer poder del Estado”, olvidando que el poder es uno solo, aun cuando sus funciones sean tripartitas. Ante este encajonamiento Belaunde se paraliza; no se decide a enfrentar al Parlamento, no constitucionalmente que no puede, sino movilizándolo a la opinión pública, que le era favorable. El gobierno pierde fuerzas. Se dedica más bien a una labor de infraestructura, muy necesaria por cierto, pero que no es lo que esperaban de él sus partidarios ni tampoco lo que ofrecía su programa político. Entrampado dentro del sistema constitucional, el gobierno sólo acierta a hacer una tímida reforma agraria. Igual sucede con sus demás proyectos. En 1968, faltando escasamente nueve meses para que termine su período, la fuerza armada —el 3 de octubre de ese año— derroca al presidente, e instaura lo que denomina “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”. Se cierra así este primer período que abarca de 1950 a 1968, que encierra el auge y el cuestionamiento de una Constitución, la de 1933, y de un sistema, el capitalista.

El gobierno de la Fuerza Armada se instaura con el propósito declarado de hacer reformas, de hacer lo que efectivamente no hizo Belaunde, esto es, lo que no hicieron los civiles. Las reformas

que emprende son varias y todas muy radicales: reforma agraria, recuperación del petróleo, reforma de la empresa industrial, nacionalización de la banca e instituciones de crédito, modificación del aparato del Estado, expropiación de las principales fuentes de riqueza, reforma de la educación, intervención en la economía, nueva política internacional, etcétera.

En un principio, los militares sólo tienen una vaga idea de las reformas que quieren hacer. Pero con el transcurso del tiempo, los ideólogos del régimen se encargan de fijar las metas y objetivos (muchos de ellos ya enunciados por el Apra en la década del treinta). Poco a poco se va aclarando el panorama. Las reformas estructurales pretenden crear un modelo distinto al capitalista y al comunista; en lo económico se propende un pluralismo en el que coexistan diversos sectores empresariales (estatal, privado reformado, social y pequeña empresa privada); y en lo político a una democracia social de participación plena. Se busca la participación en sentido amplio; tanto en las universidades, como en las empresas (en donde los trabajadores tienen acceso a la propiedad y a la gestión). Se diseña así, con características propias, un modelo que tiene mucho de corporativista. Pero como contrapartida de todas estas reformas, se va agudizando poco a poco la represión y la arbitrariedad. El régimen cierra revistas y periódicos; fomenta y mantiene la delación; deporta y encarcela a políticos, profesionales, dirigentes sindicales, periodistas, profesores universitarios; amedrenta y manipula a los jueces. Se vive un clima de intemperancia. En 1974, en acto cuya trascendencia todavía no se puede medir, expropia todos los diarios de circulación nacional para entregarlos a los grupos organizados de la población, los que en realidad son manipulados por el mismo gobierno. Se impone entonces en el país, merced a este curioso experimento, un verdadero campo de concentración para la mente. Por otro lado, las reformas estructurales, muchas de ellas con sana intención y de valores intrínsecos, empiezan a tropezar con la realidad. Han sido efectuadas con criterio social y no con criterio económico. Además, sólo alcanzan a un sector minoritario de la población. Se agudiza la crisis y empieza a brotar el descontento. Una asonada popular el 5 de febrero de 1975 —el “febrerazo”— anuncia el principio del fin.

En el interior de las fuerzas armadas surge una pugna, que es

resuelta en forma “castrense”, es decir, secretamente y por la fuerza. El 29 de agosto de ese año, el general Velasco Alvarado es derrocado por los mismos oficiales que le habían jurado lealtad meses antes. El gobernante depuesto cae sin pena ni gloria. Las Fuerzas Armadas eligen como su sucesor al general Francisco Morales Bermúdez, quien proclama amnistía general para los deportados, liberaliza la expresión y auspicia la difusión de revistas y semanarios. El nuevo régimen —llamado la “Segunda Fase de la Revolución”— se inicia con muy buenos auspicios, pero pronto lo empezará a golpear el desbalance financiero que hereda de su antecesor. Empieza un clima de libertades políticas, aunque existen incógnitas sobre el provenir. Aparentemente, el proceso iniciado por la fuerza armada entra en un proceso de institucionalización.

Un rápido balance de los veinticinco años transcurridos desde 1950 a 1975 demuestra con evidencia que la democracia constitucional —el ideal de vida política auspiciado por filósofos y juristas— necesita para su realización de determinados supuestos, sin los cuales ella no es posible. Un país en el cual existen bajísimas rentas *per capita*, gran desigualdad en la distribución de los ingresos, un 39% de analfabetos y un porcentaje similar de desocupados, no puede brindar el basamento adecuado para el funcionamiento de una democracia representativa. Si a eso añadimos el carácter incipiente y dependiente de la economía, en suma lo que se conoce como subdesarrollo, podrá apreciarse como al no existir los requisitos socioeconómicos, la democracia constitucional, tal como es entendida y practicada en Occidente, no puede implantarse en forma duradera en estos países. Aun más, nuestra experiencia parecería mostrarnos que la democracia constitucional es más bien una rémora para el desarrollo del país. Entre nosotros, los regímenes de facto, surgidos fuera de la Constitución, son los que han llevado a cabo las mayores reformas de orden social y económico. Que esa tesis sea discutible, es algo que puede aceptarse, pero en todo caso constituye una hipótesis de trabajo sumamente sugerente y con un gran poder explicativo de nuestra realidad político-constitucional.

Lo anterior es lo que por comodidad podríamos denominar como “realidad constitucional”, esto es, la forma como funciona

efectivamente un texto constitucional en una realidad determinada.

En cuando a la dinámica del texto constitucional advertimos muy ligeras variantes. En efecto, el período bajo examen se desenvuelve bajo una sola constitución, la de 1933, a la que se hacen pequeñas modificaciones (cuatro en total). Los golpes de Estado son sólo dos. Pero mientras que el primero (1962) respeta la Constitución y promete volver a ella, el segundo (1968) la niega, declara su caducidad, y la supedita al Estatuto de la Revolución Peruana, quedando así aquélla en posición de **capitis diminutio maxima**. Empieza en 1968 un proceso de desconstitucionalización que llevará inevitablemente a una nueva constitución, por lo demás ya anunciada formalmente, aunque sin plazo de implementación.

Las perspectivas futuras para el constitucionalismo peruano, son todavía una incógnita. Es indudable que los regímenes de fuerza, por la gravitación natural de las cosas, tienden a constitucionalizarse, a crear una nueva legitimidad (lo que, en nuestro caso, todavía no se ha logrado). Así considerado, este proceso debe culminar en una nueva constitución, la que recogerá los lineamientos generales de los cambios vividos (reestructuración de los poderes del Estado, replanteo de los derechos constitucionales, voto de los analfabetos, etcétera). Cómo y cuándo se llegue a ello, es algo que se desconoce en la actualidad. Pero al final de cuentas, será la Constitución la que regirá los destinos de la vida del país. Que ella contenga aciertos o errores, o que no logre encauzar el proceso político, es algo que sólo la experiencia podrá decirnos.

Conclusiones

1. Desde el punto de vista político-constitucional, los últimos veinticinco años pueden dividirse en dos etapas: la primera que abarca de 1950 a 1968 y la segunda que incluye de 1968 a 1975.

2. La primera etapa (1950-1968) se caracteriza por la búsqueda del respeto a las libertades políticas y en consecuencia al advenimiento de la democracia política.

3. La segunda etapa (1968-1975) está designada con la crítica y el cuestionamiento de la Constitución de 1933 y de los valores tradicionalmente consagrados y respetados, como son las libertades políticas.

4. En lo económico, la primera etapa (1950-1968) se caracteriza, en lineamientos generales, por moverse dentro de la órbita de los Estados Unidos y bajo un sistema capitalista. La segunda etapa demuestra una actitud independiente y hasta hostil contra los Estados Unidos —aun cuando siempre existan lazos de dependencia económica— y en un enfrentamiento —tanto teórico como práctico— al sistema capitalista.

5. En lo formal, la Constitución de 1933 ha tenido cuatro modificaciones, en los años 1952, 1955, 1961 y 1964.

6. Los golpes de Estado han sido dos en este período: en 1962 y en 1968; el primero surge para respetar la Constitución —si bien la viola—, pero retorna pronto al sistema constituido al convocar elecciones en el plazo de un año; el segundo, por el contrario, discute el sistema constitucional, lo niega y busca crear una nueva legitimidad que desemboque en una nueva constitución, se rige por un Estatuto muy elástico y supletoriamente por la Constitución del Estado.

7. La democracia constitucional ha sido, en los lugares donde se originó, fruto de un largo proceso económico, social y político. Requiere en consecuencia determinados fundamentos o supuestos socioeconómicos, así como supuestos de índole cultural y políticos. Cuando éstos no existen, se torna difícil el funcionamiento de estructuras e instituciones que precisamente requieren esas bases. El Perú, como tantos otros países latinoamericanos, carece de ellos, lo que explica la existencia de un constitucionalismo atenuado.

8. En los 42 años transcurridos desde que se promulgó la Constitución de 1933, los gobiernos de facto y/o dictatoriales, son los que han realizado los mayores esfuerzos en el campo de las transformaciones sociales y económicas. Por el contrario, los gobiernos de democracia representativa han ido a la zaga en estos cambios.

9. Lo anterior plantea la hipótesis que la democracia constitucional ha sido y seguramente todavía es una rémora —por lo menos en el Perú y en algunos países latinoamericanos— para el desarrollo socioeconómico.

10. La legitimidad existente en Occidente —y arraigada en el Perú— es que el mando es una facultad que se recibe a través de los votos. En tal sentido, los gobiernos de facto son siempre vistos

como “usurpadores”. No obstante, el actual gobierno de facto peruano ha sostenido una tesis nueva en el país: que la legitimidad de dicho gobierno no viene de los votos sino de la realización de las reformas que el pueblo exige. Esta nueva legitimidad que se intenta implantar, no ha tenido éxito todavía.

11. El actual gobierno militar, ha asumido lo que la doctrina constitucional denomina “poder constituyente”. En tal sentido, está sentando las bases de un nuevo ordenamiento jurídico que culminará en una nueva Constitución.

12. Es indudable que las reformas estructurales en el campo social y económico, han abierto la posibilidad de crear esos supuestos socioeconómicos necesarios para el funcionamiento de la democracia constitucional. No obstante, existe latente el peligro que las organizaciones populares que representan a las grandes sectores de la población sean manipuladas y regimentadas desde el Gobierno, con lo cual habría ganado la democracia social, pero habría perdido la democracia política.

Lima, febrero de 1976.

§ 3

CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO PERUANO (1936-1976) (*)

Hacer un balance de nuestros últimos cuarenta años, no es en realidad tarea fácil. No solo existe un problema de cercanía con los hechos sino también una enorme carencia de fuentes y de estudios monográficos que seguramente en el futuro den mayores luces sobre muchos de los problemas que aquí se estudian. Por tal motivo este intento panorámico de presentar cuarenta años de constitucionalismo peruano tiene que ser necesariamente provisional; válido *hic et nunc*.

I) Contorno político

La República Aristocrática de la que Basadre ha hablado, dura con intermitencias de 1899 a 1919, año en el cual el advenimiento de Leguía inaugura una época. El Presidente de la Patria Nueva significó la modernización del país, el nacimiento de un amplio estrato mesocrático, la inquietud social en el derecho, en el arte, en la literatura (aparición del indigenismo, etc.). Significa además el inicio de nuestras relaciones de dependencia con los Estados Unidos y la superación de la dependencia del capital británico. Marca igualmente la aparición del problema social en el pensamiento político (avizado por González-Prada), el surgimiento de los partidos de masas en contraste con los partidos de cuadros de antaño; en fin el origen de todo lo que el Perú habría de discutir, cuestionar e implementar en los próximos años. El año de 1919 inicia una época que se cierra por así decirlo en 1968. Por lo tanto, el período 1936-1976 aquí estudiado, comprende la culminación de un período y el inicio de otro nuevo, cuyas perspectivas todavía no podemos vislumbrar. El oncenio de Leguía tiene muchos aspectos positivos, que lamentablemente aún no han sido lo suficientemente reconocidos.

(*) Publicado en la "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) Vol. 41, No. 1 - 2 - 3; enero - diciembre de 1977.

Leguía cae en agosto de 1930. Tres años después es promulgada la Constitución que nos rige. El régimen constitucional no había previsto la Vice-Presidencia de la República; por eso es que al ser asesinado Sánchez Cerro el 30 de abril de 1933, Benavides, entonces General de División e Inspector Jefe de la Defensa Nacional, es elegido por el Congreso Constituyente como Presidente Constitucional de la República. Se violó así el artículo 137 de la reciente Constitución, que prohibía expresamente que los miembros en actividad de la Fuerza Armada, pudiesen ser elegidos como Presidente de la República, salvo que hubiesen dejado el cargo un año antes de la elección (1).

Pero estos “inconvenientes constitucionales” parecen no tener importancia en el momento de las grandes decisiones. Un jurisconsulto notable, el doctor José Luis Bustamante y Rivero, siendo Embajador del Perú en Bolivia, no tuvo inconveniente en aceptar —siendo funcionario público— la candidatura que le ofrecía el Frente Democrático Nacional para postular a la Presidencia de la República, que por curiosa coincidencia, era auspiciada por el ya Mariscal Oscar R. Benavides. Manuel Prado postuló también a la más alta investidura (1939) siendo Presidente del Banco Central de Reserva, entidad estatal por excelencia. En 1950, el General Odría interpretaría a su antojo el mencionado artículo constitucional, para ser elegido Presidente de la República desde el poder. Pero no insistamos más sobre esto. Benavides inicia su período bajo el lema “orden, paz y trabajo”. Encuentra el país al borde de la bancarrota, con crisis interna y externa y prácticamente en pie de guerra sin estar lo suficientemente preparados, pues lo más probable es que la guerra con Colombia la hubiéramos perdido, a tenor de los estudios recientemente realizados sobre el material bélico que nuestro país tenía en aquel momento.

Benavides fue elegido en 1933 para concluir el período iniciado por Sánchez Cerro en 1931. El artículo 139 de la Constitución fijaba en cinco años el período presidencial (luego fue ampliado a seis por Odría como veremos más adelante). Su mandato debía concluir entonces en 1936. Pero las elecciones realizadas ese

(1) El plazo de un año fue luego reducido a seis meses, de acuerdo a la modificación introducida por la ley 8237.

mismo año el 22 de octubre, daban notoria mayoría al doctor Luis Antonio Eguiguren, apoyado francamente por el Apra. Coludido con el Jurado Nacional de Elecciones, Benavides anula los resultados electorales bajo el supuesto que la votación favorece a quien está respaldado por el Apra, que de acuerdo al artículo 53 de la Constitución es un partido internacional que no puede actuar en la vida política (como si fuese dable averiguar el sentido de un voto que era secreto). Al mismo tiempo obtuvo que el Congreso Constituyente le ampliase el mandato hasta 1939, luego de lo cual declaró su cese, tras concederle facultades legislativas (Ley 8463), aunque estas fueron en forma detallada y si se quiere medida (no le concedió por ejemplo la facultad de nombrar magistrados). Durante este tiempo (1936-1939) Benavides gobierna sin Congreso, lo que podría denominarse como una dictadura en su clásico sentido romano, y tras algunas escaramuzas (entre ellas el atentado en febrero de 1939 del General Antonio Rodríguez Ramírez, Ministro de Gobierno y Policía, que es muerto a balazos por el Capitán Rizo Patrón en el patio de Palacio de Gobierno), convoca ese año de 1939 a elecciones generales, no sin antes haber modificado parcialmente la Constitución mediante un procedimiento ilegal, como era el del plebiscito.

El gobierno de Manuel Prado (1939-1945) coincide con la Segunda Guerra Mundial, época que transcurre sin grandes contratiempos, aún cuando debe lamentarse los atropellos que sufrieron, tanto personalmente como en sus bienes, los súbditos del Eje que residían en el Perú. A Prado sucede José Luis Bustamante y Rivero en 1945, fruto del acuerdo de diversos sectores del país y del Apra, que volvía a la arena política después de casi quince años de destierro, con más tolerancia, pero también con mayores concesiones ideológicas (2).

Bustamante inicia con esperanzas lo que él llamó "tres años de lucha por la democracia en el Perú". La modernización del país, las obras públicas y el ordenamiento interno iniciados por Benavides no habían sido continuados. Bustamante empezó gober-

(2) Véase el Discurso del Reencuentro en la plaza San Martín, el 20 de Mayo de 1945 en Víctor Raúl Haya de la Torre, *Obras completas*, Edt. Mejía Baca, Lima 1976, Tomo 5, pp. 343-355.

nando con el Apra quien contaba con un fuerte contingente en el Parlamento. Las relaciones entre ambos aliados se hicieron tensas. Manuel Seoane dijo con razón que el Apra quiso elegir al capitán del equipo, pero Bustamante prefirió actuar de árbitro. Bustamante no obstante sus altas virtudes cívicas, no supo estar a la altura de su cargo (3). Ante el receso del Parlamento (1947) legisla a partir del 1 de enero de 1948 (en que aprueba el presupuesto de ese año) por Decretos con fuerza de Ley (algo inusitado dentro del ordenamiento jurídico peruano). Por último, rebasando los cánones de la sana doctrina, convoca desde el poder a una Asamblea Nacional con carácter de Constituyente (Decreto Supremo de 6 de agosto de 1948).

Poco después el 27 de octubre de ese año, es derrocado por su ex-Ministro el General de Brigada Manuel Odría quien gobernó bajo la forma de una Junta de Gobierno de 1948 a 1950, año en el cual resigna al mando y lo entrega al General Zenón Noriega. Odría baja al llano el 1º de junio de 1950, luego de encarcelar a su único opositor el General Ernesto Montagne, accediendo a la presidencia con el 80% de los votos. Su gobierno se desarrolla en el período de 1950-1956. Al igual que la de Benavides, la elección de Odría no puede considerarse como ortodoxa. No obstante, y dentro de su estilo Odría puede ser calificado como un buen gobernante, no obstante el carácter totalitario y hasta brutal que caracterizaron sus ocho años de gobierno (4). Su lema fue "Salud,

(3) Rafael Belaunde, Premier del primer Gabinete del Presidente Bustamante y Rivero, me manifestó muchas veces como éste, ya en la Presidencia, se esmeró en gobernar independientemente del Apra y sin su concurso, olvidándose que a dicho partido debía un grueso contingente electoral y con quien le ligaba un pacto político (Frente Democrático Nacional). Según don Rafael, Bustamante debió haber conciliado desde un principio, con el partido que lo había llevado al poder; lo que no sucedió. Lamentablemente el Gabinete Belaunde duró pocos meses. La frustración del régimen es sin embargo culpa de ambos. Por un lado los apristas el mismo 28 de julio de 1945 y antes de que Bustamante llegase al recinto legislativo, aprobaron una inconsulta ley de amnistía; por otro, Bustamante, de un gabinete de once miembros, solo ofreció dos carteras al Apra. Los términos de la contienda quedaron así planteados ab initio. Lo que pasó después es culpa del atolondramiento de todos, aprovechado por los agro-exportadores que financiaron el golpe de Odría (27 de octubre de 1948).

(4) Aparte de la censura y clausura de diarios, deportaciones, silenciamiento de la oposición, inmoralidad administrativa, merece recordarse que Odría haciendo escarnio de las leyes y de la Constitución, violó el fuero parlamentario al hacer condenar injustamente al diputado Leonidas Rivera, con la complicidad del Poder Judicial

Educación y Trabajo” y a él se atuvo. Nadie después de él construyó mayor cantidad de escuelas, hospitales, edificios públicos, aún cuando en veces se incurrió en “faraonismo” con relación a determinadas obras públicas (fenómeno que en superior magnitud reaparecería en el período 1968-1975). Odría representó por lo demás una magnífica coyuntura económica con motivo de la guerra de Corea, que determinó el auge de las exportaciones. Económicamente, la presencia y la influencia de los Estados Unidos es muy grande en ese momento, que es uno de los más interesantes dentro del período que estamos analizando. Por un lado, empieza una creciente movilización social que se agudizará en los años sesenta; **ad portas** se encuentra la sociedad de masas. Políticamente representa la última dictadura tradicional, de ausencia total de libertades, (como lo fue **mutatis mutandis**, todo el período anterior, salvo el interregno de Bustamante) habiéndole tocado afrontar diversos movimientos populares que tuvo que reprimir (Arequipa en 1950 y 1955) y una insurrección militar (el General Merino en Iquitos y en 1956).

El año 1956, marca el advenimiento de nuevas fuerzas y nuevas inquietudes sociales, que como signo de los nuevos tiempos entran por vez primera en la escena política. Manuel Prado, apoyado por el Apra (que busca por cierto volver a la legalidad) discurre un período sin grandes resonancias (1956-1962). No obstante, existe un gran fermento político-social. Se vive un auge de libertades. Prado había recibido una dictadura y entregaría una democracia. Así lo anuncian sus partidarios y no les faltó razón. Pero la democracia que Prado ofrece es política, no es social ni económica. Se descuidó en aquel entonces el hecho de que las

(Rivera ha narrado su caso en su libro *Yo fui Diputado . . . y delincuente*, Lima 1957). Muy distinta fue la acusación en el período 1963-1968 al diputado odríista Napoleón Martínez Maxera y al ex-Ministro de Marina Florencio Texeira, ambos sentenciados legalmente por la Corte Suprema. En el período 1968-1975 el régimen de Velasco Alvarado intentó y logró encauzar en ausencia a los ex-Ministros del régimen de Belaunde (Manuel Ulloa, Pablo Carriquiry que murió en el exilio y Guillermo Hoyos Osore; Sandro Mariátegui sufrió carcelería y luego fue amnistiado, como lo fueron también Ulloa y Hoyos). Ninguno de ellos tuvo el dramatismo que envolvió el proceso al ex-Diputado y ex-Ministro de Romaña, Mariano de Belaunde (Cf. Jorge Basadre. *Historia de la República del Perú*, 6ta. edición, 1967-68, tomo XI, pág. 34 y ss.).

libertades políticas necesitan para su funcionamiento un adecuado marco socio-económico. Con todo, el segundo período pradista significa un gran avance. Prado representa el punto más alto de respeto a la Constitución, que solo será superado por Belaunde. Pero nuevas realidades sociales y económicas pujan por nuevas acciones. El país necesita reformas y ya existe conciencia de ellas. La movilización campesina reclamando un mejor trato y un cambio de tenencia de la tierra, asoma en las zonas más deprimidas de la sierra sur del país (1958) culminando en la acción desatada por Hugo Blanco (1962-1963). (5)

Tras un paréntesis militar de un año (1962-1963) entra Belaunde al poder. El nuevo mandatario, quien había estado en la arena electoral desde 1956 (época que repetimos marca una nueva toma de conciencia del problema social por parte de la ciudadanía), inicia un nuevo estilo de gobierno, que antes no se había dado. Después de cuarenta años devuelve a los municipios el derecho de ser elegidos libremente. Se plantea la reforma agraria en forma integral, la reforma del crédito, la reestructuración de la banca estatal. Asimismo, se inician grandes obras públicas, escuelas, hospitales, y una vasta red de carreteras, de las cuales la marginal de la Selva es la más conocida, y quizá la más importante infraestructura realizada con sentido de futuro. Se construyen también centros escolares, aeropuertos, represas, etc. Sin embargo, muchos problemas que han sido ofrecidos quedan sin resolver: el caso más patente es la solución en 90 días que ofreció Belaunde para afrontar la situación de la I.P.C., y que evidentemente no cumplió (sin interesar por ahora las causales de tal atraso). Además la reformas estructurales que el elector reclamaba y Belaunde prometió, son postergadas o mediatizadas. El malestar existente lo demuestran las guerrillas que en 1965 conmocionan al país (6); más tarde el contrabando en que se vieron envueltos altos funcionarios civiles y militares (1966-1968), que demostró el deterioro moral del régimen democrático.

(5) Cf. Víctor Villanueva Hugo Blanco y la rebelión campesina, Lima 1967; Hugo Blanco Tierra o muerte (las luchas campesinas en Perú) 2da. edición, Siglo XXI, México 1974.

(6) Cf. Héctor Béjar Perú 1965; una experiencia guerrillera, Lima 1969; la versión oficial en el Ministerio de Guerra Las guerrillas y su represión, Lima 1966. Un testimonio cf. Armando Artola Subversión, Lima 1976.

Pero además, el régimen belaudista tiene otro tropiezo: merced a la implantación de la cifra repartidora en el nuevo sistema electoral, no logra una mayoría en el Parlamento que le permita gobernar con pleno respaldo. El Apra y la UNO (las huestes del ex-Presidente Odría) controlan cada una aproximadamente un tercio del Poder Legislativo. Ninguna fuerza política en consecuencia podrá tener pleno control sobre el Parlamento. Pero la unión natural entre el Apra y Belaunde (a través de su partido Acción Popular) fue dificultada por la Democracia Cristiana, aliada en aquel momento del Presidente Belaunde. Al no lograrse tal alianza, lo lógico hubiera sido que cada una de las demás fuerzas actuasen solas, mediante la "leal oposición" que practican los ingleses cuando no están en el gobierno. Por el contrario, se realizó aquí lo que se ha denominado la "alianza imposible" mediante la cual el Apra, otrora perseguida y denostada por el General Odría, se unió con los parlamentarios de su partido. Si bien es cierto que se ha dicho por parte del Apra que el pacto sólo fue para la elección y renovación de Mesas Directivas en ambas Cámaras, la verdad es que en la práctica actuaron como si estuviesen unidos por vínculos más estrechos, y por lo menos nunca sostuvieron una discrepancia en nada fundamental. Ambas fuerzas se dedicaron a detener y deteriorar la obra del Ejecutivo, con el explicable propósito de gastar su fuerza y popularidad, y prepararse el terreno electoral para las próximas elecciones, que debieron haberse realizado en 1969.

Enfrentado a un parlamento opositor, Belaunde se dedica a obras de infraestructura. Por lo mismos motivos no puede hacer frente a la crisis económica de 1967, y tras un debate surgido a raíz de la negociación con la International Petroleum Company y la pérdida de la página 11 (7), Belaunde es derrocado el 3 de oc-

(7) Mucha literatura ha habido en torno a esta famosa cuestión. Richard Goodwin, periodista norteamericano que estaba en Lima por esos días y que sin lugar a dudas no mostraba simpatía por el régimen de Belaunde, concluía que quedaba abierta la cuestión "de que la controversia sobre la página once proceda de un fraude, un malentendido o un error" (Cf. *Letter from Peru* en "The New Yorker", may 1969). Recientemente y mediante Decreto Ley 21755, se han cortado todos los juicios que trataban sobre esta materia, al no existir prueba alguna sobre la existencia de dicha página; salvo el dicho del Presidente de la Empresa Petrolera Fiscal. En todo caso la alternativa es i) o tal página no existió, en cuyo caso todo el problema originado por su pérdida fue solo un pretexto político, o ii) existió dicha página, en cuyo caso tampoco tiene ningún valor jurídico, ya que dicha página solo contenía datos que

tubre de 1968, por un movimiento insurreccional que encabeza el General Juan Velasco Alvarado. El nuevo régimen, sin tener una clara idea de lo que pretende, se inauguró como Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada. Ya no se permite la idea de que un solo líder encabece un movimiento a título personal y se siente en el sillón presidencial, como antaño. El golpe de Estado del 18 de julio de 1962 que desaloja a Prado del poder diez días antes de terminar su mandato, fue el primero de la nueva serie, lo que sin lugar a dudas refleja un nuevo espíritu y una nueva realidad. Pero al revés de aquel de 1962, no pretende quedarse en el poder por breve tiempo para convocar a elecciones generales, sino por el contrario, emprender las reformas que la ciudadanía ha reclamado y que fueron ofrecidas por el régimen derrocado, el cual, por diversas razones, no pudo o no quiso llevarlas a cabo. En tal sentido, el movimiento militar prosperó por la simple razón de que el régimen belaudista no sólo estaba deteriorado, sino que incluso hasta sus mismos y más fervorosos partidarios, se hallaban divididos.

El primer paso del nuevo gobierno fue la toma de los yacimientos de la International Petroleum Company (I.P.C.). Luego inició agresivamente una nueva política exterior, y fue abordada una radical reforma agraria, de la empresa, de la banca estatal, de la política energética, de la nacionalización de fuentes de energía, de la educación en todos sus niveles, etc. Así mismo en 1974 expropia la gran prensa para entregarla a las organizaciones representativas de bases (lo que hasta la fecha no ha sido cumplido). Al mismo tiempo que las reformas introducidas, el régimen va enduiciendo su política interna, empieza el endiosamiento del caudillo (se le compara con Lincoln, con Napoleón) y se va imponiendo el temor en la ciudadanía. Controlados por el Estado los medios de

ya se consignaban en el mismo texto del contrato y llevaban sólo la firma del Presidente de la Empresa Petrolera Fiscal; esto es, no obligaban a la International Petroleum Co. que no la suscribió. Lo anterior no atenúa el hecho por lo demás bochornoso que negociaciones de tanta importancia fuesen manejadas tan desaprensivamente por los personeros del Gobierno, lo cual fue utilizado como pretexto para acelerar el golpe de Estado que se gestaba tiempo atrás; como paladinamente lo dió a entender el General Velasco Alvarado en conferencia de prensa de 29 de mayo de 1974 (Cf. *La Prensa*, 30 de mayo de 1974). Esto no impide tampoco desconocer que en esta materia el régimen de Velasco tuvo una mejor comprensión del problema que su predecesor. Hay que tener presente que la página 11, correspondía al contrato de crudos; nadie discutió el contrato de gas ni el Acta de Talara.

comunicación masiva, manejado el Poder Judicial con jueces amedrentados por un Consejo Nacional de Justicia que es dirigido por el poder central, el país comienza a vivir en la incertidumbre. Al mismo tiempo asoma una grave crisis económica, motivada fundamentalmente por el desorden fiscal, que pone al régimen en situación difícil. Velasco Alvarado, enfermo y abandonado es derrocado el 29 de agosto de 1975. Lo sucede el General Francisco Morales-Bermúdez. El nuevo régimen, llamado de la Segunda Fase de la Revolución Peruana, se enfrenta con graves problemas: a) afrontar la crisis económica, que le ha deparado su antecesor, b) continuar o enmendar las reformas iniciadas en 1968, c) afrontar el problema de la transferencia del poder a los civiles. Por lo pronto, el estado depresivo en que se vivía bajo la época del General Velasco Alvarado se va esfumando lentamente. Los partidos políticos, las revistas, empiezan a expresarse libremente, aún con altibajos y eventuales censuras o clausuras. Los deportados en el régimen anterior empiezan a retornar al país. Se anuncia para 1980 elecciones generales y la dación de una nueva Constitución. Por otro lado, empiezan a replantearse las reformas efectuadas, sobre todo a nivel de las grandes expropiaciones, de la reforma del Poder Judicial, de la reforma de la prensa, cuyos fracasos se empieza ya a admitir. En este clima de desazón y proyectos se cierra el año 1976.

Si se quisiera hacer una breve referencia sobre la situación socio-económica de estos años —que recalcamos no son objeto de nuestro trabajo— podríamos decir en términos generales que el régimen iniciado en 1968, con todos sus defectos, inicia una nueva etapa en la historia del Perú. Sin caer en triunfalismos ni exageraciones, podemos decir que bajo el período 1936-1976, vemos evolucionar una situación especial que favorece a grupos tradicionalmente hegemónicos, y que alcanza su cima en el período 1950-1956, que empieza a cuestionarse en esta época, y más seriamente aún en los primeros años de la década del sesenta. La estructura tradicional, afincada fundamentalmente en la tenencia de la tierra es bruscamente cortada, y con el régimen de Velasco se inicia la extinción del latifundio, esto es la liquidación del Perú anacrónico y feudal. Claro está que se puede argüir que la entrega de la tierra a los campesinos ha traído como consecuencia una baja en la producción, pero no creemos que eso pueda enervar el

mérito ni la validez de la reforma emprendida. El gobierno militar —y así lo han reconocido muchos estudiosos incluso de los Estados Unidos— representa una coyuntura interesante y decisiva para lo que será el Perú del futuro, y sin lugar a dudas contribuyó —con todos sus defectos y limitaciones— a modernizar la estructura social peruana y hacer posible una sociedad mejor para nuestros hijos.

Lo anterior no significa que el General Velasco Alvarado sea el más grande gobernante que ha tenido la República. Velasco Alvarado ha sido calumniado en los últimos tiempos —en forma quizá exagerada— pero fue la respuesta a una loa que llegaba a la hipérbole. Lo que sucedió en 1968 no es obra de un hombre solo. Es fruto de la labor de colaboradores, amigos y asesores, tanto civiles y militares, de la aquiescencia que se le dió en círculos poderosos que contribuyeron a defenestrar el régimen belaudista, del apoyo real, tácito o inconsciente de algunas agrupaciones políticas, de las presiones populares, del descontento que otorgó al nuevo régimen un consenso que le permitió actuar los primeros años sin que nadie pusiese en tela de duda la legitimidad del gobierno de facto. Velasco tuvo el valor de llevar adelante estas reformas, aún cuando en muchas de ellas actuó con precipitación, con mala asesoría técnica o simplemente con grave error. En tal sentido, tiene el mérito de haber iniciado este nuevo período, que como el mismo Basadre lo ha señalado, tiene una importancia que no puede ser negada.

La sociedad peruana en la década del 30, dejando de lado la presencia popular encarnada por el Apra, era una sociedad típicamente tradicional, manejada por una élite económica que controlaba las grandes decisiones, aún cuando no sea lícito establecer una relación de causalidad entre el fenómeno económico y el fenómeno político. El Estado empírico continúa en esos años, y todo el período posterior puede ser señalado —como lo hace Marcos Kaplan— como de una economía neo-capitalista dependiente, en la cual cada vez más dependemos de los grandes centros internacionales de poder, del cual será muy difícil salir mediante una vía autónoma, sin caer en la órbita opuesta, como es el caso de Cuba.

No obstante la existencia de grandes problemas sociales, de gran desigualdad en el reparto de la riqueza, de pobreza, de analfa-

betismo, de ignorancia, y de que gran parte de la población está fuera de lo que en términos de Easton podemos llamar el sistema político de insumos y productos, el régimen político-constitucional logra funcionar con cierta relatividad, y creemos que en forma progresiva, aunque lo ideal es que cada vez se abra más el espectro para que los fundamentos de la democracia constitucional se den realmente en nuestro país y el sistema pueda operar. Con todo, y para no pecar de un excesivo optimismo, debemos constatar que la democracia constitucional sólo funciona bien en los países técnicamente desarrollados (Estados Unidos, Canadá, Europa Occidental, Japón, Australia y Nueva Zelanda) en donde existe un nivel de desarrollo muy lejano todavía de la actual realidad latinoamericana.

Un comentario adicional, y ya desde el punto de vista de la **petite histoire**, es el relativo a la capacidad de los gobernantes en el período 1936-1976. Hemos adelantado ya nuestra opinión en el sentido de que el régimen iniciado en 1968 representa un verdadero corte en la historia de los últimos años. No creemos por cierto que sea válido decir que es el único ni tampoco el más importante, porque para valorar en historia hay que tener sentido de la perspectiva y sobre todo aceptar una buena dosis de relatividad. Pero aceptado esto, no desprendemos de ahí que el General Velasco Alvarado sea la figura más representativa del período, pues sus dotes como gobernante dejaron mucho que desear. Haciendo un análisis detenido del período, encontramos que el General Oscar R. Benavides es de todos los presidentes aquí estudiados, el que más se acerca a la figura del estadista. Benavides tuvo la habilidad de mantenerse en el poder durante muchos años y retirarse cuando él mismo lo había dispuesto. Fue sensible a las ya tempranas presiones populares, al implantar el Seguro Social en el Perú, hecho que parece haber pasado desapercibido; supo rodearse de gente técnica, saneó las finanzas dentro de las limitaciones del propio sistema que vivió, arregló el problema internacional de guerra que dejó Sánchez Cerro a su muerte, y sobre todo y quizá lo más importante gobernó tres años sin Congreso, y dentro de la medida de su época, supo ser moderado y sensato sin llegar al abuso.

II) Problemas constitucionales

Lo anterior es sólo una descripción muy apretada del desen-

volvimiento político de los últimos años. Todo ello ha ocurrido bajo el trasfondo único de la Constitución de 1933, lo que haría pensar en una cierta constancia o fidelidad a un solo texto. Pero el caso no es tan sencillo como parece. ¿La Constitución de 1933 ha sido realmente cumplida en este período?. Digamos las cosas claramente: no lo ha sido. Para constatarlo podemos poner en debate determinados aspectos:

a) Internamente, o sea desde su estructura intrasistemática, ella no ha sido cumplida integralmente. Lo demuestran la no aplicación de determinados apartados, tales como el correspondiente al Senado Funcional, a los Concejos Departamentales, a los Concejos Municipales (salvo el período 1963-1968) la existencia de un Concordato de facto, nunca celebrado con la Santa Sede, etc. A su vez gran cantidad de artículos no han podido funcionar por no estar reglamentados (recordemos tan sólo la Acción Popular, reglamentada en 1963, treinta años después de promulgada la Constitución);

b) La existencia de irregularidades en la aplicación y observancia de la Constitución, tales como por ejemplo la anomalía ya señalada en las elecciones de Benavides (en 1933 y su prórroga en 1936). Igual podemos decir de las elecciones o consultas electorales, de las que podemos afirmar que hay visos de fraude en el plebiscito realizado por Benavides (aun cuando las reformas tenían valor intrínseco), en la elección de Prado el mismo año de 1939, la elección de Odría en 1950; la elección de Prado en su segundo período de 1956 (aún cuando más matizada que las anteriores) y probablemente ciertas adulteraciones en los comicios de 1962 (aun cuando esto sea cada vez más dudoso). Con todo puede decirse que en 1963 se inicia una verdadera pureza electoral que se manifiesta no solamente en las elecciones generales sino incluso en las elecciones municipales que se realizan en diciembre de ese mismo año, en los que sale elegido Alcalde de Lima el doctor Luis Bedoya Reyes, después de 40 años de designación de alcaldes por el Poder Ejecutivo.

c) La presencia de hechos externos a la Constitución que interrumpen la normalidad constitucional. Ellos son los siguientes: a) el 27 de octubre de 1948 derrocamiento del doctor Bustamante y Rivero por su ex-Ministro General Manuel A. Odría, b) 18

de Julio de 1962, derrocamiento del Presidente doctor Manuel Prado por un golpe institucional de las Fuerzas Armadas, presidido por el General Ricardo Pérez Godoy, en su calidad de Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, e integrado por los Comandantes Generales de Marina (Vice-Almirante Francisco Torres Matos) del Ejército (Gral Nicolás Lindley) y Aviación (General Pedro Vargas Prada). En este momento se constituye una Junta militar de cuatro miembros. Más tarde el 3 de marzo de 1963, el General Pérez Godoy es relevado del cargo y reemplazado por el General Lindley, quedando de esta manera configurada una junta tripartita, c) derrocamiento del Presidente Belaunde Terry, (3 de octubre de 1968), por un movimiento castrense respaldado por las Fuerzas Armadas y luego jefaturado por el General Juan Velasco Alvarado, en ese momento Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. El 29 de Agosto de 1975, el General Velasco es desplazado —acusado de personalismo y desviacionismo— por el General Francisco Morales-Bermúdez. Los golpes militares efectuados en 1948, 1962 y 1968 cuentan con Estatutos propios y manifiestos a la Nación, que explican el por qué de su actuación. En los dos primeros casos los Estatutos se obligan a respetar la Constitución y a volver a la normalidad constitucional en breve término. En el último, la Constitución es supeditada a los fines del Gobierno Revolucionario. Esto es, aquí se atribuyen el poder constituyente que en los anteriores no observamos (8).

Los grandes problemas que se plantean o se hacen patentes en este período son los siguientes:

1) La necesidad de elecciones limpias, con mecanismos adecuados que permitan la pureza del sufragio y sin exclusiones (el Apra estuvo impedida de participar en las elecciones de 1936, 1939, 1945, 1950 y 1956).

2) La necesidad de controlar el excesivo poder del Parlamento, sobre todo en materia presupuestal (9).

3) El problema de la censura de los Ministros de Estado, la cual está contemplada en la Constitución, sin la contraparte que es

(8) Cf. D. García Belaunde *Los Gobiernos de facto* en Boletín Informativo No. 11, 1976 (Universidad Católica de Santa María de Arequipa). Se reproduce en este tomo, *supra*.

(9) Cf. J. Basadre *Historia . . .* tomo XIV, p. 287.

la disolución del Congreso; y que ha producido excesos (Belaunde en cinco años de gobierno designó más de 60 Ministros).

4) El problema de la representación electoral en las Cámaras. En el presente siglo se aplicó el sistema mayoritario, con representación de las minorías. En 1963, se utilizó el sistema de la cifra repartidora (método D'Hondt) con lo cual se dió la paradoja de crear un sistema perfecto, pero que dió origen a un gobierno imperfecto y débil. Por tal motivo, se dió el caso único en este período, que Belaunde (1963-1968) tuvo que gobernar con una mayoría adversa en el Parlamento (el caso de Bustamante es distinto como señalamos más adelante).

5) La existencia del veto presidencial, agudizado sobre todo en los períodos de Bustamante y Rivero (1945-1948) y Belaunde (1963-1968), en los cuales se pretendió negar el derecho de veto del Presidente de la República. Si bien en rigor el veto no existe en el texto constitucional, es parte de lo que puede denominarse como nuestro derecho constitucional consuetudinario (10).

6) Inestabilidades surgidas de un sistema de gobierno mixto, que no es presidencial ni parlamentario. De acuerdo con nuestra tradición y las exigencias del mundo moderno, debe darse primacía al Poder Ejecutivo (11). Una triste experiencia es la que protagonizó el Parlamento (1963-1968) que se proclamó "primer Poder del Estado", tesis anacrónica y absurda, teóricamente insostenible en la segunda mitad del siglo XX (aunque válida en el siglo XIX) (12).

7) Las relaciones de la Iglesia y el Estado no han sufrido eclipses, pero han demostrado cómo por un lado la Iglesia utilizó al Gobierno para sus fines, y viceversa. La Iglesia Peruana por estar unida al coche del Estado no ha hecho más que apoyar a todos los

-
- (10) La polémica del veto fue muy intensa; a favor de su existencia cf. *La necesidad del veto*, Lima 1946 (es la posición oficial, contiene un discurso del Presidente Bustamante y Rivero, el ensayo de Basadre "En torno al veto presidencial", etc.). En contra: *El veto presidencial*, Lima 1946 (recoge documentos legislativos y editoriales de "La Tribuna").
- (11) Cf. Antonio Carro Martínez *La primacía del Poder Ejecutivo en el Estado contemporáneo* en "Revista de Estudios Políticos" n. 98, abril de 1958, César Enrique Romero *Derecho Constitucional*, Víctor de Zavalía editor, Buenos Aires 1975, tomo I, cap. x.
- (12) Cf. Maurice Duverger *Apogeo y declinación del sistema parlamentario* en Duverger Bridier *El sistema parlamentario*, Schapire editor, Bs. Aires 1973. Ver del mismo Duverger *Janus, Les deux faces de l'Occident*, París 1972.

gobernantes y aplaudir casi todas sus acciones. Ha apoyado (expresa o tácitamente) a Benavides, a Prado (en sus dos períodos, en el segundo de los cuales avaló incluso la nulidad del matrimonio de dicho Presidente), a Bustamante, a Odría, a Belaunde, a Velasco, a Morales-Bermúdez (13). Tal pluralidad de adhesiones, debe despertar una serena reflexión, que nos aconseje la separación de Iglesia y Estado, en un Concordato similar al recientemente celebrado entre Colombia y la Santa Sede (14).

8) El respeto por las libertades políticas, que aparecen sólo en las épocas de democracia política, que en el período bajo estudio, sólo lo apreciamos plenamente en el régimen de Bustamante (1945-1948) Prado en su segundo mandato (1956-1962) y Belaunde (1963-1968). Es decir, catorce años de un total de cuarenta aquí examinados, y por curiosa coincidencia, todos ellos derrocados por sendos golpes de Estado. ¿Es que la democracia política y la existencia de gobernantes tolerantes son incompatibles con nuestra realidad e idiosincracia? (15). Por otro lado, si bien

-
- (13) En un reciente libro (*El Septenato*, Lima 1977) sus autores Guido Chirinos Lizares y Enrique Chirinos Soto llegan a afirmar que el Arzobispado de Lima miró complacido el golpe de Estado de 1968 e incluso lo alentó.
- (14) Cf. Isidoro Martín *El nuevo Concordato entre la Santa Sede y la República de Colombia* en "Revista de Estudios Políticos", num. 192, noviembre-diciembre de 1973; este Concordato (1973) está celebrado de acuerdo con las nuevas directivas del Concilio Vaticano II (Cf. Decreto sobre los Obispos, n. 20). Antes tenemos un caso anterior con la Argentina (1966) en que se llegó a un Acuerdo (sic) con la Santa Sede, aprobado por la ley 17032 (Cf. Germán Bidart Campos *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. Aires 1975, p. 156 y ss.).
- (15) Francisco García Calderón, uno de los clásicos de nuestra América, escribía en la década del veinte: "La dictadura me parece el único régimen apto para las inciertas condiciones actuales. El buen tirano es el ideal para los pueblos del trópico; esto es, el civilizador energético, que impone el orden, previene la desintegración social, desarrolla la industria y el comercio. Los reyes europeos, imponiéndose a la anarquía feudal y al conflicto de razas con mano fuerte, formaron naciones. Nuestros dictadores, cuando no han sido exponentes de un analfabetismo bárbarico, han realizado una labor semejante. Nadie que analice la historia americana, puede negar el hecho de que hombres como Rosas, Portales, García Moreno, Castilla y Santa Cruz, fueron bastos instrumentos de progreso y de paz", (del prólogo a Enrique Pérez, *Vicios políticos de América*, París s/f.). Desde otro punto de vista, Federico G. Gil escribía algo similar: "Si por una causa o por otra un presidente deja de utilizar los instrumentos que están a su disposición, es casi seguro que no podrá mantenerse en el poder . . . Los presidentes débiles, desde un punto de vista realista, no tienen cabida dentro de un sistema tan vulnerable a las presiones desintegrantes y atomizadoras de tantas fuerzas heterogéneas, como el que prevalece en la mayoría de los países latinoamericanos" (*Instituciones y*

los regímenes autoritarios que cubren el mayor porcentaje de estos cuarenta años, no acreditan respeto a las libertades tradicionales en forma plena, no es menos cierto que ellos se dedican y cumplen obras estimables con sentido social, cada uno por cierto dentro de las limitaciones de la época y del contexto en que se mueven (16).

9) La participación de la ciudadanía en el proceso político y en las grandes decisiones. El proceso de irrupción de masas, adviene recién en la década del 30, fenómeno que Ortega —desde un ángulo más bien aristocratizante— había denominado como rebelión de las masas (17). Ese año aparece en la escena política el Partido Aprista Peruano (PAP), que desde entonces llenará la vida política del país durante más de cuarenta años. No obstante el Apra no encuentra eco en todos los sectores (quizá por la novedad de sus planteamientos) y sobre todo por ser perseguida sistemáticamente y a consuno, por el Ejército, la Iglesia y las élites plutocráticas (su líder por lo demás participa en las elecciones de 1931 como candidato presidencial, pero la clandestinidad, el destierro y la persecución no le permiten postular nuevamente sino treinta años después, en 1962). Pero si bien el año 1930 marca el inicio, recién en la década del 50 ello se da a conocer en forma orgánica. En ese momento empieza lo que los sociólogos llaman

desarrollo político de América Latina, INTAL, Bs. Aires 1966). Otras perspectivas pueden verse en diferentes versiones sobre el problema de nuestro continente; Jacques Lambert *América Latina*, Ariel, Barcelona 1970; Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, Edit. siglo XXI Bs. Aires 1975 y Carlos Rangel, *Del buen salvaje al buen revolucionario*, Monte Avila, Caracas 1976.

- (16) Señalo esto expresamente para subrayar el condicionamiento histórico que cada época tiene sobre sus contemporáneos. No se puede —como se ha hecho— subestimar la obra social de Benavides comparándola, por ejemplo con la de Velasco Alvarado, porque éste en la situación de aquél quizá no hubiera hecho más de lo que se hizo en el período 1933-1939 (el mismo Velasco Alvarado si hubiesen prosperado sus conspiraciones parisinas de 1962, no hubiera hecho seguramente todo lo que hizo en 1968). Este condicionamiento puede verse claramente en la actitud del actual Presidente de Francia que ha proclamado abiertamente la necesidad de una sociedad sin clases, en la que las diferencias no radiquen en los medios económicos, sino en el rol que cada uno desempeñe en la sociedad (Cf. V. Giscard d'Estaing *Democratie française*, Fayard, París 1976, pp. 53-54). Esta actitud de un político conservador, hubiera sido impensable hace 30 años. No nos referimos a los visionarios en política, porque son la excepción y no la regla.
- (17) Cf. *Obras completas*, Revista de Occidente, Madrid 1962, tomo IV.

movilización social (18), que produce (o precipita) entre otros aspectos el éxodo rural, la concentración de capas de bajos ingresos en las grandes ciudades de la costa (coincidente con la eliminación del paludismo) la naciente industrialización que moderniza la economía y ve aparecer el proletariado en su concepción moderna, etc. Estos fenómenos configuran una realidad que se presenta en la arena política recién en 1956, con la aparición de nuevos partidos y movimientos que plantean la necesidad de tomar en cuenta el Perú profundo y no tan solo al Perú oficial, o en todo caso, el Perú costeño y ciudadano. En los últimos tiempos esta exigencia se ha canalizado a través del slogan "democracia social de participación plena"

10) La necesidad de introducir reformas económico-sociales de índole estructural, dentro del ordenamiento jurídico vigente y por medios legales adecuados. Este aspecto puede decirse que ha sido una de las constantes de la política de los últimos años, toda vez que de acuerdo con nuestra tradición, se exigía que los cambios se hicieran mediante los mecanismos jurídicos existentes. En tal sentido, el primer intento fue realizado por la Administración del Presidente Belaunde, pero con alcances bastantes modestos, en parte por la minoría política del gobernante (en las Cámaras le bloqueaban toda iniciativa) en parte por la presión de grupos económicamente poderosos que actuaban con suma libertad, y en parte también por la presión internacional de los intereses foráneos respaldados por los Estados Unidos (como fue tangible en la defensa que hizo este país de los intereses de la International Petroleum Co., a raíz de la expropiación de esta empresa en 1969, y que culminó con el Convenio Greene De la Flor). Aún cuando esta fuese una necesidad sentida largamente, y así lo sostenía la doctrina, sin embargo el inicio de verdaderas modificaciones estructurales se realiza en 1968 con un régimen militar que surgió fuera de la Constitución; sin que ello signifique una valoración sobre los aciertos obtenidos, ni tampoco negar la existencia de antecedentes (que los hubo por cierto) ni mucho menos que los cambios emprendidos no hubieran podido ser hechos bajo la Constitución de 1933 (lo cual

(18) En el sentido de Karl Deutsch, esto es, como un proceso global que afecta a grandes sectores de la población de las regiones tradicionales en vías de modernización, cf. E. Apter *Política de la modernización*, Paidós, Bs. Aires 1972, pp. 288 y ss.

demuestra que lo que impide un cambio no es una estructura jurídica sino una decisión política).

11) La moralidad de la administración pública. Este tema es una de las mayores constantes en nuestra historia política. El tópico aparece con dimensiones fantásticas en el período de Leguía (19), y ello se repite, con marcada frecuencia sobre todo en los períodos de Odría, Prado, Belaunde y Velasco Alvarado. Ello no significa que dichos gobernantes fuesen inmorales o propiciaran la inmoralidad, pero sí que en sus gobiernos, muchas veces sabiéndolo, o consintiéndolo (pues no cabe ignorancia en este rubro en un Presidente de la República) permitieron dichos actos (20). Aun cuando muchos Presidentes han dejado el poder con mayores bienes de los que poseían al ingresar, también es cierto que algunos incluso resultaron empobrecidos (caso de Bustamante y Rivero y Belaunde). Por lo demás, la inmoralidad en el manejo de la cosa pública se manifiesta sobre todo en los niveles de la administración (Ministerios, entes públicos diversos, empresas públicas, etc.). Aún cuando ello sea muchas veces difícil si no imposible de probar, existe aquí un consenso general para los fines que perseguimos es suficiente. En todos estos períodos, se ha notado por épocas un intenso afán de moralizar la gestión pública, y en ello han estado empeñados ciudadanos y políticos respetables, que no siempre han culminado su labor. Por otro lado, al aumentar el rol del Estado en los últimos años e intensificarse su intervención en la economía, han sido mayores las sumas que mueve el aparato estatal, y en consecuencia mayores también las oportunidades. Esto es, los malos manejos han ido en aumento con los años, habiéndose rebasado la copa en el régimen del General Velasco, como él mismo por lo demás tuvo que reconocer.

12) La independencia del Poder Judicial. Se trata también de un viejo anhelo, que podemos advertir desde 1931, cuando la Comisión Villarán propuso un método distinto al tradicional para la designación de los magistrados. Esta independencia se ha buscado a través de dos caminos: i) independencia económica, es decir, ma-

(19) Víctor Andrés Belaunde calificó de "saturnal financiera" ese período; cf. *La realidad nacional*, París 1931, p. 245 y ss (toda la parte sobre Leguía ha sido eliminada en las ediciones posteriores).

(20) Cf. J. Basadre *La historia y la vida*, Lima 1975, p. 609.

nejar sus propios fondos, prescindiendo de recortes y dádivas de otros Poderes, ii) independencia de los demás poderes del Estado, en relación sobre todo con los nombramientos. Aun cuando algo de esto se consiguió con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1963 (Decreto Ley 14605) ello no ha sido totalmente conseguido. Conspiran contra ella diversos elementos:

i) factores socio-económicos; que impiden tener una eficiente infraestructura, que permita, por ejemplo, que los Jueces tengan material de lectura legal; ello también se refleja en la deficiente formación profesional de los jueces, ignorancia que muchas veces es más perjudicial que la inmoralidad, etc.

ii) factores políticos; en este aspecto hay que distinguir dos tipos de factores políticos: las presiones o condicionamientos que acompañan a todos o casi todos los casos (por los intereses en juego, ya que las causas no crecen en el vacío de un laboratorio) y las presiones de la política oficial. Dentro de esto último hay que tener presente que por lo general los gobiernos, ya sea directa o indirectamente, pretenden interferir en el Poder Judicial, y tener a los jueces a su favor (como es el caso de Odría y Velasco y en menor escala en los regímenes de Benavides y segundo gobierno de Prado).

El proyecto más novedoso que se llevó a cabo, fue sin lugar a dudas la reforma del Poder Judicial iniciada a fines de 1969, que defenestró a los Vocales de dicha Corte, nombró otros nuevos, y empezó así la reforma del Poder Judicial, creando como órgano externo, contralor de éste, al Consejo Nacional de Justicia. Este experimento, que fue aplaudido por el Colegio de Abogados de Lima, no tuvo el éxito que se esperaba. El Poder Judicial fue sometido al régimen del General Velasco, se cometieron diversos y sustanciales atropellos, y la justicia perdió en vez de ganar. Sobre los resultados de esta medida, un órgano tan autorizado como la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra emitía su opinión en los términos siguientes:

“Es difícil no aceptar la conclusión de que el establecimiento del Consejo Nacional de Justicia y los poderes que se le han otorgado, han disminuido la independencia del Poder Judicial en el Perú; convirtiendo a la Corte Suprema en un ente sujeto a

un control externo” (**The Review**, International Commission of Jurists; december 1974, num. 13. pág. 21).

En la actualidad, se ha nombrado una Comisión de Reforma del Poder Judicial mediante Decreto Ley 21307 de 11 de noviembre de 1975 que tiene como objeto estudiar en su integridad la reforma de la administración de justicia, palmario síntoma del fracaso de la anterior. Todavía no se conocen los resultados de esta Comisión, pero se sabe que está trabajando seriamente en este proyecto y es de esperar que culmine satisfactoriamente el encargo recibido.

13) Constitucionalidad de las leyes y reglamentos. El problema de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, no fue abordada íntegramente por la Constitución de 1933, no obstante las propuestas de la Comisión Villarán. Quedaron aislados los reclamos al Congreso en virtud del artículo 26 de la Constitución y el artículo 123 inciso 4to., que formalmente sólo ha sido utilizado para anular el plebiscito realizado por Benavides en 1939, mediante ley 10334, y la Acción Popular contemplada en el artículo 133 de dicha Carta, pero sólo para cautelar la constitucionalidad de decretos y resoluciones de carácter general, lo cual se convirtió en un tipo de control contra los actos del Poder Ejecutivo. Todo esto fue reglamentado mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial (1963), que fijó las pautas para impugnar la constitucionalidad de decretos y reglamentos, y también de leyes (al amparo del artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil), pero siempre bajo la modalidad de “desaplicar” siguiendo la tradición norteamericana del **judicial review**. (21).

14) Legislación delegada. De acuerdo con la tradición del constitucionalismo liberal, los poderes del Parlamento no podían ser delegados, bajo el supuesto del principio de que los delegados no podían delegar (**Delegata potestas non potest delegari**) (22). Esto es, los representantes a Congreso, en cuando delegados del pueblo, no

(21) Cf. nuestro planteamiento en *El Habeas Corpus interpretado*, Lima 1971, pp. 21-22.

(22) Legislación delegada, delegación legislativa o habilitación legislativa; cf. Humberto J. La Roche. *Las habilitaciones legislativas en Venezuela*, U del Zulia, Maracaibo (Venezuela) 1976, que trae una primera parte en donde hace un sucinto planteamiento del problema.

podían a su vez delegar el poder recibido de sus electores. Bajo este supuesto, nuestra Constitución no admitió este principio general, pero si las delegaciones en casos específicos, tales como los señalados en los artículos 40 y 49 de la Constitución. No obstante esto, han habido en la práctica constitucional delegaciones amplias (leyes 8021, 8305, 9140, 14816, 16674, 16892), en especial en el período de Belaunde (en el año 1968, hubo delegación amplia bajo el Gabinete Ulloa (mediante la Ley 17044). Importantes dispositivos legales son fruto de delegaciones parlamentarias (como es el caso del Código Civil, del Código de Menores, del Impuesto a la Renta, la Ley de Sociedades Mercantiles, etc). Por lo demás el mundo moderno acepta la delegación legislativa, tópico que indudablemente deberá considerarse en la futura Constitución.

15) Cuestionamiento de la propiedad privada: en un medio como el nuestro en el cual los propietarios son una ínfima minoría, tal concepto no tardó en ser cuestionado, en especial por las grandes masas de desposeídos, que no podían defender la excelencia de una institución que les estaba vedada. El primer enfrentamiento viene del lado rural, en lo relativo a la tenencia de la tierra. El carácter absoluto de la propiedad privada tradicional se desvanece. En los últimos años se ensayan nuevas formas de propiedad: la propiedad social, la propiedad privada reformada (con la presencia de la Comunidad Laboral) y la propiedad estatal.

16) El problema del centralismo: el que ha producido una excesiva concentración de poderes en la capital, y como consecuencia ha creado una anemia en la vida de provincia. Si bien la descentralización existió en la Constitución de 1933 a través de los Consejos Departamentales, los que incluso fueron reglamentados mediante Ley 7809; lo cierto es que nunca se implementaron. El propósito descentralista (a base de crear regiones) sigue vigente.

17) Cuestionamiento de la Constitución de 1933. Empieza en realidad en 1963, cuando el régimen de Belaunde se encuentra atrapado en el sistema constitucional y preso de las veleidades de un parlamento opositor. Si bien es cierto que en la época de Bustamante este problema se discute, la situación es muy diferente. Bustamante en primer lugar se encuentra con un receso parlamentario (desde el 27 de julio de 1947), que en parte permitió; además habiendo sido elegido dentro de una fórmula integrada entre otros

por el Apra, debió haberse entendido con sus aliados, aún con los riesgos que esto implicaba, porque de lo contrario nunca debió haber aceptado esos votos. Muy claro es el hecho que uno de los creadores del Frente Democrático Nacional, Rafael Belaunde, (y su Primer Ministro en 1945) pronto se apartase del Presidente. Se trató pues en todo caso de una mala inteligencia entre ambas partes. El caso de Belaunde es distinto: llegó al poder con fuerza propia, con votos propios y no prestados, con parlamentarios que representaban a su partido. Con un sistema electoral nuevo —que antes nunca se aplicó— ganó la Presidencia pero perdió el parlamento. Con todo, el Estado aparato funcionó durante su período. Por eso es que puede decirse que con Belaunde se manifiestan no sólo los vicios del sistema, tanto el jurídico como el político, sino también sus insuficiencias. En la época de Belaunde es que se empieza seriamente a cuestionar esta Constitución, que impedía al Presidente llevar a cabo su programa. Incluso se habla de cerrar el Parlamento, de convocar a un Plebiscito, etc. El golpe militar de 1968 no obstante, justifica su proceder nada menos que con la Constitución de 1933 (23). Pero pronto, cuando el régimen adquiere cierta estabilidad y consenso, recusa la Constitución de 1933 (a la que por lo demás ya había colocado por debajo del Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada). En todo el período del General Velasco no deja de imputarse a la Constitución de 1933 todos los males ocurridos; uno de los voceros y asesores del régimen, proclama que “con la Constitución del pasado no hay revolución del presente” (24). Pero el tema de la Constitución salta cada vez sobre el tapete, unas veces orquestada por la oposición (a la que el General Velasco persigue en forma despiadada) otras veces con motivo de operaciones crediticias (como es el caso de los contratos petroleros con el Japón, que tantas repercusiones tuvieron, y sobre el cual se

(23) Así lo declaró el General Velasco Alvarado en su discurso en la División Blindada el 7 de noviembre de 1968 (Cf. *Velasco, la voz de la Revolución*, Lima 1971, tomo I, p. 8). Es posible que tal criterio le haya sido sugerido a Velasco por sus más inmediatos asesores, pues el mismo argumento es desarrollado por Alfonso Benavides Correa (Cf. *Recuerda Peruano*, Lima 1969, p. 9). Luego otros “juristas” han tratado de fundamentar este supuesto argumento, cf. Alejandro Vilchez Vilchez, *La misión de la Fuerza Armada*, Lima 1969 y Abraham Zorilla de la Barra, *Fundamentos jurídicos del golpe de Estado*, Lima 1969.

(24) Cf. Héctor Cornejo Chávez *Proceso revolucionario y orden constitucional*, en *EXPRESO*, Lima 15 de marzo de 1970.

discutió acremente su constitucionalidad). Pero la Constitución de 1933, no obstante haber sido maltratada y vejada a partir de 1968, surge cada vez que puede, como el Fénix de la fábula (**multa renascentur que cae ceciderum**). Por fin en 1974, al publicarse el denominado Plan Inca (supuestamente elaborado con anterioridad al 3 de octubre de 1968) se anuncia formalmente que en un plazo no fijado todavía, el Perú tendrá una nueva Constitución. Esta nueva Carta Política si será verdadera, será acertada, será la que el Perú necesita y además va a garantizar (sic) las conquistas de la revolución. Esta idea empezará a dar vueltas, y pronto se iniciará un largo debate sobre la nueva Constitución. Todo parece indicar que con la nueva Constitución las cosas irán mejor, que la Constitución de 1933 es vieja y obsoleta y que no sirve; en fin, hay que tirarla al canasto. Pero las cosas no son tan simples como parecen. En realidad ¿es vieja, obsoleta e inútil la Constitución de 1933? ¿O es que no puede pensarse que una Constitución puede renovarse, modificarse, ponerse al día? ¿Es cierto que de la Constitución depende todo, que ella garantiza la virtud, la felicidad y la prosperidad de las naciones?. Esto último no parece ser tan evidente. Algunos de los más grandes países industrializados de Occidente casi no han cambiado de Constitución (por de pronto Estados Unidos tiene la misma desde 1787, Inglaterra no tiene Constitución). Parece ser que en la historia latinoamericana las constituciones no sólo son justificativos de regímenes de fuerza, sino que se piensa que ellas van a cambiar el estado de cosas. En el Perú esto es muy claro. Pensamos que con nuevas Constituciones vamos a modificar la estructura política, social y económica del país; como si la reforma agraria pudiese estar “garantizada” porque se inserta en un texto constitucional. Bajo este supuesto hemos vivido, y no nos cabe la menor duda de que en un futuro cercano las campañas electorales giren sobre este tema; tópico superado que ni nuestros políticos ni nuestros juristas parecen haberse dado cuenta. Así como Kant habló de una “ilusión trascendental” en el área del conocimiento, nosotros podríamos afirmar que existe entre nosotros (¿hasta cuando?) una “ilusión constitucional”. Confirmando lo dicho, hemos podido leer recientemente lo siguiente:

“Actualmente, ya no se considera a las Constituciones como los centros de gravedad de los respectivos sistemas políticos nacionales, sino que se las considera simplemente como uno

solo, aunque muy útil, de los numerosos elementos que componen y caracterizan un determinado sistema político. Las Constituciones no son un punto de partida ni un punto de llegada, sino solamente un punto intermedio en el desarrollo de un sistema político. En el mejor de los casos cabe esperar que la Constitución, junto con otros muchos instrumentos, ayude a coordinar las actividades y las expectativas de la nación” (Ivo D. Duchacek, **Derechos y libertades en el mundo actual**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976, pp. 62-63).

La Constitución no es pues la causa de todos nuestros males ni tampoco la solución a todos nuestros problemas. Su valor debe ser relativizado, pues toda Constitución no solo tiene cierta dosis de utopía, sino también de ineficacia. Pero indudablemente la Constitución es también algo más. Una Constitución es un documento político, que expresa aspiraciones, deseos, experiencias y modelos que quieren imponer sus autores. Es un instrumento jurídico, el máximo por excelencia, pero es también un instrumento político. En tal sentido, una Constitución siempre es hija de su época, y contiene sus aspiraciones y también sus limitaciones. Frente a esta conyuntura, y frente a nuevas realidades, puede pensarse igualmente que una Constitución antigua como la de 1933 puede servir para el Perú actual y el del futuro, si es que se le adecúa a las necesidades presentes; lo que es tan válido como hacer una nueva. Que esto último es equivalente a lo anterior, es claro indicio que los sistemas jurídicos no sólo son equivalentes, sino que tienen sobre todo un carácter instrumental, aun cuando su ejecución e implementación contenga valores, y sus mismas normas sean portadores de ellos. Pero el hecho de escoger una modalidad y no otra, no se determina por un acto jurídico, sino que es fruto de una decisión política. En tal sentido si la decisión de dar al país una nueva Constitución ya ha sido tomada y encuentra eco en la opinión pública, es indudable que esto último es lo que se realizará. Así, la ocasión es propicia para preparar un texto sano, equilibrado, de acuerdo a nuestro tiempo, y sobre todo tener mucha humildad sobre sus verdaderos alcances, para no caer una vez más en la “ilusión constitucional”.

III) Dogmática constitucional y legislación complementaria

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional debemos hacer dos precisiones: la primera es la referente a leyes que

han modificado expresamente la Constitución (incluyendo aquellas que han ido explícitamente contra ella) y luego las leyes ordinarias que por su alcance y contenido tiene relevancia constitucional, y de las cuales sólo mencionaremos las principales:

A) Reformas constitucionales:

- a) Ley 8230 (1936), que crea el Departamento de Moquegua.
- b) Ley 8237 (1936), que crea dos Vice-Presidencias e introduce enmiendas en el texto constitucional.
- c) Ley 9166 (1940), amplía atribuciones del Congreso en relación a la creación de Arzobispados y Obispados.
- d) Ley 9178 (1940), establece la duración de seis años para las Cámaras y prorroga la implantación del Senado Funcional *sine die*.
- e) Ley 9667 (1942), crea el Departamento de Tumbes.
- f) Ley 10334 (1945), deroga la ley 8929, que incorporó las reformas del Plebiscito de Benavides en la Constitución.
- g) Ley 11874 (1952), establece en seis años el periodo presidencial.
- h) Ley 12391 (1955). Se establece el voto de la mujer en elecciones generales. La Constitución de 1933, concedió el voto de la mujer en las elecciones municipales, pero dicho voto nunca fue ejercido, ya que desde 1922 a 1963, los municipios fueron directamente designados por los gobiernos.
- i) Ley 13739 (1964). Norma diversos aspectos en relación con los eclesiásticos peruanos.
- j) Ley 15242 (1964). Norma el pago de las expropiaciones en bonos a largo plazo, permitiendo la reforma agraria.

B) Leyes que afectan o desarrollan aspectos vinculados a la Constitución:

a) Aprobación de Códigos, en especial el Código Civil (1936); el Código de Procedimientos Penales (1940); el Código de Minería (1950) este último reemplazado por la Ley General de Minería N^o. 18880 (1971); Código Tributario (1966); Ley de Reforma Agraria N^o. 15037 (reemplazada en 1969 por el Decreto Ley N^o. 17716); Código Sanitario (1970); Ley General de Aguas N^o. 17752. Todos estos dispositivos, si bien son específicos en sus objetivos, tienen referencias muchas veces de gran interés, a la problemática constitucional.

b) Existencia de Leyes de Emergencia que cubren los períodos 1932 a 1945 y 1949 a 1956, las cuales recortan el libre ejercicio de determinados derechos constitucionales (leyes 7479, 8505, 8842, 9024 y 11049) así como persecuciones a partidos políticos; el Apra y el Comunista (Ley 13488 derogada por la Ley 13832).

c) Leyes o Estatutos de Prensa que se dan en la época de Sánchez Cerro (Ley 6961); Benavides (Ley 9034); Bustamante (Leyes 10309 y 10310), curiosamente calificadas en su época como leyes de la mordaza, reemplazadas luego en el período de Velasco Alvarado (Decretos Leyes 18075 y 20680).

d) Establecimiento de las 200 millas como zona de soberanía marítima en el gobierno de Bustamante y Rivero, mediante Decreto Supremo N^o. 781 de 1 de agosto de 1947, luego ratificado, ampliado y precisado en diversos dispositivos legales (25), que lamentablemente no han guardado una unidad de nombre, para lo que en rigor debería llamarse dominio marítimo o en su defecto soberanía (marítima) modal, como quería Alberto Ulloa. Las 200 millas son hoy aceptadas por Naciones Unidas, pero como Zona Económica Exclusiva.

e) Leyes de Reforma Agraria, entre las que hay que destacar la Ley de Bases No. 14238 expedida en 1962 por la Junta Militar de aquella época, que inicia a nivel legislativo nuestra reforma agraria, con programas pilotos en el Valle La Convención y Lares (Decreto Ley 14444). La siguen luego la dictada en la época de Fernando Belaunde Terry (Ley N^o. 15037) y la actual y vigente establecida en 1969 por Decreto Ley 17716, sin lugar a dudas la más audaz e innovadora de todas, aun cuando su aplicación haya despertado severas críticas.

f) Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley 14605) que reemplazó a la anterior de 1911 (Ley 1511), y que trae interesantes innovaciones, entre las que cabe citar la reglamentación de la Acción Popular (artículo 133 de la Constitución) y la no aplica-

(25) Cf. *Derecho del Mar*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Lima 1971 (colección completa de orden legal). Aquí no se hace mención a la Ley Orgánica de la Marina de Guerra num. 13508 (reservada) que es la única que utiliza la locución "mar territorial", que no es preferida por la doctrina peruana ni por el contexto internacional para la calificación de las 200 millas.

ción de las leyes inconstitucionales. Toda la parte concerniente a la elección de magistrados ha sido puesta de lado con la creación en 1969 del Consejo Nacional de Justicia (Decreto Ley 18060) que significó sin lugar a dudas un cambio profundo en relación con el texto constitucional, que de tal suerte resultó “modificado”. Lamentablemente, en su corto período de existencia, el Consejo Nacional de Justicia ha demostrado su ineficiencia y su sometimiento al poder político, como ya hemos indicado. Cabe destacar que la Comisión de Reforma Judicial que está estudiando la realidad socio-jurídica de la magistratura, está formada en su integridad por magistrados y no ha sufrido ninguna interferencia de orden político, actuando con criterio técnico.

Es interesante destacar que en el régimen iniciado en 1968, se ha iniciado una política de “apartamiento del Poder Judicial”, la que se ha traducido en la creación de los siguientes fueros privados:

- i) Fuero Agrario (Decreto Ley 17716).
- ii) Fuero de Trabajo (Decreto Ley 19040).
- iii) Fuero de Comunidades Laborales (Decreto Ley 21109).

Estimamos que ante ellos cabe adoptar dos posturas:

- i) Su eliminación total, reintegrándolas al fuero común, o.
- ii) Mantener su actual estructura, pero haciendo susceptible la “casación” ante la Corte Suprema, pero únicamente de determinadas materias.

Si bien políticamente lo más probable es que prospere la primera alternativa, desde el punto de vista de la práctica y la celeridad procesal, es recomendable la segunda de las nombradas.

g) Leyes de Educación: Se dan varias en este período; Benavides (1935); Prado (1941 y 1960) y Velasco (1969 y 1972). La vigente, más integral que las anteriores, ha suscitado también problemas al momento de su aplicación, por su carácter chauvinista y a religioso impuesto a la educación escolar. Este Decreto Ley (Nº. 19326) ha incluido también a la educación superior, creando el Sistema de la Universidad Peruana, bajo la dirección del Sector Educación.

h) Ley de Habeas Corpus: El Decreto Ley 17083 de diciembre de 1968, ha creado una vía civil para el Habeas Corpus al mar-

gen de la vía penal existente en el Código de Procedimientos Penales (1940), lo que constituye un acierto. Con otros fines se ha establecido en el fuero agrario el Recurso de Amparo (Decreto Ley 20 554 de 13 de marzo de 1974). Años antes mediante Resolución Legislativa N^o. 13282 de 9 de diciembre de 1959 se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos sancionada por Naciones Unidas.

i) Reordenamiento ministerial; iniciado en diciembre de 1968, con el Decreto Ley 17271. Al lado de los Ministros de Estado (cuyo número ha sido aumentado paulatina y desproporcionadamente hasta llegar en la actualidad a 17) se establecieron Directores Superiores dentro de cada ministerio (en realidad verdaderos Vice-Ministros) así como Ministros sin cartera, o sea altos funcionarios al frente de diversas entidades gubernamentales, con voz pero sin voto en el Consejo de Ministros (tales como el Jefe del CO-AP, el Jefe del SINAMOS, el Jefe del SNI, etc.). Indudablemente que la reforma de la administración pública iniciada en 1968 ha sido muy acertada (por lo menos en la teoría) pero el número de Ministros actualmente existente es excesivo (contamos incluso con un Ministro de Alimentación, único en el mundo). Pero otro lado se ha cometido un gran error al eliminar el Ministerio de Justicia, necesario para mantener las relaciones entre el Ejecutivo, la Iglesia y el Poder Judicial, labores que hoy ejerce el Primer Ministro, conjuntamente con otras más, de tal suerte que al final no atiende bien a ninguna de ellas.

j) El Decreto Ley 21156 declaró al quechua como idioma oficial al lado del castellano, medida cuestionable por la intención y alcance político que se le dió. Sin lugar a dudas el "bilingüismo" peruano, no es el que existe por ejemplo en ciertos estados sureños de los Estados Unidos ni el que se aprecia en Suiza y Bélgica. Aspecto distinto es la protección, auspicio y apoyo a las lenguas vernáculos en las zonas que así lo hablen, en especial con fines culturales y judiciales.

k) Se han reglamentado algunos artículos constitucionales; así el derecho de reunión (Decretos Supremos de 4 de enero de 1945 y de 14 de febrero de 1947; Resolución Suprema de 4 de marzo de 1958; Decreto Supremo N^o. 6 de 3 de febrero de 1962, etc.) que

por lo demás casi no han tenido eficacia; la prohibición de cobrar más de un sueldo del Estado, salvo por razón de enseñanza (Decreto Supremo N° 017-68-HC de 16 de agosto de 1968, con fuerza de ley por haberse dictado al amparo de la Ley 17044); la Declaración Jurada de Bienes y Rentas al asumir y cesar en los cargos públicos (Decreto Supremo de 17 de agosto de 1963 y Decreto Ley 17095); la creación como entidad autónoma de la Contraloría General de la República (Decreto Ley 19039) y de la Superintendencia de Banca y Seguros (Decreto Supremo 297-68-HC, con fuerza de ley por haberse promulgado al amparo de la ley 17044) etc.

l) Fuero Militar: La Constitución de 1933 en su artículo 229 reconoce la existencia de la justicia militar, de acuerdo a la especial naturaleza de la función castrense. El Perú ha tenido Códigos de Justicia Militar en 1898, 1939 y 1950. El actual fue promulgado mediante Decreto Ley 14613 de 25 de Julio de 1963, que contiene el agravante de someter a los civiles a dicho fuero, que en la práctica ha degenerado en abusos incalificables; además dicho Código a diferencia de los anteriores ha quitado competencia a la Corte Suprema para revisar las sentencias de muerte emanadas de los Tribunales Militares. La nueva Constitución debe establecer que la justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en los institutos castrenses, a no ser en caso de guerra nacional (como lo acogió el artículo 156 de la Constitución de 1920).

m) Leyes electorales: En este período son las siguientes:

- i) Decreto Ley 7177 de 26 de Mayo de 1931, que rigió las elecciones de este año y que estuvo vigente hasta 1939, ampliada por el Decreto Ley 7287, complementado por las leyes 7780 y 8252.
- ii) Leyes 8101 y 8932, que rigieron para las elecciones de 1939 y 1945, complementadas por las leyes 8904, 8933 y 8962.
- iii) Decretos Leyes 11100 y 11172, que rigieron las elecciones de 1950, 1956 y 1962, complementada por las leyes 11332 y 13713.
- iv) Decreto Ley 14207, para las elecciones de 1963, modificada por las leyes 14250, 14207, 14669 y 16152. Las elecciones municipales se rigieron por la ley 14669 (años 1963 y 1966).

Es importante destacar que el voto secreto se estableció recién en 1931 y el escrutinio irreversible en mesa en 1963. En cuanto a sistemas electorales rigió el sistema mayoritario a una sola vuelta y con lista incompleta; reemplazado en 1963 por el método D'Hondt (cifra repartidora).

C) Leyes y normas inferiores que directa o indirectamente han estado en pugna con la Constitución del Estado:

a) Ejemplo típico son las numerosas Leyes de Seguridad Interior que tuvo el país (1932-1956) a las que ya nos hemos referido. Este tipo de leyes, producto de épocas autoritarias, dejaron prácticamente sin efecto el Habeas Corpus, y en consecuencia con un valor nominal los derechos individuales y sociales que la Constitución proclamaba; esto es, existía una violación de orden normativo a las prescripciones de la Carta, al margen de las continuas rupturas que ya hemos advertido en el orden de la realidad política.

b) Con posterioridad, en los períodos de Prado y Belaunde, no obstante el clima de respeto a las libertades que se vivía, se dieron dispositivos menores de cierta trascendencia:

- i) Las Resoluciones Supremas de 7 y 30 de setiembre de 1960 que autorizaba al Gobierno a la censura de libros, hecho bochornoso denunciado desde el extranjero, al descubrirse que esta era aplicada para la quema de libros de diverso calibre intelectual, como sucedió en el régimen de Belaunde (1965-1967) a través de su Ministro de Gobierno y Policía, Javier Alva Orlandini. (26), el cual luego sufrió algunas modificaciones mediante Resolución Suprema Nº. 0191-68-GP/60 de 10 de mayo de 1968, dispositivo este que sigue vigente.
- ii) El Decreto Supremo Nº. 73 de 28 de diciembre de 1965

(26) Véase EXPRESO de 24 de julio de 1967, Suplemento Dominical de El Comercio de 23 de julio de 1967; El Comercio de 15 de setiembre de 1967; El Comercio de 17 de noviembre de 1967; La Prensa de 26 de abril de 1968 y de 1 de mayo de 1968; La Tribuna de 15 de mayo de 1968; Caretas No. 358 y 359 de agosto de 1967 (mayores datos se encuentran en el Archivo Mejía Baca, de donde hemos tomado esta información).

(Nota de 1987): Posteriormente, en 1980, Mejía Baca publicó este archivo bajo el título *Quema de libros*.

(época de Belaunde) que prohibía el viaje a los países comunista e incluso autorizaba la apertura de instrucción a quienes regresaban de tales países, que posteriormente fue derogado en el régimen de Velasco Alvarado mediante Decreto Supremo 022-71-IN de 26 de octubre de 1971. En el mismo régimen de Belaunde se aprobó la Ley 15590, para combatir las guerrillas y que estableció la pena de muerte para los delitos político sociales, lo que es censurable.

c) El régimen de Velasco tuvo también diversas violaciones de orden normativo, algunas de las cuales son las siguientes:

- i) La creación mediante Decreto Ley 18060 del Consejo Nacional de Justicia, para la elección de magistrados en todas las instancias.
- ii) La expropiación de los diarios de circulación nacional mediante el pago en bonos, por Decreto Ley 20681, cuando este tipo de expropiaciones con pago diferido estaba contemplado sólo para fines de expansión urbana y reforma agraria.
- iii) La Ley General de Aguas, mediante Decreto Ley 17752 que desconoció los derechos adquiridos, tal como señala el artículo 37 de la Constitución de 1933.
- iv) Lo dispuesto en el Texto Unico Concordado de la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley 17716 Octava Disposición Complementaria) que sanciona con penas aplicables por el fuero militar, a quien mediante folletos, discursos, o cualquier otro medio, emitiera versiones falsas sobre la aplicación de la Reforma Agraria, acto punitivo sin precedentes (aun cuando en el Estatuto de Prensa de 1969 existiera un dispositivo similar) y.
- v) Privación arbitraria de la nacionalidad peruana a Eudocio Ravines (Decreto Ley 18309) y Manuel D'Ornellas (Decreto Ley 19003).

IV) Jurisprudencia constitucional.

En el Perú, al revés de los países del **common law** la jurisprudencia (o resoluciones judiciales) no tiene carácter vinculatorio, no sienta precedentes válidos, no obliga al futuro, su no observancia

no conlleva ninguna responsabilidad. La misma jurisprudencia existente es insuficiente para hacer predicciones sobre lo que los jueces harán (27). No obstante, desde un punto de vista general, la jurisprudencia interesa a jueces y abogados y la doctrina se refiere a ella en forma recurrente. Pero esta jurisprudencia que es muy profusa en el orden civil, penal, agrario, laboral, etc, es muy escasa en materia constitucional (28). Además por el estado embrionario en que se encuentra entre nosotros, está prácticamente circunscrita al Habeas Corpus (29), o sea a la defensa de los derechos fundamentales. Sin ánimo de ser exhaustivos y con el simple propósito de realizar un muestreo de lo existente, pasaremos revista a algunas de ellas (30).

A) “Corresponde a la jurisdicción nacional el conocimiento de los juicios de divorcio de matrimonios celebrados en Tacna durante la ocupación chilena” (Revista de los Tribunales, 16 de julio de 1932, núm. 50, pp. 189-190).

B) “Los contratos celebrados en el país se rigen por las leyes nacionales y están sometidos a la decisión de sus Tribunales” (Revista de los Tribunales, 3 de setiembre de 1932, núm. 56, pp. 257-262).

C) “Los actos practicados por los Ministros en ejercicio de

-
- (27) Este es el punto clave que sostiene el realismo jurídico, tanto norteamericano (Holmes, Frank, Cardozo) como escandinavo (Hagerstrom, Olivecrona, Ross).
- (28) Aparte del problema de la existencia misma de la jurisprudencia, tenemos que tener presente otro serio obstáculo: el problema de su ubicación. Aquí muchas veces la traba es insuperable por las siguientes razones: a) no existe obligatoriedad de publicar las resoluciones de los Tribunales ni de las Cortes, b) las Resoluciones no siempre llegan a la Corte Suprema, lo que significa que por dispositivo legal expreso o por abandono de las partes, muchos expedientes permanecen en las Cortes Superiores de Provincias, c) en períodos de autoritarismo político, los expedientes se vuelven inhallables y muchas veces se extravían, d) las publicaciones privadas (Revista de Jurisprudencia Peruana, Revista Jurídica del Perú, etc.) y las públicas (El Peruano, Boletín Judicial, Anales Judiciales, etc.) no dan cuenta de todas las resoluciones, y cuando lo hacen utilizan un criterio selectivo que no siempre es el más acertado (como lo acredita lo existente).
- (29) Cf. D. García Belaunde, *El Habeas Corpus interpretado*, cit.
- (30) Para seguir la jurisprudencia del período 1936-1976 recomendamos sobre todo la *Revista de los Tribunales* y a partir de 1944 la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Pueden también ser de utilidad los *Anales Judiciales*, editados con fatigosa tardanza por la Corte Suprema de la República.

sus funciones están sujetos a la Ley de Responsabilidad de funcionarios públicos (Revista de los Tribunales, 31 de agosto de 1935, num. 178, pp. 256-258). Otros similares pueden verse en la Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 186, julio de 1959, pp. 787-799 y en la misma Revista n. 187, agosto de 1959 pp. 902-904. Sobre este tópico ver lo que señalamos más adelante.

D) “El Poder Judicial está facultado para conocer de las reclamaciones de los particulares sobre actos del gobierno o de las instituciones oficiales, que en el ejercicio de sus funciones administrativas hubieran violado o desconocido sus derechos” (Revista de los Tribunales, 5 de diciembre de 1942, núm. 490, pp. 498).

E) “Los cargos de Juez y de profesor de colegio son compatibles, conforme a la Constitución del Estado” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 15, abril de 1945, pp. 124-125).

F) “Si bien las resoluciones judiciales hacen jurisprudencia, no es obligatorio a los jueces juzgar por casos análogos” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 28-29, mayo junio de 1946, pp. 366-367).

G) “No favorece la inmunidad parlamentaria al diputado que habiendo estado sujeto a la jurisdicción común, fuga y es recapturado dentro del período de dicha inmunidad” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 62-63, marzo-abril de 1949, pp. 209-210). La jurisprudencia sobre problemas parlamentarios es muy escasa (Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 85, febrero de 1951, etc.).

H) “Conforme al artículo 225 de la Constitución del Estado no pueden ser nombrados para ningún cargo judicial los miembros del Poder Legislativo mientras estén en el ejercicio de sus funciones, sin hacer distinciones entre los miembros de la justicia ordinaria o de la privativa” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 85, febrero de 1951, pp. 152-155).

I) “Es improcedente el recurso de Habeas Corpus interpuesto para dejar sin efecto la Ley de Seguridad Interior” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 144 enero de 1956, pp. 97-103). Durante la época del General Odría, la Ley de Seguridad Interior, como ya hemos señalado, dejó prácticamente sin efecto el Habeas corpus, por lo que no debe extrañarnos este proceder. El Interpo-

nente del Recurso fue el Dr. José Luis Bustamante y Rivero. No obstante esta negativa, fue posteriormente permitido de ingresar al país, en las postrimerías del régimen odriísta.

J) “El Director de una sociedad anónima que no es accionista y que por consiguiente no percibe dividendos, no se le puede obligar a prestar servicios sin la debida retribución, estando obligado la compañía al pago de la justa compensación, a juicio del Juez, si no se le fijó remuneración” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 149, junio de 1956, pp. 728-732). Se invocó aquí el artículo 55 de la Constitución.

K) “El ejercicio del derecho de reunión está condicionado a la reunión pacífica y sin armas y sin comprometer el orden público. La ausencia de la ley que debe regular este ejercicio, no implica hacer variar su naturaleza y que adquiera carácter irrestricto, violatorio de la Constitución y en abierto desafío a la autoridad, sin esperar el pronunciamiento judicial” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 178, noviembre de 1958, pp. 1254-1260). Una ejecutoria similar puede verse en la misma Revista, n. 244, mayo de 1964.

L) “Para ejercer la abogacía es necesario estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente (en consecuencia, las leyes 1367 y 11363 que disponen la colegiación obligatoria) no son violatorias de los artículos 27 y 42 de la Constitución del Estado” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 184, mayo de 1959, pp. 571-574).

M) “El sindicato sólo puede surgir como consecuencia de una manifestación mayoritaria de los trabajadores en una encuesta, y mientras esto no se produzca es ilegal todo reconocimiento de directivos, aunque sea en forma provisional” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 190, noviembre de 1959, pp. 1253-1259).

N) “No procede el cobro de intereses por la falta de pago del Impuesto a las Sucesiones. Los decretos que modifican una ley son inconstitucionales y los jueces no deben aplicarlos de conformidad con el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 194, marzo de 1960, pp. 299-301).

O) “Es improcedente pedir en vía de Habeas Corpus que se deje sin efecto un Decreto Supremo por considerarlo inconstitucional” (Revista de Jurisprudencia Peruana, febrero de 1961, núm. 205, pp. 224-225). Este es un caso aislado en la larga jurisprudencia de Habeas Corpus, y en el cual se deniega la utilización de este medio procesal como vía impugnatoria de inconstitucionalidad. Hasta 1969 existe toda una tendencia jurisprudencial en sentido contrario, pero a partir de este año, a raíz del Habeas Corpus presentado por los periodistas contra el Estatuto de Prensa, la Corte Suprema señaló que la constitucionalidad de las leyes no podía ser objeto de Habeas Corpus, el que sólo procedía tratándose de actos arbitrarios de autoridad, que lesionasen derechos público subjetivos proclamados por la Constitución (el texto puede verse en la Revista del Foro NO. 2 1969 p. 534).

P) “El artículo 42 de la Constitución garantiza la libertad de trabajo, cuando no sea opuesta a la moral, la salud y a la seguridad públicas” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 242, marzo de 1964, pp. 333-334).

Q) “Si hay declaratoria de utilidad y de necesidad de la expropiación de un fundo, habiéndose valorizado un bien y consignado el precio, no existe en consecuencia violación de normas constitucionales. Los Decretos Leyes que expiden los gobiernos de hecho que asumen la función legislativa, rigen mientras no sean ratificados por el Congreso o sean derogados, modificados o sustituidos por otra disposición legal semejante” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 252, enero de 1965, pp. 100-106). Este es el célebre caso del fundo Huadquiña (Cusco) que tanta resonancia tuvo en los albores de la reforma agraria iniciada después con mayor radicalismo, mayor autenticidad, y también con mayores fracasos. A diferencia del Habeas Corpus iniciado por otro grupo de condóminos del aludido fundo (que si llegó a alcanzar éxito en resolución discutible emanada de distinta Sala de la Corte) aquí en este Habeas Corpus la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 14444 y otorgó validez a los decretos leyes emanados de los gobiernos de facto, modificando una tendencia muy arraigada que los supeditaba a su ratificación por el Congreso (sin lo cual se consideraban nulos). Sobre los gobiernos de facto, tal como los

ha enfocado la jurisprudencia y la práctica política, puede hacerse la siguiente digresión:

- i) Ejercicio de las facultades legislativas: tradicionalmente en el Perú los golpes de Estado han disuelto el Parlamento (una excepción fue el golpe militar del Coronel Benavides en 1914) y las juntas militares se han atribuido las funciones legislativas, lo que es admitido por la doctrina y la jurisprudencia.
- ii) Duración de los decretos-leyes: en el Perú se ha sostenido siempre que si bien es cierto que los gobiernos de facto asumen funciones legislativas, tan pronto se instaure un régimen constitucional, el Congreso debe retificar todos los decretos-leyes dados por el régimen de facto, bajo pena de nulidad (véase esta doctrina en Revista de los Tribunales, núm. 284, 14 de mayo de 1938 y núm. 285, 21 de mayo de 1938). Bajo este concepto el Congreso Constituyente de 1931 mediante Resolución Legislativa núm. 7476, nombró una Comisión de Representantes para que estudiase todos los decretos-leyes expedidos desde el 25 de agosto de 1930 (caída de Leguía) a fin de emitir un pronunciamiento sobre cuales deberían ser “aprobados o desaprobados” (sic.). La misma Resolución declaró insubsistentes los decretos-leyes que se publicaron con posterioridad al 19 de noviembre de 1931, día que se señaló como fecha para la instalación del Congreso Constituyente, al mismo tiempo que otorgaba valor legal a diversos decretos-leyes que consideraba de interés ratificar. Así se explica que uno de los primeros actos del Congreso en la época de Odría fue aprobar la ley 11490, mediante la cual se ratificaron los decretos-leyes 10889 al 11488, dados por la Junta Militar de Odría (1948-1950). Pero el Congreso instalado en 1963 tuvo una actitud distinta que se manifestó en lo siguiente:
 - a) en algunos casos guardó silencio frente a los decretos-leyes expedidos por la Junta Militar Pérez Godoy-Lindley;
 - b) en otros casos modificó por ley determinados decretos-leyes, como por ejemplo la ley 15076; y c) dio fuerza de ley o elevó a categoría de ley a diversos decretos-leyes, como por ejemplo la ley 15008 que dió fuerza de ley a los

decretos-leyes 14206, 14207, 14460 y 14502. En todos estos casos quedó claro a nivel de práctica parlamentaria que ya no era necesario la ratificación de todos y cada uno de los decretos-leyes de los gobiernos de facto. Es por ello importante esta tendencia iniciada en 1964, porque representa un aspecto muy significativo de nuestra vida institucional, que lamentablemente no ha sido todavía suficientemente estudiado.

Disposiciones similares sobre constitucionalidad de las normas se encuentra en la misma Revista de Jurisprudencia Peruana, números 261 (octubre de 1965) 250 (noviembre de 1964) 283 (agosto de 1967) 285 (octubre de 1967). etc.

R) “La ley para ser retroactiva, además de su propia índole, requiere de la voluntad del legislador, como lo señala el artículo 132 de la Constitución del Estado” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 283, agosto de 1967, pp. 964-971). Este es el caso de H. Evans con la Internacional Petroleum Company (IPC). Aquí la Corte por vez primera aceptó la retroactividad de las leyes (distinta a la aplicación inmediata), lo que después ha sido muy utilizado, sobre todo en el campo social (31). Aun cuando esta tendencia se ha afirmado (ver Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 358, noviembre 1973 p. 1376) sin embargo la Constitución no dice ni quiso decir nunca lo que señaló la Corte, la que por mayoría decidió indudablemente bajo presión de la opinión pública, adversa en aquel momento a la IPC. Tal resolución de implicancia política, ha demostrado a la larga ser funesta. El servidor favorecido en aquella época con una pensión en dólares, la recibe hoy en el extranjero a costa de los contribuyentes vía Petroperú, quien asumió la planilla de jubilados de la IPC.

S) “La Acción Popular que establece el artículo 133 de la Carta Fundamental tiene como finalidad declarar judicialmente que determinada disposición reglamentaria no infrinja la Constitución o las leyes” (Revista de Jurisprudencia Peruana, núm. 286,

(31) Cf. Norberto Lind La irretroactividad de las leyes y el Derecho Laboral, en THEMIS, 1967, num. 5 y Emilio Llosa Ricketts La retroactividad de la Ley en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, num. 285, octubre de 1967 (ambos estudian esta ejecutoria desde dos puntos de vista opuestos).

noviembre de 1967, pp. 1349-1351). Uno de los pocos casos en que se ha declarado la no aplicabilidad del reglamento de una ley.

T) “Es nulo el auto apertorio de la instrucción en la que se comprende a ex-Ministros de Estado. Para la apertura de instrucción debe mediar denuncia en forma directamente ante la Corte Suprema” (Revista de Jurisprudencia Peruana, num. 297, octubre de 1968, pp. 1231-1232). Aquí no se observó las normas del juicio político para Pablo Carriquirry, Manuel Ulloa y Guillermo Osoros, quienes en tal virtud salieron en libertad viajando posteriormente al extranjero (32). A raíz de este gesto de independencia de la Corte Suprema (uno de los últimos) se dictó el Decreto Ley 17417, que estableció que los ex-Ministros de Estado no tenían derecho al juicio político, sino que podían ser juzgados por los jueces ordinarios, dispositivo hasta ahora vigente y bajo el cual se han juzgado, entre otros, a los ex-Ministros Tantaleán y Valdez Angulo (33). Pero antes, siguiendo los lineamientos del juicio político establecido en la Constitución del Estado, fueron juzgados en 1969 el ex-Ministro de Marina Florencio Texeira y el diputado odriista Napoleón Martínez Maxera, ambos por delito de contrabando.

U) “La acción de Habeas Corpus procede sólo cuando concretamente hay un acto arbitrario de poder y un derecho subjetivo afectado, que tiene garantía constitucional. Asimismo no procede la acción citada abstractamente contra leyes o Estatutos de igual jerarquía” (Revista del Foro, num. 2, 1969, p. 534). Este es el Habeas Corpus de los periodistas contra el Estatuto de Prensa, que ya hemos mencionado, y que inicia una nueva tendencia jurisprudencial, que hasta ahora continúa y que estimamos acertada.

V) “No hay Acción Popular para demandar en casos generales,

(32) Escribe Basadre: “Más tarde Carriquirry fue arrastrado a la vorágine de la política. Deportado, falleció en un accidente automovilístico absurdo. Aquí protesto ante los vejámenes y acusaciones injustas, a mi juicio, que él sufrió” (La vida y la historia, cit. p. 435).

(33) Llama la atención que en el juicio iniciado al General Tantaleán por el valor de los activos transferidos por Pesca-Perú al Grupo Star Kist, interpusiera una queja ante la Corte Suprema alegando que como ex-Ministro de Estado debía ser juzgado directamente por la Corte Suprema y no por Jueces inferiores. La queja por cierto fue declarada infundada (Resolución de 16 de junio de 1976).

la declaración de inaplicabilidad de leyes y reglamentos opuestos a la Constitución” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 322, noviembre de 1970, pp. 1357-1358).

W) “Los términos y locuciones empleadas en una publicación deben apreciarse en relación con la conducta atribuida a un funcionario público. Su autor está exento de pena si es que los hechos son ciertos y no ha lastimado el honor personal de aquel” (Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 323, diciembre de 1970, p. 1420). Esta es una de las muchas ejecutorias que se advierten en los últimos años sobre el Estatuto de Prensa, jurisprudencia que por lo demás es muy variada, sobre todo a partir de la expropiación de los diarios, en la cual pudo advertirse la total impunidad de éstos cuando se trataba de ofender a quienes representaban la oposición al régimen.

X) “No procede demandar en la vía judicial la nulidad de una medida disciplinaria que se rige por los reglamentos de organización de la Fuerza Armada, según el artículo 215 de la Constitución” (Revista de Jurisprudencia Peruana n. 334, noviembre de 1971). Se trata de una ejecutoria muy discutible que en otras épocas no habría prosperado.

Y) “Las garantías constitucionales sólo tienen vigencia en la medida que armonizan con los fines proclamados por el Estatuto del Gobierno Revolucionario” (Exp. 1023-73, Resolución de 8 de enero de 1974). Este es el famoso caso de Raymundo Duharte, que fue impedido de retornar al país en represalia por su oposición al Gobierno a través de la Sociedad de Industrias, que a la sazón presidía. Este auto fue publicado en La Prensa del 10 de enero de 1974. Posteriormente se dió una amnistía y el referido Duharte pudo regresar al país. Ante este hecho, la Corte Suprema sin analizar el problema constitucional existente de por medio, mandó archivar el expediente (Resolución de 7 de octubre de 1974).

Z) “Encontrándose el predio comprendido en lo dispuesto por la segunda parte del artículo 6 del Decreto Ley 21166, es procedente el Recurso de Amparo” (Revista Jurídica del Perú num. 4, año XXVII, 1976, p. 278). Este es uno de los pocos casos en los

cuales dicho recurso ha favorecido a quien lo interpuso (34).

V) Literatura constitucional.

El derecho constitucional ha sido la cenicienta del derecho peruano. Al revés del Derecho civil y del Derecho penal, que ha merecido la atención de nuestros más grandes juristas del siglo pasado y del actual, nuestra disciplina, sea por su poco arraigo en la realidad, por su carácter abstracto y general, muy académica y nada profesional, no ha merecido la preferencia de nuestros estudiosos y ni siquiera de los estudiantes (por su escaso y casi nulo valor profesional). Aun cuando no dejamos de reconocer el interés que a veces despierta en quienes buscan una mayor cultura o una satisfacción política, en general no es la preferida del hombre de derecho, salvo que se le use con fines inmediatistas, lo que se aprecia sobre todo en los políticos profesionales (35). Por lo mismo, la creación en materia constitucional no sólo es escasa, sino mediocre en su gran mayoría, no empecé la existencia de algunos trabajos verdaderamente notables.

Manuel Vicente Villarán (1873-1958) y Victor Andrés Belaunde (1883-1966) pueden ser considerados como los dos más grandes constitucionalistas peruanos del siglo XX, no obstante que ninguno de ellos tiene obra orgánica sobre la materia (Villarán ha escrito numerosos ensayos sueltos y lo medular de Belaunde se halla en sus discursos en el Congreso Constituyente de 1931). Ninguno de los dos fue constitucionalista a dedicación exclusiva (valga el símil de un concepto hoy tan extendido). Villarán sin embargo fue más constitucionalista que Belaunde, persistió mucho más en ese campo, pero también se dedicó a ensayos filosóficos, históricos, políticos. Belaunde por su parte, se dispersó en la filosofía, la historia,

(34) Para apreciar los escasos alcances de este recurso, véase Humberto Tineo Informe estadístico de los Recursos de Amparo ingresados al Tribunal Agrario desde el 18 de marzo de 1974 al 31 de diciembre de 1976, en Cuadernos Agrarios, 1977, num. 1.

(35) Usamos este concepto en su acepción más pura. En Inglaterra, por ejemplo se estudia para ser político con la misma seriedad que se pone para estudiar medicina o derecho. Por eso es que al sacar su Libreta Electoral para las elecciones de 1963, Haya de la Torre manifestó al Registro Electoral de Trujillo que tenía por ocupación la de "político".

los ensayos políticos, y en materia internacional (36).

En las generaciones siguientes debe destacarse en el campo de la teoría general a Raúl Ferrero Rebagliati, eminente maestro universitario y prolífico escritor, que se inició en 1938 con una sonada obra sobre el Estado Corporativo, al que ponderaba como la solución para todos nuestros problemas, evolucionando posteriormente hasta anclar su pensamiento en un humanismo cristiano propicio a la democracia representativa tradicional. (37). En el campo de la dogmática peruana, debe señalarse a José Pareja Paz Soldán, diplomático, profesor universitario y escritor de elegante estilo, que puede considerarse como el más destacado y persistente exégeta y estudioso de la Carta del 33. Ha publicado además una historia constitucional peruana (en la que no obstante advertimos algunos descuidos) y una valiosísima y no superada colección de textos constitucionales, que son hasta ahora de consulta indispensable (38).

-
- (36) De Villarán debe destacarse sus Páginas escogidas, Lima 1962 (con prólogo de Jorge Basadre) que entre otros trabajos contiene los siguientes: Las Comunidades Indígenas, Posición constitucional de los Ministros en el Perú, La polémica sobre el Jurado y ensayos diversos sobre nuestra historia constitucional. Publicó además diversos folletos sobre los gobiernos de Inglaterra, Francia, Estados Unidos y Alemania, así como diversas traducciones; y Cuestiones generales sobre el Estado y el Gobierno, Lima 1923, Las Constituciones de 1860 y 1920 concordadas para el uso de los estudiantes de Derecho Constitucional Lima 1920 Programa detallado de Derecho Constitucional Peruano, Lima 1920 y sobre todo Anteproyecto de Constitución del Estado, Lima 1931 y Exposición de Motivos presentados por la Comisión presidida por el Dr. Manuel Vicente Villarán, Lima 1931. De Belaunde El debate constitucional (Lima 1933 con prólogo de José de la Riva Agüero, es una selección de sus discursos en el Congreso Constituyente de 1931); La nueva concepción del Estado en "La crisis presente", Lima 1940, Meditaciones peruanas, Lima 1932 (2da. edic. aumentada 1963); Lecciones de Derecho Político, Lima 1932, (inédito) Lecciones de Derecho Constitucional Peruano, Lima 1933 (inédito) La Responsabilidad del Estado y la jurisprudencia internacional en "Mercurio Peruano" No. 161, julio de 1940, La función del Estado según la doctrina de la Iglesia en "Revista de la Universidad Católica del Perú", nov-dic. de 1941, num. 8-9; Peruanidad, Lima 1957, Trayectoria y destino (memorias completas), 2 tomos, Lima 1967.
- (37) Cf. Marxismo y nacionalismo (Estado Nacional Corporativo) Lima 1938; Legión peruana (ideario) Lima 1939. Años después Rafael Vásquez de Velasco Prentice ha vuelto a plantear esta tesis desde una perspectiva no fascista en El Estado técnico, Lima 1963. La última expresión del pensamiento de Ferrero está contenida en Ciencia Política (Teoría del Estado y Derecho Constitucional) Lima 1975.
- (38) Cf. Historia de las Constituciones Nacionales Lima 1944; Derecho Constitucional Peruano, Lima 1973 (a la que ha incorporado en la primera parte su historia cons-

Desde el punto de vista de los estudios generales, deben mencionarse igualmente los de Lizardo Alzamora Silva (casi siempre demasiado esquemáticos) (39) y Darío Herrera Paulsen, autor de un apreciable y serio manual universitario y diversos ensayos monográficos (40), Herrera Paulsen tiene además el enorme mérito de haber traducido y difundido entre nosotros cartas constitucionales extranjeras (La Constitución italiana de 1947 y la francesa de 1958), siguiendo así la huella iniciada en la década del 20 por Manuel Vicente Villarán.

Otros esquemas generales con distintas perspectivas son los de Luis Laurie Solis, quien tiene el mérito de haber llamado la atención en fecha muy temprana sobre el problema de la Brea y Pariñas (41); Luis Muñoz (42) Manuel Orellana (43) Fidel A. Zárate

-
- titucional antes citada), *Las Constituciones del Perú*, Madrid 1954 (con prólogo de Manuel Fraga Iribarne, contiene todas las cartas constitucionales, incluyendo algunos anteproyectos y exposiciones de motivos).
- (39) Cf. *Derecho constitucional general y del Perú*, Lima 1942, *Evolución política y constitucional del Perú*, Lima 1942, *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú*, Lima 1944.
- (40) Cf. *La institución de la Presidencia de la República* (tesis doctoral) Lima 1955 (mimeo), *Estatuto protector de la función parlamentaria y La Constitución de la República Italiana* ambos en el "Boletín de la Biblioteca de la Cámara de Diputados", año VI, num. 16 de junio de 1951; *Facultades extraordinarias del Poder Ejecutivo* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", num. I-III, 1952; *El Presidente de la República en la Carta Federal de Bonn* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", num. I-III, 1953, *La Presidencia de la República en el gobierno de los Estados Unidos* en "Boletín de la Cámara de Diputados", No. 20, julio de 1955 *La Constitución del General Charles De Gaulle*, Lima 1959, *Curso de Derecho Constitucional*, Lima 1970. Herrera es como puede apreciarse de sus títulos, uno de los pocos que se han interesado en el derecho constitucional comparado (aún cuando también Ferrero se ha ocupado de dichos temas dentro de su trabajo principal). Otros que pueden ser señalados (aparte de Villarán) son César Antonio Ugarte *El Gobierno de Suiza*, Lima 1930 y Víctor Graciano Maita *La Constitución de los Estados Unidos - instrumento de democracia*, Lima 1958 (con prólogo de L. A. Sánchez).
- (41) Cf. *La diplomacia del petróleo y el caso de la Brea y Pariñas*, Lima 1934 (hay 2da. edición de 1968); *Régimen constitucional del Perú*, Lima 1937; *El problema de la descentralización administrativa y económica en el Perú*, Lima 1938, *El Estado y la promoción del desarrollo económico*, en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de San Marcos", num. 63, 1961.
- (42) Cf. *La Constitución política del Perú comentada*, Lima 1956 y anteriormente en *Comentarios a las Constituciones Políticas de Iberoamérica*, 2 tomos, Ediciones Jurídicas Herrero, México 1954.
- (43) Cf. *Derecho Constitucional Peruano*, Lima 1950.

Plascencia (44) y los muy estimables textos de Toribio Alayza y Paz Soldán, que aunque editados antes de 1936 (fecha que es el punto de referencia de nuestro trabajo) significó sin embargo para varias generaciones de estudiantes una guía útil y precisa sobre estas materias (45). También deben tenerse presente los de René Boggio, de discretas dimensiones (46) y el más reciente de Víctor Julio Ortecho Villena, que representa la influencia del marxismo en el constitucionalismo peruano (47).

Fuera del ámbito estrictamente constitucional, existe la obra de Jorge Basadre que por su envergadura debe ser tomada en cuenta por el estudioso. Basadre ha escrito una monumental historia que no sólo es un punto de referencia inestimable, sino sobre todo una cantera inagotable de datos y reflexiones originales, tanto para la historia como para la exégesis de nuestros problemas constitucionales (48). Debemos también añadir a L.A. Sánchez quien debido a su dilatada acción pública, ha recogido en diversos libros hechos y opiniones de indiscutible interés, con la reserva que debe suscitar toda opinión partidaria (49). También dentro de este

-
- (44) Cf. *Temas Políticos*, Lima 1970 (incluye trabajos sobre teoría y práctica del constitucionalismo peruano originalmente publicados en la década del 30).
- (45) Cf. *Derecho Constitucional del Perú y leyes orgánicas de la República*, Lima 1934 y *Derecho Constitucional General y Comparado*, Lima 1935.
- (46) Cf. *Manual elemental de Derecho Político*, Lima 1948.
- (47) Cf. *Derecho Constitucional Peruano*, Trujillo 1976. Ortecho ha publicado además diversos trabajos de importancia: *Las libertades públicas y el Habeas Corpus*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales" (Trujillo) N. 5, 1966; *El Derecho a la Educación*, Trujillo 1972; *El sentido político de la igualdad jurídica* en "Revista Jurídica" (Trujillo) num. 122, enero de 1975; *Por los caminos de un nuevo Derecho*, Trujillo 1973; *Los seminarios en la enseñanza del Derecho*, Trujillo 1976.
- (48) Cf. *Historia*. cit.; *La multitud, la ciudad y el campo en la historia del Perú* (con un colofón sobre el país profundo), Lima 1947; *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima 1956; *La vida y la historia*, cit. *Introducción a las bases documentales para la Historia de la República del Perú con algunas reflexiones*, 2 tomos, Lima 1971; etc. En *El azar en la historia y sus límites*, Lima 1973 Basadre ha señalado la necesidad de estudiar lo que él ha denominado "las tensiones externas" sobre la política interna, que ha sido descuidada por los analistas políticos. Esperamos en una próxima oportunidad dar cabida a este tópico en el tratamiento de nuestra disciplina.
- (49) Cf. *Testimonio Personal (memorias de un peruano en el siglo XX)*, 4 tomos, Lima 1969-1976 *Los fundamentos de la historia americana*, Ed. Americalee, Bs. Aires 1943, *Breve historia de América*, Bs. Aires 1965, así como los varios libros

mismo rubro debe considerarse las obras de Emilio Romero, aunque en menor medida que las antes citadas (50).

Aparte de los estudios generales, deben mencionarse aquí trabajos monográficos y ensayos de carácter específico, como los de Ricardo Bustamante Cisneros, autor de los más lúcidos ensayos sobre el Habeas Corpus (51); José León Barandiarán, eminente civilista que se inició en la docencia en la década del treinta como constitucionalista y fue además miembro, de la Comisión Villarán que preparó el anteproyecto de Constitución de 1931 (tarea en la cual tuvo destacadísima participación el mismo Villarán, y también Belaunde y Romero, a quienes ya hemos mencionado). León Barandiarán ha dedicado interesantes ensayos a nuestro tema (52). Debe mencionarse también a los Constituyentes del 31 que publicaron sus intervenciones parlamentarias; Belaunde ya citado,

dedicados al Apra y Haya de la Torre. Sánchez fue constituyente en 1931 y parlamentario en los periodos 1945-1948 y 1963-1968; ha escrito además gran cantidad de artículos periodísticos sobre temas constitucionales con gran perspicacia y acierto. Su obra fundamental *La literatura peruana*, 5 tomos, Lima 1973, puede ser también considerada como una importante referencia.

- (50) Cf. *El descentralismo*, Lima 1932, *Historia económica del Perú*, Editorial Sud Americana, Buenos Aires 1949, *La política del Perú en la República* en "Cuadernos Americanos", num. 4, julio-agosto de 1947; *Historia económica del Perú en "La Universidad y el Pueblo"*, ed. San Marcos, tomo I, Lima 1962; *Geografía económica del Perú*, Lima 1966 *Regionalismo y Centralismo* (en colaboración con César Levano) Lima 1969; *Perú: una nueva geografía*, 2 tomos, Lima 1973.
- (51) Cf. *La reforma procesal*, Lima 1949; *Memoria leída por el Presidente de la Corte Superior de Lima . . .* Lima 1950; *Independencia y reforma del Poder Judicial*, Lima 1959; *Constitución y Habeas Corpus*, Lima 1960; *Habeas Corpus y Acción Popular* Lima 1961 (son sus memorias como Presidente de la Corte Superior de Lima y Presidente de la Corte Suprema, publicadas en los Anales Judiciales y en la Revista de Jurisprudencia Peruana).
- (52) Cf. *La Constitución alemana de 1919*, Lima 1930; *Las reformas en el régimen constitucional de Alemania* en "Revista del Foro", num. 7-8, julio-agosto de 1934; *Conveniencia de unificar la legislación con referencia a la nacionalidad de la mujer que contrae matrimonio con extranjero*, en V Conferencia Interamericana de Abogados, tomo II, Lima 1947; *Víctor Andrés Belaunde y su contribución en cuanto al ordenamiento constitucional patrio* en THEMIS, num. 4, 1967; *Comentario general sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) n. I-III, 1969; *El Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad y El Tribunal de Control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales* ambos en "Revista del Foro", num. 1 enero-junio de 1969.

Ricardo Feijoo Reyna (53) y Manuel Jesús Gamarra (54). Luis Antonio Euguiguren, quien fuera Presidente del Congreso Constituyente de 1931, y más tarde Presidente de la Corte Suprema ha dejado testimonios y ensayos de valía (55).

H.H.A. Cooper, profesor inglés que estuvo en Lima a mediados de la década del sesenta como profesor visitante en la Universidad de San Marcos, mostró gran interés por el derecho peruano, al cual llegó a dedicar diversos ensayos de gran calidad, dedicándose asimismo a divulgar entre nosotros los temas centrales del derecho sajón (56). Mario Alzamora Valdez, político y maestro universitario de renombre, aún cuando se le debe considerar en rigor como procesalista y jusfilósofo, ha hecho incursiones no exentas de interés en el ámbito constitucional, en especial el referente a los Derechos Humanos (57). En la parte histórica, aparte de la contribución formidable de Basadre y de la historia constitucional debida a Pareja

-
- (53) Cf. Cuestiones constitucionales, 2 vol. Lima 1934 y El Departamento de Amazonas, Lima 1935.
- (54) Cf. El gobierno departamental, Lima 1934. No mencionamos aquí a José Matías Manzanilla (Defensa del Poder Legislativo y de las garantías individuales, discursos parlamentarios, 3ra. edición, 2 tomos, Lima 1942) pues esta obra cuya primera edición es de 1919 trae material de esta época, que para nuestros fines no interesa. Manzanilla no reunió sus discursos en la Constituyente de 1931, en donde sin lugar a dudas no desempeñó el brillante rol que tuvo en épocas anteriores.
- (55) Cf. En la Selva política, Lima 1933; La inconstitucionalidad de las leyes, Lima 1945; La democracia y la mutilación de la Constitución, en "Revista del Foro" num. 1-3, enero-marzo de 1946 (publicado anteriormente como folleto en 1945, conjuntamente con el artículo "El Estado y la Teoría Pura del Derecho"), El recurso de Habeas Corpus, Lima 1967.
- (56) Cf. Diez ensayos sobre el common law, Lima 1967; Evolución del pensamiento jurídico, Lima 1967; Habeas Corpus in the peruvian legal system en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) 1967; A short history of peruvian criminal procedure and its institutions en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) 1969; Apuntes críticos sobre el Habeas Corpus en el Perú en DERECHO, num. 28, 1970; Habeas Corpus in Perú; myth and reality, en 20 Cleve State L.R. 1971.
- (57) Cf. La ideología de las Constituciones peruanas en la primera mitad del siglo XIX, en "La Universidad y el Pueblo" (San Marcos) tomo I, Lima 1962; Los Derechos de libertad y de igualdad y los derechos sociales en las Constituciones americanas, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú", num. 1, 1964; Las garantías individuales y sociales, Lima 1966; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los organismos interamericanos en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) num. I-III, 1968; La protección de los Derechos Humanos en el sistema interamericano, en "Revista de Derecho y

Paz Soldán, no han habido mayores contribuciones, salvo los meritorios trabajos de Luis Alaya y Paz Soldán (58) y de Javier Vargas (59).

En las más recientes promociones deben destacarse los aportes de Alfredo Quispe Correa, profesor de la Universidad de San Marcos, y que hace varios años, a través del periodismo, se ha dedicado a divulgar con rigor los grandes temas constitucionales, y a quien debemos también penetrantes ensayos (60) así como a Washington Durán Abarca, también profesor de San Marcos (61). Enrique Chirinos Soto, periodista de garra y político, siempre ha mostrado inquietud por los problemas constitucionales y es autor de diversos libros, de desigual calibre muchas veces, aunque en algunos ha hecho contribuciones decisivas, en especial su punto de vista sobre la no existencia del veto en la Constitución de 1933 y la naturaleza de nuestro sistema de gobierno (62). También debemos mencionar a Pedro H. Guillén quien sin ejercer la docencia se ha dedicado a la divulgación de diversos temas jurídicos, tanto nacionales como

-
- Ciencias Políticas" (San Marcos) num. I-III, 1970; *El Derecho a la educación en América Latina*, Lima 1972; *Derecho Municipal*, Lima 1972; *El papel de la OEA en la protección de los derechos humanos* en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso), junio de 1974; *Los Derechos Humanos y su protección*, Lima 1977.
- (58) Cf. *La Constitución de Cádiz de 1812 y el egregio limeño Morales y Duarez*, Lima 1946.
- (59) Cf. *El centenario de la Constitución de 1860* en "Revista Jurídica del Perú", num. IV (1960) y num. I (1961).
- (60) Cf. *El mito de la separación de los poderes*, en "Revista del Foro", num. 3, 1970; *Problemas constitucionales*, Lima 1975; *Temas de sociología del Derecho*, Lima 1977; ha editado también la Constitución de 1933 (Univ. de San Marcos, Lima 1977).
- (61) Cf. *Plebiscito (del pueblo para el pueblo)*; Lima 1965; *La autodeterminación de las colonias en América*, Lima 1966; *Consideraciones en torno a la Constitución y los gobiernos de facto*, Lima 1970 (separata de la Revista del Foro); *Bases para la reforma de la función judicial*, Lima 1971 (separata de la Revista de Jurisprudencia Peruana); *Teorías de la neutralidad y el no alineamiento*, en "San Marcos", num. 13, Oct. - Dic. 1975.
- (62) Cf. *Contradicción entre los hechos y los textos en la historia del Perú* en "Primer Panorama de Ensayistas Peruanos" (Festival del Libro) tomo IV, Lima 1958; *El Perú frente a Junio de 1962*, Lima 1962; *Cuenta y balance de las elecciones de 1962*, Lima 1962; *Naturaleza —¿presidencial o parlamentaria?— de nuestro sistema de gobierno*, Arequipa 1968; *Discursos políticos y parlamentarios*, Lima 1969 En dos análisis: *Golpe de Estado-Habeas Corpus*, Lima 1974; *El Septenato*, cit.

extranjeros, produciendo trabajos meritorios (63); Enrique Bernales Ballesteros, dedicado hoy a la ciencia política, pero autor de un definitivo trabajo sobre el veto presidencial (64); Dale F. Furnish, joven estudioso norteamericano, autor de varios ensayos de temas jurídicos, hechos con gran nivel académico (65) (66); Manuel García Calderón (67) y Carlos Abdón La Rosa La Rosa (68). En provincias debe mencionarse especialmente a Humberto Núñez Borja, ex-Rector de la Universidad de San Agustín de Arequipa, dedicado sobre todo al Derecho Administrativo, en cuyo tratado toca diversos aspectos de interés para los constitucionalistas (69); a Francisco Chirinos Soto, también de la misma Universidad, dedicado a la docencia y a la política (70), así como

-
- (63) Cf. El problema del autogobierno de la magistratura en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", (San Marcos) num. III, 1967; Los instrumentos protectores de los derechos fundamentales en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) 1972.
- (64) Cf. El Parlamento en el Perú, Lima 1970; El derecho de observar las leyes en la Constitución de 1933 en DERECHO, num. 29, 1971; La realidad social y el funcionamiento de las instituciones políticas de la constitución peruana de 1933, Dpto de Ciencias Sociales de la Universidad Católica, Lima 1972, Actores políticos de la integración andina, Lima 1975; Movimientos sociales y movimientos universitarios en el Perú, Lima 1975.
- (65) Cf. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos en THEMIS, num. 7, 1969; Peruvian domestic law aspects of the Brea y Pariñas controversy en "Kentucky Law Journal", vol. 59, 1970; The hierarchy of peruvian laws en "The American Journal of Comparative Law", num. 1, 1971.
- (66) La literatura extranjera sobre nuestros problemas políticos, históricos, sociales, económicos y literarios, es abundantísima. También existen estimables contribuciones sobre problemas jurídicos específicos, como los citados de Cooper y Furnish, pero por lo general no prolifera el trabajo orgánico y de conjunto sobre nuestra problemática constitucional. Son excepciones notables Graham H. Stuart *The Governmental system of Perú*, Carnegie Institute, Washington 1925 Wells Merrill *Allred System of Government in Peru*, Cornell University Press, N.Y. 1959, Jack W. Hopkins, *The Government Executive of Modern Peru*, U. of Florida, Center for Latin American Studies, Gainesville 1967, Stuart se ha dedicado también a la realidad latinoamericana, cf. *Latin America and the United States*, Appleton-Century Crofts, N.Y. 1956.
- (67) Cf. El cumplimiento integral de la Constitución en "Rev. de Derecho y Ciencias Políticas", num. II, 1961; Algunos hechos y reflexiones sobre la historia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en "Rev. de Derecho y Ciencias Políticas", num. 3, 1973.
- (68) Cf. *Integridad territorial-histórica*, Lima 1974; *La nacionalidad-histórico-filial*, Lima 1977.
- (69) Cf. *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú*, 2 tomos, Arequipa, 1971-1973.
- (70) Cf. *84 horas de lucha por la Constitución*, Arequipa 1962.

Adán Miranda (71). En Trujillo a Sigifredo Orbegoso (72) y Víctor Julio Ortecho Villena (73) ambos influenciados por el marxismo, y con gran rigor en sus trabajos. En Chiclayo citamos a César Bazo Ibarburo (74) y en el Cuzco a Julio Vizcarra (75). Mención aparte merece Efraín A. Espinel Cruzado, que ha publicado el texto de la Constitución de 1933, debidamente revisada y concordada con los principales dispositivos legales vigentes, tarea utilísima y que ha venido a llenar un sensible vacío, frente a la profusión de ediciones clandestinas e irregulares (76).

Entre la gente más joven, debemos mencionar a Javier de Belaunde López de Romaña, autor de un enjundioso estudio comparativo sobre los Gobiernos de facto (77), a Manuel Alvarez Simo-netti, magistrado de carrera, quien se ha interesado en la Acción Popular (78) a Marcial Rubio C. (79) y a Alberto Borea Odria, profesor de la materia en la Universidad Católica y autor de un

-
- (71) Cf. *Derecho Constitucional del Perú* (Programa y bibliografía), Arequipa 1961; *Derecho Constitucional del Perú* (parte histórica) Arequipa 1960 (?); *La Constitución del Perú* (texto concordado y comentarios) Arequipa 1963.
- (72) *Apariencia y realidad de las libertades jurídico-políticas* en "Rev. de Derecho y CC. Políticas y Sociales" No. 1, enero 1965 (Trujillo); Cf. *Derecho a la Libertad de reunión pacífica y a la libertad de pensamiento y expresión* en "Revista de Derecho y C.C. Políticas y Sociales" No. 11, noviembre 1968 (Trujillo); *Gobiernos de hecho; doctrinas de facto y de la Revolución* en "Revista Jurídica" (Trujillo) Enero de 1971, num. 119; *Proceso Jurídico-político de creación de la URSS* en "Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas" (Trujillo) No. 13, 1973; *¿Qué es la propiedad social?* en "Revista Jurídica" (Trujillo) Enero de 1974; num. 121; *Hacia una nueva conciencia jurídica* en "Revista Jurídica" (Trujillo) Enero de 1975, num. 122; *El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina* en "El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica" (varios autores) UNAM, México 1977.
- (73) Ver nota 47.
- (74) Cf. *Constitución político-social* en "Revista El Foro", num. 49 1965 (Chiclayo); *El Habeas Corpus* en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lambayeque" num. 1, 1967.
- (75) Cf. *Necesidad de una reforma constitucional*, Cusco 1964.
- (76) Cf. *La Constitución política del Perú* (texto concordado) Lima 1967 (1ra. edición) Lima 1976 (2da. edición).
- (77) Tesis de Bachiller presentada en la Universidad Católica de la cual ha publicado un extracto, cf. *Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vicigencias constitucionales* en DERECHO, num. 32, 1974.
- (78) Tesis de Bachiller presentada en la Universidad Católica, de la que ha publicado un fragmento; *Debate en torno a la Acción Popular* en DERECHO, num. 32, 1974.
- (79) Cf. *Sujeción a los tribunales y leyes peruanas en los contratos del Estado con extranjeros* en APUNTES, num. 3, 1974; *Portugal; del golpe a las elecciones*, Lima 1976.

valioso ensayo sobre el amparo y diversos trabajos todavía inéditos (80) que permiten esperar mucho de él.

Otros temas conexos han merecido de parte de diversos juristas análisis especializados, tales como los relativos al Poder Judicial, en especial Domingo García Rada (81) Mario Alzamora Valdez (82) Félix Navarro Irvine (83) Luis Quiñe Arista (84) Antonio Zárate Polo (85) Roque Carrión Wan (86) Roberto Cárdenas Muñoz (87); sobre el Derecho del Mar en especial a José Luis Bustamante y Rivero (88) Alberto Ulloa S. (89) Enrique García Sayán (90) An-

(80) Cf. La defensa constitucional: el Amparo Lima 1977.

(81) Cf. El Poder Judicial, Lima 1944; El Poder Judicial en el siglo XX en "Visión del Perú en el siglo XX" tomo II, Lima 1963.

(82) Cf. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", No. II-III, 1963; La Organización del Tribunal Supremo en diversos países en "Revista del Foro", num. 2, 1967; El Consejo Nacional de Justicia en DERECHO, num. 30, 1972; Informe sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, en DERECHO, num. 32 1974.

(83) Cf. Discursos, memorias, proyectos, Lima 1954.

(84) Cf. La reforma de la organización judicial peruana, Lima 1948 Reforma judicial en "Revista de Jurisprudencia Peruana", num. 138, julio de 1955; La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, en "Revista de Jurisprudencia Peruana", num. 234, julio de 1963.

(85) Cf. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, en "Revista de Jurisprudencia Peruana", n. 234, julio de 1963.

(86) Cf. La reforma de la judicatura y del proceso civil en "Revista del Foro", num. I-III, 1970; Poder Judicial Peruano; introducción bibliográfica, Valencia (Venezuela) 1977.

(87) Cf. Esquema de un nuevo sistema judicial para el Perú, Lima 1976. En lo referente al Poder Judicial pueden verse también dos trabajos de H.H.A. Cooper. The Administration of Justice in Perú en "The Journal of the American Judicature Society", vol. 53, num. 8, march 1970; y Peru's new look judiciary, ib, vol. 55 April 1972 num. 8.

(88) Cf. Las nuevas concepciones jurídicas sobre el dominio territorial del Estado y soberanía marítima en "Revista del Foro", set.-dic. 1954, num. 3; La doctrina peruana del mar territorial en "Revista del Foro", num. 1, enero-abril de 1959; La zona contigua en "Mercurio Peruano", num. 437-440 set.-dic. de 1963; La doctrina peruana de las 200 millas, Lima 1972; El Derecho del Mar y la Conferencia de Caracas en DERECHO, num. 32, 1974; Prólogo a "Historia marítima del Perú", tomo I, vol. 1, Lima 1976 (varios autores).

(89) Cf. El régimen jurídico del mar, en "Revista Peruana de Derecho Internacional", num. 51, enero-junio de 1957; Derecho del Mar en "Revista Peruana de Derecho Internacional", num. 54, julio-diciembre de 1958; (el número 53 de la misma Revista contiene los discursos de la delegación peruana en la Conferencia de Ginebra en 1958; Ulloa, García Sayán, etc.).

(90) Cf. Notas sobre la soberanía marítima del Perú, Lima 1956; Declaraciones con motivo del 25 aniversario de la declaración de la soberanía marítima del Perú en

drés A. Aramburú Menchaca (91) Raúl Ferrero Rebagliati (92) y más recientemente Eduardo Ferrero Costa (93).

Otros temas de Derecho Constitucional (o aun de aquellos que lo rozan) no han sido mayormente estudiados, aunque haya aquí también excepciones, como los relativos a la Comunidad Indígena (o campesina) (94) las relaciones de Iglesia y Estado (95) los partidos políticos (96) el militarismo (97) la nacionalidad (98) los pro-

-
- El Comercio, 1 de agosto de 1972: La doctrina de las 200 millas y el Derecho del Mar, en DERECHO, num. 32, 1974.
- (91) Cf. Carácter y alcances de los derechos declarados y ejercidos sobre el mar y zocalo continental, en "Revista Peruana de Derecho Internacional", num. 41 set.-dic. 1952 Legitimidad de los actos jurisprudenciales del Perú en su mar territorial, en "Nuevas Orientaciones del Derecho", Colegio de Abogados de Lima, 1965 Historia de las 200 millas del mar territorial, Piura 1973; La costumbre y la delimitación de los espacios marítimos en el continente americano en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos) num. 1-III, 1974; La reforma del Derecho del Mar, en "Scientia et praxis", num. 11, 1976.
- (92) Cf. El dominio marítimo en DERECHO, num. 21, 1963; Dominio marítimo del Peru en "Revista del Foro", num. 1-3, 1972; La soberanía marítima, hoy en DERECHO, num. 32, 1974.
- (93) Cf. Fundamentos de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas en DERECHO, num. 32, 1974. Véase también Fundamentos de la soberanía marítima del Perú, por Alfonso Arias Schreiber en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (San Marcos), num. 1-II, 1970; Alberto Ruiz Eldredge El nuevo Derecho del Mar, Lima 1973 y Luis Quiñe Arista El nuevo Derecho del Mar en "Revista de Jurisprudencia Peruana", num. 354, julio de 1973.
- (94) Cf. Felipe Tudela Las comunidades de indígenas, la Constitución del Estado y el mundo historico occidental, Lima 1949, Antonio Ayerbe Las Comunidades Indígenas y las disposiciones de la Constitución en "Revista de Derecho" (Cusco) num. 59; Jose Varallanos La Constitución Política del Perú y la Institucion de las Comunidades Indígenas en "Cultura y Pueblo", num. 7-8, 1965; Luis H. Pásara La Comunidad Indígena en nuestro derecho en DERECHO, num. 26, 1968.
- (95) Cf. Carlos Pareja Paz Soldán Antecedentes de la Reforma Constitucional de 1940 sobre Concordatos. Lima 1940 (tesis de Bachiller en Derecho en la Universidad Católica, parcialmente publicada en VERDADES de 2 de octubre de 1943 y en la "Revista de la Universidad Católica", tomo XI, num. 6-7, 1943); Luis Lituma P. La Iglesia Católica en el Perú durante el siglo XX en "Visión del Perú en el siglo XX", tomo II, Lima 1963; Fernando Stiglich Las relaciones más adecuadas entre el Estado y la Iglesia en el Perú, Lima 1969.
- (96) Cf. Hugo Neyra Perú en "Tableau des partis politiques en Amérique du Sud", Armand Colin, París 1969, Ib. ¿Populismes ou cecarismes populistes? en "Revue Francaise de Science Politique", num. 3 1969; Carlos Miró Quesada Laos Radiografía de la política peruana Lima 1969; Ib. Autopsia de los partidos políticos Lima 1961 Id. Pueblo en crisis Emece Editores, Bs. Aires 1946, José Raúl Cáceres El pasmo de una insurgencia, Lima 1942; Alfredo Hernández Urbina Los partidos y la crisis del Apra, Lima 1956, Ib. La nueva política nacional, Trujillo 1962, Robert Alexander Latin American political parties, Praeger, New York 1973.

blemas fronterizos y diplomáticos del Perú (99) la constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones (100) los Derechos Humanos (101) la exclusividad de la ley para crear impuestos (102) etc.

Aparte del aspecto propiamente constitucional y sus inevitables conexiones con otras ramas del derecho, hay que destacar que en los últimos años de auge de las ciencias sociales en nuestro país, se ha producido gran cantidad de ensayos sobre temas sociales, económicos y políticos, que deben ser ponderados por los consti-

-
- (97) Lo mejor sigue siendo los trabajos de Víctor Villanueva *El militarismo en el Perú* Lima 1962 *Un año bajo el sable*, Lima 1963 *¿Nueva mentalidad militar en el Perú?* Lima 1969, *100 años de Ejército peruano*, Lima 1972, *El CAEM y la Revolución de la Fuerza Armada*, Lima 1972, *El ejército peruano (del caudillaje anárquico al militarismo reformista)* Lima 1973. Cf. también Felipe de la Barra *Objetivo: Palacio de Gobierno*, Lima 1967 Francisco José del Solar *El militarismo en el Perú*, Caracas 1976.
- (98) Cf. José León Barandiarán *Nacionalidad de la mujer casada* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", num. I-III, 1947; Luis Alvarado Garrido *La influencia del matrimonio en la nacionalidad de la mujer peruana*, Lima 1947 Antonio Zárate Polo *Efectos legales del ejercicio de la ciudadanía por la mujer casada* en "Revista de Jurisprudencia Peruana", num. 140 1955; Raul Ferrero *Régimen de los nacionales y extranjeros* en "Revista Peruana de Derecho Internacional" 1960 Carlos A. La Rosa *La nacionalidad historico-filial*, cit.
- (99) Cf. Víctor Andrés Belaunde *La Vida Internacional del Perú (La constitución inicial del Perú ante el Derecho Internacional)* Tomo I- Relaciones con el Ecuador Lima 1942 (El resto de los tomos están inéditos); Ib. *La conferencia de San Francisco* Lima 1945, Ib. *Veinte años de Naciones Unidas* Madrid 1966 (sobre V. A. B. cf. José Pareja *El maestro Belaunde*, Lima 1968, en donde se hace referencia a otros libros anteriores al período que aquí tratamos); Alberto Ulloa *Posición Internacional del Perú* Lima 1941 (sobre Ulloa véase de Jorge Basadre *Una primera aproximación a la obra de Alberto Ulloa Sotomayor* en "Revista Peruana de Derecho Internacional", num. 71, 1973-75); Alberto Wagner de Reyna *Los límites del Perú*, Lima 1961, Ib. *Historia diplomática del Perú*, 2 tomos, Lima 1964, Sobre las relaciones con la Carta Política, véase Andrés A. Aramburú Menchaca *La Constitución del Perú y el Derecho Internacional* en "Revista de la Academia Diplomática del Perú", num. 18, 1977.
- (100) Cf. M. Antonio Zárate Polo *La protección judicial de constitucionalidad* en "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1957, num. 159, 160 y 161; Ricardo La Hoz Tirado *El control jurisdiccional de constitucionalidad* en "Revista de Jurisprudencia Peruana", num. 166, 1957 Luis de Rávago Bustamante *Revisión de la constitucionalidad de las leyes* Lima 1958, Luis Bramont Arias *La Constitución y los principios penales* en "Revista Jurídica del Perú" No. I-II, enero-junio de 1958
- (101) Cf. Janet Gamarra *Estudio de los Derechos Humanos*, en "Revista del Foro", num. 3-4, 1975 Alfonso Benavides Correa *La jurisdicción doméstica y la protección internacional de los derechos humanos* en "Revista del Foro" enero-abril de 1959 (así como los importantes trabajos de Alzamora Valdez, ya citados).
- (102) Cf. Juan Lino Castillo *Tributación y Derecho*, Lima 1965 Ib. *El principio de la reserva de la ley y el Derecho Tributario* en THEMIS, num. 2, 1966.

tucionalistas, desde que estos factores condicionan el funcionamiento de las instituciones jurídicas. Muchas de estas contribuciones han sido sobre todo canalizadas a través de las publicaciones del Instituto de Estudios Peruanos, de los que merecen ser tomados en cuenta los de A. Escolar, G. Alberti, C. Franco, Julio Cotler F. Fuenzalida, P. Klaren, A. Salazar Bondy, J. Piel, Matos Mar, R. Webb, Carlos Delgado, Yopez, Bonilla etc. (103). Desde el punto de vista del análisis político global deben destacarse sobre todo la del sociólogo francés François Bourricaud (104) y del peruano Julio Cotler (105).

Otras perspectivas no menos interesantes y que cubren amplios periodos hasta la fecha de su publicación, son las ofrecidas por Carlos Astiz (106) Frederick B. Pike (107) Sir Robert Marett (108), Philippe Spaey (109) Hernando Aguirre Gamio (110), aunque esta última ha sido escrita para justificar el régimen militar instaurado en 1968 (111). Enfoques parciales existen muchos, de los cuales debemos destacar aquellos escritos especialmente para defender a determinados regímenes políticos, tales como el de José Luis Bustamante y Rivero (112) Percy Mac Lean Estenós

-
- (103) También los autores independientes o ligados a diversas entidades (como Aníbal Quijano, Kapsoli, D. Sulmont, James L. Payne, David Chaplin, Henry Pease G.).
- (104) Cf. *Poder y sociedad en el Perú contemporáneo*, Bs. Aires 1967; que ha completado con diversos ensayos publicados en las revistas *Mundo Nuevo* y *Aportes* (Paris, 1969-1970).
- (105) Cf. *Perú: estado oligárquico y reformismo militar en "América Latina: historia de medio siglo" Siglo XXI editores*, tomo I, México 1977 (coordinador P. González Casanova).
- (106) Cf. *Pressure groups and power elites in peruvian politics* Cornell Univ. Press 1969.
- (107) Cf. *The modern history of Peru*, N. Y. 1969.
- (108) Cf. *Peru*, London 1969.
- (109) Cf. *L'élite politique peruvienne*, Paris 1972.
- (110) Cf. *El proceso peruano*, México 1974.
- (111) Dentro de esta oleada de publicaciones, existen gran parte de ellas dedicadas al análisis político, que con frecuencia aplican un marxismo mecanicista, como puede verse en diversos trabajos recientes. Así Baltazar Caravedo Molinari ha afirmado: "Muerto Sánchez Cerro, la clase dominante en su conjunto se plegó tras de Benavides, el general de más prestigio, para hacerlo Presidente (sic)" (*Clases, lucha política y gobierno en el Perú*, Lima 1977, p. 116). Esta afirmación no corresponde a los hechos. Los sucesos tan artificialmente aquí presentados pueden verse en su justa dimensión en la *Historia de Basadre*, cit. tomo XIV, pág. 406 y ss.
- (112) Cf. *Tres años de lucha por la democracia en el Perú*, Bs. Aires 1949.

(113) Javier Ortíz de Zevallos (114) Carlos Moreyra y Paz Soldán (115) Jorge Melgar (116), a la que hay que añadir la reciente literatura surgida a raíz del proceso de 1968, mencionando los que analizan el proceso desde dentro como Carlos Franco (117) Carlos Delgado (118) Neiva Moreira (119) o los que son sus críticos como Arturo Salazar Larrain (120) Alfonso Baella Tuesta (121) Enrique Chirinos Soto y Guido Chirinos Lizares (122) y Pedro G. Beltrán (123) (124) (125).

VI) Perspectivas de nuestro constitucionalismo

La reseña efectuada sobre nuestro constitucionalismo, nos permite extraer algunas conclusiones a modo de balance. En primer lugar la inestabilidad de nuestras instituciones políticas y jurídicas, y en consecuencia el poco arraigo entre nosotros de la democracia constitucional (por razones que no es del caso exponer aquí); la presencia constante de nuestras Fuerzas Armadas, como el poder tras del trono o como el poder en el trono mismo. Por otro lado, la ausencia de las condiciones que para su funcionamiento exige la democracia representativa. Si a esto se añade el

-
- (113) Cf. *Historia de una revolución* Bs. Aires 1953 (justificación del golpe de Odría y de su régimen).
- (114) Cf. *La democracia peruana presenta pruebas* Lima 1976; es un análisis y defensa de los dos gobiernos de Prado, con datos que a veces el sentimiento familiar falsea en forma tal que lleva a la hipérbole, vid. pág. 104.
- (115) Cf. *Manuel Prado; Político y gobernante* Lima 1974 (edición restringida en multilith).
- (116) Cf. *A Belaunde lo que es de Belaunde*, Lima 1973.
- (117) Cf. *La revolución participatoria*, Lima 1975.
- (118) Cf. *Testimonio de lucha*, Lima 1973; *lb. Revolución peruana: autonomía y deslindes*, Lima 1975 (trae un sugestivo prólogo de H. Neyra).
- (119) Cf. *Modelo peruano* Bs. Aires 1974. No se incluye aquí la numerosa producción extranjera sobre el proceso peruano, que casi siempre es mirado con simpatía, como se ve en el reciente libro de Abraham Lowenthal *The Peruvian Experiment*, Princeton 1975.
- (120) Cf. *La herencia de Velasco*, Lima 1977.
- (121) Cf. *El Poder invisible*, Lima 1976.
- (122) Cf. *El Septenato*, cit.
- (123) Cf. *La verdadera realidad peruana*, Madrid 1976.
- (124) Cf. Sobre Benavides se ha publicado *El Mariscal Benavides, su vida y su obra*, Lima 1976 (por Jose Zárate y Alberto Ferreyros). Se trata de una publicación auspiciada por sus hijos; es sólo la primera parte que llega hasta 1921.
- (125) Mayores referencias pueden verse en Domingo García Belaunde *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano* en DERECHO, num. 29. 1971 y Carl Herbold Jr. y Steve Stein *Guía bibliográfica para la historia social y política del*

carácter imitativo que muchas veces han tenido nuestras instituciones, la falta de un sentimiento constitucional en la gran masa de la población (en parte motivada por sus angustias vitales cotidianas propias de un país estancado), el poco estímulo tanto material como espiritual que tiene entre nosotros el investigador desinteresado, pueden explicar la fragilidad de nuestra vida constitucional y la escasez de los estudios que ella ha concitado. Por eso al juzgar la obra escrita debemos tener presente estas limitaciones para comprender sus alcances. El período bajo estudio demuestra además que si bien es cierto que hemos superado algunas de estas trabas e impedimentos que se aprecian en épocas anteriores, nuestra vida constitucional se halla aún lejos de poder entrar en el seguro camino de la estabilidad política y constitucional. No hay indicios de que esté cerca esta normalidad ni que tampoco el actual régimen sea el último gobierno militar que tengamos, ni que incluso la nueva Constitución anunciada pueda tener larga duración (por el contrario, hay sospechas que puede suceder precisamente lo contrario). Este fenómeno no es único ni por cierto exclusivo del Perú. En América Latina, con ligeras variantes, el caso se repite más o menos con los mismos caracteres. Con excepción de México, los últimos cuarenticinco años de historia latinoamericana no han estado exentos de golpes de Estado. Y salvo México, Argentina y Brasil no hay países en donde existan escuelas o por lo menos una tradición seria de estudios constitucionales (aun cuando se cuenten aquí notables excepciones a nivel individual) (126). Todo ello es lo

Peru en el siglo XX, Lima 1971. Para el más reciente período es de indiscutible valor la publicación de DESCO, *Cronología política (1968-1976)*, 4 tomos, Lima 1974-1977. Para una mirada de conjunto sobre el derecho peruano cf. David M. Valderrama *Law and legal literature of Perú*, Lib. of Congress, Washington 1976 (es una versión revisada y actualizada de la que realizó dentro de la misma serie Helen Clagett en 1947, pero a nivel constitucional no trae ningún avance importante con respecto a aquella).

- (126) En marzo de 1974, se fundó en Buenos Aires el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con la presencia de connotados constitucionalistas latinoamericanos, al que con deferencia que lo honra, fue invitado el autor de estas líneas. Este Instituto, bajo la presidencia del jurista mexicano Héctor Fix Zamudio, ha celebrado hasta ahora un Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional (México, agosto de 1975) un Coloquio en el mismo país (marzo-abril de 1976) y se apresta a celebrar otro en Bogotá en noviembre de 1977. Ha publicado además una docena de libros y cuenta con varias filiales en el continente. La Sección Peruana, bajo la presidencia de José Pareja Paz Soldán, se instaló en julio de 1976, y ha realizado diversos actos públicos y trabajos internos.

que produce en el estudioso el sentimiento que Pedro José Frías (h), el distinguido constitucionalista argentino, ha llamado “la soledad del constitucionalista”. Soledad en lo político, porque los regímenes no duran y las instituciones no arraigan, soledad en lo cultural, porque el estudioso de estos temas está prácticamente reducido al monólogo ante el general desinterés que despierta su disciplina (salvo cuando se le quiere utilizar para fines pragmáticos). Que todo esto pueda ir superándose, es sin lugar a dudas un anhelo al que no se puede renunciar. Pero que en el Perú de los próximos años ello se supere, es algo que todavía pertenece al mundo de la imaginación y no al de la realidad.

Lima, febrero de 1977

§ 4

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL PERU (*)

A.— PRESENTACION

1. Se utiliza indistintamente los conceptos “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”— imprecisión terminológica que viene de Kelsen, quien en su famoso ensayo de 1928, al decir de N. Alcalá Zamora y Castillo, creó una nueva disciplina jurídica aún en formación: el derecho procesal constitucional. Intentando una precisión conceptual, podría señalarse que por justicia constitucional debe entenderse el estudio de los aspectos sustantivos relacionados con los valores que encierra el texto constitucional; y reservar el término jurisdicción constitucional al procedimiento que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. En este orden de ideas y en relación con el derecho peruano, desarrollaremos los siguientes tópicos: a) supremacía de la constitución; b) defensa de los derechos públicos subjetivos; c) juicio político; y d) partidos políticos (1)

2. Previamente cabe señalar que el estado actual de la cuestión debe estudiarse en función de la Constitución de 1933, vigente aún en el Perú con las limitaciones que le ha impuesto el actual gobierno militar. Así el Estatuto del Gobierno Revolucionario aprobado con fecha 3 de octubre de 1968, a raíz del golpe de estado de entonces dice en su artículo 5to. lo siguiente:

(*) Publicado en la *Revista de la Universidad Católica*, nueva serie, Lima, N° 3; mayo de 1978. Una versión preliminar ha sido recogida en AA.VV. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984.

(1) Para un análisis de los supuestos teóricos del presente trabajo así como las pertinentes referencias bibliográficas, véase la nota 9.

“El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario”.

Este texto tiene un contenido elástico y ha servido para poner de lado la Constitución de 1933, cuando se trataba de imponer actos no previstos en la Carta o que estaban en contra de ella; en cuyo caso el recurso al mencionado artículo 5to. era una puerta de escape para esta clase de decisiones. Lo anterior significa que la Constitución de 1933 desde 1968 a la fecha, ha convivido con el Estatuto en forma armónica muchas veces —cuando no estaba en contra de la política del momento— o supeditada a él y dejada de lado, cuando las circunstancias no le eran favorables.

Aceptada esta realidad, debemos agregar que propiamente no existe en el ordenamiento jurídico peruano, órgano especial que ejerza jurisdicción sobre problemas constitucionales, sino que más bien ésta se ha implementado paulatinamente a través de jurisprudencia vacilante y dispositivos legales dispersos, que han otorgado esta facultad al fuero común, a semejanza y modo de la tradición jurídica norteamericana.

Posteriormente esta facultad la han ejercido, ya sea por extensión analógica o por concesión expresa, determinados órganos administrativos (como por ejemplo el Tribunal Fiscal, ente máximo dentro del Sector Economía y Finanzas, que resuelve en última instancia administrativa los reclamos de los contribuyentes por acotaciones que efectúa la autoridad tributaria) o los Fuegos Privativos que se han creado últimamente en el país a partir de 1968, en especial el Tribunal Agrario.

En cuanto al alcance de las resoluciones que se han pronunciado sobre estos temas, la tónica general es que en los casos que la ley permite la utilización de recursos o impugnaciones, ello se hace siempre a instancia de parte y cuando ésta tenga un verdadero interés jurídico o moral que proteger; esto es, que no procedería por iniciativa, pedido o acción de cualquiera, sino únicamente de lo que en términos amplios pueden denominarse “afectados”.

Por último, en cuanto a los efectos de las resoluciones que emitan los organismos jurisdiccionales, reiterada jurisprudencia ha admitido que ella no invalida ni deja nula la norma impugnada, sino que solamente la deja sin efecto para el caso sub litis; es decir, no tiene efecto *erga omnes*, sino *inter-partes*.

En lo tocante a la defensa de los derechos públicos subjetivos, existe también el límite del acceso a la jurisdicción sólo para las partes afectadas o interesadas, lo que en la práctica ha limitado enormemente su ejercicio.

B.— SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

3. La inconstitucionalidad de las normas no ha sido un tema acogido por el constitucionalismo peruano. La Constitución de 1856, de vida fugaz, pues duró sólo cuatro años, decía en su artículo 10º lo siguiente:

“Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

Al ser reemplazada esta Constitución por la de 1860, tan acertado artículo no fue reproducido, soslayándose el problema. La subsiguiente Constitución de 1920 adoptó idéntico temperamento (no obstante la propuesta del Dr. Javier Prado), al igual que la vigente de 1933. Las cartas políticas —diez en total ha tenido el Perú— no le han dedicado la atención que se merece. Este olvido se debe en parte a razones políticas, en parte al predominio de la teoría de la soberanía del Parlamento, que nos vino de Francia. No obstante este silencio a nivel de la dogmática, la doctrina peruana desde el siglo XIX se venía interesando en el problema, y en 1931 el Anteproyecto de Constitución preparada por la Comisión que presidió el ilustre constitucionalista Manuel Vicente Villarán, propuso su introducción, otorgándole al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sujeta a revisión en última instancia por la Corte Suprema, siguiendo aquí también la tradición norteamericana. El Anteproyecto Villarán no tuvo lamentablemente la acogida que tan elaborado documento merecía. El Congreso Constituyente de 1931, que aprobó la Carta de 1933, prefirió por el contrario, adoptar dos soluciones: la primera, otor-

gar al Congreso la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas subordinadas, aún cuando esto no fue suficientemente explicitado. Así en el artículo 26 de la Constitución de 1933, leemos:

“Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”.

Y el artículo 123, al enumerar las facultades del Poder Legislativo, señalaba lo siguiente en su inciso 4to.:

“Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Analizando lo expuesto con detenimiento, podría parecer a primera vista que el texto está pensado en función de infracciones en el mundo fáctico y no en el mundo normativo, pero ya veremos cómo en la práctica se hicieron ambas cosas.

La segunda medida que adoptó el Congreso Constituyente de 1931 fue la creación del instituto de la Acción Popular, de vieja raigambre romana, para la protección de la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, como veremos más adelante.

El primer control que adoptó el Constituyente de 1931 es lo que se denomina un sistema político de control de la legalidad y constitucionalidad, que es ejercido por el mismo Congreso. En cuanto a su eficacia, ha tenido en realidad una aplicación muy restringida, pues aparentemente se trataría de examinar infracciones a la constitución, cuando se realizan a título individual y por actos físicos imputables a personas, con lo cual sólo cabría officiar a la autoridad competente, para que adopte las medidas que el caso requiera. Por otro lado, cabría ejercitar ese control o tutela de la supremacía constitucional de acuerdo con la propia función que desempeña el Congreso, cual es la vía legislativa. En este caso, sólo quedaría que el mismo Parlamento derogase, modificase o dejase sin efecto cualquier norma que entrase en colisión con el texto constitucional. Esto naturalmente es muy difícil de efectuar, porque las Cámaras rara vez ponen en entredicho lo que ellas mismas han acordado e incluso por espíritu de cuerpo es difí-

cil que dejen sin efecto lo aprobado por sus predecesores. Como una notable excepción, debemos señalar el caso del Plebiscito realizado en 1939 por el Presidente Benavides, cuando el Congreso estaba en receso. En esta oportunidad el Presidente Benavides sometió a consulta popular mediante plebiscito, determinados cambios en el texto constitucional de 1933, utilizando un procedimiento que no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico, pues las reformas de la Constitución se hacen a través del mismo Parlamento y mediante aprobación en dos legislaturas ordinarias (artículo 236 de la Constitución de 1933). Los efectos de dicho plebiscito fueron intocados durante el período presidencial de Manuel Prado (1939-1945), quien en elecciones dirigidas fue prácticamente designado sucesor por el presidente saliente. Pero regularizado el movimiento institucional en 1945, el Congreso instalado ese año, dejó sin efecto la ley 8929 que había aprobado el Plebiscito de 1939, mediante una nueva ley, la No. 10334 que dice textualmente lo siguiente:

“Artículo 1: Estando establecido por el artículo 236 de la Constitución del Estado, que las reformas constitucionales sólo se pueden efectuar por el procedimiento prescrito en dicho artículo, declárase que el plebiscito realizado el 18 de Junio de 1939, con el fin de reformar la Carta Política de 1933, estuvo fuera del régimen constitucional y en consecuencia, a partir de la promulgación de la presente ley, recupera la plenitud de su imperio, la Constitución de 9 de Abril de 1933.

Artículo 2: Como la vida constitucional de la República, desde la expedición de la Ley No. 8929 de 24 de Julio de 1939, hasta la fecha de la promulgación de esta ley, ha funcionado de acuerdo a las reformas plebiscitarias, que fueron respetadas por el Congreso Nacional de 1939 a 1945, decláranse válidas las consecuencias jurídicas y de hecho de aquel Plebiscito hasta la promulgación de la presente ley”.

Pero salvo este caso de singular importancia, lo existente no amerita dar mayor significación a este tipo de control político, que cuando se ha ejercido, lo ha sido en forma silenciosa, mediante simple mecanismo legislativo, por lo que puede indicarse que en la práctica casi no ha existido.

4. En cuanto a la Acción Popular, ella fue aprobada por el Congreso Constituyente de 1931, con el único y claro propósito de controlar los actos del Poder Ejecutivo, siendo incorporada al texto de la Carta de 1933, en el artículo 133, que dice a la letra:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infrinjan la constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

Un análisis exegético nos permite concluir lo siguiente: a) es un dispositivo dirigido a cautelar la legalidad y la constitucionalidad de decretos y resoluciones que emanan del Poder Ejecutivo, esto es, del Poder Central; b) es un control de los dispositivos menores y no es utilizado para cuestionar las leyes expedidas por el parlamento; c) su ejercicio se reserva a una reglamentación futura; y d) alcanza sólo a normas de carácter general y no a aquellas que resuelvan casos particulares.

La Acción Popular instituída en 1933 no llegó a funcionar sino hasta 1963, época en que fue reglamentada. En sucesivas oportunidades, diversos particulares impugnaron la legalidad y constitucionalidad de diversos decretos supremos y resoluciones supremas y ministeriales, que no fueron amparados por el Poder Judicial que aducía —con criterio cuestionable— que ante la ausencia de una reglamentación, no procedía un pronunciamiento del Poder Judicial. Así en 1955, el Presidente de la Corte Suprema resumía el estado de la cuestión:

“ . . . durante los años 1947 y 1948, se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces . . . En estos casos, la Corte declaró en acuerdos de Sala Plena, que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales respectiva y a la que se refiere el propio artículo constitucional . . . Corresponde entonces al Congreso

dar la solución conveniente. Sus atribuciones y sabiduría determinarán si otorga al Poder Judicial y con que amplitud, una función de tanto significado y dictará al mismo tiempo las reglas procesales que faciliten su ejercicio". (2)

En 1963, fue promulgado el Decreto Ley 14605, por el gobierno militar entonces imperante, también conocido como Ley Orgánica del Poder Judicial. En aquella oportunidad se incorporó el artículo 7, que dice:

"La acción que concede el artículo 133 de la Constitución (o sea la Acción Popular), se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República, en representación del Estado".

De este artículo se pueden desprender los comentarios siguientes: a) Se trata de una reglamentación del instituto de la Acción Popular, tal como está expuesta en el texto constitucional y, en consecuencia, sólo afecta a aquellas normas emanadas por el Poder Ejecutivo; b) Se establece al fuero común como competente para pronunciarse sobre esta acción; c) El proceso indicado no es uno especial, sino que remite al Código de Procedimientos Civiles, que en su artículo 306 establece el juicio ordinario, pero suprimiéndole la estación probatoria (artículos 332 y 333), por lo que es dable conocerlo como de puro derecho; y d) en representación del Estado, ya que se trata de impugnar una norma emanada del Poder Central, se encuentra el Procurador General de la República.

Desde aquel año de 1963 y, en virtud de una decisión tomada por un gobierno de facto y no por un gobierno de jure, quedó expedita —al menos en el plano teórico— la utilización de la Acción Popular, que en forma más o menos típica puede caracterizarse por el siguiente fallo de la Corte Suprema:

"La declaración judicial dictada de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución del Estado, sólo puede establecer que las resoluciones o reglamentos incompatibles con ella, no son

(2) Anales Judiciales, tomo 51, 1955, pp. 381-382.

de aplicación en determinado caso, pero no pueden invalidarles de modo general". (3)

Como norma general, la Acción Popular ha sido ejercida en determinadas oportunidades, sentándose al respecto la siguiente doctrina jurisprudencial: a) Sólo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral en la acción (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la puede ejercer cualquiera del pueblo); y b) Sus efectos no son de carácter anulatorio ni dejan sin vigencia a norma alguna, sin oque advertida la colisión de la norma inferior con la Ley o la Constitución, se declara que aquella es "no aplicable al caso sub-litis", ergo, será válida para todos los demás casos. Hasta aquí el problema en relación con la Constitución de 1933.

5. Con referencia a la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento, ello es tema no tocado en la Constitución de 1933. Ya hemos señalado como en los Debates del Congreso Constituyente, el importante proyecto que presentó la Comisión Villarán fue desechado y se optó por concesiones que no atacaron el fondo del problema. La solución recién se perfila en 1936 a raíz de la promulgación del Código Civil aún vigente, que en el artículo XXII correspondiente a su Título Preliminar, que encabeza todo este tradicional Código, señala lo siguiente:

"Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

Los debates que surgieron en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, (sesiones 20 a 23, año de 1923), son claramente demostrativos de la importancia que otorgaban tan destacados juristas al problema de la supremacía constitucional, siendo éste el primer código en el cual una prescripción de tal naturaleza aparece. Esta clara norma intraducida en nuestro Código Civil, no tuvo prácticamente vigencia y, cuando fue invocada se arguyeron contra ella tres tipos de argumentos: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio

(3) Revista de Jurisprudencia Peruana num. 286. Noviembre de 1967.

de aplicación al estricto campo del derecho privado y no el derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior. Sólo en 1963 se reglamenta este dispositivo, mediante la ya mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, que contiene el siguiente articulado;

“Artículo 8vo. Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”.

Posteriormente y bajo el actual gobierno militar, se promulgó la Ley de Reforma Agraria, mediante Decreto Ley 17716, que en su Primera Disposición Especial, estableció lo siguiente:

“En los casos en que surgieran situaciones conflictivas al aplicarse este Decreto Ley, bien sea con sus propias disposiciones o con las de otras leyes, se resolverán con arreglo al artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil”.

La misma Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyó una declaración de orden general en su artículo 12, al señalar que:

“Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal que constituyan despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes”.

6. Con todo lo antedicho, queda prefigurado el espectro del control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, que es el siguiente:

- a) Para cautelar la constitucionalidad de las leyes; artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil y artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre a instancia de parte interesada y en vía de excepción o como quiere la doctrina procesal italiana, en vía incidental o como cuestión prejudicial.
- b) Para cautelar la constitucionalidad y legalidad de decretos y resoluciones emanados del Poder Ejecutivo; la Acción Popular que establece el artículo 133 de la Constitución de 1933, reglamentada por el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a instancia de parte y en vía de acción.
- c) Para cautelar la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, de oficio por parte del Juez a tenor del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- d) Contra los actos que desconozcan la Constitución y las leyes (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

7. En cuanto a la jurisprudencia habida a partir de 1963, ella ha sido sumamente escueta. La primera vez que la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre la constitucionalidad de una ley fue en 1964, al discutirse los alcances del Decreto Ley 14444 (condóminos del fundo Huadquiña en el Cusco), (4) lo que se ha repetido en poquísimas oportunidades, (como el importante caso Evans con IPC) (5) aunque en otras, la Corte Suprema en forma desconcertante ha declarado que ella carece de facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. No obstante, cuando lo ha hecho ha dejado aclarado eufemísticamente que no existe declaración de inconstitucionalidad, ya que ni la ley ni la constitución otorgan tales facultades al Poder Judicial, sino que ésta sólo se pronuncia sobre su no aplicabilidad al caso sub-litis. No empece, si no en la letra, por lo menos en el espíritu, se ha reconocido que la Constitución es la ley suprema del país y que está por encima del resto del ordenamiento jurídico.

Con diversos matices y serias limitaciones, esta doctrina ha sido sostenida incluso durante el actual gobierno, que en su pri-

(4) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 252, Enero de 1965.

(5) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 283, Agosto de 1967.

mera fase (1968-1975) se ufanó de proclamar la inutilidad de la Constitución de 1933.

Con respecto a la Acción Popular y quizá por tener un enunciado más claro e inequívoco, la Corte Suprema ha hecho mayores precisiones y aunque pocas, existen diversas resoluciones judiciales que han dejado de lado reglamentos por estar en contradicción con las leyes o con la Constitución. Pero al igual que la anterior facultad, durante el actual régimen militar ha caído prácticamente en desuso, motivado en parte por el control que el Ejecutivo ha ejercido sobre el Poder Judicial, a través del Consejo Nacional de Justicia.

C.— DEFENSA DE LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS

8. Se ha realizado mediante el Habeas Corpus y recientemente a través del recurso de amparo.

El Habeas Corpus merece una mayor atención. Imitando las instituciones inglesas, fue incorporado al Perú mediante la ley de 21 de Octubre de 1897, ampliada mediante las leyes 2223 y 2253 de 1916 y elevada a nivel constitucional con la Constitución de 1920 (artículo 24), pero con la finalidad de cautelar la libertad física, el *jus movendi et ambulandi*. Es recién en 1931 que la Comisión Villarán, al preparar el Anteproyecto de Constitución, propone que el Habeas Corpus sea utilizado para la defensa de todos los derechos. Al ser debatida esta propuesta en el seno del Congreso Constituyente, el Representante Luciano Castillo propuso su ampliación para la defensa, no sólo de los derechos individuales, sino también de los sociales, introducidos en aquella época con el inicio del “constitucionalismo social” (Constitución de Querétaro de 1917, de la RRSFS de 1918 y de Weimar de 1919), de tal manera que quedó aprobado el siguiente texto:

“Artículo 69: Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”.

Hay que señalar que, no obstante que este artículo utiliza la palabra “derechos”, los respectivos títulos de la constitución utilizan como sinónimo la voz “garantía”, confundiendo de esta mane-

ra la vía procesal con el derecho proclamando. Así y dentro del Título II dedicado a las Garantías Individuales, están consignadas la libertad de trabajo (artículo 55), la libertad de movimiento y locomoción (artículos 56 y 67), la libertad de conciencia y de creencias (artículo 58), la inviolabilidad de domicilio (artículo 61), la libertad de reunión (artículo 62), la libertad de prensa (artículo 63), la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 66), etc. (El artículo 70 establece la facultad del Poder Ejecutivo para suspender, total o parcialmente la vigencia de estos derechos, que el texto denomina "suspensión de garantías", similar al "estado de sitio" que utilizan otras legislaciones). En cuanto a los derechos sociales, se señalan entre otros los siguientes: libertad de asociación y contratación (artículo 27), el derecho de propiedad, así como sus limitaciones por el interés social (artículos 29, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38.), la protección de los derechos de autores e inventores (artículo 30), la libertad de comercio e industria (artículo 40), la libertad de trabajo (artículo 42), la protección del Estado en la seguridad del trabajo industrial (artículo 46), la previsión social (artículo 48), la defensa de la salud pública (artículo 50), el cuidado de la infancia (artículo 52), etc.

En cuanto a su trámite, el Habeas Corpus siguió encadenado al procedimiento penal, tal como se aprecia en el vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículos 349 a 360), de tal manera que eran los jueces penales los que examinaban muchas veces problemas ajenos a su ámbito de competencia profesional. Por diversas dificultades surgidas en los últimos años, se estableció en 1968 y mediante Decreto Ley 17083 un nuevo procedimiento de orden civil, que aunque no del todo satisfactorio, significó un indudable avance con respecto a la situación anterior. De tal forma que en la actualidad, tenemos el Habeas Corpus con dos vías distintas; una penal, sumarisima, para la protección de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito y otra civil, menos expeditiva, para cautelar los demás derechos individuales y sociales contenidos en la Constitución.

9. Dentro de este esquema que parte del enunciado tan generoso del artículo 69 de la Constitución de 1933 empezó a presentarse la figura, tan corriente entre nosotros, de violar derechos

constitucionales, tanto por leyes, como por decretos y resoluciones emanadas del Poder Ejecutivo y gobiernos locales (municipios), que en la práctica vulneraban derechos de los ciudadanos. Esto dio inicio a una serie de acciones de Habeas Corpus, encaminadas a dejar sin efecto (o en desaplicar), determinados dispositivos legales en la medida que se consideraba que eran violatorios de los derechos insertos en la Constitución. La Corte Suprema acogió esta interpretación en la década del 30 y la mantuvo durante muchos años, toda vez que interpretaba que la redacción del artículo 69 de la Carta del 33, no permitía hacer distingos, dada la flexibilidad de su enunciado. Esto originó que ante la ausencia de otros medios procesales, el Habeas Corpus se convirtiera en el remedio por excelencia para cautelar la constitucionalidad y legalidad de toda clase de dispositivos; el que además, por sus características procesales, resultó ser un remedio sumarísimo y muy eficaz, cuando su procencia era declarada. Esta tendencia puede comprobarse en la siguiente resolución judicial:

“Es procedente el recurso de Habeas Corpus para amparar a los propietarios que manifiestamente son agraviados por la Ley de Reforma Agraria, pues ésta debe aplicarse de conformidad con las normas constitucionales” (6).

De 1933 a 1969, es decir, durante 36 años, rigió esta orientación, que sólo en 1970 fue modificada. En aquella oportunidad y ante la dación del Decreto Ley 18075 que aprobaba el Estatuto de la Libertad de Prensa, los periodistas del país, a través de la Asociación Nacional de Periodistas y de la Federación de Periodistas del Perú, entidades gremiales que los agrupaban a nivel nacional, interpusieron un Habeas Corpus patrocinados por el doctor Luis Bramont Arias, entonces Decano del Colegio de Abogados de Lima, a fin de que el Poder Judicial declararse que el mencionado decreto ley era inconstitucional y en consecuencia se declararse su nulidad o en todo caso su no aplicación. En aquella oportunidad la Corte Suprema, sin resolver ni analizar el fondo del asunto que la acción conllevaba, estableció que el problema de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones se establecía por otras vías, y que

(6) Cf. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n. 263, Diciembre de 1965.

el Habeas Corpus debía estar reservado únicamente para la protección de determinados derechos señalados en la Constitución del Estado y en la medida que fuesen vulnerados por actos o hechos de persona investida de autoridad y no cuando fuesen vulnerados por normas. Dice así la mencionada resolución suprema:

“La acción de amparo de las libertades y derechos básicos. . . supone con ineludible necesidad, un acto arbitrario del Poder y la lesión consiguiente de un derecho subjetivo (por tanto). . . deviene de todas luces evidente que el Habeas Corpus no es procedente contra las leyes ni contra los estatutos de igual jerarquía. . . (que) la bondad y amplitud de nuestro sistema legal franquea en cada caso particular, los medios adecuados de planteamiento y defensa del principio de supremacía constitucional frente a las leyes que la desconocen y vulneran. . . ” (7).

Esta doctrina, que consideramos acertada, inició una reiterada jurisprudencia que la Corte Suprema mantiene hasta ahora, de tal manera que puede considerarse que en la actualidad el Habeas Corpus, no sólo se encuentra limitado en su esfera de acción, sino que no se utiliza para la impugnación de normas afectadas de inconstitucionalidad.

10. En cuanto al Recurso de Amparo, éste ha sido establecido por el Decreto Ley 20554 de 12 de Marzo de 1973, con el único y exclusivo objeto de proteger los propietarios de bienes rústicos que consideren que han sido expropiados con fines de reforma agraria en forma indebida y sin respetar las causales que la ley señala. Así, expedido el Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo en el cual ordena la expropiación de un predio agrícola, puede el interesado en breve término interponer un Recurso de Amparo directamente ante el Tribunal Agrario (fuero privativo) y en caso de ser acogido su recurso, la resolución judicial respectiva es remitida al Ministerio de Agricultura, quien está en la obligación de promulgar un nuevo Decreto Supremo que derogue el anterior. Aunque es interesante este instituto, en la práctica, por razones políticas explicables, la medida ha tenido efectos limitados.

(7) Cf. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n. 312 enero de 1970.

D.— JUICIO POLITICO

11. Por juicio político se entiende el que tiene lugar contra determinados funcionarios del Estado en el ejercicio de su cargo y que por ser tales, gozan de privilegios y prerrogativas procesales. Así el artículo 121 de la Constitución de 1933, establece que:

“Corresponde a la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y a los Miembros de la Corte Suprema de Justicia por infracciones de la Constitución y por todo delito que cometan en la ejercicio de sus funciones y que según ley deba penarse”.

Concordado con este principio, el artículo 122 del mismo texto precisa que:

“Corresponde al Senado declarar si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hecha por la Cámara de Diputados. En el primer caso quedará el acusado suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley”.

La aplicación de este artículo, como es fácil apreciar, ha sido poco frecuente. El Presidente de la República no ha sido enjuiciado (por lo menos desde el año 1933), pero se han dado experiencias con otros funcionarios. Podemos señalar las siguientes:

- a) En cuanto a Ministros de Estado, ella ha alcanzado al Vice Almirante Florencio Teixeira, quien fuera Ministro de Marina en el régimen del Presidente Belaúnde (1963-1968), a quien se le juzgó y fue sentenciado por encontrársele culpable del delito de contrabando.
- b) En el mismo período 1963-1968, se inició un juicio al diputado Napoleón Martínez, a quien se le suspendió el fuero parlamentario, luego de las acusaciones de estilo, y fue juzgado por un Tribunal Correccional ad-hoc formado por magistrados de la Corte Suprema. Se le encontró culpable y fue sentenciado por delito de contrabando. Con anterioridad, otros dos parlamentarios fueron juzgados: Mariano de Belaúnde (en el régimen de Lopez de Romaña, 1899-

1903) y Leonidas A. Rivera (en el régimen de Manuel A. Odría, 1950-1956). Aunque ambos fueron condenados, el primero fue posteriormente rehabilitado mediante ley especial, y sobre el segundo existe un consenso general que su condena obedeció a intrigas palaciegas.

- c) En el gobierno militar iniciado en 1968, se enjuiciaron a los Ministros de Estado del régimen depuesto (Guillermo Hoyos Osores, Manuel Ulloa, Sandro Mariátegui, Pablo Carriquiry Maurer). Fueron acusados por delitos cometidos en el ejercicio del cargo; no se les probó nada y más tarde, una ley cortó los juicios (Ulloa y Hoyos Osores fueron amnistiados mediante decreto-ley especial). El mismo gobierno militar, en su segunda fase iniciada en 1975 con el relevo del General Velasco Alvarado, desencadenó diversas acciones judiciales contra dos de los ex-Ministros de la primera fase, todos ellos militares (Tantaleán Vanini, Valdez Angulo), sin que hasta ahora se haya probado nada sobre la veracidad de tales denuncias o haya habido corte de juicios (no mencionamos el caso de Juan Languasco de Habich, Ministro de Gobierno durante el período de Belaúnde, en 1964, condenado en el fuero castrense, con arreglo a dichas leyes privativas).

12. Hay que agregar que el procedimiento establecido en la Constitución del Estado, está basado en una antigua tradición constitucional que sostiene la doctrina y que recoge nuestra historia legislativa, en el sentido que el juicio político supone un procedimiento especial para su tramitación, habida cuenta del cargo y la importancia de la función que desempeña una determinada persona. Por este motivo, es que la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableció en su artículo 114, inciso 1º, lo siguiente:

“También corresponde a la Corte Suprema, conocer en primera y segunda instancia.

De la causas que se sigan contra el Presidente de la República, Ministros de Estado . . . aunque hayan cesado en el cargo”.

Este dispositivo presupone claramente que el juicio político alcanza al desempeño de la función, siendo irrelevante que el juicio se lleve durante su ejercicio o cuando se ha cesado en ella. Pero en 1968, tras la defenestración del régimen, el nuevo gobierno tuvo necesidad de justificar el golpe de fuerza, iniciando acciones judiciales contra los ex-Ministros del régimen depuesto, ante los Jueces de Primera Instancia del fuero común. En tal oportunidad, la Corte Suprema señaló que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la Corte Suprema, conocer de las causas que se siguen contra los ex-Ministros de Estado, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en el cargo, por lo que es nulo el auto apertorio de instrucción, ordenado por el Juez en la que comprende a ex-ministros de Estado”(8).

En consecuencia, y como quiera que no había Congreso para efectuar la acusación, fue necesario que el régimen que había disuelto el Parlamento y que había asumido las funciones legislativas, acusase formalmente ante la Corte Suprema a los ex-Ministros, y sólo así poder llevar adelante el juicio en cuestión. Pero paralelamente a ello, y para evitar tan mal paso en el futuro, el mencionado artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue modificado por el Decreto Ley 17411, el cual estableció que tratándose de ex-funcionarios, o sea cuando hubiesen cesado en el desempeño del cargo, serían competentes para iniciarles juicio, cualquier Juez de Primera Instancia, con lo cual eliminó el juicio político prácticamente de raíz, toda vez que la experiencia histórica nos demuestra que precisamente cuando están en el cargo, nadie inicia acciones judiciales contra funcionarios que disponen de poder e influencias, y más bien esto sucede cuando abandonan la función pública. Esta situación originada en 1968, prevalece lamentablemente hasta ahora.

13. En cuanto se refiere a acusaciones a los miembros de la Corte Suprema, sólo ha ocurrido desde el año 1933, fecha en que se promulga la Constitución en vigor, el caso especialísimo del

(8) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 297 octubre de 1968.

Vocal Supremo doctor Filix Portocarrero Olave. Dicho magistrado pidió permiso a su Sala en Marzo de 1969, para salir del país y someterse a examen médico. No obstante, viajó hasta el Estado de Israel, en donde su hermano se desempeñaba como Embajador del Perú, y a su regreso al país, fue detenido en New York, al constatarse que no obstante su negativa ante las autoridades aduaneras, pretendía ingresar diamantes de contrabando a dicho país, hecho por el cual fue detenido de inmediato y sometido a juicio. Cometido el delito, el país y sus compañeros de la Corte Suprema se enteraron de ello por los cables. Esto es, se trataba de un hecho sin precedentes, toda vez que un magistrado del más alto Tribunal de la República era detenido en el extranjero, por autoridades extranjeras y mediando la comisión de un delito. Analizado el caso, la Corte Suprema encontró que la situación creada no estaba contemplada por la legislación peruana, toda vez que no existe una autoridad superior a la Corte Suprema y menos cuando se delinque en el extranjero, en donde el Poder Judicial peruano no tenía competencia ni jurisdicción. En consecuencia, el Tribunal Supremo acordó que el doctor Portocarrero no reunía los requisitos de idoneidad que para el desempeño del cargo exigía la Ley Orgánica del Poder Judicial, y lo declaró inhábil para ejercer tan alta investidura. El mencionado magistrado fue hallado culpable por las autoridades norteamericanas y cumplió condena privativa de la libertad, siendo liberado años después.

E.— PARTIDOS POLITICOS

14. Los partidos políticos no tienen, como en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, un tratamiento aparte ni orgánico en nuestra Carta del 33. Por el contrario, sólo existe el artículo 53 que dice a la letra:

“El estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política”.

Cuando este artículo fue discutido en el seno del Congreso Constituyente, quedó claro que su objetivo era excluir al APRA del poder. A fin de entender mejor este aspecto, conviene recordar algunos hechos. Por una parte, el APRA había sido fundada en Mé-

xico en 1924 por Haya de la Torre, con pretensiones continentales. El APRA presuponía la formación en forma relativamente autónoma de secciones nacionales que prepararían un programa mínimo sobre la base del programa máximo, enunciado en 1924. Es así como el 20 de setiembre de 1930, se funda el Partido Aprista Peruano (P.A.P.), como sección peruana del APRA. Este partido concurre al debate electoral de 1931 y consiguió una apreciable cantidad de escaños, a través de los cuales iniciaron una fuerte oposición al régimen. El presidente de entonces, General Sánchez Cerro, en acto sin precedentes, violó el recinto parlamentario y expulsó del país a 22 diputados apristas, desencadenándose de esta manera, una feroz represión que sólo culminó con el asesinato del presidente en abril de 1933, poco tiempo después de firmar y promulgar la constitución de ese mismo año. Estos hechos sirven para explicar el interés que hubo en marginar al APRA, mediante la introducción de un artículo expreso, tal como se puede apreciar en los debates del Congreso Constituyente, y en las intervenciones de los parlamentarios gobiernistas, señores Sayán Alvarez y Alfredo Herrera (sesiones de 22 y 26 de Setiembre de 1932). Fue así como bajo este articulado constitucional, se mantuvo en la clandestinidad al APRA durante largos períodos, sin poder ejercer plenamente sus derechos civiles (en especial los años 1933-1945; 1948-1956). Posteriormente, y en vista de la nueva correlación de fuerzas, dicho artículo fue usado para proscribir al Partido Comunista Peruano, al que también se le consideraba internacional.

En la práctica, el artículo 53 ha perdido vigencia desde 1956 y, está seriamente cuestionado, tanto por la doctrina como por los partidos políticos.

15. Vinculado con la problemática de los partidos políticos, está la presencia del Jurado Nacional de Elecciones. Este, más conocido como Poder Electoral (Constitución de 1933, artículo 88), tiene a su cargo todo lo relativo al reconocimiento, registro y control de los partidos, electores y elecciones, constituyendo en parte una jurisdicción administrativa que ha venido funcionando con relativa regularidad. No obstante, se ha cuestionado a este Poder Electoral su falta de independencia frente al Poder Político e incluso su debilidad frente a éste, detectándose entre otros aspec-

tos los siguientes hechos: a) falta de pureza en el sufragio, que ha permitido elecciones dirigidas, como sucedió en 1939 y 1950, b) negativa y dificultades para el candidato de oposición en las elecciones de 1936 y 1956, y c) irregularidades en los procesos electorales como por ejemplo, el de 1962. En todos estos casos, presidía el Jurado Nacional de Elecciones gente de confianza del gobierno, mediante un mecanismo que posteriormente ha sido cuestionado y ha permitido que en la actualidad, dicho Jurado Nacional ofrezca para el futuro mejores perspectivas.

A lo anterior habría que agregar que en general, la historia política reciente, está cuestionada en lo que se refiere a la legitimidad de los cargos que se conceden mediante procesos electorales. En 1933, y poco después de ser promulgada la actual Constitución, es asesinado el Presidente Sánchez Cerro. Esta Carta en su artículo 137, inciso 1º., indica lo siguiente:

“Son inelegibles Presidente y Vice Presidente de la República. . . los miembros de la Fuerza Armada, que se hallen en servicio, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección”

Pues bien, en aquella oportunidad debió haber sido elegido Presidente de la República la persona que contase con los requisitos mínimos para el cargo; sin embargo, el Congreso procedió a elegir como Presidente al General Benavides, que era precisamente Inspector de Defensa Nacional (el más alto mando castrense en aquel momento) y que por estar en funciones, no podía ser elegido presidente. Cuando a Benavides le tocó terminar su periodo en 1936, las elecciones de ese año fueron anuladas, se prorrogó el mandato del presidente hasta 1939, y el Congreso Constituyente se disolvió; el mismo Congreso que había dictado la Carta del 33, fue autor de tales atropellos constitucionales. Las elecciones de 1939 fueron amañadas para que el presidente saliente impusiese a su sucesor, doctor Manuel Prado, quien terminó sin contratiempos su periodo en 1945. A este sucedió pacíficamente y en justas elecciones, el doctor José Luis Bustamante y Rivero, que es derrocado en 1948, por una Junta Militar de Gobierno. En 1950, esta junta convoca a elecciones para el periodo 1950-1956, siendo elegido Presidente el General Manuel A. Odría, en elecciones igualmente vi-

ciadas, pues el único opositor es apresado por el régimen. En 1956-1962, vuelve al poder nuevamente Manuel Prado, en elecciones que esta vez parecen tener más autenticidad, lo cual sólo se corrobora a partir de 1962 y, más concretamente en 1963, época en la cual ya ningún sector político pone en cuestión la autenticidad de los escrutinios.

F.— EL PROBLEMA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

16. Un último problema que interesa afrontar es la situación de los gobiernos de facto en el Perú de los últimos años, interesándonos sobre todo aquellos que discurren bajo la Constitución de 1933. Ellos son: 1948-1950, 1962-1963 y 1968-19. . . . El objeto de nuestro análisis radica en ver cómo ellos se han comportado en relación con aspectos constitucionales y en especial, con lo que denominamos jurisdicción constitucional, así como su relación con el Poder Judicial.

Hasta 1968, los gobiernos de facto en general, se muestran respetuosos de la Constitución de 1933, a la cual pretenden defender, pues pronto retornan los militares a sus cuarteles, tras haber impuesto el "orden". Por lo general, los regímenes de facto, no son escrupulosos defensores de las libertades de tránsito, la libertad de reunión, la libertad de prensa, entre otras, sean cuales fuera los métodos que utilicen, los francos y brutales, sin excusa alguna, o los más sofisticados que se esconden tras una legislación represiva o la censura encubierta. Los partidos políticos han funcionado a veces en estos periodos, pero se ha perseguido a otros según las épocas (el Partido Comunista, el Partido Aprista) y se han respetado los fueros del Poder Judicial. En general, las resoluciones judiciales han tratado de tutelar el orden jurídico que tiene su punto de apoyo en la Constitución de 1933, en la medida en que estos regímenes de facto no la han cuestionado.

La situación varía cuando los regímenes de facto no pretenden retornar al régimen constitucional, sino que por el contrario, intentan asumir el poder constituyente, y en este caso, lo primero que se ven precisados a hacer es negar la constitución que los ha precedido. En el presente siglo esto ha sucedido sólo dos veces: en 1919, cuando el régimen recién instaurado pretende inaugurar una

“patria nueva”, que plasma en la Constitución de 1920, tan poco cumplida y en 1930, cuando al ser derrocado el régimen que aprobó la Carta de 1920, existe un consenso que pide diseñar nuevamente el marco constitucional del Estado Peruano. Pero los sucesivos gobiernos de facto que se han dado desde 1933 no cuestionaron esta constitución, lo que sólo se ha visto en los últimos tiempos, durante el actual régimen militar que se instaló en el poder en 1968 y que muy pronto anunció su intención de dar al país una nueva constitución. Es así que desde 1968, la Constitución de 1933 es utilizada solamente en la medida que interesa o que es compatible con la filosofía que inspira los cambios propiciados por el “Gobierno Revolucionario”, la que de esta manera, se ve sujeta a recortes y limitaciones, amparados en el artículo 5 del Gobierno Revolucionario que ya hemos mencionado.

No obstante este enunciado, el Poder Judicial —que es defenestrado a fines de 1969 para colocar en su lugar a otro más adicto— se atiene por lo menos en lo formal, en defender la supremacía que tiene en el orden jurídico la Constitución de 1933, lo cual es realmente significativo. Esto es, no encontramos en los anales judiciales de los últimos años, algo que contradiga expresamente esta supremacía constitucional, aunque en el orden de la práctica esto no sea así. Únicamente como una excepción que no prosperó, habría que citar un caso por su importancia. Se trata del Habeas Corpus, interpuesto por el señor Raymundo Duharte, quien hallándose de viaje, fue impedido de retornar al país, por haber actuado públicamente en contra del régimen. En este caso, el Habeas Corpus era perfectamente procedente, toda vez que en el país no existía ninguna ley que autorizase la expatriación de los nacionales sin juicio previo. No obstante, la Corte Superior, en resolución que pasará a la historia por lo que ella significa, tuvo el siguiente pronunciamiento:

“Autos y vistos. . . . el recurso de Habeas Corpus (interpuesto a favor) de Raymundo Duharte Castre, (a quien se le impidió regresar a Lima) hecho admitido por el señor Ministro del Interior. . . . justificando la medida adoptada por las actividades del citado Duharte, contrarias al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, cuya obra innegablemente concita el respeto y reconocimiento de valiosos

sectores de la ciudadanía, porque a nadie escapa en estos momentos tan significativos de la historia nacional, los profundos cambios de que es objeto la sociedad peruana. . . . que ese importante cometido requiere igualmente de un ordenamiento jurídico concebido e interpretado sin desvincularlo de las exigencias impuestas por las necesidades sociales del presente, las mismas que se hallan resumidas en los fines explicados. . . . nuevo enfoque que revela con comprensible claridad que el artículo 5 del Estatuto del Gobierno Revolucionario, no es incompatible con la Constitución del Estado, sino que es el punto de entroncamiento entre ambas normas legales, desprendiéndose en consecuencia que las garantías individuales y sociales adquieren sentido y dinamismo en la medida que los actos por ellas protegidos, guarden armonía con los objetivos nacionales . . . que al calificarse la conducta de Duharte Castre de contraria al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, tenemos que inferir que se ha estimado su actuación como opuesta a los principios, postulados y fines de la nueva orientación que se está imprimiendo al país en sus realizaciones internas y externas; declararon infundado el recurso de Habeas Corpus interpuesto . . .” (Res. de 8 de enero de 1974, Exp. 1023/73).

La resolución antedicha, fue elevada a la Corte Suprema de Justicia, mediante correspondiente recurso de nulidad que autorizaba la legislación procesal La Corte Suprema demoró ostensiblemente su pronunciamiento hasta que el Gobierno, presionado por diversos sectores de la opinión pública, concedió una amnistía general, la cual incluía al referido señor Duharte. A raíz de este hecho, la Corte Suprema sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, señaló que estando expedito el retorno al país de los expatriados, había cesado el impedimento para el señor Duharte, por lo que no tenía sentido pronunciarse sobre el recurso, ordenando el archivamiento del expediente. (Res. de 7 de octubre de 1974).

G.— CONCLUSIONES

17. De lo antedicho sobre la jurisdicción constitucional en el Perú, se desprende que ella ha funcionado mal y con serias limita-

ciones (prácticamente restringida a la defensa de los derechos fundamentales mediante el Habeas Corpus). Aun el interesantísimo campo de la supremacía constitucional, ha ido imponiéndose en forma muy lenta y esporádica (años 1963-1968) en experiencia que deberá recogerse para el futuro, al momento de elaborarse una nueva constitución. Creemos que al país conviene tener presente la necesidad de contar no solamente con leyes de orden procesal constitucional que permitan su desenvolvimiento, sino con la existencia de un tribunal autónomo que se encargue de resolver este tipo de controversias (9).

-
- (9) El presente trabajo es, con ligeras variantes, la ponencia que el autor presentó al Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el patrocinio de la Universidad Externado de Colombia, en Sochagota, Boyacá (Colombia) del 7 al 11 de noviembre de 1977. El tema del coloquio fue la Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Por la misma naturaleza de la ponencia, se omitieron referencias teóricas y bibliográficas, que en otra circunstancia hubiera sido recomendable incorporar, y que en parte intentamos salvar con las presentes líneas. Hay que tener presente que en este Coloquio se aborda por segunda vez en el mundo el tema de la jurisdicción constitucional (la primera vez fue en Heidelberg y en 1961, bajo el auspicio del Max Planck Institute), constituyendo de esta manera la primera vez que es estudiada en nuestro continente en forma corporativa y con representantes de casi todos los países de la región. La alta calidad de los concurrentes y ponentes, así como el nivel académico de las exposiciones, contribuyeron sin lugar a dudas a un mejor conocimiento de nuestra problemática constitucional, tal como podrá apreciarse tan pronto aparezca la publicación con la totalidad de las ponencias y demás documentación del Coloquio.

En un principio, la jurisdicción constitucional apareció prácticamente limitada al examen y/o control de la constitucionalidad de las leyes y demás dispositivos legales, tal como aparece por primera vez en la Constitución austríaca de 1920 (cuyo texto puede verse en el libro de B. Mirkine-Guetzevitch *Les constitutions de l'Europe Nouvelle*, París 1930, p. 126 y ss.) y que tras el interregno nazi, ha sido puesta nuevamente en vigencia. En tal sentido, la innovación europea, debida al espíritu creador de Hans Kelsen se emparentaba en cierta manera con el judicial review iniciado por el Justice John Marshall en el leading case *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 1803); reproducido en *Constitutional Law cases and materials* por E. Barret. P. Brutton y J. Honnold, The Foundations Press Inc. 1968 y en otras publicaciones similares; pudiendo analizarse la dimensión del tema en el ensayo de Felix Frankfurter *John Marshall and the judicial function* en "Harvard Law Review", vol. 69, dec. 1955, num. 2 pp. 217-238). A este modelo le dió Kelsen un armazón teórico en su célebre ensayo *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)* en "Revue du Droit Public et de la Science Politique", París 1928, pp. 197-257 y posteriormente con otras dimensiones en *Judicial review of legislation (a comparative study of the Austrian and the American Constitution)* en "The Journal of Politics", 4, 183-200, año 1942. No

obstante este inicial planteo, pronto la jurisdicción constitucional se fue extendiendo a la protección de otros valores del Derecho Constitucional, tales como la tutela de los derechos fundamentales (o derechos públicos subjetivos en la terminología de Jellinek, o derechos humanos, en el uso actual) la resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, el enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales (la llamada justicia política), el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos (como se ha visto en Alemania con el partido nazi), los litigios entre los órganos supremos del Estado— en el Estado Federal entre los Estados miembros y el Estado Federal, etc. Casi todas estas innovaciones, son en realidad producto de la convulsa herencia de la segunda post-guerra, que al modificar y/o crear nuevas situaciones, han condicionado en mayor parte la aparición de nuevos valores en la temática constitucional (ampliación del horizonte de la justicia constitucional), y su correlato, la implementación de medidas protectoras de estos enunciados. En la actualidad, la amplia gama de la jurisdicción constitucional se encuentra comprendida en dos partes:

- a) jurisdicción constitucional *stricto sensu*; cuyo aspecto más desarrollado lo constituye el control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, tratándose de normas de carácter general, y
- b) jurisdicción constitucional de la libertad; dedicada a la protección de los derechos fundamentales, llamados también derechos públicos subjetivos o simplemente derechos humanos (sobre este tópico véase el valioso ensayo de José Luis Cascajo Castro *La jurisdicción constitucional de la libertad* en "Revista de Estudios Políticos", Madrid, num. 199, 1975).

Teniendo en cuenta la amplitud que en la actualidad abarca la jurisdicción constitucional —tanto en la doctrina como en la dogmática comparada— no se puede menos de lamentar que en el Perú ella haya estado durante muchos años limitada al uso del Habeas Corpus (por lo demás de efectos bien limitados, como lo intento demostrar en mi libro *El Habeas Corpus en el Perú*, Univ. de San Marcos, en prensa) y en el período 1963-1968, a la supremacía constitucional sobre leyes y decretos, en forma esporádica, y por lo demás tímida y vacilante. Tratando de ampliar el panorama, en la ponencia hemos intentado rastrear estos principios en lo concerniente al llamado juicio político y a los partidos políticos, sin que en ellos propiamente se haya podido detectar la existencia de una auténtica jurisdicción constitucional.

Como quiera que el tema de por sí es muy amplio, creemos que ahora que se va a discutir la nueva Constitución peruana, deben incluirse como materia de la jurisdicción constitucional, por lo menos los siguientes tópicos: a) las leyes, b) los tratados internacionales, c) los decretos, reglamentos y resoluciones del Poder Ejecutivo, Gobiernos Locales y demás entidades públicas con capacidad de decisión, en cuanto sean de carácter general, d) los actos políticos y de gobierno, e) de los actos administrativos individuales, f) de las sentencias y actos jurisdiccionales en particular, g) de la actividad privada de los particulares, h) del juicio político, i) sobre los partidos políticos, en cuanto a su legitimidad, j) los litigios entre órganos del Estado, etc. Los instrumentos protectores serían los siguientes:

- i) Acción de Habeas Corpus, únicamente para defender la libertad física contra actos arbitrarios del poder público,
- ii) Acción de Amparo, para defender todos los derechos individuales y sociales que la Constitución reconoce (con excepción de la libertad personal), en tanto sean violados por particulares y por el Estado, sean por actos o por normas legales (siempre y cuando estas últimas sean de carácter individual),
- iii) Acción de Inconstitucionalidad; para cautelar la supremacía de la Carta Política sobre las leyes, decretos y resoluciones emitidos por cualquier entidad u órgano

público que sean de carácter general. Esta acción a través del proceso que se incoe, debe alcanzar igualmente para el caso de sentencias inconstitucionales. Los efectos declarativos en el caso de normas deben conllevar la nulidad del respectivo dispositivo.

iv) Los demás procesos o acciones que se inicien para ventilar los demás aspectos de la jurisdicción constitucional (juicio político, etc.).

Como corolario de lo anterior, se desprende que el desempeño y ejercicio de tan altas funciones, debe estar encomendada a una Corte o un Tribunal Constitucional, cuya composición, atribuciones y funcionamiento, deberán ser cuidadosamente analizados, teniendo en cuenta la historia política y jurídica de los últimos años y la experiencia foránea.

La bibliografía sobre el tema es inmensa, por lo que nos limitaremos a presentar solamente una selección, que en parte ha orientado nuestro trabajo. Un panorama general dentro de la doctrina constitucional puede verse en León Duguit *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol. París 1921-1925 (en especial el volumen tercero). H. Finer *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Ed. Tecnos, Madrid 1964; Pinto Ferreira, *Direito Constitucional Moderno*, 2 vol. Ed. Saraiba, São Paulo 1962; P. Biscaretti di Ruffia, *Dirito Costituzionale*, Milano 1963, Paolo Barile *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, Carl J. Friedrich *Constitutional Government and Democracy*, Blaisdell Pub. Co, Mass. 1968; André Hauriou *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Montchretien, París 1970; G. Burdeau *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, L.G.D.J. París 1977; Pablo Lucas Verdú *Curso de Derecho Político*, Ed. Tenos, 3 vols. Madrid 1972-1976; Germán J. Bidart Campos *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1967; Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, 2 vol. Bs. Aires 1975-1976; Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*; Kapeluz, 2 tomos, Bs. Aires 1970-1975; César Enrique Romero *Derecho Constitucional*, V.P. de Zevalia Editor, 2 tomos, Bs. Aires 1975-1976. Desde un punto de vista más especializado queremos mencionar especialmente a Charles Eisenmann *La Justice constitutionnelle et la Haute Court Constionnelle d'Autriche*, L.G.D.J., París 1928 (con prólogo de Kelsen); Carl Schmitt *La defensa de la Constitución*, Barcelona 1931; Mauro Cappelletti *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México 1961; Ib. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán 1973 (así como la ponencia que el mismo Cappelletti sustentó en el Coloquio de Sochagota, en donde postuló una protección supra nacional en el Mercado Común Europeo); Héctor Fix Zamudio *25 años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México 1968 Ib. *Introducción al estudio comparativo de la protección interna de los derechos humanos en "Veinte años de evolución de los derechos humanos"*, UNAM, México 1974; Enrique Vescovi *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo 1967; Norberto Bobbio *Libertá fondamentali e formazioni sociali en "Política del Diritto"*, num. 4, agosto de 1975 (en donde aborda el novedoso problema de la defensa de los derechos de las agrupaciones sociales, al igual que la de los individuos).

En el Perú el tema de la jurisdicción constitucional no ha sido estudiado por la doctrina, por lo que las inevitables limitaciones de nuestro trabajo deben ser consideradas a la luz de este hecho. Más bien han proliferado ensayos aislados, no siempre bien estructurados, sobre el problema de la supremacía constitucional, y en menor escala sobre el Habeas Corpus y los derechos fundamentales. Existen aquí también estimables enfoques realizados por autores extranjeros (Eder, Fix Zamudio, Fur-

nish) aunque algunos no siempre resulten bien informados, como es posible apreciar en el reciente ensayo de David S. Clark *Judicial protection of the Constitution in Latin America* en "Hastings Constitutional Law Quarterly", No. 2, 1975.

Para un panorama de la problemática constitucional peruana, puede verse de José Pareja Paz Soldán *Derecho Constitucional Peruano*, 5ta. edición, Lima 1973. Para la Constitución de 1920, la exposición de motivos redactada por la Comisión presidida por Javier Prado (*Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*, Lima 1922, tomo I) y para la Constitución de 1933, el *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1931* (especialmente los tomos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 10). La exposición de motivos de la Comisión Villarán, en *Anteproyecto de Constitución del Estado*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1931. Mayores referencias pueden verse en Domingo García Belaunde *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano* en *DERECHO*, num. 29, (editada por la Universidad Católica) 1971. Con posterioridad a esa fecha y en lo referente a nuestro tema han aparecido entre otros los siguientes trabajos; Raúl Ferrero R. *Ciencia Política*, 6ta. edición. Lima 1975; Enrique Chirinos Soto *En 2 análisis (Golpes de Estado Habeas Corpus)*, Lima 1974; Manuel T. Alvarez Simonetti, *Debate en torno a la Acción Popular* en *DERECHO*, No. 32, 1974 (editada por la Univ. Católica) Alfredo Quispe Correa *Problemas constitucionales* Lima 1975; Víctor Julio Ortecho Villena *Derecho Constitucional Peruano* Trujillo 1976; Domingo García Belaunde *Desarrollo Constitucional Peruano* en "Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia", UNAM. México, enero abril de 1976, pp. 123-165; Mario Alzamora Valdez *Los Derechos Humanos y su protección*, Lima 1977; Alberto Borea Odría *La defensa constitucional: el Amparo*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1977.

Sobre los aspectos político-constitucionales aquí tratados, no existen prácticamente ensayos o monografías específicas de índole académica (salvo la mencionada en nuestra *Guía Bibliográfica*, en la que se insertan algunas y hasta el año de 1971). A este nivel político tiende a proliferar literatura que en términos gonzalezpradinos podemos calificar de "propaganda y ataque".

§ 5

NORMAS ECONOMICO-FINANCIERAS EN LA NUEVA CONSTITUCION (*)

Después de haber escuchado la amplia como meditada exposición del doctor Luis Rodríguez Vildósola, sólo quisiera agregar dos aspectos generales que creo son de importancia para el actual debate constitucional, dejando los detalles para las exposiciones que vendrán después y que están a cargo de mis distinguidos colegas y amigos aquí presentes.

Me parece que lo que es importante en estos momentos es destacar dos deficiencias que advertimos no solamente en la ponencia del Régimen Económico-Financiero, sino también en casi todas las ponencias publicadas por la prensa. La primera es lo que en términos generales podemos calificar como “desconocimiento de lo que es una Constitución”; la segunda está vinculada a lo que podemos denominar “la falta de renovación de los conceptos”. Conviene precisar que estas dos características, como todas las que siempre se intentan en estos contextos, son generales, es decir, engloban situaciones en forma integral, y en consecuencia tienen excepciones que no hacen más que confirmar la tesis. Tampoco se pretende ni mucho menos desmerecer algunos aportes interesantes ni tampoco subestimar diversos trabajos y esfuerzos realizados individualmente o por grupos aislados. Por eso es que decimos que nuestra caracterización es general, esto es, trata de fijar una tónica que creemos es la constante en el trabajo actual de la Asamblea. Antes que nada, enfoquemos lo que hemos denominado “desconocimiento de lo que es una Constitución”. Al decir esto, no queremos decir que los expertos en materia de Derecho Público o en Derecho Constitucional deben ser los únicos que deben redactar una Constitución ni mucho menos; pienso incluso que los constitucionalistas no deben ser constituyentes: los expertos tienen otro

(*) Intervención en una Mesa Redonda, publicada en la *Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica bancaria*, Vol III, No. 3, julio de 1979, y con anterioridad a la aprobación final de la Constitución.

papel, cual es asesorar. Los que deben hacer la Constitución son los elegidos por el pueblo, o sea, los políticos, independientemente de cual sea su especialidad en el nivel académico o profesional. Pero lo que es grave es que la Constituyente no cuente con asesores en esta materia (aunque estoy enterado que sí ha solicitado el concurso de otros técnicos) y que así mismo, las Facultades de Derecho del país no hayan sido consultadas. Aparte de este aspecto de asesoría, que estimamos indispensable, existe otro, cual es el nivel de información que debe tener todo representante ante la Asamblea. En otras partes del mundo, el político es una persona con una información general sobre el estado de cosas, no sólo de lo que sucede en su país, sino de lo que sucede en el extranjero. En Inglaterra, por ejemplo, se estudia para ser político con tanta seriedad como se estudia para ser abogado o para ser ingeniero; se conceptúa que el político debe tener una información general y un mínimo de lo que denominan PPE: Philosophy, Politics, Economics. Aquí, por el contrario, este nivel de información (y formación) no existe. La mayoría de los representantes no se han tomado la molestia de indagar en qué consiste esta disciplina constitucional, tan trajinada, y sobre la cual existen infinidad de manuales en castellano. No hay en consecuencia dificultades para llegar a una información adecuada; simplemente se la ignora; incluso se desconocen opiniones que han sido remitidas al nivel de las Comisiones Especiales. El desconocimiento entonces en esta materia es serio, pues precisamente dichas personas son las que van a hacer la Carta Fundamental. Por lo mismo que existe este desconocimiento, que es producto de falta de información, se advierte que este vacío es llenado por las presiones políticas existentes. Existe a no dudar un ambiente electoral propicio para insertar en el nuevo texto todo lo que interesa a las partes; se vive bajo el espejismo de la curul, es decir, del escaño parlamentario que muchos piensan que la suerte les deparará.

De esta forma, la ignorancia en materia constitucional es subsanada por la abundancia de experiencia política y presión electoral; en suma, se está trabajando para las elecciones, no para el país. Por eso es que creemos que es importante en este foro, que con tanto acierto ha convocado el Instituto Peruano de Derecho Bancario, hacer una breve sinopsis de lo que significa en realidad una

Constitución. Y para ello nada mejor que una sucinta ojeada retrospectiva, a fines del siglo XVIII.

Como sabemos, la primera Constitución del mundo es la de los Estados Unidos, aprobada en 1787, y que por razones que no es del caso explicar aquí, está vigente hasta el momento, con algunas cuantas enmiendas (exactamente 26, la última de las cuales concedió el voto a los mayores de 18 años en 1971). Pues bien, en esta Constitución se expresa cabalmente lo que se entiende por un texto fundamental, pues ahí se refleja cuál es el sentido prístino de lo que significa la Carta Fundamental de un país. La Constitución de los Estados Unidos, tiene exactamente siete (7) artículos; aunque no lo parezca son sólo siete; cierto es que muchos de ellos con varios párrafos, a los cuales hay que agregar las ya mencionadas enmiendas (que no son modificaciones, como en nuestra tradición, sino agregados al final del texto). Pues bien, esta Constitución se centra en dos aspectos: por un lado una descripción de los poderes (o funciones) del Estado, fijando sus atributos, competentes y prerrogativas, de manera tal que exista un verdadero ejercicio del poder y medios de control entre ellos; por otro lado, los derechos y facultades de los ciudadanos, esto es, los llamados derechos civiles, o como más comunmente se les denomina ahora, derechos humanos, en fórmula poco feliz que ha tenido una aceptación universal. ¿Por qué esto es así? Porque la Constitución es un instrumento que es muy especial, pues por un lado es un texto jurídico, y por otro es un texto político. En sentido estricto, el texto constitucional es un instrumento jurídico, pero se vuelve político porque lo que pretende regular precisamente es la realidad política en la cual vive el Estado moderno. Y la política es fundamentalmente lucha y ejercicio del poder. La realidad fundamental que existe en la realidad política, es el poder y la lucha que libran los hombres para alcanzarlo. Así, el mundo político es el mundo del poder, y el poder al ser ejercido, tiene que ser ejercido necesariamente por una élite, tema que por lo demás varía según la intención o la ideología de cada cual (élite para Pareto, Mosca, Michels, Burnham, pluralidad de grupos dirigentes que cooperan o compiten entre sí, para Aron, Riesman, Dahl, o clase dominante, según Lenin, Poulantzas, Miliband).

Al ser ejercido el poder por una élite, ésta se convierte en el

grupo gobernante, frente al resto de la población que constituye el grupo gobernado. Por un lado tenemos entonces los detentadores del poder, por otro, los destinatarios del poder, según acertada formulación de Löewenstein. Sobre esta realidad política, maciza, que existe en todas partes del mundo y que es una constante en la evolución política de los pueblos, se constituye un ordenamiento jurídico que pretende poner orden a ese estado de cosas. Así, los gobernantes se ven constreñidos por los mecanismos de los llamados poderes del Estado, y los ciudadanos a su vez tienen asidero a sus pretensiones y en sus limitaciones, en los llamados derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos humanos (todo esto parcialmente insertado en la Constitución de 1933, en los apartados indebidamente denominados como garantías individuales y sociales). De esta forma, la Constitución no viene a ser ni más ni menos que la juridización de los fenómenos políticos. Por eso quien habla de Constitución no sólo habla de derecho sino también de política. Y ello explica precisamente los vaivenes del primero en función de la segunda; ya que en la vida en sociedad la política tiende a tener una primacía sobre lo jurídico, por motivos que no expondremos ahora. Esto significa que la Constitución tiene un claro matiz político, en el sentido de judiciar las relaciones de poder existentes en la sociedad. Este es su objetivo, bastante modesto por lo demás, pero tampoco requiere más aspectos, que están fuera del marco constitucional clásico. Ahora bien, este marco clásico que arranca del siglo XVIII se observa en todo el siglo XIX, siglo apacible por excelencia, aun cuando como se ha reconocido, tiene en gérmenes lo que vendrá después. Pero este siglo XIX de vigencia de un constitucionalismo liberal, destaca por la importancia que atribuye al hombre político. Pero tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y con el fin de lo que ha sido llamado como la *belle époque*; surgen nuevas realidades económicas, sociales y políticas, que no sólo originan movimientos sociales de gran trascendencia (como son la revolución mexicana y la revolución rusa) sino que ello repercute a nivel normativo, dando origen a lo que se ha denominado "constitucionalismo social", caracterizado sobre todo por la Constitución de Querétaro de 1917, la de la RRSFS de 1918 y la de Weimar de 1919. Estos textos fundamentales acogen una serie de aspectos económico-sociales que antes estaban ignorados por el constitucionalismo y esta

onda que recorre el mundo llega también por cierto al Perú, en donde las principales inquietudes de la época se recogen, por así decirlo, en la Constitución de 1920, que con tantas esperanzas promulgó Leguía. Si bien esta Constitución no tuvo prácticamente vigencia y no fue observada ni siquiera por quienes la dieron, lo cierto es que a nivel normativo recogió ciertas inquietudes que antes no existían, y que luego serían reiteradas en la Carta de 1933. Fijémonos únicamente en un hecho fundamental, cual es haber incorporado en su seno a las Comunidades Indígenas cuya protección inició, a tal punto, que incluso la Ley de Reforma Agraria promulgada por el Gobierno de Velasco en 1969, tuvo necesidad de hacer mención a esta Constitución de 1920, como uno de sus marcos de referencia para la protección de las tierras de las Comunidades Indígenas, ahora llamadas con más propiedad como Comunidades Campesinas. La ampliación del marco tradicional del constitucionalismo clásico que en esta época entra en revisión y crisis, puede apreciarse por ejemplo en la Constitución de 1933, en donde observamos diversas prescripciones normativas sobre la temática económico-financiera, que el doctor Jorge Contreras acaba de señalar muy acertadamente. Sólo como una mera referencia, recordemos que estos son los siguientes:

- a) Deuda pública (artículos 11, 15 y 123, inciso 8)
- b) Sistema monetario e instituto emisor (artículos 12, 14 y 123, inciso 10)
- c) Control de la banca (artículo 13)
- d) Sometimiento a las leyes y jueces del país (artículos 17, 25, 132 y 154, inciso 8)
- e) Tasas de interés (artículo 28)
- f) Normas presupuestarias (artículos 9 y 10)
- g) Administración de la hacienda pública (artículos 8, 123 inciso 5 y 154 inciso 9)
- h) Consejo de Economía Nacional (artículo 182).

Ahora bien, si es cierto como ya hemos señalado, que vivimos en una época de “constitucionalismo social” (no socialista) es claro que los textos constitucionales han recogido esta problemática, que ha contribuido por así decirlo, a enriquecer la temática constitucional y hacer más amplia la tutela y la acción del Estado. Pero esto no nos debe hacer olvidar que la Constitución es funda-

mentalmente un texto con una clara intención política, y sólo accesoriamente un texto con una finalidad socio-económica, por más importante y fundante que ésta sea. Y aquí viene precisamente nuestra primera crítica a las labores de las Comisiones Especiales de la Asamblea Constituyente, y de manera especial a la que ha preparado la Ponencia sobre Régimen Económico y Financiero, en el sentido que las ponencias presentadas, y la que comentamos en particular, demuestra a las claras que se desconoce qué es y para qué sirve una Constitución. Así vemos los siguientes aspectos de los que discrepamos:

a) un exceso reglamentista, en el cual se desciende a un detalle que muchas veces no corresponde siquiera a las leyes sino a los decretos supremos o normas similares.

b) un afán de incluir todo lo existente en la legislación vigente, a fin de que nada se les escape. Así hemos visto incluidas en forma extensa la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, el Instituto Nacional de Planificación y la Controlaría General de la República, en forma tal que se han volcado en la ponencia prácticamente los principios generales de las respectivas leyes sectoriales, a las que curiosamente se les da nivel constitucional.

c) crea un super poder con la configuración dada al Banco Central de Reserva, al cual se le da un **status** con una autonomía que no gozan otros entes públicos, y sin posibilidad de ser controlado por el Ministerio de Economía y Finanzas, de tal suerte que administra sin control y ejecuta sin responsabilidad. En la ponencia incluso se detallan cuántos miembros tiene su Directorio y quién los nombra, lo que sin lugar a dudas es un exceso.

d) cultivando un excesivo pluralismo, cae en un eclecticismo que hay que remediar (pues ni siquiera precisa bien los diversos sectores productivos).

e) en términos generales es una ponencia sin imaginación; pues sólo recoge en detalle el actual estado de cosas, momificando una realidad, que el día de mañana puede modificarse. En vez del detalle que se ha adoptado, hubiera sido preferible fijar principios generales para que puedan sobrevivir en el futuro; ha faltado aquí un sentido de proyección para lo que puede venir después.

Existe aparte de la Ponencia en mayoría, que aquí comenta-

mos, otras en minoría que contienen aspectos interesantes, pero que por el poco peso político que tienen, no trataremos en esta oportunidad (no obstante advertir que la ponencia presentada por el Partido Comunista es más precisa en muchos aspectos).

Lo anterior es lo que en términos generales es nuestra primera crítica a la Ponencia en mayoría, texto que sin lugar a dudas sufrirá diversos ajustes.

Un segundo aspecto que quiséramos tratar esta noche, está referido a lo que podríamos denominar como “el nuevo ambiente intelectual”. Si bien es cierto que el siglo XX arranca en rigor en 1918, con el derrumbamiento de un mundo hoy totalmente esfumado, las transformaciones que allí empiezan alcanzan una nueva etapa tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945); comunmente llamada como segunda postguerra. En este período asistimos a un reordenamiento de Europa, al nacimiento y fortalecimiento de nuevos Estados en Europa Oriental, Asia y sobre todo Africa (que coincide con la erosión de lo que se ha llamado el Tercer Mundo); la aparición de nuevas Constituciones que reflejan el nuevo estado de cosas (de las que son sobresaliente muestra la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Alemania de 1949 y la Constitución francesa de 1958); el nuevo papel que asume el Estado superando el abstencionismo del Estado liberal, que hace decir al gran Keynes que la época del *laissez faire* ha pasado; la planificación democrática, entre otros aspectos, que sin lugar a dudas repercuten en el Estado y en el ordenamiento jurídico. Este nuevo ambiente intelectual al que nos hemos referido, trae aparejado el surgimiento de nuevas ideas y nuevos conceptos muchos de las cuales encuentran acogida en los textos constitucionales. Pues bien, esto que es evidente para los estudiosos, parece no haber sido comprendido en la Ponencia que estamos analizando (y esto por cierto está enlazado con lo que hemos dicho anteriormente). Esto se comprueba cuando advertimos que existen artículos constitucionales que se repiten hoy en 1978, en su mismo tenor tal como fueron concebidos en 1931; es decir, daría la impresión que en ciertos aspectos nos detuvimos en 1931, y que la Ponencia no parece darse cuenta que desde entonces a la actualidad han sucedido muchas cosas.

Así en el artículo 25 de la Ponencia en mayoría, hemos visto repetido *ad peddem literae*, el artículo 17 de la actual Constitución de 1933, que es como se sabe el sometimiento a las leyes peruanas en todos los casos que el Estado contrate con extranjeros. Este artículo 17 (C. de 1933) es lo que se conoce como Cláusula Calvo, que tiene un origen que parece haber sido desapercibido. Un jurista peruano, (hoy Vocal de la Corte Suprema de la República) el doctor Roberto Mac Lean Ugarteche, ha escrito lo siguiente:

“El jurista argentino César Calvo propuso, para remediar esta situación, que toda sociedad ejerciendo el comercio en un país o gozando de una concesión otorgada por el Gobierno, se sometería a la jurisdicción de los tribunales de ese país, a sus leyes en todo cuanto se refiere a la concesión y al ejercicio del comercio, y a su renuncia a toda reclamación diplomática . . . finalmente la Cláusula Calvo fue incorporada en el artículo 17 de la Constitución peruana de 1933 . . .” (*Las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado*, Lima 1963, pp. 114, 116).

A fin de precisar aún más el alcance de esta cláusula, formulada por Calvo quien fuera Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, veamos tal como aparece en su primer enunciado al tratar dicho jurista sobre la “Regla general sobre la protección debida por los gobiernos a los residentes extranjeros”. Dice así: “Con esta cuestión, se relaciona el gravísimo asunto de las constantes reclamaciones de las grandes potencias europeas cerca de los gobiernos de los Estados Americanos. Todas se han fundado en ofensas personales, reales unas veces, otras abultadas por sus agentes, pintadas siempre por ellos con vivos colores. Y la regla que en más de un caso han tratado de imponer las primeras a los segundos, es que los extranjeros merecen más consideración y mayores respetos y privilegios que los mismos naturales del país que residen. Este principio, cuya aplicación es notoriamente injusta y atentatoria a la ley de la igualdad de los Estados, y cuyas consecuencias son esencialmente perturbadoras, no constituye regla de derecho aplicable en las relaciones internacionales de los de Europa, y siempre que se ha exigido por alguno, la contestación del otro ha sido absolutamente negativa. Y debía ser así, porque de lo contrario los pueblos relativamente débiles estarían a merced de los poderosos, y los ciudadanos de un país tendrían menos derechos y garantías que los residentes extranjeros . . .” (*Derecho Internacional teórico y prácti-*

co de Europa y América, D'Amyot y Durand et Pedone-Lauriel editeurs, París 1868, tomo I, pp. 392-393).

Sin lugar a dudas que el sentido y alcance de la cláusula Calvo es eminentemente territorialista, es decir, para las personas (naturales o jurídicas) que actuaban en el territorio nacional. Esto se confirma si analizamos el Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931 (sesiones de 15 y 16 de setiembre de 1932, Vol. 7, pp. 3599 y ss).

Ahí leemos que el artículo 17, tuvo su origen en el artículo 14 del proyecto, que a la letra dice:

Artículo 14: Todas las compañías que se formen o que trabajen en el país, están sujetas sin restricciones a las leyes de la república.

Como se puede ver, es una fórmula eminentemente territorial, es decir, para las empresas que se formen o trabajen en el territorio nacional, nada dice de las no domiciliadas, de las que no trabajan en el territorio. Pues bien, al momento de los debates, no sólo quedó en claro esta idea, sino que se hizo una adición más; el ponente fue el doctor Luciano Castillo; quien se expresó así:

“... cuando se presenta un conflicto de cualquier naturaleza, lejos de que las autoridades respectivas sean las autoridades nacionales, las autoridades correspondientes son el Ministro alemán, el Ministro francés, etc. Yo como abogado he defendido en diversas oportunidades los intereses de los trabajadores, y los sigo defendiendo, y me he dado cuenta que en realidad no he tenido que luchar con el abogado peruano defensor de las empresas extranjeras, sino con el diplomático extranjero, que defiende los intereses de las empresas extranjeras. Por eso, señor Presidente, es una necesidad que se constata en nuestro ambiente latino-americano... que el capitalista que viene al Perú o que viene a los países latino-americanos, conozca sus leyes y que se someta íntegramente a su legalidad, a fin de que no tenga por qué acudir a su representante diplomático o a su gobierno, para la defensa de sus intereses...”

Y más adelante, precisando la adición que enviaba a la Mesa, decía el Constituyente Castillo:

“... Decimos que los extranjeros que establecen industrias en

el Perú, renuncien a toda intervención diplomática para defender sus intereses . . .”.

Esta fue la idea que animó el artículo 17, la cláusula Calvo de nuestro ordenamiento constitucional, hoy sin lugar a dudas discutida y cuestionada por la doctrina (una referencia sobre los problemas que hoy origina este concepto tan debatido, puede verse del jurista chileno Hugo Llanos Mansilla, **Teoría y práctica del Derecho Internacional Público**, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II en prensa).

Pero sin lugar a dudas el artículo 17 cumplió su función, y hoy también le corresponde desempeñar su papel, pero sin ignorar, la actual estructura de la economía mundial. Así vimos cómo en el país se desató una intensa campaña a raíz de la firma de los contratos petroleros con el Japón, en 1974, en el cual el contrato firmado en Tokyo era sustraído de la competencia de los tribunales peruanos. Se dijo, y ello motivó prácticamente una conmoción nacional que dañó al régimen, que el contrato era inconstitucional, y a favor y en contra se dieron muchas opiniones, las cuales fueron lamentablemente acompañadas de actos represivos que son censurables. Pero sin lugar a dudas, el contrato nada tenía que hacer con el artículo 17 de la Constitución del Estado. Se trataba de un crédito hecho por firmas japonesas a empresa peruana debidamente acreditada por la ley, mediante un contrato firmado en Tokyo y por empresas que no estaban constituídas ni domiciliadas en el Perú. El artículo 17, de corte territorialista, no les alcanzaba; el contrato pues no era inconstitucional, pues realizaba una operación que no estaba prevista por la Constitución; y al no estar prevista, no estaba prohibida (el artículo 24 de la Constitución dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe). Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, nada había que reprochar a estos famosos contratos, que tanta polvareda levantaron. Esto puede apreciarse por ejemplo en un reciente libro del cual es autor mi distinguido colega y amigo el doctor Gonzalo Ortíz de Zevallos Roedel (**Entreguismo**, Lima 1978). Quien analice con detenimiento este extenso como prolijo volumen, llega a la conclusión exactamente contraria a la que sostiene el autor del libro. En efecto, la única prueba que se presenta de la territorialidad de las empresas japone-

sas contratantes, es la inscripción de sus poderes en el Registro de Mandatos, así como el teléfono, la dirección, el telex y la oficina que abrieron en Lima. Pero si se analiza detenidamente los documentos que inserta dicha obra, se podrá constatar que todos estos hechos ocurrieron en 1975, es decir, un año después de la firma del contrato, y que además nada prueban sobre la formación o funcionamiento de las empresas en Lima, pues la existencia de un apoderado para los fines de coordinación, nada quita ni nada pone a la esencia del contrato. El hecho de que en Lima exista un delegado del Fondo Monetario Internacional, no significa que el Fondo resida en Lima, ni tampoco que opere en el país. Lo que se demostró en este caso, es simplemente que en la actualidad existen situaciones no previstas ni por Calvo (que enunció el principio hace más de cien años) ni tampoco por la Carta de 1933. Hoy se dan estas realidades a nivel mundial que no podemos ignorar, y a las cuales hay que darles un tratamiento distinto, acorde con los intereses del país, pero sin obligar a las entidades extranjeras a exigencias que hoy no se aceptan. Esta es la verdad constitucional, que corresponde a su espíritu y letra. Lo cual no significa que nosotros avalemos los contratos con el Japón, ni mucho menos glorifiquemos sus efectos ni tampoco el acierto o la sabiduría de sus alcances y perspectivas (lo que deberá hacerse en su oportunidad).

Pues bien, este artículo 17, ha sido textualmente repetido en la Ponencia en mayoría, bajo el artículo 25. Entonces nos preguntamos ¿es que nada ha pasado en el Perú de los últimos años? ¿O es que por ventura queremos que se repitan en los próximos años los lamentables sucesos que vivimos en 1974?. Esto es un error y sin lugar a dudas debe remediarse. Se podría hacer una enumeración más extensa sobre estos aspectos, pero con lo expuesto creemos que es suficiente; además ya el doctor Contreras ha hecho referencias interesantes, sobre las cuales es ocioso volver.

Esto es en términos generales nuestra apreciación sobre esta Ponencia; mis colegas en esta Mesa Redonda tratarán otros temas en profundidad, que completarán y ampliarán mis observaciones.

Podríamos añadir además un aspecto externo, quizá superficial, pero no por ello menos llamativo: mediante un cálculo hecho

un poco empíricamente, al azar, he podido inferir que el conjunto de las Ponencias alcanzan un total aproximado de 500 artículos. De prosperar estos textos, alcanzaríamos un nuevo record: tendríamos la Constitución más larga del mundo (superando a Yugoslavia y a la India). Y esto es preocupante, porque en materia de textos constitucionales, la extensión no es precisamente una virtud.

Hasta aquí nuestro comentario. Se trata si se quiere de una crítica franca, que busca una superación, una mejora. Comprendo por cierto que lo publicado son primeros borradores que más adelante serán perfeccionados, revisados, tamizados, primero en la Comisión Principal, luego en las Plenarias. Pero lo que si es claro, es que se necesita un gran debate a nivel nacional, para poder afinar los conceptos que están en juego. En este sentido, la convocatoria que nos ha hecho el Instituto Peruano de Derecho Bancario puede muy bien ser el punto de partida.

II

EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCION

§ 1

LA NUEVA CONSTITUCION PERUANA (*)

I

El Perú cuenta ya con una nueva constitución: la de 1979. Es la undécima en toda su historia y la tercera del siglo XX, el cual se inició bajo la vigencia de la Constitución de 1860, la más longeva de toda nuestra historia republicana, que fue remplazada por la 1920, con vigencia más literaria que efectiva. Luego vino la de 1933, que con diferentes intervalos y no pocas violaciones ha regido hasta ahora. Esta es pues la que más ha durado en la presente centuria y la que en términos relativos ha tenido mayor aplicación. En la actualidad ha sido remplazada por la Constitución de 1979, que extrañamente sólo entrará en vigor el próximo 28 de julio de 1980.

Como es sabido, son muchas las causas que contribuyen a modificar un texto constitucional, en especial en la América Latina en donde estos textos fundamentales parecen poseer —a ojos del hombre común y corriente— un efecto definitorio sobre todo orden de cosas. En nuestro caso, el factor determinante ha sido la presencia del gobierno militar, que ocupó el poder el 3 de octubre de 1968, y lo retiene hasta ahora.

Este golpe de Estado de 1968, no fue sin embargo un golpe más. Por el contrario, fue clara expresión de un estado de cosas que pugnaba por cambiar desde tiempo atrás. La situación de subdesarrollo del país, la necesidad de efectuar cambios estructurales (en especial en lo referente a la tenencia de la tierra, que permanecía intocada desde décadas atrás) y el régimen político existente,

(*) Publicado en el Boletín mexicano de Derecho Comparado año XIV, número 40, enero-abril de 1982, seguido del texto de la Constitución.

basado en un hibridismo constitucional que había creado un Estado débil, posibilitaron este cambio mediante un acto de fuerza, que en un principio despertó el asentimiento de la ciudadanía.

No es momento oportuno de hacer un balance de lo ocurrido desde 1968 hasta la fecha; pero sí cabe aceptar que ese año representa el fin de una época y el nacimiento de un nuevo período. Los resultados están a la vista: eliminación de la oligarquía agraria, política de nacionalizaciones de los recursos naturales básicos, así como de las industrias que cumplen similar cometido, cambio de la política internacional del Estado, participación de los trabajadores en la dirección y patrimonio de las empresas, entre otros rasgos, cuyos resultados —a veces positivos, otras negativos— no son analizados aquí.

El proyecto militar dura en rigor hasta 1975, fecha en la que se produce el relevo del general Juan Velasco Alvarado, y su remplazo por el general Francisco Morales-Bermúdez C., actual presidente de la República. A partir de entonces, sobreviene una fuerte crisis gestada tiempo atrás que coloca al país en estado de cesación de sus pagos internacionales. La ausencia de divisas y una inflación anual superior al ciento por ciento (100^o/o) en un país habituado a un ritmo anual promedio de 20^o/o, causa graves trastornos de todo orden. El malestar se demuestra en la ola de huelgas que se desatan y paralizan parcialmente al país, y que ocasionan una fuerte represión gubernamental (prisiones, deportaciones, silenciamiento de revistas independientes, etcétera).

Abrumado por la crisis y con una opinión política adversa, el gobierno militar busca la salida hacia adelante: elecciones generales en 1980, pero previamente la elaboración de una nueva constitución que: a) justifique los cambios estructurales realizados, y b) sienta las bases del futuro desarrollo político peruano.

En realidad, una constitución nueva no es sustancialmente necesaria; ya que la antigua podía igualmente ser reformada para ponerla al día; pero los militares imponen esa condición como paso previo de la entrega del poder a los civiles. Consultados los principales partidos políticos, todos ellos asistieron al llamado presidencial y aceptaron participar en una constituyente. Se trató en consecuencia de un hecho que contó con el consentimiento —no

muy libre por cierto— de la opinión pública representada por los partidos políticos. En ese sentido puede decirse que la necesidad de una nueva constitución quedó así sancionada. Y de paso quedó justificado —aunque implícitamente— el proceso militar iniciado en 1968.

II

De los partidos existentes en 1978, sólo Acción Popular no participó en las elecciones para la Asamblea Constituyente. La razón era explicable: su líder y fundador, el arquitecto Fernando Belaunde Terry, ex presidente constitucional de la República (1963-1968) había sido derrocado por los mismos militares que ahora fungían de “constitucionalistas”. El mismo Belaunde hizo un llamado al régimen pidiendo garantías democráticas para el proceso electoral y la futura transferencia y al no obtener respuesta alguna decidió no intervenir, recordando la vieja expresión del presidente Nicolás de Pierola (1895-1899): abstenerse es obrar, que pronunció en sus últimos años de inactividad política.

Las elecciones para la Asamblea Constituyente otorgaron mayoría del 350/o al Partido Aprista Peruano y a su octogenario líder Víctor Raúl Haya de la Torre; le siguió el Partido Popular Cristiano, con el 240/o, dirigido por Luis Bedoya Reyes, un partido conservador de inspiración social cristiana. Gracias a la implantación de la cifra repartidora, los restos fueron ocupados por minifrentes y minipartidos. De estos últimos, un 300/o aproximadamente lo formaba la abirragada masa de representantes marxistas de todos los matices, que se autotitularon “la izquierda” (prosoviéticos, maoístas, castristas, troskystas, etcétera). De composición tan heterogénea surgió una asamblea plural. Los compromisos para lograr la mayoría en las votaciones se refleja en el texto aprobado; inmensamente largo y reglamentista (307 artículos y 18 disposiciones transitorias) y de carácter marcadamente ecléctico.

La Asamblea Constituyente eligió en sus juntas preparatorias como su presidente a Víctor Raúl Haya de la Torre, a quien ya por entonces le aquejaba una grave enfermedad que lo inhabilitaría a partir de marzo de 1979 y hasta su fallecimiento, ocurrido el 2 de agosto siguiente, ante la consternación de su partido.

El ambiente político en que se desarrolló la asamblea durante el año que duraron sus labores, no puede menos que calificarse de precario. En sus puertas se congregaban día a día mitines de protesta contra el régimen militar y contra el alza del costo de vida, que golpeaba fuertemente a las clases populares.

Por otro lado, la asamblea, poder jurídico por excelencia, tuvo que coexistir, en extraña convivencia, con el gobierno militar de facto, que continuaba expidiendo leyes (en realidad, y dentro de nuestra tradición, decretos-leyes). La Asamblea era, pues, superior al régimen castrense, pero se encontraba impotente frente a él por lo que no faltaron los enfrentamientos entre ambos.

Si bien en algún momento el presidente Morales-Bermúdez declaró que la asamblea constituía un “puente hacia la democracia”, en vista de las situaciones conflictivas que en ésta se creaban, declaró a los periodistas que el “puente se podía romper”.

No obstante las amenazas que se cernían en torno a este experimento insólito, la asamblea concluyó sus labores a tiempo y el 12 de julio de 1979 promulgó (si es que puede hablarse de promulgación), la nueva constitución, que contenía en sus disposiciones generales y transitorias varias disposiciones de aplicación inmediata que motivaron observaciones de parte del régimen. Cerradas sus sesiones el 13 de julio de 1979, el gobierno empezó a preparar al país para las elecciones generales del 18 de mayo de 1980, mientras los partidos políticos hacían otro tanto. La nueva constitución, mientras tanto, se encuentra en suspenso, en espera del nuevo régimen civil.

III

Entre todos los hechos registrados durante el período de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, es muy significativo destacar la visita del rey de España, Juan Carlos I, quien se hizo presente en el recinto parlamentario, en el cual pronunció un medular discurso el 23 de noviembre de 1978. Tal visita era interesante históricamente por varias razones: a) se trataba de la primera vez que un rey de España visitaba tierras peruanas, el antiguo Virreynato del Perú, b) el ilustre visitante traía el mensaje de una

España democrática, en trance de constitucionalizarse, y c) el mensaje real pretendía restablecer una comunidad iberoamericana de naciones.

En su discurso, Juan Carlos I abogó por una comunidad de ideas constitucionales, ponderando el antecedente de las Cortes de Cádiz (1812) en el cual participaron varios delegados peruanos, siendo uno de ellos presidente de dichas Cortes, y emitiendo una velada censura al régimen constitucional francés, en tanto había sido tomado como modelo por las repúblicas latinoamericanas, pese a la conocida inestabilidad institucional que ha caracterizado al país galo.

A continuación el rey señaló que:

A lo largo de su historia, los pueblos iberoamericanos se han mostrado capaces de aportar nuevas instituciones al campo constitucional. Pienso por ejemplo en el recurso de amparo, surgido originalmente en México y que se ha extendido a otros órdenes constitucionales, siendo recogido por las Constituciones españolas de 1931 y 1978.

Entre otras consideraciones, el rey español hacía referencia a la fiscalización judicial de la constitucionalidad de las leyes, que aunque surgida en Estados Unidos, había sido constitucionalizada por los países iberoamericanos con anterioridad a las cartas europeas.

IV

Varias fueron las influencias sufridas por la Asamblea Constituyente en la elaboración del texto constitucional; unas de orden fáctico, otras de orden ideológico o teórico. Las primeras son, sin lugar a dudas, la experiencia política de los últimos años (Estado débil, dictadura militar) que la llevó a superar el hibridismo constitucional de la carta magna de 1933, reforzando al presidente de la República y en general al ejecutivo, para evitar futuros golpes de Estado.

La crisis económica —la más grave del siglo— convenció a la asamblea para diseñar un Estado-providencia, de suerte tal que en su parte “dogmática”, la nueva carta es una verdadera cartilla de

promesas, que pueden convertir al Estado peruano en un futuro mercader de ilusiones.

En lo ideológico, los constituyentes quedaron encandilados con el constitucionalismo europeo de posguerra, al que conocieron no en los tratados ni en la exégesis doctrinal, sino de la rápida lectura de los textos mismos. Así, fueron devorados las constituciones, alemana de 1949 y la italiana de 1947, y el proyecto español de 1977 (no así la carta sancionada en 1978).

Los derechos humanos también estuvieron a la orden del día, y por ello, los pactos internacionales de Naciones Unidas (derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales) así como el Pacto de San José de Costa Rica, fueron constitucionalizados. Algunas constituciones latinoamericanas fueron también revisadas: la mexicana de 1917 y la venezolana de 1961. La influencia argentina y la francesa fue indirecta, a través de fuentes de segunda mano.

A diferencia de congresos constituyentes anteriores, no hubo proyecto oficial ni extraoficial de constitución. Tampoco tuvo la asamblea asesores, aun cuando llamó y escuchó a diversos sectores y personalidades. La asamblea, pues, no contó con asesores que orientasen o revisasen su obra. La gentil colaboración remitida por el profesor Albert P. Blaustein, a instancia nuestra, no fue tomada en cuenta; no obstante que este profesor de Rutgers University, es editor de la más completa colección de constituciones del mundo, en catorce volúmenes.

Recién instalada la asamblea, se crearon comisiones especiales, que se encargarían de redactar los anteproyectos de cada uno de los títulos de la futura carta. Estos anteproyectos parciales serían elevados —como en efecto se hizo— a la Comisión Principal de Constitución, que fue la encargada de coordinar y pulimentar los diversos sectores que culminaron en el proyecto publicado el 2 de abril de 1979. En ese mes se inició el debate constitucional propiamente dicho, que terminó en junio de 1979 y fue aprobado días después, como ya hemos señalado.

Desde el punto de vista formal, el texto de la nueva carta no es digno de encomio. Es reglamentista, vago en muchas de sus

partes e incluso contradictorio en diversos preceptos; utópico en muchos de sus dispositivos y en general adolece de ausencia de técnica legislativa por su carácter fuertemente ambiguo. Desde este punto de vista, es comparativamente inferior a anteriores textos constitucionales que ha tenido el país, aun cuando tenga la ventaja de la modernidad en muchos de sus planteamientos (lo que es explicable por el momento en que se debatió). Hay pues serias dudas sobre su real vigencia en un futuro próximo; pero por lo menos ha posibilitado la vuelta de los militares a sus cuarteles, lo que ya es bastante. El resto dependerá de la voluntad de los políticos.

V

La nueva Constitución se inicia con un preámbulo, que es una hermosa declaración de intenciones. Le sigue un largo título dedicado a los derechos fundamentales, que glosa en parte el proyecto constitucional español y los pactos de Naciones Unidas, ya mencionados. La terminología ha sido cambiada, pues al revés que en textos anteriores, ya no se habla de garantías individuales y sociales (aunque la contradicción aflore en el inciso a del artículo 231), sino de derechos fundamentales, que es lo correcto. Sigue un apartado dedicado al Estado y la nación, en el cual se hace por vez primera una referencia a la zona de 200 millas marinas que el Perú proclamó en 1947, y para cuya redacción se tuvo en cuenta el texto integrado oficioso para fines de negociación, objeto de la actual Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Existen en esta primera parte algunas disposiciones sorprendentes, como el artículo 11, que ofrece sepultura gratuita a quien carece de medios para ello (letra muerta para un Estado en crisis que no puede atender ni siquiera sus fines más elementales). Pero por otro lado se introducen aspectos novedosos: se constitucionaliza los partidos políticos, se otorga el 20º/o del presupuesto para el sector educación; se establece la nacionalidad latinoamericana (de acuerdo a los tratados que se celebren), y se apoya la integración regional (y en definitiva al Pacto Andino). Se establece la separación —aunque amistosa— entre Iglesia y Estado (acorde con las recomendaciones del Segundo Concilio Vaticano), se insertan

artículos expresos contra los gobiernos de facto, y se constitucionaliza el derecho a la insurrección.

El régimen económico establece una “economía social de mercado” (artículo 115) que los sectores marxistas han calificado de “constitucionalizar el capitalismo y las transnacionales”; argumento endeble, pues no creemos que los textos constitucionales puedan crear un determinado sistema económico. Este capítulo es quizás el que más polémica ha suscitado, sobre todo por razones ideológicas, lo que ha motivado a algunos a calificar de “derechista” el nuevo texto, lo que consideramos excesivo.

VI

Interesante innovación ha significado la parte dedicada a los poderes del Estado. En cuanto al ejecutivo, éste ha sido reforzado considerablemente, en vista de la fragilidad que sobre el tópico reflejó la carta de 1933. El legislativo ha sido precisado en sus funciones; se le ha dado intervención en numerosos actos del presidente (como la ratificación de embajadores por el Senado, al igual que los Estados Unidos) y se ha privado al parlamento de toda capacidad para decidir gastos.

Sólo la cámara baja (diputados) puede censurar a los ministros de Estado (los secretarios en la legislación mexicana) y sólo ella puede ser disuelta (novísima introducción, aun cuando seriamente matizada). Se ha creado una comisión permanente durante el receso parlamentario, precisándose la delegación legislativa (mediante decretos legislativos, tomados del ordenamiento italiano) y se establece que en el Senado estarán representadas las regiones (cuando éstas se constituyan). Existe pues *in nuce* un proceso de diferenciación entre ambas cámaras, que es de esperar que se acentúen en el futuro.

Al poder judicial se le destinan el 20/o de los gastos corrientes del presupuesto; se crea el Consejo Nacional de la Magistratura (siguiendo el ejemplo de Italia a fin de reemplazar el Consejo Nacional de Justicia introducido, con tan mala experiencia, por el gobierno militar). Por último, se eliminan los fueros privativos (artículo 233) y se confirma la existencia del fuero militar, exclusivamente para los miembros de las fuerzas armadas (y no pa-

ra civiles, como ocurría hasta ahora).

Se añade finalmente una nueva institución: el ministerio público, mezcla del **Ombudsman**, del fiscal latino y del **Attorney** sajón.

VII

Novedoso y positivo es el título dedicado a las “garantías constitucionales”, tomado de la carta italiana del 47. Aquí se señalan tres de estas garantías: a) **habeas corpus**, existente en el Perú desde 1897, y destinado únicamente a proteger la libertad individual, b) amparo, destinado a tutelar los demás derechos fundamentales, distintos de la libertad individual, y c) acción popular para impugnar decretos, reglamentos y resoluciones de carácter general, repitiendo así el concepto expuesto en la Constitución de 1933 (artículo 133).

Dentro de este cuadro, llama la atención el replanteo de estos medios procesales, así como la constitucionalización del amparo, de origen mexicano, pero adoptando la versión argentina.

En cuanto al control de la constitucionalidad, se adopta un sistema mixto. Por un lado, se consagra la vía incidental o prejudicial (artículo 236), de carácter difuso y con alcances **interpartes**. Por otro, se introduce un control concentrado, **erga omnes** a través del Tribunal de Garantías Constitucionales (nombre inadecuado, tomado del proyecto español, pues ha debido usarse el de tribunal constitucional).

Este tribunal tiene además (artículo 298) la facultad de conocer en casación las resoluciones denegatorias de **habeas corpus** y amparo, agotada previamente la vía judicial.

VIII

La somera reseña que hemos efectuado de la nueva constitución peruana, nos lleva a la conclusión de que ésta requiere de numerosas leyes reglamentarias para su adecuada puesta en marcha (pensamos solamente en las leyes orgánicas que la misma Constitución reconoce para la regionalización, el ministerio público, el poder judicial, el tribunal de garantías constitucionales, etcétera), lo que en la práctica puede diferir **ad calendas graecas** el cumpli-

miento integral de la Constitución, la que podría convertirse, según la feliz expresión de Löewenstein, en una constitución nominal.

Es responsabilidad de los futuros legisladores trabajar arduamente para que esta adecuación no demore, y sobre todo, es tarea de los partidos políticos, promover reformas adecuadas así como respeto a la nueva carta —aun con sus limitaciones— y lograr que se observen estas nuevas “reglas de juego”, que abre una nueva posibilidad para una democracia constitucional entre nosotros.

Lima, diciembre de 1979.

§ 2

CONTROL CONSTITUCIONAL (*)

Agradezco muy de veras las generosas como excesivas palabras de mi dilecto amigo el Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos, Decano de nuestro ilustre Colegio. Y a fin de no alargar más el encuentro de esta noche, tan importante por tantos conceptos, quisiera empezar esta pequeña disertación haciendo una brevísima referencia a quien me antecedió, el Dr. Alfonso Benavides Correa, quien en mi opinión ha puesto de relieve un aspecto sumamente importante que creo ayudará a entender mejor lo que vamos a exponer después.

El Dr. Benavides Correa ha hecho mención a lo que técnicamente pueden llamarse los factores externos condicionantes de la vigencia de una Constitución. Es decir, el mundo del derecho no es como creían nuestros utópicos juristas del siglo pasado una realidad autónoma, con una fuerza coercitiva propia. La norma jurídica no es un producto de laboratorio ni tampoco nace en la mente de unos cuantos privilegiados, sino que es un producto social y está dirigido hacia un todo social. En consecuencia, el Derecho como conjunto de normas está prendido de un contexto social y a ese contexto social lo tiene que encauzar y evidentemente la vigencia del Derecho supone la preexistencia de determinados condicionamientos de origen social, político, económico, cultural sin los cuales no puede existir, no puede tener vigencia. Es decir, el Derecho y digamos más concretamente la Constitución, no puede existir y no puede funcionar sino existen previamente factores externos que condicionan su funcionamiento.

Veamos el caso concreto de un Derecho plenamente consagrado. Todo el mundo, por ejemplo, tiene derecho a interponer

(*) Conferencia en el Colegio de Abogados de Lima, publicada en la Revista del Foro, Nº 2 - 3 - 4, abril - diciembre de 1979.

una acción de Habeas Corpus en caso de que sea privado arbitrariamente de su libertad; sin embargo de un análisis estadístico que he efectuado sobre los Habeas Corpus interpuestos en el Perú de los años 33 al 73, he llegado a la conclusión de que en el Departamento de Madre de Dios jamás se interpuso alguno. ¿Qué significa esto? ¿Que no hubo gente detenida en Madre de Dios? ¿Que no hubo atropellos en Madre de Dios? No, sino que simplemente no había capacidad de interponerlos. O sea, existiendo el Derecho no se daban los supuestos mínimos de cultura, educación cívica, medios económicos, etc. que permitiesen a aquellos vejados en sus derechos el poder hacer defensa de los mismos.

Este es el aspecto fundamental que debe ser rescatado, que creo es lo más valioso de la intervención del Dr. Benavides Correa, o sea, detectar que la Constitución de por sí no puede funcionar, sino que está sujeta a una determinada dependencia, a una determinada cantidad de factores que hacen posible su funcionamiento. Y esto precisamente es uno de los graves yerros que se advierte en el proyecto constitucional. Los señores constituyentes, no diría que todos, pero sí casi todos, piensan que con esta Constitución se ha logrado la octava maravilla del mundo y que su sola aprobación servirá para imponer en el Perú el orden de la justicia, de la libertad y la plenitud de vigencia de los derechos fundamentales. Esto es absolutamente falso y utópico. Precisamente, por desconocer que el Derecho opera bajo determinados supuestos, es que se están cometiendo los errores que se está cometiendo, un texto meramente declarativo; sumamente lírico. La Constitución en consecuencia tiene supuestos externos que son los que van a condicionar su vigencia; sobre esto es lo que se ha llamado precisamente la atención en esta noche (1).

Yo voy a entrar a una parte más modesta, porque el Derecho en cuanto orden normativo, en cuanto orden coercitivo tiene un papel muy modesto. Los abogados estamos acostumbrados a pensar que con el Derecho hacemos todo; yo creo que si algo nos han enseñado las modernas ciencias sociales es un poco de humildad

(1) Esta conferencia es de abril de 1979; la Constitución se sancionó en julio del mismo año, y se introdujeron en ella diversas modificaciones en temas a los que aquí se hace referencia (Nota de 1987).

con respecto a los alcances, a la eficacia y a la vigencia del Derecho. Entonces voy a tratar parte de los aspectos internos, o sea, de aquellos aspectos de orden estrictamente internos, estructurales, que posibilitan la vigencia de la Constitución.

Una Constitución tiene plena realidad cuando tiene dos factores que funcionan bien. Uno es el factor externo, el condicionamiento externo, otro es el factor interno, o sea, las características que hacen que ella funcione. Externamente hay una serie de trabas y problemas que ya han sido mencionados. Internamente también las hay. ¿Cuáles son estos factores internos que facilitan el funcionamiento integral de una Constitución? Sin que esto sea definitivo sino simplemente referencial y sujeto a otra serie de factores, éstos son los que tradicionalmente están englobados bajo el nombre o bajo el rótulo de Control Constitucional. Esta frase de control constitucional es un concepto que han elaborado los juristas franceses para determinar en términos generales cómo se puede hacer respetar aquellos derechos o aquellas normas que establece la Constitución, que son fundamentalmente dos: la vigencia de los derechos fundamentales, los que tradicionalmente se llaman derechos humanos, y la vigencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, o sea la primacía de una Constitución sobre una ley o sobre un reglamento o sobre una resolución. Esto es en términos generales lo que se llama Control Constitucional, y que los autores italianos, por ejemplo, llaman jurisdicción constitucional (la capacidad de decir un derecho de orden constitucional) o lo que algunos, como Schmitt llama la defensa constitucional, y en nuestra América, Fix-Zamudio denomina Justicia Constitucional.

Pues bien, este control constitucional está referido fundamentalmente a la defensa de la Constitución por medios internos, inherentes a ella misma. Se supone evidentemente que existen otros condicionantes, otros factores que la hacen posible, pero esto no es estudiado estrictamente dentro del orden jurídico o por la ciencia jurídica, sino es analizado como un condicionamiento externo. Estos aspectos internos están englobados en términos generales bajo el concepto de control constitucional, y este control está dirigido fundamentalmente a dos grandes rubros. Uno bastante tradicional, el de los Derechos Humanos, también llamados Dere-

chos Fundamentales y un rubro muy importante relativamente reciente, que es el problema de la supremacía constitucional, el problema de la vigencia de la Constitución sobre las demás normas de inferior jerarquía.

A fin de comprender exactamente cómo funciona este control constitucional es preciso tener presente que existen sobre el control diversas modalidades o diversos sistemas. Vamos a ser sumamente breves porque este campo es inmenso, pero podemos dar las siguientes caracterizaciones generales.

Se reconoce en la doctrina que en cuanto a control constitucional existen tres grandes sistemas o modelos. Existe el sistema o el modelo llamado europeo, el llamado americano o el sistema americano y el modelo o sistema llamado político.

El modelo europeo es relativamente reciente, pues surge después de la Primera Guerra Mundial. Es creación de un gran jurista muy conocido por todos nosotros que se llama Hans Kelsen. Kelsen había sido asesor del Ministro de Guerra del imperio austro-húngaro; ustedes saben que antes de surgir Austria como país, existía el gran imperio austro-húngaro y al declararse la República el año 1918, Kelsen como asesor del Canciller de la nueva República propició dentro de la Constitución que se estaba debatiendo, la creación de un Tribunal Constitucional (2). Este Tribunal Constitucional estaba dirigida precisamente, entre otros aspectos, a analizar el problema de la constitucionalidad de las leyes, de los decretos y de los reglamentos y a cautelar los problemas jurisdiccionales que existían entre los fueros administrativos y los fueros judiciales, así como los problemas que surgían entre los Estados entre sí, porque Austria es un país federal. Esta idea germinal de Kelsen, ocasionó más tarde una polémica con ese famoso jurista alemán Carl Schmitt, que tiene una obra traducida al castellano muy conocida: la "Teoría de la Constitución". En esta famosa polémica, se delinearon una serie de conceptos, pero a la larga el concepto kelseniano, o sea crear un organismo especial para cautelar entre otras cosas la supremacía constitucional, tuvo amplia acogida. Tan es así, que por la influencia austríaca se crearía en 1920, un Tribunal Constitucional en Che-

(2) Fue formalmente creado en enero de 1919, y más tarde incorporado a la Carta de 1920.

coslovaquia. La Constitución austríaca rigió hasta el año de 1934 en el cual como ustedes saben, al ser invadida por los nazis, perdió totalmente su vigencia. Esta Constitución fue restablecida en 1945 y está todavía vigente en la Austria Federal de hoy día. Austria como país es reciente, pero es un país desarrollado, y como todos los países desarrollados no acostumbra cambiar de Constitución, salvo por causas muy graves. Austria por ese motivo no ha cambiado su Constitución. El año 20 se promulgó solemnemente esta Constitución y se designó para integrar su Tribunal Constitucional a diversos magistrados provenientes de la misma magistratura o del elemento profesoral elegido por el órgano legislativo; entre éstos estuvo Hans Kelsen que fue su miembro del año 1921 al año 1930, época en la cual por la persecución y la hostilidad a los judíos que en esa época existía en Austria, tuvo que abandonar su nativa Viena y refugiarse en Colonia e iniciar un periplo que acabaría solamente en Berkeley, EE.UU., donde falleció en 1973.

Este es el llamado modelo europeo. Tuvo naturalmente algunas repercusiones, sobre todo en Europa, por eso es que se conoce como modelo europeo o como algunos lo quieren llamar “modelo Kelseniano” (en España se instaló en 1931 como Tribunal de Garantías Constitucionales).

Ahora bien, ¿cuál es la explicación del modelo europeo? ¿Por qué en Europa Kelsen propició con éxito, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, estos tribunales especiales encargados, entre otros aspectos, de la supremacía constitucional? ¿Por qué este modelo kelseniano tuvo tanto eco en Europa? ¿Por qué hoy día se ha repetido en gran escala en países como en Alemania, por ejemplo, en países como Italia que es un prototipo de las de su género, en países como Francia con algunas modalidades en la República del 46 y luego en la del 58; en países como España, hoy en la Constitución democrática de 1978?. La explicación hay que verla en la historia. Y sucintamente puede decirse que es la siguiente. Tradicionalmente en la Europa pre-revolucionaria (estoy hablando de la revolución francesa) había una unión de poderes. El rey prácticamente tenía la suma de poderes y entre ellos estaba la de administrar justicia. Entonces la gran conquista de la revolución francesa fue, entre otros aspectos, crear o difundir (porque ya existía desde antes en el pensamiento de Locke) la idea de que los po-

deres son separados y, en consecuencia, quien aplica la ley es distinto del que da la ley y es distinto del que la aplica. Entonces, se empezó a desconfiar de toda persona con poder y se cayó en la ilusión de que la ley era la verdadera salvaguardia de los derechos del ciudadano, ilusión en parte fundada. Entonces con la idea de que no podría permitirse que ninguna autoridad tuviese esa facultad decisoria que hacía recordar la odiada figura del rey, simplemente se dijo que era la ley la que era la salvaguarda de todos los ciudadanos. Entonces, al ser la ley nadie podía modificar la ley, y al ser la ley la expresión de la Asamblea, el Parlamento pasó a ser la gran autoridad, el ente más representativo de todo el Estado. Entonces el juez no podía alterar la ley y de ahí viene la célebre frase de Montesquieu en su libro "Espíritu de las Leyes" en la cual dice que el juez es simplemente (dice estas terribles frases) la boca que pronuncia las palabras de la ley, ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor. Y por eso es que durante muchos años, más de un siglo en Europa, todavía parcialmente, existe la idea de que el juez no puede modificar la ley, no puede alterar la ley, no puede ir más allá de la ley que es un mandato soberano. Entonces para sortear ese impasse histórico-doctrinario, Kelsen pensó en crear un organismo especializado que tenga esta alta función y que estaría concretado en una Constitución. Entonces el Modelo Europeo nace de una coyuntura histórica, política, jurídica muy precisa y con eso evidentemente ha logrado en gran parte su objetivo y también ha logrado transplantarse a otros medios.

El modelo americano es un modelo totalmente distinto, es el modelo que nace en Estados Unidos, porque aunque quizá hoy día parezca risueño, los EE.UU. fueron revolucionarios en su época. Entonces, ellos crearon formas muy importantes para la organización del Estado, para la política y en general para el Derecho y para el Derecho Constitucional. El aporte que ha hecho los EE. UU. al Derecho Constitucional es considerable, casi tan importante como los que ha hecho Inglaterra, no tanto evidentemente, pero son importantes; por lo pronto creó el régimen presidencial. Entonces, dentro de ese régimen presidencial que ellos vivían había sin embargo un orden jurídico muy disperso que venía de Inglaterra, un orden jurídico que no era codificado, que no era orgá-

nico, sistemático y rígido, como era el Código Napoleón por ejemplo, pero existía una serie de precedentes, costumbres judiciales, de resoluciones, o sea un cuerpo flexible que se iba haciendo con la costumbre, con el uso diario. Entonces, dentro de esa amalgama de precedentes judiciales, de órdenes dadas por los jueces, de jurisprudencia, ¿quién era la persona que decidía las cosas? Era el juez; el juez era el que decidía; la ley era lo que el juez decía. Como no habían leyes unificadas ni códigos sino una amalgama de principios más o menos reiterados, jurisprudencia muy antigua y hasta contradictoria, se pensó que el juez era realmente el hombre que desentrañaba la ley, el hombre que encontraba el espíritu de la norma, y esto naturalmente dentro de la tradición del sistema jurídico llamado **common law** que es totalmente distinto al sistema europeo que nosotros hemos heredado, que es un sistema romanista, un sistema basado en la ley y en los principios que heredamos de Roma. Entonces, en este ambiente anglosajón, cargado de herencia británica, el juez fue un elemento muy importante. Dentro de ese elemento los jueces fueron creando Derecho; es por eso que en EE.UU. existen teorías muy importantes que nos dicen que precisamente lo que importa en todo orden jurídico es lo que dicen los jueces, porque los jueces son en última instancia los que dicen lo que es la ley. Uno de ellos el gran juez John Marshall, un hombre genial y extraordinario, casi desconocido entre nosotros y que fue Presidente de la Corte Suprema de los EE.UU. durante 35 años, tuvo esa idea feliz de declarar que entre los conflictos de leyes y ante el problema de la vigencia de la Constitución o de la ley, debía el Poder Judicial dirimir el conflicto, y así lo hizo en una célebre sentencia de 1803. Y bien, esa doctrina se continuó, y tan se continuó que se ha hablado en EE.UU. que existe una dictadura de 9 ancianos, porque nueve son los miembros de la Corte Suprema Federal. Y Hughes, que fue gobernador de New York y político destacadísimo y más tarde Presidente de la Corte Suprema Federal, dijo una frase casi sarcástica: “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Este es el modelo americano que ha otorgado esta función de control al Poder Judicial, a diferencia del modelo europeo que ha otorgado esta función de control a un órgano especial.

Existe por último un sistema político. Un sistema político que sostiene que el control debe realizarlo el Parlamento, el control debe realizarlo el Poder Legislativo, porque encarna la soberanía popular, en consecuencia es él el que debe realizar el control. Y esta teoría nace en una de las famosas revueltas de fines de siglo XVIII de la Francia revolucionaria, en la cual en una de sus numerosas constituciones y en una de sus asambleas se establece que el poder de control debe ejercerlo la Asamblea Nacional, o sea el órgano legislativo. Esta teoría del control político prácticamente no existe ya en el Occidente, salvo en algunas variantes en donde convive con otras formas, pero se ha extendido en forma totalmente rápida y asombrosa a los países del área socialista; en esos países el control no lo tienen ni los tribunales ordinarios en el Poder Judicial ni tampoco lo tiene un órgano especializado, sino lo tiene fundamentalmente el órgano político. Si revisamos las constituciones de los países socialistas, podemos darnos cuenta de que es la Asamblea Popular o como se le llame según las diversas tradiciones, la que tiene la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, entre otros aspectos más relacionados con la vigencia de la Constitución.

Estos son los tres grandes modelos, que no son puros evidentemente, porque el derecho no es puro sino que está mezclado con la política, con la moral, con lo educativo, con lo cultural, etc., estos modelos se han extendido con una serie de variantes. No hay una ubicación geográfica exacta porque el modelo europeo por ejemplo está extendido hoy curiosamente a países que no pertenecen al sistema jurídico europeo, como es el caso de Yugoslavia y Checoslovaquia. Yugoslavia desde el año 63 y Checoslovaquia desde el año 68 tienen un tribunal constitucional para similares funciones, o sea que no obstante estar influenciados por el modelo marxista que orienta a este tipo de repúblicas, sin embargo han tomado para sí este tipo europeo netamente de entreguerras, creación original de este gran jurista que fue Hans Kelsen. A su vez, el modelo americano aun cuando se ha dado fundamentalmente en América, sin embargo también se ha extendido; porque curiosamente, conjuntamente con las victorias norteamericanas, fueron no solamente las bayonetas sino también

las instituciones y el ordenamiento jurídico. Un caso típico por ejemplo, es el Japón. Ustedes saben que la Constitución japonesa del año 47 fue una hechura de Mac Arthur que la impuso y está vigente hasta ahora. Pues bien, ahí está el modelo americano en el Asia, donde no debería estar, pero ahí está y así funciona a su vez el modelo político que los autores califican como modelo socialista, porque está afincado fundamentalmente en la tradición de los países socialistas y sobre la base de la Constitución Soviética del 36 (que ya no está vigente pero que fue la matriz para una serie de constituciones socialistas); sin embargo hoy en día se ha extendido también a otros continentes. La última Constitución de Cuba, la de Cuba actual, la Cuba de Fidel Castro, es una Constitución que ha incorporado este modelo político.

Estos son los orígenes, los grandes esquemas de estos tres modelos, pero no son absolutos, simplemente son referenciales y nos dan cuenta de la variedad de las intenciones y de las peculiaridades en las cuales cada una de ellas fue surgiendo.

Dentro de todo este gran panorama, ¿dónde está el Perú?. Evidentemente, nosotros, y hay que decirlo muy claramente, estamos dentro del modelo americano. Estamos dentro del modelo americano porque hemos vivido siempre, por razones económicas o políticas o de imitación (hasta hace algunos años) un poco mirando el ejemplo de los EE.UU.

Cuando nos emancipamos el año 1821, teníamos solamente un ejemplo que seguir que era EE.UU.; EE.UU. era en esa época unas cuantas colonias de granjeros, de gente trabajadora y sencilla, que simplemente habían roto con un gran imperio como era el inglés. Entonces, nosotros lo seguimos y copiamos de ellos una serie de cosas, entre otras las dos Cámaras (en EE.UU. hay dos Cámaras, pero una de ellas es Federal y otra de la población, es decir, tienen distinto fin, pero la copiamos) y sobre todo crearon la figura del Presidente de la República, ésto es algo típico que no existía en Europa. La creó EE.UU. y nosotros la tomamos. Entonces, en EE.UU. vimos el ejemplo en el orden político constitucional en el siglo XIX y esa impronta quedó. Durante el siglo XX ha habido otras influencias: francesa, italiana y algunas de sus

derivados como la española. La Constitución española del año 31 fue leída acá por los constituyentes el año 31; como ahora están leyendo la Constitución española del año 78, pero no en su texto definitivo sino el proyecto del 77, lo cual les va a traer graves problemas como veremos a continuación.

Entonces, nosotros hemos seguido bajo este modelo, hemos seguido esa orientación, y más o menos así ha funcionado. Esto significa que en términos generales el control constitucional ha estado encargado al Poder Judicial.

¿Qué es lo que está sucediendo con el proyecto constitucional? El proyecto constitucional parte en mi opinión de una desconfianza total del actual estado de cosas y sobre todo de una desconfianza total del Poder Judicial. Entonces, revisando, las constituciones modernas han tenido en cuenta las constituciones europeas y han tomado mucho del constitucionalismo europeo, sobre todo el más novedoso que es el de postguerra, o sea la constitución alemana, la constitución francesa, la constitución italiana, que han incorporado esta figura del Tribunal Constitucional na, y han creado esta figura del Tribunal Constitucional que sería fundamentalmente el encargado del control constitucional. Ahora bien, existen dos aspectos que ver; uno si se quiere simple, que es el de orden semántico, otro es un problema de fondo. Desde el punto de vista de la nomenclatura de este Tribunal, hay que llamar la atención sobre el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales que es una creación española. ¿Por qué llegó a España el año 31?. Llegó a España el año 31 porque curiosamente en España, que aunque todavía no era parte de Europa tenía mucha influencia europea, habían muchos juristas que habían ido a estudiar derecho a Viena atraídos por la fama de Kelsen, quien ya era famoso en esa época. Entonces algunos juristas muy eminentes y otros que iban a serlo después como Recaséns Siches, como Legaz Lacambra que inclusive publicó un grueso libro sobre Kelsen el año 31, fueron a estudiar a la Viena de Kelsen quien les transmitió sus ideas y una de ellas fue crear un órgano autónomo que se encargase del control constitucional. Entonces, idearon trasplantar esta idea kelseniana a la Constitución Española. No hubo más fórmula que simplemente darle un nombre español y pensaron llamarlo Tribunal de Garan-

tías, porque tenía un sentido emotivo, un sentido clásico, pero no porque renegasen de la idea fundamental. Hoy en día este nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, está en retroceso; porque la doctrina procesal y la doctrina constitucional han llegado a una diferenciación de la cual todavía no se han dado cuenta los miembros de la Asamblea Constituyente y es que la doctrina está diferenciando lo que son los derechos de lo que son las garantías.

Nosotros en la Constitución de 1933 hablamos de garantías; garantías individuales y garantías sociales, pero técnicamente se considera garantía únicamente al instrumento que permite lograr la consecución de un fin. Entonces, si cuando decimos “todo hombre es libre” señalamos que es una garantía, estamos cayendo en un error, porque eso es una declaración que otorga a alguien una facultad, o sea un derecho, mientras que la garantía será el medio que permitirá hacer respetar ese derecho. Entonces, las garantías son los instrumentos procesales, como es el Habeas Corpus, o el Amparo, esto es, aquellos medios que utilizamos para defender algo, pero lo que llamamos garantías constitucionales en el lenguaje tradicional nuestro, lenguaje equívoco y erróneo que tomamos de Francia y ya está superado, son en realidad derechos de la persona; derechos de índole social, individual, económica, etc., pero son derechos porque son facultades, son reconocimientos y aquellos con los cuales los protegemos son las garantías, porque ellas sí garantizan algo, porque al ser medios protectores están garantizando un derecho, porque del simple enunciado “yo puedo andar libremente” no se desprende que esté garantizado, eso no es ninguna garantía, eso es un derecho que necesita de un instrumento protector para su realización, ese instrumento se llama garantía. Entonces, partiendo de este hecho fundamental que ha sentado la doctrina, cuando se discutió el proyecto constitucional en España, se utilizó primero el concepto de Tribunal de Garantías Constitucionales, que más tarde y más adecuadamente fue sustituido por el más correcto de Tribunal Constitucional, tal como aparece en el texto definitivo de la constitución española de 1978, que parece haber pasado desapercibido por los constituyentes, que no han introducido idéntica corrección en nuestro texto constitucional.

El problema de fondo, es que esta institución, con la cual simpático, al ser transplantada a nuestro medio, ha sido desnaturalizada y en vez de traer un nuevo orden, va a causar serios trastornos en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar su ubicación en Arequipa no tiene sentido, porque el 50% de los abogados se encuentran en Lima, y porque además no va a contribuir a descentralizar nada a pesar de las sanas intenciones de los autores del proyecto.

Creo, que lo más grave dentro de la estructura del proyectado Tribunal es que constituye una cuarta instancia, colocándose por encima de la Corte Suprema y propiciando un verdadero caos al eliminar, prácticamente, la cosa juzgada. Así vemos, que este Tribunal puede conocer los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo; así como las resoluciones judiciales firmes. Quisiera creer que la presión de las sesiones es la que ha impedido analizar la gravedad de estos enunciados pues tal como está estructurado este Tribunal no creo que resuelva los problemas que se le han encomendado. Es importante por otro lado no recortarle sus facultades al Poder Judicial, el cual puede perfectamente coexistir con ese Tribunal Constitucional, siempre y cuando éste sea redimensionado.

Pensamos que todavía hay tiempo para corregir estos errores. Hay voces autorizadas que ya han hecho saber sus opiniones y sólo esperamos que sean escuchadas.

§ 3

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS EN LA NUEVA CONSTITUCION (*)

Para comprender el papel que juega el Consejo de Ministros en un determinado regimen político, es necesario saber con cierta aproximación teórica, dentro de qué modelo puede ser ubicado y sobre el cuál —en principio— funciona. Para esto es preciso tener presente que en líneas generales en Occidente nos movemos bajo dos sistemas definidos: el presidencialista y el parlamentarista (1). De acuerdo al primero, el sistema constitucional se encuentra representado y conducido por un titular que es el Presidente de la República, a quien se sindicca como Jefe de Estado, el cual a su vez está rodeado de colaboradores, que se denominan, según las tradiciones, Ministros (así en Francia e Italia); o Secretarios (así los Estados Unidos y México). En este sistema, que es por lo general el que prima en la América Latina, por tradición histórica, por mentalidad, y acaso por necesidad (2), el peso político de la conducción del gobierno recae sobre el Presidente de la República; sus Ministros son sus consejeros y dependen de él; reunidos forman el Consejo de Ministros, que tiene un Presidente, a cargo de un despacho ministerial, que recibe el nombre de Presidente del Consejo de Ministros pero que en realidad no tiene ningún poder que en principio no tengan los otros Ministros, salvo los necesarios de orden funcional y coordinación, actuando de esta suerte como un

(*) Publicado en la Revista Jurídica del Perú N° 1, enero - marzo de 1982.

- (1) Para un panorama general, df. Hermann Finer *Teoría y práctica del gobierno moderno*. Edit. Tecnos, Madrid 1964 y André Hauriou *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Editions Montchrestien, París 1970. Para los casos típicos del presidencialismo y del parlamentarismo, cf. Bernard Schwartz *Los poderes del gobierno (Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos)*; esp. Vol. II: Poderes del Presidente, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1966 y Harold J. Laski *Reflections on the Constitution*, Manchester University Press, Manchester 1968.
- (2) Cf. AA.VV. *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica (Ponencias al I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional)* Universidad Nacional Autónoma de México, México 1977.

primero entre los iguales **primus inter pares**. (3). En otro extremo, se encuentran los modelos parlamentarios, sean repúblicas (como Alemania o Italia) o monarquías (como Inglaterra y España). En estos casos, existe una diferenciación entre el jefe del Estado (el Presidente, el Rey o la Reina) y el Jefe del Gobierno (el Primer Ministro de España e Inglaterra, o el Canciller, en Austria y Alemania). El Presidente o Monarca goza de poco poder, tiene en algunos casos una función casi decorativa (como en Inglaterra) y en otras goza de ciertos poderes efectivos (España). Pero en rigor, en estos sistemas existe una dualidad ya que la marcha de la política afecta al Jefe de Gobierno (Canciller o Primer Ministro) pero no al Jefe del Estado (Presidente de la República o Monarca). Así dentro de estos dos extremos podemos ver que en líneas muy generales en los regímenes presidencialistas el poder descansa en el Presidente de la República, mientras que en los parlamentaristas lo hace en el Primer Ministro o en el Canciller, según los casos.

Lo interesante de los dos sistemas antes descritos, es que el poder recae necesariamente en un extremo, y no es compartido. No se trata de que exista un primer poder, como algunos han sostenido candorosamente, sino que la primacía o la fuerza determinante descansa en uno de ellos, y los demás actúan en coordinación y en ciertos casos en subordinación.

Equidistante de ambos, es el actual modelo francés, surgido de la Constitución de De Gaulle de 1958, que muchos califican como semi-presidencial (4). Este sistema ha creado una diarquía; por un lado el Presidente de la República, por otro el Primer Ministro. El ejercicio de los poderes está igualmente repartido; existen poderes que sólo ejerce el Presidente de la República; otros que están reservados al Primer Ministro, y por último hay una gama muy variada que sólo pueden ejercitarse a consuno, entre el Presidente de la República y el Primer Ministro. Esto es lo que la Constitución dice; lo que sucede en la realidad política es muy otra, como veremos a continuación.

-
- (3) Por razones de espacio, estamos simplificando demasiado los esquemas, los cuales son válidos en términos muy generales. Así, téngase en cuenta que por ejemplo, los Estados Unidos, típico caso de país presidencialista, no tiene en su estructura la figura del Presidente o Jefe del Gabinete.
- (4) En este punto seguimos a Maurice Duverger *La monarquía republicana*, Dopesa, Barcelona 1974.

Como quiera que el sistema francés es bastante complejo, y para no entrar en mayores detalles señalemos una sola característica de este régimen sui generis para ver sus alcances: el Presidente de la República nombra al Primer Ministro, pero no puede obligarlo a dimitir; esto es, que en principio, puede quedarse en el poder aún contra la voluntad del propio Presidente de la República. Esto en el texto; en la práctica política, el enorme prestigio del Presidente puede obligarlo a renunciar contra su voluntad, aun cuando de acuerdo al texto constitucional, sólo debe dejar el cargo si no cuenta con el respaldo de la Asamblea Nacional.

Ahora bien ¿qué ha sucedido en el Perú?. Haciendo un breve recuento, podemos apreciar que, en teoría y en la práctica, no solo el Perú sino la América Latina ha sido presidencialista. Es decir, el Presidente de la República ha sido Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, aun cuando ha habido algunos presidentes (como Manuel Prado en su segundo período, 1956-1962) que fueron calificados como “ministeriales”; esto es, que dejaba a sus Ministros “cancha libre” para el desarrollo de sus respectivos portafolios.

Sin embargo, por influencia de Francia se introdujo en nuestro país el uso del vocablo “Premier” (textualmente, el Primero); como equivalente a Presidente del Consejo de Ministros, institución esta, junto con el Concejo, introducida en el Perú entre 1856 y 1862. Ahora bien, la existencia de un Presidente del Consejo de Ministros fue en realidad meramente funcional y hasta decorativa, ya que el cargo se otorgaba a cualquier Ministro, con fines meramente protocolares, sin ningún poder efectivo y así ha sido hasta 1969. Hasta esa época es válido el siguiente juicio de Manuel Vicente Villarán: (5)

“ . . . El Presidente del Gabinete no tiene autoridad alguna sobre sus colegas, ni siquiera una función de discreta vigilancia. Cada Ministro despacha los negocios de su Departamento por sí solo o los acuerda directamente con el Presidente de la República, algunos con previa consulta o aprobación del Consejo. Nada lo obliga a instruir al Presidente del Gabinete

(5) Manuel Vicente Villarán Posición constitucional de los Ministros en el Perú, en “Páginas escogidas”, Lima 1962, pág. 89.

de sus proyectos o resoluciones o pedirle opinión o consentimiento. Ni la ley ni las prácticas dan al Presidente del Consejo de Ministros aquella posición predominante que tiene el Premier en los países europeos. Autoridad propia no tiene más que aquella que le pertenece en calidad de Ministro de uno de los ramos de la administración. Tiene que servir siempre uno de los Ministerios (pues), no sería permitido nombrarlo Ministro sin cartera”.

Más adelante, agrega Villarán una conclusión, que creemos todavía de actualidad cuando afirma:

“La conclusión que señalan los hechos expuestos, es que la institución de la Presidencia del Consejo de Ministros no tiene la utilidad ni la importancia en que pensaron sus autores. El volumen político del Presidente de la República no deja sitio al Presidente del Consejo. La Presidencia del Consejo, débil de nacimiento, está casi atrofiada. El caso se halla dentro de la lógica del sistema de gobierno presidencial que excluye como exótica e inadaptable la existencia de un Jefe de Gabinete que posea algo más sustancial que un título de honor y precedencia”.

Ahora bien, la situación hasta 1969 fue, como ya hemos dicho, de precedencia y honor, pare repetir las frases de Villarán. Ese año, el régimen militar instaurado el 3 de octubre de 1968, decide reordenar el aparato del Estado, y promulga el Decreto Ley 17532 (modificado luego por el Decreto Ley 17871) denominado “Ley Orgánica de la Presidencia de la República”, que habla expresamente del Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros, al cual se le dan una serie de atribuciones. No obstante, ninguna de ellas significó funciones de autoridad con respecto a sus colegas; tales como las de justicia y culto (el respectivo Ministerio fue eliminado), el SINAMOS, Cooperativas, Organismos Departamentales de Desarrollo, entre otros) lo que contribuyó a dar al cargo un volumen sumamente considerable, a tal punto que se creó la llamada Oficina del Primer Ministro para un mejor desempeño de sus actividades. Adicionalmente, el Decreto Ley 17271 señaló en su artículo 3 que el Primer Ministro (o Presidente del Consejo de Ministros) no tendría ministerio alguno a su cargo. aun cuando en la

Disposición Transitoria Tercera, se estableció que durante la vigencia del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada el cargo de Primer Ministro sería ejercido por el Ministro de Guerra (que era a su vez el Comandante General del Ejército). Lo importante es, que con esta reforma de 1969, se creó en realidad un nuevo Ministerio denominado "Oficina del Primer Ministro", cuyo titular era al mismo tiempo —por razones de orden político— Ministro de Guerra. Por eso es que señalamos que es en 1969 que ocurre un reforzamiento y cierta independización del cargo de Primer Ministro, pero sin que —normativamente al menos— significase una precedencia sobre sus demás colegas del Gabinete, ni menos a un compartir poderes con el Jefe de Estado (lo que de hecho como se sabe, no ocurrió).

Así las cosas, en la Asamblea Constituyente de 1978-1979 se discutió, como era de esperar, el papel que tocaba desempeñar al Presidente de la República y en general al Poder Ejecutivo, del cual forma parte el Consejo de Ministros. A fin de no alargar estas líneas, diremos únicamente que a nadie en ningún momento (ni siquiera a los sostenedores de la trasnochada teoría del parlamento como primer poder del Estado) se le ocurrió crear un Premier al modelo europeo, sino por el contrario, se planteó un presidencialismo fuerte, mas acentuado aun del que aflora en la Constitución de 1933, precisamente para evitar los desbordes incurridos por el Legislativo en los períodos 1945-1948 y 1963-1968. Lo que si fue objeto de un debate, aun cuando corto, fue cierta propuesta de introducir en nuestro medio, la diarquía constitucional francesa, en la cual existe un Jefe de Estado al lado de un Jefe de Gobierno. Pero hay que recalcar que esta iniciativa no solo no prosperó sino por el contrario, fue reafirmado el carácter presidencial de nuestro sistema constitucional (véase la Exposición de Motivos del Proyecto Constitucional, preparado y firmado por la Comisión Principal de Constitución).

Con la puesta en marcha del régimen constitucional se pensó como era de esperar, en una reorganización del aparato estatal, acorde con la nueva Constitución Política del Estado, aprobada en 1979, y puesta en vigencia el 28 de julio de 1980. Así las cosas, y dentro del marco de las facultades delegadas (Ley 23230), se puso en discusión un proyecto de Ley del Poder Ejecutivo, en la cual se

estructuraba el Consejo de Ministros, los poderes del Presidente, y la organización del Despacho Presidencial y de los diferentes Ministerios. Ahora bien, parece que este proyecto pasó por diversas y azarasas circunstancias. Según información no confirmada (6) el Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Economía, Finanzas y Comercio Dr. Manuel Ulloa Elías, logró enviar hasta dos proyectos de Ley del Poder Ejecutivo al seno del Consejo de Ministros para su discusión y aprobación, los cuales habrían sido a su turno rechazados; y en la segunda oportunidad, ante la insistencia del proyecto presentado por el Primer Ministro, el Presidente de la República habría optado por encargar la preparación de un proyecto de Ley del Poder Ejecutivo al Ministro de Justicia, Dr. Felipe Osterling Parodi, que es el que finalmente fue aprobado (Decreto Legislativo Nº 217 del 12 de junio de 1981).

Al parecer, los proyectos originalmente remitidos por el Premier, y que fueron desestimados por el Consejo, pretendían crear la figura del Jefe de Gobierno, al lado de la del Jefe de Estado en el mejor estilo europeo. Aun cuando no hemos podido analizar tales proyectos, parece ser que ellos, sin desvirtuar los poderes constitucionales del Presidente de la República, pretendían dar al Premier una autonomía frente al Presidente, y lo más importante, darle una precedencia y en cierto sentido una superioridad frente a los demás Ministros, que de tal suerte resultaban obligados a obtener su visto bueno para los actos de gobierno que pretendiesen, con lo cual el Ministro quedaba sometido al doble control del Presidente de la República y del Premier. Ahora bien, lo que finalmente se aprobó fue un modelo mucho más matizado que sucintamente pasamos a reseñar. Así, el Decreto Legislativo está referido al Presidente de la República, al Despacho Presidencial, al Presidente del Consejo de Ministros, a los Ministerios (cuyo número se fija en 16) y a su organización, a los organismos centrales con rango ministerial (el Instituto Nacional de Planificación y el Instituto Nacional de Comunicación Social) y los que dependen directamente del Presidente de la República (Sistema de Defensa Nacional y

(6) Cf. OIGA (revista de actualidades), números correspondientes a mayo y junio de 1981.

Oficina Nacional de Cooperación Popular); así como los organismos dependientes del Presidente del Consejo de Ministros (Instituto Nacional de Administración Pública, Instituto Nacional de Fomento Municipal, Instituto Nacional de Estadística, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Sistema Nacional para el Desarrollo de la Propiedad Social).

De acuerdo al artículo 2, el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros, con lo cual queda en claro que aquí no estamos ante ningún Jefe de Gobierno, que solo respondería ante la Asamblea Nacional (caso de Francia) o la Cámara de los Comunes (caso de Inglaterra). Siguen diversas atribuciones del Presidente del Consejo, el cual sin lugar a dudas es relevado con relación a la Carta política del 33, dándosele atribuciones de diverso orden, como ya se ha visto. En nuestra opinión, en esta oportunidad se han dado atribuciones específicas al Primer Ministro, pero inferiores a las que creaba el Decreto Ley 17532, establecido por el Gobierno militar. Es decir, con este Decreto Legislativo, se fortalece la función del Primer Ministro, si la consideramos en función de la anterior Constitución, pero ello en nada menoscaba la autoridad del Presidente de la República, ni menos aun, la autonomía de los demás Ministros, que ven en el Premier en el mejor de los casos, un **primus inter pares** (lo que no impide, en el mundo de la **praxis**, una figuración y prestancia personal que imprime sello a su gestión).

No obstante, y como señal aparente de esta lucha sorda por el poder que debió haber existido en el seno del Consejo de Ministros, señalemos un gaxapo legislativo. El Decreto Legislativo N° 217 (artículo 14, inciso 6) señala como atribuciones del Presidente del Consejo de Ministros la de "refrendar decretos supremos y resoluciones supremas". Este enunciado genérico podría hacer pensar que todos los decretos y resoluciones deberían pasar por la aprobación del Premier, con lo cual creaba para sus colegas una evidente situación de dependencia. No obstante que tal texto fue publicado el 15 de junio de 1981 en el diario oficial El Peruano, dos semanas después, en las numerosas "Fe de erratas" que pu-

blicó el diario oficial (y con lo cual en la práctica modificaron muchas y muy sustanciales normas), apareció el texto corregido, agregándosele la frase “que le competen”; esto es, que el Primer Ministro firmaba todos los decretos y resoluciones, en la medida que caían dentro del ámbito de su respectiva competencia. Esto por otro lado, guardaba concordancia con la Ley del Poder Ejecutivo, que establecía (artículos 3, incisos 2 y 3) que los decretos y resoluciones eran firmados por uno o más Ministros según su naturaleza o por el Ministro a cuyo sector corresponden. Hay que advertir no obstante, que cuando en el mes de setiembre de 1981, el diario oficial *El Peruano* puso en circulación un volumen intitulado “Decretos Legislativos” (aparentemente impreso en julio de ese año) y que es una edición completa de todos los instrumentos ahí referidos, al reproducir el Decreto Legislativo N° 217 (art. 14 inciso 6) quedó eliminada la frase “que le compete” que aparecía en la “fe de erratas”; omisión que esperamos sea error de linotipista, ya que ello no altera, ni el espíritu ni la letra del Decreto Legislativo N° 217; lo que aparece ratificado en los muchos decretos y resoluciones expedidos desde entonces.

Como conclusión de lo espuesto, podemos decir que en la Constitución peruana de 1979 existe un Jefe de Estado que es a su vez Jefe de Gobierno, bajo el título de Presidente de la República. El Primer Ministro tiene a su cargo diversas labores, e incluso las necesarias de coordinación, sin que ello signifique una preeminencia sobre sus colegas o de otras ramas de la administración. Si alguna preeminencia puede tener el Primer Ministro será como resultante de su propia habilidad política, de su propio peso específico o del éxito de su gestión personal.

§ 4

EL DOMINIO MARITIMO EN LA NUEVA CONSTITUCION (*)

I. Antecedentes

Se acostumbra hablar de un “nuevo Derecho del Mar” en contraste con el “antiguo Derecho del Mar”, nacido de intereses y acuerdos de las potencias marítimas, fijadas y aceptados en épocas remotas, cuando el mundo era más pequeño, y las relaciones comerciales y los intereses económicos eran más limitados. Es ya clásica la famosa regla de las tres millas, nacida de la costumbre y fijada por vez primera por Galiani en 1782, como es también clásica la insuficiencia de dicha regla en el mundo actual. No obstante ello, la regla de las tres millas ha tenido una larga historia, y una notable influencia que en parte hasta ahora subsiste, aun cuando seriamente cuestionada desde la famosa Conferencia de La Haya en 1930, y más aún desde que las Naciones Unidas convocó la Primera Conferencia del Mar en Ginebra, y en 1958.

Lo que interesa señalar aquí, es únicamente el hecho escueto de que las 3 millas fueron durante mucho tiempo la única medida con alcance internacional, nacida del consenso y la costumbre, que reconoció el ejercicio de la soberanía dentro de límites estrechos y que sólo recientemente ha comenzado a ser desplazada.

El Perú, como era natural, no escapó a esta tendencia general, y acogió esta norma en el Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional de 1940 (Talleres Tipográficos de la Escuela Naval del Perú, 2 tomos), que en su capítulo 1, dedicado a las Capitanías de Puerto, indicaba lo siguiente:

“Artículo 4to.: El mar territorial del Perú se extiende hasta tres (3) millas de la costa e islas, contadas a partir de las

(*) Publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas (San Marcos) vol. 44, Nº 1 - 2 - 3, enero - diciembre de 1980. Con algunos cambios y añadidos fue incorporado posteriormente como capítulo II de mi libro *Mar y Constitución* Lima 1984.

más bajas mareas. En las bahías, ensenadas y golfos, el mar territorial es el comprendido entre la línea de la costa y la tangente externa a dos circunferencias trazadas desde los puntos extremos, con un radio de tres millas”.

De acuerdo a este dispositivo legal (vigente hasta 1951) el Perú sólo reconocía un mar territorial de 3 millas, lo cual era simplemente aceptar los usos y costumbres del derecho internacional en aquella época.

Posteriormente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial cambia profundamente este panorama y se inician una serie de declaraciones unilaterales de los Estados (el Presidente Roosevelt en 1939), y cuyo eco llega al Perú tardíamente, iniciando entre nosotros una nueva realidad marítima que tanta importancia tendría en los años sucesivos. Nos referimos al Decreto Supremo N° 781 del 1° de agosto de 1947, promulgado por el Presidente José Luis Bustamante y Rivero, y refrendado por su Ministro de Relaciones Exteriores Enrique García Sayán. En este dispositivo legal, que sigue el esquema de la Declaración chilena de junio de ese mismo año, se sostiene fundamentalmente lo siguiente:

- a) La existencia de una zona marítima de 200 millas, donde el Perú **ejerce** “soberanía y jurisdicción” para fines específicos, vinculados con la protección de nuestros recursos naturales en la zona.
- b) **Extiende** la soberanía y jurisdicción nacionales a la plataforma o **zócalo** continental.
- c) Precisa que el límite de las 200 millas podía ser variado, de acuerdo a las circunstancias.
- d) Declaró que esta proclamación no afectaba la libertad de navegación reconocida por el Derecho Internacional.

Analizando con detenimiento los alcances de este Decreto Supremo, podemos extraer las conclusiones siguientes:

– No hizo referencia alguna a la extensión de nuestro mar territorial de tres millas, definido por el Reglamento de Capitanías y Marina Mercante, entonces vigente, con lo que en la práctica lo convalidó.

– Preciso que el propósito del nuevo dispositivo legal era de

orden económico, y no propiamente defensivo (que es lo característico del mar territorial).

— Reconoció la libertad de navegación tal como la caracteriza el Derecho Internacional (libertad ésta, que como se sabe, es atributo de la alta mar, y no del mar territorial).

Ahora bien, en el Libro de Actas del Consejo de Ministros de la época que hemos revisado, no se registra la firma del Presidente Bustamante y Rivero en todas las sesiones del año 1947 ni se hace alusión ni referencia alguna a que tal Decreto Supremo haya sido puesto en conocimiento del Consejo de Ministros, ni menos aun que se le haya informado sobre su promulgación (aun cuando lo más probable es que esto haya sucedido realmente). Más bien, se constata una total ausencia de textos, debates o estudios referenciales, sobre lo que se pensaba en aquel momento, sin negar que ello fuese una innovación, que salía de los antiguos cauces del Derecho del Mar, para buscar nuevos senderos que en ese momento no estaban definidos. Es decir, queda en claro que en aquel momento no se pensó ni se hizo ninguna referencia al mar territorial, y que en consecuencia el Decreto Supremo no era indudablemente de corte territorialista; más aún, el Reglamento de Capitanías y Marina Mercante, no fue modificado, y siguió sin alteración —por lo menos en ese punto— hasta 1951. Tampoco se debatió el asunto en el Congreso, ya que como es sabido, por la situación política de aquellos días, se encontraba en receso, y en consecuencia no hubo ocasión de debate alguno (aun cuando cabe anotar que tampoco se preparó proyecto de ley ni menos aun se dió acto legislativo posterior que precisase conceptualmente su carácter “teritorialista”).

En todo caso, lo que es cierto es que los únicos que podían conocer los alcances de la medida, eran sus firmantes, esto es, el Presidente de la República y su Canciller.

El Dr. José Luis Bustamante y Rivero ha dado su versión de los hechos en 1954, en un documento que presentó como “Exposición de Motivos del Decreto Supremo N^o 781”, que aun cuando es inusual en la práctica legislativa peruana, es muy ilustrativo. Decimos esto, ya que el Presidente Bustamante, al publicar en 1949 su libro **Tres años de lucha por la democracia en el Perú**, ya en su destierro en Buenos Aires, casi ni menciona a este Decreto

Supremo, sino que esperó hasta 1954, es decir, siete años, para declarar lo que pensaba sobre tal innovación legislativa, que era, según declaraba, no otra cosa que un mar territorial de 200 millas. En honor a la verdad hay que decir que en su obra de 1949, tan fresca como cercana a los hechos, consigna apresuradamente la dación del Decreto de 1947 que significa, según sus propias palabras de aquel entonces, una extensión del mar territorial “hasta el límite del Zócalo Continental” (op. cit. pág. 331 y 400), zócalo que tiene como se sabe una anchura variable siendo su límite máximo el de 65 millas (lo que significa sin lugar a dudas, que el criterio primigenio de Bustamante era otro). Pero desde 1955, en sucesivos documentos, discursos y ensayos, el ex-Presidente Bustamante ha difundido la tesis territorial de las 200 millas en forma elegante, concisa, aun cuando no siempre muy convincente, y ha logrado un amplio nivel de aceptación en la opinión pública, por venir avalado de quién ha ocupado tan altas posiciones en el país y fuera de él, y además por su alto magisterio moral y cívico, que nadie discute.

Por otro lado, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Enrique García Sayán, ha dado una versión diferente y hasta opuesta a la expresada por el Presidente Bustamante, pues ha señalado en forma por lo demás clara y meridiana, que nunca se pretendió con tal Decreto Supremo la extensión de nuestro mar territorial hasta las 200 millas, hecho que no solamente no encuentra eco en la opinión internacional, sino que adicionalmente no es lo que se buscó en aquel momento. García Sayán aclara que las 200 millas tenían un fin fundamentalmente económico, representando una nueva modalidad dentro del derecho del mar, que es la que precisamente se ha abierto paso en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Ahora bien, contando con dos opiniones, igualmente respetables, y ante la ausencia de otros textos de referencia, sólo nos queda en el mejor de los casos la duda, a fin de no recurrir al argumento de la autoridad (*ad verecundiam*), que no es precisamente lo que debe utilizarse, en la argumentación discursiva. En todo caso, llamemos la atención que la letra misma del Decreto Supremo N° 781 no es territorialista, como por lo demás lo han sostenido los comentaristas más autorizados.

Adicionalmente, y como dato curioso, añadiremos que de acuerdo a la Constitución de 1933 —entonces vigente— el Presidente de la República no es responsable de sus actos, y que todo dispositivo que no lleve la firma del Ministro del Ramo es nulo (artículo 166). Esto quiere decir, que lo que dio fuerza y valor al Decreto Supremo Nº 781 no fue la firma del Presidente Bustamante, sino el refrendo del Canciller Enrique García Sayan, por lo que cabría aventurar la hipótesis, que el verdadero intérprete del dispositivo es el Canciller que preparó el Decreto, y bajo cuya responsabilidad y refrendo fue promulgado. Hecha esta salvedad, veamos sin embargo las vicisitudes que posteriormente tuvo esta norma legal.

II. Desarrollo posterior a 1947

La legislación posterior a 1947, no es uniforme en el tratamiento de esta zona marítima de 200 millas, ni tampoco acierta a definirla conceptualmente. Por lo pronto, el nuevo Reglamento de Capitanías y Marina Mercante de 1951, que reemplazó al de 1940, sólo hace referencia al dominio marítimo, y sucesivas leyes utilizan términos similares o equivalentes, tales como “aguas jurisdiccionales”, “zona marítima”, etc. Inclusive la famosa Declaración de Santiago de 1952 no es muy precisa, como puede verse en la compilación oficial publicada al respecto (**Instrumentos nacionales e internacionales sobre el Derecho del Mar**, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2 tomos, Lima 1971), en donde no figura, por tener carácter de reservada, la ley 13508, de la Marina de Guerra del Perú, que sí habla en forma expresa de un “mar territorial” de 200 millas, que no sólo no es definido conceptualmente, sino que aparece en un documento interno que no ha sido publicado oficialmente. A esta compilación oficial habría que agregar recientemente, la Ley General de Aduana (Decreto Ley 20165) que utiliza la voz “aguas jurisdiccionales”; la Ley de Minería Aurífera (Decreto Ley 22178), que utiliza “zonas marítimas”; la Ley de Descentralización (Decreto Ley 22836) que habla de la “zona marítima”, y otros dispositivos legales menores.

De esta sucinta relación de orden legal, se desprende que salvo la Ley de la Marina de Guerra (reservada) Nº 13508, derogada por una nueva Ley Orgánica del Ministerio de Marina Decreto Ley

Nº 23088 de 11 de junio de 1980, (también reservada y que no utiliza la locución “mar territorial”) ningún dispositivo legal posterior a 1947, hace referencia a un mar territorial de 200 millas, y menos aun conceptúa cual es la naturaleza o características de esta zona de 200 millas. En igual sentido, los convenios internacionales que dan origen a la Comisión del Pacífico Sur, tampoco precisan el punto, y más bien por el contrario, podría decir que queda oscurecido. Esto es, no obstante la proliferación de referencias a las 200 millas, no existe, como contrapartida, una clara definición del concepto mismo, lo cual ciertamente ha creado este desconcierto.

Todo esto no ha escapado a la atención de los observadores extranjeros. Así, por ejemplo, Frida M. Pfirter de Armas, en su ensayo: “Perú: la marcha hacia el Oeste” (en **El Derecho del Mar en evolución: la contribución de los países americanos**, editado por Ralph Zacklin, Fondo de Cultura Económica, México 1975) dice:

“... la posición peruana en relación con el derecho del mar en general y del mar territorial en particular, ha sido objeto de interpretaciones conflictivas durante un cuarto de siglo. En gran parte se ha debido a la naturaleza contradictoria de la legislación y de los pronunciamientos peruanos...” (cit. pág. 296).

“la mayoría de los autores que han estudiado el carácter legal de la zona marítima han llegado a la conclusión de que el Estado ejerce una soberanía limitada, es una zona de competencias especializadas y no un mar territorial con soberanía absoluta (cit. pág. 303).

“la legislación del Perú es confusa respecto a la naturaleza de la zona marítima” (cit. pág. 304).

No obstante estos raciocinios, la autora se pronuncia por la tesis territorialista de las 200 millas peruanas, teniendo en cuenta las diversas características que ofrece la legislación.

Por otro lado, otro importante observador extranjero, Edmundo Vargas Carreño (**América Latina y el Derecho del Mar**. Fondo de Cultura Económica, México 1973) analizando los mis-

mos textos y las mismas declaraciones, llega a una conclusión opuesta, esto es, que las 200 millas peruanas no son mar territorial (cit. pág. 32).

Al lado de esta confusa ordenación legal y los comentarios surgidos a su amparo, hay que señalar como hecho visible, que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de todos estos años, no ha hecho una sola referencia a un mar territorial de 200 millas, sino que por el contrario se ha referido a ella como una zona de competencias especializadas, posición que ha defendido no sólo internamente, sino en los foros internacionales. De donde se desprende que el carácter confuso y hasta contradictorio de la legislación existente, queda salvado con la posición internacional del Perú mostrada a través de sus pronunciamientos locales y en los foros internacionales a los que asistió en donde sólo se ha hecho referencia a la "soberanía y jurisdicción".

III. El debate constitucional

La Asamblea Constituyente que se instaló el 28 de julio de 1978, para el estudio y dación de la nueva Constitución Política del Estado, fué receptáculo, como era de esperarse, de todo este pasado legislativo y diplomático, y tuvo que discutir la configuración de las 200 millas en la nueva Carta. Como era natural, y como consecuencia de la presencia en su seno de representantes de la interpretación territorialista de las 200 millas, (Andrés A. Aramburú Menchaca, del Partido Popular Cristiano, y Alberto Ruiz Eldredge, del Partido Socialista Revolucionario) al discutirse el Reglamento de la Asamblea se aprobó, sin oposición alguna, el texto del artículo 4to., que dice expresamente:

"La Asamblea Constituyente funcionará regularmente en el Palacio Legislativo, y si el Plenario lo acuerda, podrá sesionar en cualquier lugar del territorio de la República, el cual comprende las 200 millas de su mar territorial" (Sesión del 10 de Agosto de 1980, Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978, Tomo I, pág. 104).

La misma Asamblea constituyente recabó diversas opiniones al respecto, y entre ellas estuvo la del Dr. Bustamante y Rivero, quien en documento remitido a la Asamblea con fecha 27 de Octu-

bre de 1978, se ratificó en su posición de un mar territorial de 200 millas, pero hizo la salvedad de que existiendo en funciones la Conferencia de Derecho del Mar de las Naciones Unidas, que precisamente estaba elaborando un Texto Integral sobre el mar, era conveniente que antes de cualquier pronunciamiento, se tuviese presente la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de no colisionar con dicho documento internacional, que estaba en proceso de elaboración.

Paralelamente, los trabajos se repartieron en Comisiones Especiales, de las cuales, la de Estado, Territorio, Nacionalidad e Integración y la de Recursos Naturales, aprobaron por unanimidad (en sus respectivos ponencias y proyectos) la inclusión en el nuevo texto constitucional de un mar territorial de 200 millas. Posteriormente, y ante la opinión expresada por diversos expertos, tanto oficialmente, como extraoficialmente, la Comisión Principal de Constitución, presidida por Luis Alberto Sánchez, en vista de la situación internacional existente, optó por el término de “dominio marítimo”, rechazando así la de “mar territorial” y sujetando la modalidad de tal dominio marítimo, a lo que estableciesen los tratados de los cuales es parte el Perú y a las leyes de la materia. Así lo declara en forma expresa el artículo 98 de la nueva Constitución, sancionada el 12 de julio de 1979, y promulgada por el nuevo régimen constitucional el 28 de julio de 1980.

Este artículo 98 señala que en “su dominio marítimo el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República”.

(Para mayores precisiones, nos remitimos a nuestro ensayo **El mar en el debate constitucional**, publicado en la Revista de la Academia Diplomática del Perú, número 19-20; enero-diciembre 1978-1979; y posteriormente, corregido y revisado en la **Revista de Marina**, año 66, N° 1-2, Vol. 365, Julio-Octubre de 1980).

IV. Interpretaciones de algunos constituyentes

Como hemos adelantado, la opinión pública al momento de la discusión del proyecto constitucional, por efecto del aval dado por el ex-Presidente Bustamante, y por la propaganda que hizo un

sector del régimen del General Velasco, era favorable al concepto de “mar territorial”, por una adhesión que podríamos llamar romántica, antes que conceptual. Hubo incluso un Ministro de Pesquería que afirmó con el aplauso de los que lo escuchaban, que el Gobierno Revolucionario había ensanchado el territorio nacional al hacer efectiva la posesión, goce y disfrute de las 200 millas territoriales; lo que era, como dicen los ingleses en giro intraducible, un delicioso *wishful thinking*. Pero como hemos visto, la Constitución de 1979, aun con la oposición de algunos, no acogió la tesis “territorialista” sino que por el contrario adoptó una “nueva categoría” marítima, para delinear la zona de las 200 millas. Con todo, la opinión que han emitido algunos constituyentes, no siempre se compadece con lo que aprobaron o expresaron en la Asamblea, lo cual es explicable en quien hace política, que no desea, por razones obvias, abandonar un término que tiene gratas connotaciones nacionalistas; otros por el contrario han guardado mayor coherencia en su vida pública. Aquí nos limitaremos a hacer un muestreo de las opiniones más significativas.

En primer lugar, debemos referirnos a Luis Alberto Sánchez. Como sabemos, Sánchez ejercía la Presidencia de la Asamblea Constituyente ante la ausencia física de Haya de la Torre, y adicionalmente le cupo la dirección, control y supervigilancia de la Comisión Principal de Constitución, sobre la que recae en sumo grado, la existencia de la Constitución misma. Con larga trayectoria en el periodismo, en la política, y en la docencia, Sánchez es conocido sobre todo por sus aportes a la historia y a la literatura, y no propiamente al campo jurídico, no obstante que ostenta el título de Abogado y ha ejercido la profesión, con las intermitencias propias de su agitada vida política. En un primer momento, fiel al eco de la opinión pública. Sánchez se pronuncia por un mar territorial de 200 millas y así consta en más de una intervención suya en los primeros meses de instalada la Asamblea Constituyente. Pero posteriormente y ya con mayor información, abandonó esa posición, y fue uno de los artífices de la redacción final que tuvo el texto constitucional. Es decir, aceptó el “dominio marítimo” del Estado, como modalidad propia no territorial (*La Prensa*, 10 de Febrero de 1979 y 11 de Febrero de 1979).

Igual referencia debe hacerse a Héctor Cornejo Chávez, anti-

guo discípulo y ex-Secretario del Presidente Bustamante y Rivero durante su administración, que sin embargo terminó aceptando y apoyando, en el seno de la Comisión Principal de Constitución, la tesis peruana de las 200 millas como zona especial.

Otro constituyente, Enrique Chirinos Soto, periodista y ensayista de nota, en donde ha destacado sobre todo en el campo histórico y jurídico-constitucional, ha tenido una posición contradictoria frente a este problema. Si bien en un principio territorialista, por su adhesión a la tesis y a la persona de su coterráneo el ex-Presidente Bustamante, en la sesión de 5 de Octubre de 1978 en que la Comisión Principal de Constitución invitó al Embajador Juan Miguel Bákula a hacer una exposición sobre el problema del mar, admitió la inconveniencia de usar la frase "mar territorial" en la nueva Constitución, por lo que ello conlleva en el nivel internacional. Pero agregaba su temor frente a la opinión pública, ante la cual "se podía perder piso" si se le decía bruscamente que habíamos abandonado un mar territorial, para refugiarnos en una Zona Económica Exclusiva, que era el concepto que consagraba el Texto Oficioso de las Naciones Unidas. Ante estas vacilaciones, y ya puesto a la tarea de publicar un sazonado comentario sobre la nueva Carta, Chirinos Soto escribió que la Constitución de 1979 al fijar un dominio marítimo en donde se ejercía soberanía y jurisdicción, había consagrado el mar territorial de 200 millas, ya que ambos términos eran sinónimos (**La nueva Constitución al alcance de todos**, Lima 1979, pág. 111). Nuestra opinión personal es que Chirinos Soto se encontró frente a una disyuntiva política, y se decidió por la más cómoda, ya que de la lectura de los párrafos que que dedica a este espinoso tema, no trasluce un conocimiento ni menos un estudio detenido de las fuentes y su problemática.

La posición de Andrés A. Aramburú Menchaca, constituyente del Partido Popular Cristiano (a diferencia de Sánchez y Chirinos Soto, que provienen del APRA) es singular e interesante. Singular porque representa un voto aislado dentro de la tratadística internacional peruana, ya que ninguno de los grandes internacionalistas o estudiosos sobre la materia lo sigue, aislamiento que se dió también en el seno de su propio Partido ; e interesante, porque avalado por su amplia trayectoria académica y profesional, enriquecida por su participación en eventos internacionales y sus do-

tes de periodista elegante y polemista infatigable, ha hecho ameno el en veces aburrido debate sobre el problema del mar (aburrido por el tecnicismo, no por el tema en sí mismo).

Uncido a la concepción universitaria clásica que recibió en los años 20, Aramburú defendió, a capa y espada, dentro y fuera de la Constituyente, y utilizando con impacto la tribuna periodística, la territorialidad de las 200 millas, llegando incluso a acusar a sus opositores como responsables del cercenamiento del territorio nacional lo cual, si no en la práctica, por lo menos en teoría, les podía acarrear ser declarados traidores a la patria. Toda su actuación fue pues a favor de la inclusión de las 200 millas como mar territorial, votando en contra de todo lo que lo negase, distorsionase o disminuyese, como lo han puesto de manifiesto sus numerosas publicaciones periodísticas que hemos tenido oportunidad de reseñar y glosar en otra oportunidad. Por último, al aprobarse el texto constitucional que consagró el concepto de “dominio marítimo”, expuso sus reservas al texto y lo combatió. Pronosticó incluso que el Texto Oficioso de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar era un proyecto vacío y sin futuro alguno, al cual había que descartar por completo, por lo menos en los próximos 20 años —si no más—. Pero he aquí que luego de esta ardua lucha, y tras haber sido aprobado por el Plenario el proyecto de Constitución en los primeros meses de 1979, Aramburú cambia su punto de vista. En efecto, invitado junto con otras personalidades, a dictar una conferencia en el Colegio de Abogados de Lima, declara enfáticamente que el dominio marítimo que consagra la nueva Constitución y las 200 millas territoriales por las que él abogaba, son una y la misma cosa, pues ese y no otro concepto, fue lo que dijeron y pensaron los Constituyentes (**Estado, Nación y Territorio** en “Revista del Foro”, Nº 2 - 3 - 4, abril-diciembre de 1979). Dice así textualmente: “La expresión dominio marítimo indica que es propiedad del Estado. Y si es propiedad del Estado ejerce soberanía y jurisdicción. Pero no puede ejercerse jurisdicción sin tener soberanía y la soberanía no puede ejercerse sino en el territorio propio” (pág. 121). . . “Hubiera preferido . . . siguiendo mi propia convicción, emplear la expresión “mar territorial” en lugar de la de “dominio marítimo”, pero insisto en que son sinónimas” (pág. 122).

La ambivalencia de Aramburú salta a la vista, y se hizo paten-

te no sólo con ocasión del debate constitucional, sino también en su actuación exterior, en donde, cuando ha asistido como integrante de la Delegación Peruana a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, nunca ha hecho cuestión de estado, ni siquiera una mención, a la necesidad de que el Perú mantenga una posición territorialista, contrastando esta actitud con su actuación política interna.

Más sensata es la posición sostenida por Alberto Ruiz Eldredge, constituyente del Partido Socialista Revolucionario (PSR), quien desde un primer momento, y durante los últimos años, se afilió al concepto territorialista de las 200 millas, que defendió en libros, folletos e intervenciones políticas y académicas. El fue quien propugnó la inserción en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, del concepto de mar territorial de 200 millas. Tiene más mérito aun si tiene presente que ejerciendo la docencia universitaria durante largos años, no se ha dedicado especialmente al Derecho Internacional, sino más bien el Derecho Administrativo, lo cual no le ha impedido compenetrarse de la problemática del mar, que ha defendido con constancia encomiable.

Ruiz Eldredge (**Mar territorial de 200 millas** en "Socialismo y Participación" número 8, Setiembre de 1979 y **La Constitución comentada**, Lima 1980, pp. 144-157) llama la atención sobre un hecho al parecer insólito: que una misma Asamblea aprueba en agosto de 1979 la inclusión del concepto de mar territorial de 200 millas al debatir su Reglamento Interno, y meses después, esa misma Asamblea, compuesta por personas mayores y sensatas, deja atrás el concepto y lo reemplaza por uno más elástico y ambiguo. Y así dice textualmente que no es posible que "se hurte en forma expresa, el carácter territorial de nuestro mar con un mínimo de 200 millas" (pag. 144). Agrega que un mar territorial de 200 millas tolera el **ius communicationis**, tanto en el paso de naves y aeronaves, como en el tendido de cables. Fundamenta su oposición a utilizar la expresión "dominio marítimo" en lugar de "mar territorial" que era lo adecuado, agregando que es realmente inadmisibles que el dominio marítimo del Perú se sujete a los convenios internacionales (pág. 154). En el trabajo citado **Mar territorial de 200 millas** califica de "gelatinosa" la redacción del artículo 98 (que se refiere al dominio marítimo) surgida por aparentes presiones y postula co-

mo premiosa la necesidad de su modificación. Es decir, se muestra insatisfecho con la adopción hecha por la Constituyente, que en su criterio, desvirtúa la propuesta peruana territorialista. Como es de verse, la posición de Ruiz-Eldredge en este punto, lejos de ser acomodaticia como la de Aramburú, refleja claramente la realidad de lo acontecido, y los propios puntos de vista que su autor defiende con lealtad.

V. Interpretaciones de algunos ex-cancilleres

Los diversos Ministros de Relaciones Exteriores de los últimos años, no siempre han expresado por escrito su opinión sobre la naturaleza de las 200 millas; aún cuando algunos de ellos han dejado en claro la tesis sobre el carácter sui-generis de la misma (tal el caso de Luis Edgardo Llosa, Raúl Ferrero Rebaglati y Enrique García Sayán). Aquí nos referimos únicamente a aquellos que en forma más o menos destacada en el período anterior o posterior al debate constitucional, han hecho expresa referencia al tema.

Fernando Schwalb López-Aldana, quien fuera elegido Primer Vice presidente de la República en las elecciones generales de 1980, tuvo una clara definición al respecto, cuando en el semanario **El Tiempo** (23 de Mayo de 1979) señaló la inconveniencia de sustentar un mar territorial de 200 millas marinas. Y agregaba: “Claro está que la idea de un mar territorial de 200 millas, halaga nuestros sentimientos patrióticos, al ensanchar las fronteras del país, pero es preciso que el legislador y el estadista ponderen debidamente sus alcances y consecuencias, antes de dar un paso que, siendo muy grato en teoría, podría resultar conflictivo y hasta perjudicial en la práctica”. Posteriormente, Schwalb ha expresado su conformidad con el concepto de dominio marítimo insertado en la nueva Constitución del Estado, comentando que ha sido muy positivo que no se haya usado la fórmula de “mar territorial” (**La Prensa**, 2 de Marzo de 1980).

David Aguilar Cornejo, en carta publicada en el diario **El Comercio** el 6 de febrero de 1980, manifestó que el Perú siempre había proclamado un mar territorial de 200 millas, y que la Constitución no había hecho otra cosa que reafirmar dicha tesis. Mencionaba además diversos instrumentos legales sobre la materia, pero soslayaba, al parecer por desconocimiento, las negociaciones in-

ternacionales sobre el mar, en curso desde hace algunos años. La posición de Aguilar Cornejo es un claro índice del desconocimiento que tienen muchas veces los políticos profesionales de una problemática internacional tan compleja como el mar, y además la necesidad de estar al día antes de suscribir conceptos tan rotundos. Adicionalmente, Aguilar Cornejo al sostener la territorialidad de las 200 millas, se olvidó al parecer de que en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de Gobierno del General Odría, firmó en 1955 (al responder a las reservas expresadas por la Gran Bretaña y los Estados Unidos a la Declaración de Santiago) un documento en el que precisamente descartaba la tesis de la pretendida territorialidad de las 200 millas (**Instrumentos . . . cit**, tomo I, pp. 221-228).

Jorge Vásquez Salas, en carta publicada en el diario **El Comercio** de 2 de marzo de 1980, manifestó que en 1947, época de la dación del Decreto Supremo N° 781 ya mencionado, se desempeñaba como Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, habiendo participado en calidad de tal en la elaboración del aludido Decreto Supremo. En dicha carta afirmaba que "En ese Decreto se fijó clara e inconfundiblemente un mar territorial de 200 millas", agregando que la soberanía es indivisible, y concluyendo en una interpretación territorialista del articulado de la nueva Constitución de 1979. Lo que llama la atención de esta carta es que habiendo sido Vásquez Salas funcionario de la Cancillería, y por consiguiente, debiendo estar a las órdenes del Ministro de entonces, Enrique García Sayán haya preparado un proyecto totalmente contrario al de su superior jerárquico, y que aparezca en rebeldía muerto ya García Sayán, y a más de treinta años de distancia. La inconsecuencia salta a la vista.

Pero lo más interesante es la posición asumida por el Embajador Alfonso Arias Schreiber, en su artículo **La Constitución Política del Perú y el nuevo Derecho del Mar** (**El Comercio**, 20 de febrero de 1980), que aquí mencionamos porque provocó la carta de Vásquez Salas, ya referida, así como otros pronunciamientos. Arias Schreiber es considerado como uno de los más autorizados diplomáticos en la problemática del mar, y en calidad de tal ha defendido la posición del Perú de las 200 millas de soberanía y jurisdicción, en los foros internacionales durante los últimos años.

No obstante saber perfectamente cual es la posición de la Cancillería, y en aparente contradicción con la suya propia, declara aquí que la Asamblea Constituyente adoptó en el texto constitucional una fórmula ambigua de compromiso, que mantiene el dominio hasta las 200 millas, pero deja la flexibilidad necesaria para determinar las modalidades de su aplicación pudiéndose llegar incluso a la territorialidad. Se trata, como se ve, de un texto para consumo interno, que ocasionó más reacciones adversas que adhesiones, y que aún cuando fue escrito para fines distintos, terminó por desfigurar la verdadera labor que realizó la Asamblea Constituyente, como ya hemos tenido oportunidad de mencionar anteriormente (1).

No siempre los cancilleres han estado bien informados sobre este delicado problema que requiere paciencia, estudio y una buena dosis de información, que no siempre lo permiten las agitadas labores de la Cancillería. Si bien no todos los ex-Cancilleres tienen una idea clara del asunto, algunos, sin comprender bien el problema, han optado, en reuniones de trabajo en la Cancillería, su adhesión al texto constitucional, y a una posición no territorialista, aun cuando sea únicamente por no estar al margen del consenso y debate internacional sobre el mar (así las opiniones de los Generales Mercado Jarrín y Miguel Angel de la Flor Valle). Mención aparte merecen los ex-Cancilleres José de la Puente Rabdill; Carlos García Bedoya y Arturo García, conocedores de la tradición diplomática peruana sobre el mar, a cuya defensa prestaron su valioso concurso.

VI. La opinión de los juristas

Dejando de lado los valiosos antecedentes existentes, como es el caso de los trabajos muy meritorios de Alberto Ulloa, los juristas que han comentado la Constitución de 1979, tienden a inter-

(1) Lo anterior no desdice la valiosa labor diplomática de Arias Schreiber realizada durante los últimos años al frente de la Delegación Peruana a la III Conferencia de Derecho del Mar de Naciones Unidas. Igual defensa de la tesis peruana de "soberanía y jurisdicción" cupo con anterioridad a otros dos diplomáticos de brillante trayectoria; Alberto Ulloa (Ministro de Relaciones Exteriores en 1936) y Juan Miguel Bákula P. (este último además ha cumplido una encomiable labor de difusión y estudio de dicha problemática desde la Secretaría General de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, con sede en Lima).

pretar el “dominio marítimo” en forma amplia y en consecuencia no territorialista. Entre ellos mencionaremos en primer lugar a José Pareja Paz-Soldán, prestigioso tratadista y diplomático de carrera actualmente en retiro, quien ha dedicado pocas pero definitivas palabras a nuestro tema. Así, en su **Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979** (Lima 1980, tomo II, pp. 474-479) señala acertadamente:

“Con la doctrina de la soberanía marítima, los intereses peruanos sobre su mar adyacente están suficientemente protegidos. Incorporar la expresión “mar territorial” habría sido adoptar una actitud en contradicción con la opinión mundial, no sólo de los países superindustrializados, sino también con los del Tercer Mundo. Por otra parte, no hay ley peruana ni texto legal que defina la institución del mar territorial de 200 millas en forma expresa ni figura tampoco esa expresión en documento oficial alguno de la Cancillería peruana” (p. 476).

Mención especial merece Eduardo Ferrero Costa, profesor universitario y experto en derecho internacional público, quien ha publicado un grueso volumen; **El nuevo Derecho del Mar - El Perú y las 200 millas** (Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 1979). La obra está dividida en ocho grandes capítulos, acompañados de amplia documentación histórica, política, jurídica y en general de ciencias del mar. El primer capítulo está dedicado al antiguo derecho del mar, el segundo a delinear la aparición de las 200 millas como tesis; el tercero a reseñar los antecedentes de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el cuarto a analizar in extenso los avatares de la mencionada Conferencia y el Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación, que recoge las 200 millas dentro de la calificación de “Zona Económica Exclusiva”; el quinto a las fuentes del Derecho Internacional y las 200 millas; el sexto, a los fundamentos económicos de las 200 millas por las características biológicas del mar peruano; el séptimo, a los fundamentos jurídicos de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas; y el octavo y último a analizar la legislación peruana sobre las 200 millas, que termina con un amplio como preciso apartado dedicado al dominio marítimo en la nueva Constitución. Ferrero concluye por la soberanía y jurisdicción del Perú sobre las 200 millas, dejando de lado la tesis territorialista,

por las numerosas razones que esgrime a través de la obra. Se trata de un libro orgánico, bien elaborado y mejor presentado, con gran acopio de fuentes, que recogiendo todo lo hecho hasta la fecha, lo organiza y proyecta hacia el futuro superando de esta suerte todos los ensayos anteriores sobre el mismo tema. Si bien no podemos dejar de olvidar los excelentes trabajos de Alberto Ulloa, lo cierto es que en este libro se presenta una *summa* armoniosa y coherente que le da a la obra un carácter fundacional dentro de su género. Los estudiosos pues, tendrán que partir de aquí en adelante; y el pasado bibliográfico con todo el respeto que nos merece, quedará a nivel de antecedente, por más valioso que éste sea.

De gran interés es la posición asumida por un eminente jurista, José León Barandiarán (**Comentarios al precepto 98 de la Constitución**, Suplemento Dominical de El Comercio, 21 de Setiembre de 1980). León encuentra ambigua la fórmula acogida por el texto constitucional, a la que interpreta en un sentido territorialista. Sin embargo, acepta, con gran lucidez, que el Dominio Marítimo pueda desdoblarse en dos si se aprobase el Texto Oficioso de Naciones Unidas, lo que implicaría un mar territorial de 12 millas, y una sub-zona de 188 millas con soberanía funcional, con lo cual admite la flexibilidad del dominio marítimo recogido en el artículo 98 de la nueva Constitución.

VII. La opinión pública ante las 200 millas

Como ya hemos adelantado, las 200 millas al ser proclamadas se limitaron a señalar soberanía y jurisdicción para la defensa de nuestros recursos naturales; no tuvo ni pretendió la extensión territorial, que responde a necesidades defensivas, que el Perú no necesitaba ni afrontaba en 1947. No obstante ante el desconcierto provocado por su imprecisión conceptual, el ex-Presidente Bustamante y Rivero le atribuyó un alcance "territorialista", que él mismo se encargó de difundir con gran acogida de parte de la opinión pública, ante la ausencia de una tesis alternativa. Se ha dado pues, en nuestro país el caso del predominio de una tesis territorialista únicamente por lo que los lógicos denominan *argumentum ad verecundiam*; esto es, el argumento de la autoridad. El sentimiento de respeto que provocan las personas prestigiadas, hace que sus enunciados por venir de quien viene, sean aceptados en forma acrí-

tica. Esto se refleja no sólo en periodistas, sino incluso en intelectuales que sin haber estudiado el problema, sino únicamente llevados por un sentimiento nacionalista, han abogado por la territorialidad de las 200 millas, con más entusiasmo que conocimiento.

El caso de los periodistas, está ejemplificado bastante bien en Patricio Ricketts (**Mar territorial** en "Equis X", número 183, 12 al 18 de Marzo de 1980) quien afirma:

"El Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene una extraña manera de leer. Y un estilo inquietante de obrar. Dos generaciones de peruanos han defendido . . . el mar territorial, ahora se nos propone como una alternativa plausible y más todavía, constitucional, la tesis contraria".

Agrega Ricketts que el ex-Presidente Bustamante creó en 1947 el mar territorial de 200 millas; "así lo entendimos todos. Y no nos equivocamos". Es indudable que Ricketts no ha pasado de un juego ingenioso de palabras, pues no aporta ningún elemento teórico serio con qué sustentar su tesis, salvo la de defender a su coterráneo el ex-Presidente Bustamante.

Otro caso extremo en el lado de los intelectuales es Pablo Macera, uno de nuestros primeros historiadores que tiene lamentablemente cierta tendencia a considerarse portavoz de la conciencia nacional. En una airada carta publicada en el diario "El Comercio" el 4 de marzo de 1980 recuerda al lector, con admonición, que él ya había advertido sobre el peligro de renunciar a la territorialidad de las 200 millas, así como aceptar la negociación de una Zona Económica Exclusiva que es —según dice— un mendrugo de pan que nos lanzan las potencias marítimas. Acusa a la Cancillería de tener diplomáticos con "la mentalidad pre-histórica de un cazador primitivo" y pide el relevo de los actuales funcionarios diplomáticos que tienen a su cargo las negociaciones internacionales. Invoca por último a todas las fuerzas políticas de izquierda y de derecha para que se pronuncien sobre este delicado problema. Esta carta de Macera representa sin lugar a dudas cierto paternalismo generoso hacia todos los peruanos, una buena dosis hepática que felizmente está ausente en sus trabajos históricos, y lo más grave en un intelectual; un total desconocimiento de la problemática marítima. Al parecer, amigos cercanos convencieron al ilustre histo-

riador de sus excesos, por lo que más documentado, remitió una carta, esta vez a la revista **Caretas** (número 594; de 31 de marzo de 1980) en la cual nuevamente pretende dar lecciones sobre la materia, aun cuando ya más enterado de la misma adopta una actitud más sensata con respecto a las negociaciones internacionales y el Texto Oficioso sobre el mar, que sugiere revisar con cuidado en resguardo de los intereses nacionales.

VIII. Posición de los partidos políticos

A raíz de la aprobación de la Constitución en julio de 1979, se fue abriendo paso en forma lenta, pero segura, el nuevo concepto de **dominio marítimo** como categoría modal que se aplicaba a la zona de 200 millas; término que curiosamente también aparece con ese carácter totalizante en los considerandos del Decreto Supremo no. 781 de 1947, y que en la doctrina usaron, entre otros, Alberto Ulloa y Raúl Ferrero R.

Este hecho se refleja en los partidos políticos, que no solamente no cuestionaron el texto constitucional en este punto, sino que posteriormente no han hecho referencia a la territorialidad de las 200 millas, sino por el contrario, haciéndose eco de la posición internacional del Perú, han subrayado la defensa de la tesis peruana de soberanía y jurisdicción.

Únicamente con ánimo de muestreo, señalamos que Acción Popular, que obtuvo a nivel nacional el 45% de la votación en las elecciones últimas (a nivel ejecutivo y legislativo), se refiere a las 200 millas como tesis peruana de soberanía marítima (**Plan de Gobierno 1980-1985**, Lima 1980, pág. 2-9). Por otro lado, los dos partidos que le siguen en volumen electoral han asumido una posición similar. Así, el Partido Aprista Peruano en su Plan de Emergencia (**El Comercio** de 13 de mayo de 1980) se refiere a "**espacio marítimo**" y el Partido Popular Cristiano en su Programa de Gobierno (**El Comercio**, 3 de mayo de 1980) reproduce el texto constitucional al hablar del dominio marítimo.

Por otro lado, en el comentario a la nueva carta política que están preparando en forma conjunta dos estudiosos y teóricos del Partido Socialista Revolucionario (PSR), Marcial Rubio C, y Enrique Bernales B., se desestima la tesis territorialista, adhiriéndose

sus autores a la “soberanía y jurisdicción” sobre las 200 millas.

IX. Balance y conclusión

De la ligera reseña que hemos efectuado, se deduce que el problema de las 200 millas, por estar unido a una concepción nacionalista y de evocaciones patrióticas, ha sido difícilmente tratado en lo que a objetividad se refiere, sin contar por cierto con un grueso ingrediente de desconocimiento que existe en gran parte de la opinión pública, tanto de la común, como de la culta o especializada. Felizmente, en forma lenta pero segura, se ha ido abriendo paso la tesis de las 200 millas de soberanía y jurisdicción, entendida como soberanía modal y no con atributo territorial, que es lo que ha defendido la trayectoria exterior del Perú y ha recogido el texto constitucional vigente. Tratando de ser sintéticos y de no caer en reiteraciones, señalamos a manera de conclusión los siguientes aspectos:

a) Existe un primer período de incertidumbre teórica que corre desde 1947 hasta 1979; en el cual la doctrina mayoritaria y la acción diplomática del Perú, son defensores de una soberanía modal sobre las 200 millas o sea, “soberanía y jurisdicción” para la defensa de nuestros recursos naturales. No obstante, existe imprecisión conceptual y sobre todo, serias contradicciones en el área legislativa.

b) Toda la problemática acumulada se plantea en el seno de la Asamblea Constituyente (1978) en donde se debate la conveniencia de adoptar una posición territorialista o un concepto modal limitado a la soberanía y jurisdicción de acuerdo a la ley y a los tratados sobre la materia. La Asamblea Constituyente rechaza el concepto de “mar territorial” como consta en las actas, las votaciones y las opiniones fundamentadas que aparecen en el Diario de los Debates. El Presidente de la Comisión Principal de Constitución y Presidente en ejercicio Luis Alberto Sánchez, lo ha señalado varias veces en forma tan clara, que no admite duda alguna.

c) El concepto de “dominio marítimo” que acoge la Constitución está considerado dentro del capítulo III, Título II, dedicado al territorio, que no debe verse como connotación territorialista, sino simple ubicación metodológica. Recordemos que la sobe-

ranfa y jurisdicción se ejerce desde el territorio y que además las 200 millas contiene una porción de mar territorial **stricto sensu**.

d) Utiliza el concepto flexible de dominio marítimo como nueva categoría, redimensionando los conceptos de soberanía y jurisdicción. Se trata de un concepto que puede tener un sentido estricto y un sentido amplio; este último es el que ha acogido la nueva Constitución del Estado. Al respecto, cabe anotar que el sentido amplio de dominio es utilizado por ejemplo por un eminente internacionalista, Charles Rousseau quien en su **Derecho Internacional Público** (Ariel, Barcelona 1966) engloba dentro del dominio marítimo todos los espacios oceánicos existentes, desde el mar territorial hasta la alta mar, en el entendido que en esta última los Estados distintos a los del pabellón que ostenta el buque, pueden ejercer ciertos derechos (persecución de la piratería, de la trata de blancas, etc.). Además cabe resaltar que los términos soberanía y jurisdicción que consigna el texto constitucional no sólo significan la reiteración del Decreto Supremo de 1947, sino una similitud con el Texto Oficioso de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (hoy Proyecto de Convención) que emplea los mismos conceptos, para delinear la denominada “Zona Económica Exclusiva”.

e) La voz “soberanía”, que ha sido objeto de amplios debates, se redimensiona, dejando atrás el sentido clásico de la expresión introducido como se sabe por Bodin en **Los seis libros de la República**, en cuya versión francesa de 1576 utiliza la voz **souveraineté** y en la versión latina de 1586, **maiestas**, la que es concebida como única, absoluta e indivisible (Libro I, cap. 8). Pero este alcance clásico ha entrado en crisis en el presente siglo y es cuestionado entre otros por Duguit y por Kelsen, quienes en algún caso la niegan y en otro sostienen su alcance equívoco. El cuestionamiento de este concepto clásico —al cual por ejemplo se aferra Aramburú Menchaca— ha hecho campo a uno más amplio y flexible, aplicable a zonas nuevas o situaciones desconocidas en el siglo XIX, que es donde alcanzó su elaboración más completa. Entendida de esta manera cabe perfectamente que ella sea caracterizada, para los efectos del dominio marítimo, como modal o funcional y en ningún momento absoluta e inamovible, como quería

el pensamiento decimónico (2).

f) El texto constitucional permite la libertad de comunicación, que es un concepto sumamente amplio en el Derecho Internacional y que se aplica a diferentes situaciones. Así, la libertad de comunicación aplicada al mar territorial, origina lo que se conoce como paso inocente mientras que el mismo concepto aplicado a la alta mar, conduce a la libertad de navegación, como lo establecía el Decreto de 1947. Ahora bien, la Constitución se ha limitado a señalar la libertad de comunicación, sin precisar exactamente a cual de los dos espacios oceánicos se refiere, por lo que tenemos que concluir que ha remitido al Derecho Internacional, y en especial al futuro Tratado del Mar de Naciones Unidas, los alcances de dicho *ius communicationis*. Es evidente que si la Asamblea Constituyente hubiera tenido en mente una tesis territorialista no habría vacilado en anotar el paso inocente como característica del Dominio Marítimo, lo que evidentemente no hizo. Por el contrario, al consignar un enunciado tan general, ha dejado en claro que está a la espera del Texto de las Naciones Unidas, como por lo demás lo dice textualmente y en caso de que éste falle o demore —hipótesis ambas plausibles— seguirá afirmando la soberanía y jurisdicción modal que ha venido desempeñando hasta ahora, permitiendo incluso estructurar una nueva legislación peruana sobre el mar.

En todo caso es de esperar que la Conferencia de Naciones Unidad sobre el Mar, llegue tarde o temprano a lograr su cometido, y si ésto no se logra, el texto de la Convención quedará como valor referencial, y de esta suerte, el texto constitucional sancionado en 1979, habrá inaugurado una nueva etapa dentro del derecho peruano del mar.

(2) El Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación (hoy proyecto de Convención sobre el Derecho el Mar) no ha podido al parecer abandonar el sentido clásico de soberanía, del que aquí nos apartamos; ya que en su articulado distingue entre la soberanía y el derecho de soberanía, fórmula a nuestro entender insatisfactoria, ya que el "derecho de soberanía" pertenece y/o, es ejercido o delegado por quien tiene la soberanía (con lo cual el problema no se resuelve, sino se traslada). Más fácil hubiera sido distinguir entre el concepto clásico o rígido y el concepto moderno o flexible, como aquí lo planteamos.

§ 5

LA EVOLUCION LEGISLATIVA DEL HABEAS CORPUS EN EL PERU (1897 - 1979) (*)

1. Antecedentes

En México (Fix Zamudio 1965; I. Burgoa 1971; Noriega 1975), se ha desarrollado con gran amplitud el juicio de amparo, que cubre no solamente la libertad individual (objeto del Habeas Corpus) sino todos los derechos proclamados en la Constitución. En cuanto institución surge en 1841 y aparece consagrada constitucionalmente en 1857, en términos similares a los que se consignan en la vigente Carta de 1917. Fuera de esta notable excepción, la América Latina ha sido un campo fecundo para el desarrollo del Habeas Corpus. Sus antecedentes no deben hallarse en los fueros de Aragón, como en algunas oportunidades se ha sostenido, —ya que la conquista española trajo al Nuevo Mundo las leyes de Castilla— sino en forma directa en las leyes constitucionales de Inglaterra, y subsidiaria o adicionalmente, en la práctica judicial y en la Constitución de los Estados Unidos de América.

El antecedente más remoto en América Latina se encuentra en el seno de las Cortes de Cádiz, en las cuales el Diputado suplente por Guatemala don Manuel de Llano, propuso el 14 de diciembre de 1810:

“Que para precaver en parte los males que, tantos años han afligido a la nación se nombre una comisión que exclusivamente se ocupe de redactar una ley al tenor de la del Habeas Corpus que rige en Inglaterra, que asegure la libertad individual de los ciudadanos . . .” (García La Guardia 1976, p. 198; Barragán 1976).

(*) Publicado en AA.VV. *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980.

La ley no fue aprobada nunca, sino que en el fragor de las discusiones, fue trasladada y unificada conjuntamente con otros tópicos yendo a parar al proyecto de Constitución integrando el Título V del texto definitivo que se refiere al Poder Judicial, y en donde si bien se reguló las protecciones contra las detenciones arbitrarias, la institución propiamente dicha no fue incorporada (Tirno Galván 1968, Revista de Estudios Políticos 1962).

El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código penal del Brasil de 1830 (artículos 183-184) y más propiamente el Código de procedimientos penales del mismo país, sancionado en 1832, el cual en su artículo 340 señala que:

“Todo o cidadão, que entender que êle ou outrem sofre prisão ou constringimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de **habeas corpus** em seu favor”.

Poco tiempo después, el 1º de enero de 1837, y como fruto de un largo proceso, fueron promulgados en Guatemala los Códigos que Eduardo Livingston había formulado para el Estado de Luisiana, y cuyo Código Penal había traducido al castellano y en 1831, don José Francisco Barrundia (García La Guardia 1978) (sin embargo, Guatemala consagra el Habeas Corpus a nivel constitucional recién en 1879). A partir de entonces, se da una rápida expansión de este instituto en todo el continente, con diversos matices y variantes según los países, que aquí no vamos a analizar.

En el caso concreto del Perú, el Habeas Corpus aparece en un proyecto de ley de 1892, en evolución que detallaremos más adelante, y atraviesa las siguientes etapas:

a) de 1897 a 1933; período en el cual el Habeas Corpus aparece circunscrito para la defensa de la libertad individual.

b) de 1933 a 1979; en donde opera como instrumento protector de todos los derechos individuales y sociales, o si se quiere, de las “garantías individuales y sociales” de acuerdo con la terminología de la Carta Política de 1933; y

c) a partir de 1979, que con la sanción de la nueva Constitución del Estado, vuelve el Habeas Corpus a su concepción originaria y se establece el amparo para la protección de los demás derechos fundamentales.

2. La ley de 1897

El Perú adopta el Habeas Corpus mediante ley de 21 de octubre de 1897 (H.H.A. Cooper 1967, p. 297-335; Basadre 1968, IX, p. 216; X, p. 173-174; XII, p. 472-473; XVI, p. 257 y ss.; Bustamante 1960 y 1961), como resultado de un anteproyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados en la sesión del martes 11 de octubre de 1892, bajo la presidencia del H. señor Arenas, por Mariano Nicolás Valcárcel, Teodomiro A. Gadea y Mariano H. Cornejo (Diario 1892, p. 628 y ss.; Cornejo 1973). Eran los días del coronel Remigio Morales Bermúdez (1890-1894), fallecido poco antes de concluir su período. El proyecto tenía 20 artículos y buscaba reglamentar el artículo 18 de la Constitución entonces vigente (1860) que decía a la letra:

“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti delicto, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de las 24 horas a disposición del juzgado que corresponde. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera”.

El proyecto fue leído en la estación Orden del Día. En sus considerandos decía “que es necesario hacer inviolable la libertad de las personas que la Constitución garantiza”. El artículo 3 del proyecto señalaba que “toda persona residente en el Perú que fuese reducida a prisión, siempre que se cumplan las 24 horas sin que se haya notificado la orden de detención judicial, tiene expedito el recurso extraordinario de Habeas Corpus”.

La Comisión Principal de Legislación, al informar el proyecto, declaró que “la experiencia atestigua que son frecuentes las infracciones de esta preciosa garantía”; añadiendo que se constataba la “dolorosa y constante experiencia de los abusos que se cometen” (Diario 1892, p. 629). El proyecto fue objeto de un largo debate. Entre otras cosas, uno de los autores Mariano H. Cornejo señaló que la medida estaba dirigida a proteger al ciudadano contra las arbitrariedades de la autoridad política. Muchas referencias

se hicieron a Inglaterra (1) (Diario, 1892, p. 671), país en el cual se vió el origen y paradigma de la institución que en ese entonces se debatía. Aprobado en la Cámara Baja, fue puesto a consideración del Senado en sesión de 1º de setiembre de 1893 (Diario 1893, p. 214 y ss.) en donde fue incluido en la Orden del Día. En medio del debate, el senador Almenara (Diario 1893, p. 219) propuso una definición del instituto, que, aunque no prosperó, es interesante recordar para entender lo que pensaba el legislador. La definición del Habeas Corpus era la siguiente:

“El derecho que tiene un ciudadano detenido o preso para comparecer inmediata y públicamente ante el Juez o Tribunal, para que oyéndolo resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse”.

También en esta oportunidad se hicieron referencias directas a Inglaterra que fue ponderada por la probidad de sus jueces y su respeto a las libertades (Diario 1893, p. 219). Incluso se puso en duda la eventual efectividad del Habeas Corpus y se lamentó el estado del país. El senador Almenara (Diario 1893, p. 229) llegó a afirmar:

“Indudablemente que si el país estuviese organizado de tal manera que se cumpliesen las leyes, no tendríamos necesidad de esta ley que ha sido originaria de Inglaterra . . .”.

El texto aprobado por el Senado, mereció observaciones del Poder Ejecutivo (oficio de 23 de octubre de 1893), que aunque eran de carácter técnico ocultaban un manifiesto propósito del Gobierno de no contar con instrumentos legales eficaces que limitasen sus posibilidades de acción. El movido acontecer político de aquellos días, la enfermedad del Presidente en marzo de 1894 y su muerte poco tiempo después, no eran propicios para la aprobación de este tipo de medidas. Recordemos además que luego vino el gobierno de Cáceres y la rebelión de Piérola en 1895. En esa época las detenciones arbitrarias eran demasiado frecuentes como para aceptar un instituto que aparentemente era un producto de

(1) Esta dato es importante pues algunos comparatistas norteamericanos han pretendido sostener que el Habeas Corpus en el Perú ha sido tomado de Inglaterra, pero a través de los Estados Unidos, lo que históricamente es inexacto.

lujo para sociedades más desarrolladas. Hay que destacar por último que una de las formas que presentó la oposición a este proyecto se basó en el hecho de que la propia realidad del país no se adaptaba a las exigencias de esta nueva fórmula. Es decir, desde el inicio se notó aunque en forma embrionaria, aquel divorcio entre los textos y los hechos señalado más tarde por León Duguit.

La ley fue finalmente aprobada cinco años después ante la insistencia del Congreso, el 21 de octubre de 1897 (Diario 1895, p. 855 y ss.; Diario 1897, p. 70 y ss.). No obstante el ejecutivo de entonces, bajo la presidencia del caudillo demócrata don Nicolás de Piérola, se negó a firmarla (2) y es así que de acuerdo al artículo 71 de la Constitución de 1860 fue promulgada por el Congreso bajo la presidencia de Manuel Candamo, más tarde Presidente de la República (1903).

Es conveniente hacer una somera reseña de esta ley matriz (García Belaunde 1971, p. 411-414). Su único considerando es el relativo a hacer efectiva "la libertad personal consignada en la Constitución", es decir, garantizar el derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución de 1860, ya mencionado. Este principio es prácticamente una invariante en todo el proceso de nuestro constitucionalismo, pues se repite en todas nuestras cartas políticas.

El artículo 1º de esta ley se refiere a la persona a quien se protege con el Habeas Corpus. "Toda persona residente en el Perú que fuese reducida a prisión (3) si dentro del término de 24 horas no se le ha notificado la orden de detención judicial, tiene expedito el recurso extraordinario de Habeas Corpus".

Como se aprecia se trata de un derecho concedido a toda persona residente sea nacional o extranjero; lo que incluso alcanza a los turistas, como lo ha acreditado posterior jurisprudencia.

En ese mismo artículo 1º se afirma la libertad, o sea, que

-
- (2) Basadre y Cooper no mencionan el hecho y en consecuencia no ofrecen una explicación de esta negativa. Por lo demás la actitud de Piérola no se compadece con su programa "Demócrata".
 - (3) El término prisión, es usado en sentido amplio; es decir, detención corporal en un recinto cerrado.

no se puede privar a nadie de su libre movimiento, salvo **in fraganti delito**, o mediando orden de autoridad competente.

Encontramos aquí también, el origen de la desnaturalización de este instituto, pues se le califica como recurso extraordinario, lo cual es comprensible no sólo por el incipiente desarrollo de la ciencia procesal en aquellos días, sino porque en Inglaterra el Habeas Corpus era un medio utilizado dentro de un proceso y en consecuencia tenía la naturaleza de recurso. A pesar de lo que se crea, es propiamente una acción y no un recurso.

El artículo 2º señala que este recurso (sic) puede ser presentado por el arrestado mismo, por sus parientes o por cualquier persona sin necesidad de poder. Esta redacción es más amplia que la del Código de Procedimientos Penales vigente, que lo limita a los parientes dentro del grado más próximo; por el contrario el término genérico de "parientes" incluye una gama muy amplia, incluso, a los consanguíneos y afines (Código Civil 1852, arts. 132 y ss.). La última parte hace referencia además a "cualquier persona". Esto es muy útil pues muchas veces se ha visto desestimar un recurso de Habeas Corpus por no haberse acreditado documentalmente el entroncamiento entre el recurrente y el detenido. Además con el actual Código se podría dar el caso clamoroso de un extranjero detenido en forma arbitraria que vive en el Perú hace muchos años pero que carece de familia. En este caso nadie podría interponer a su favor un Habeas Corpus. Por otro lado, la excusa de que una redacción tan amplia podría degenerar en abuso, puede compensarse con la aplicación de severas medidas para quienes utilicen en forma incorrecta este remedio procesal (4).

El resto del articulado es de orden eminentemente procesal. Así en cuanto a su presentación, puede ser ante el Juez de Primera Instancia o ante la Corte Superior directamente. El recurso debe dar una explicación de los hechos, bajo juramento. En vista del recurso y del informe o aviso de la autoridad, el Juez decretará la libertad del detenido si no hubiese motivo legal para continuarla, y aun en este caso pedirá que se le entregue la persona del deteni-

(4) En Estados Unidos, por ejemplo, las costas para el litigante son muy elevadas, criterio inverso al que opera en el Perú.

do (artículo 40). Se sigue aquí el modelo inglés, pues está previsto únicamente contra las detenciones arbitrarias aunque ellas deben ser realizadas por autoridad competente (5). En la segunda parte del mismo artículo se menciona a la “autoridad política”, aunque más adelante (artículo 70) se incluye a las detenciones arbitrarias que pudieran efectuar los jueces.

El artículo 50 prevé los casos en que el recurso se presenta directamente ante la Corte Superior, quien seguirá idéntico procedimiento con la salvedad de pedir informe al Prefecto del Departamento en donde se halla detenida la persona o al Juez de Primera Instancia respectivo.

Decretada la libertad dice el artículo 90, se dictará inmediatamente un auto recibiendo la causa a prueba para que la autoridad acusada se defienda. El artículo 100 establece sanciones en caso de hallarse culpabilidad en la autoridad respectiva (pérdida del empleo, inhabilitación por cuatro años para obtener cualquier puesto público y arresto por un tiempo diez veces mayor que el que la hubiese sufrido indebidamente).

La orden judicial debe ser cumplida, bajo severas penas para quien se resista a ella. Aún más, el artículo 140 señala que “si el Ministro no hace cumplir la orden, se podrá recurrir a la Corte Suprema, la que si no fuese obedecida, dará cuenta directamente al Congreso para que conforme a la Ley de Responsabilidad mande a enjuiciar al Ministro si lo tiene a bien” (se refiere a la Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos de 1868, parcialmente vigente).

El artículo 150 contempla el caso de que el Habeas Corpus haya sido utilizado indebidamente, es decir, que la detención de la persona se haya realizado de acuerdo a ley. En este evento, si fuga la persona autora del delito común, en virtud de un Habeas Corpus declarado precedente, será considerada (la que interpuso el recurso) como cómplice del delito que por su culpa quedase impune.

(5) En el Perú ha existido una tendencia en contra del uso del Habeas Corpus contra particulares, aún cuando la actual Constitución lo permite, como veremos más adelante.

El artículo 16º precisa quienes no pueden hacer uso del Habeas Corpus (reos rematados, desertores, militares en servicio arrestados por sus jefes, conscriptos sorteados y omisos y los que estén cumpliendo legalmente el apremio de detención corporal).

El artículo 18º señala que ninguna persona puesta en libertad mediante este recurso puede ser arrestada nuevamente por el mismo delito, salvo que la orden emane de Juez o Tribunal competente ante quien está obligado a comparecer.

Una última disposición importante está consignada en el artículo 21º: "Cuando el Congreso suspenda con arreglo a la Constitución las garantías individuales, no se podrá interponer recurso de Habeas Corpus por las prisiones decretadas a mérito de esta suspensión".

Algunas observaciones adicionales pueden agregarse a lo ya expuesto. Antes que nada llamar la atención por la aparición tardía de este instituto, no sólo si se le compara con los países de tradición sajona, sino con los de la América Latina. Ahora bien, lo que se introdujo fue un medio procesal, técnicamente hablando una garantía para proteger un derecho proclamado por la Constitución de 1860 en su artículo 18º. Así lo establece por lo demás el artículo 15 de la ley al señalar que en caso de uso indebido del Habeas Corpus se perderá la "garantía ofrecida". Si hacemos una revisión de nuestras Cartas Políticas, veremos que todas ellas, al menos formalmente defendieron la libertad personal (Pareja Paz Soldán 1954). Pero recién esta ley creó el procedimiento adecuado para la protección de este derecho. Otras características que podemos encontrar en este dispositivo, son las siguientes:

a) se sigue el modelo inglés, aunque limitándolo únicamente para cautelar la libertad física, frente a detenciones arbitrarias;

b) no se ha definido la institución, sólo se han consagrado las pautas procesales;

c) desde el punto de vista procesal, como ley matriz, ha sido el punto de partida de la legislación posterior;

d) contiene en lo esencial asertos que aún hoy tienen vigencia;

e) no se cae en el error (como se incurrió después) de confiar el Habeas Corpus dentro del área penal, ya que se dan atribu-

ciones al Juez de Primera Instancia y no al Juez del Crimen (el antecesor del Juez Instructor);

f) presenta características que posteriormente harán del Habeas Corpus una figura propia dentro del ordenamiento peruano (por lo menos hasta 1979).

3. Las leyes de 1916

La ley de 1897, no obstante sus intenciones, tuvo efectos muy restringidos. Fue violada desde un principio, y a ello ayudó la precaria organización político-constitucional del momento. La parquedad de la jurisprudencia de aquella época no puede ser más expresiva.

Un suceso importante fue la promulgación de la ley 2223, por el gobierno de José Pardo, el 10 de febrero de 1916, conocida como la “Ley de Liquidación de Prisiones Preventivas” (Bramont 1973; Cooper 1969; del Valle 1969; Hurtado 1978), que trató sobre la libertad provisional en los procesos penales y que estableció en su artículo 7º lo siguiente:

“Todas las garantías contenidas en el Título IV de la Constitución del Estado, darán lugar a recursos destinados a amparar a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades o hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad. Son aplicables a estos recursos las disposiciones de la ley de Habeas Corpus en cuanto a las autoridades que deben conocer de ellos, a las personas que puedan presentarlos y a las reglas de su tramitación”.

Esta ley tuvo su origen en la realidad carcelaria de aquellos días. Explicando estos hechos, Jorge Basadre ha escrito que cuando Francisco Eguiguren desempeñaba la presidencia de la Corte Suprema en 1913 y 1914, caracterizó su gestión por lograr celeridad en la administración de la justicia penal a fin de “corregir por todos los medios imaginables que los enjuiciados no se eternicen en las prisiones”. Esta preocupación de Eguiguren contribuyó decisivamente a la dación de esta ley, que fue elaborada teniéndose en cuenta un proyecto preparado por la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Penales.

En cuanto al artículo 7^o ya mencionado, ha sido visto por muchos estudiosos como el antecedente más remoto del Habeas Corpus en la Carta de 1933 que tiene una gran amplitud (así, por ejemplo, Manuel Vicente Villarán, Ricardo Bustamante Cisneros, Raúl Ferrero, H. H. A. Cooper, etc.).

Este último, por ejemplo, se base en la intervención del senador Antonio Miró Quesada (Diario 1915, p. 312) que se refirió a “la extensión del Habeas Corpus para las demás garantías individuales”. Si ésta fue realmente la intención del legislador, no aparece del todo reflejada en la misma ley. Personalmente, el autor no ve claro el asunto, pues mientras que la Constitución de 1933 desnaturaliza el Habeas Corpus al extenderlo a la protección de todos los derechos individuales y sociales, en esta ley lo único que se extiende es el trámite procesal, tal como por ejemplo sucedió en la Argentina en 1957, cuando los Tribunales al crear el Amparo utilizaron la vía del Habeas Corpus. Más bien puede decirse que se configuró en aquel entonces un remedio protector contra determinadas garantías a los cuales se facilitó un procedimiento expeditivo ya existente.

Este artículo 7^o remite para sus efectos al Título IV de la Constitución de 1860, entonces vigente. Dicho título está dedicado íntegramente a las Garantías Individuales (artículos 14 a 32). No obstante, no todos los artículos ahí incluidos son en puridad garantías individuales, ya que estos en lo fundamental son derechos inherentes a toda persona, tales como el libre ejercicio de todo oficio, industria o profesión (artículo 23) la libertad individual (artículo 22) el derecho de propiedad (artículo 26) la libertad de prensa (artículo 21) la inviolabilidad de correspondencia (artículo 22) el derecho de propiedad (artículo 26) la inviolabilidad de domicilio (artículo 31), etc. Al lado de estas garantías que han perseverado con las mutaciones que el tiempo mismo ha impuesto, aparecen otras que en realidad no son tales: así cuando se declara que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo (artículo 15) que las leyes protegen y obligan igualmente a todos (artículo 32), etc. La ausencia de una técnica legislativa se repite posteriormente (6).

(6) Sobre la elaboración de la Constitución de 1860, puede verse Basadre 1968. Mucho influye en la estructura de una Carta Política, el contexto en la cual es elaborada; lo que se puede apreciar en las Cartas Políticas de 1933 y 1979.

Meses después, el 26 de setiembre de 1916, se promulga la ley 2253. En sus considerandos leemos que la ley de Habeas Corpus de 1897 “no ha producido todos los saludables efectos que se propuso el legislador, por deficiencia de algunas de sus disposiciones; y que es necesario ampliarla para que sea debidamente garantizada la libertad de los ciudadanos y castigados los delitos que contra ésta se cometen”. Innovación interesante es el artículo 3 que dice que el procedimiento de Habeas Corpus “es aplicable a los jueces de cualquier fuero que se hagan responsables de la detención indebida”.

La ley 2253 señaló en su artículo 1 que si de las diligencias practicadas al sustanciarse el recurso de Habeas Corpus resultase que transcurrieron más de 24 horas desde la captura del detenido hasta su sometimiento a juicio o a su libertad, el Juez o Tribunal seguirá de oficio el procedimiento señalado en el artículo 9 y siguientes de la ley de 1897, indicando (artículo 2) que el mismo procedimiento se seguirá de oficio en los casos de resistencia a cumplir la orden de libertad. El artículo 4 indica que si el recurso se sigue ante la Corte Superior, ella será competente para el juzgamiento respectivo. El artículo 5 prescribe que la pena de arresto señalada en el artículo 10 de la ley de 1897 “será del doble al décuplo del tiempo de la detención indebida”. El artículo 6 y último estipula que “el auto que ordena la libertad del detenido se ejecutará no obstante la apelación o el recurso de nulidad que contra dicho auto se interponga”.

Como es fácil apreciar, esta última ley no es más que un correctivo de la de 1897, cuyas características principales conserva y perfecciona.

4. La Constitución de 1920

La Constitución de 1920 fue la primera que dió al Habeas Corpus categoría constitucional llamándolo “recurso” y restringiéndolo al ámbito de la libertad personal. Así lo establece su artículo 24:

“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto **in fraganti delicto**, debiendo en todo

caso ser puesto el arrestado dentro de veinticuatro horas a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento, están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere”.

“Las personas aprehendidas o cualquier otra podrán interponer, conforme a ley, el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida”.

En los debates (Diario 1919, I, pág. 369 y ss.; II, pág. 359, 1326 y 1344; Proyecto 1919), se acordó incorporar el Habeas Corpus a la Carta Política, en virtud de que ya existía en la legislación positiva. Por lo demás, Javier Prado, Presidente de la Comisión de Constitución, ya lo había sugerido en el proyecto que luego fue puesto a consideración de los constituyentes. Se dió al instituto el alcance clásico, es decir, protector de la libertad individual, lo cual refleja claramente la poca repercusión que tuvo el amparo previsto en el artículo 7 de la ley 2223.

Así las cosas, surgió un impasse al considerarse que la Constitución y el Código de Procedimientos en Materia Criminal (promulgado ese mismo año y que legisló el Habeas Corpus sólo para el caso de detenciones indebidas) habían dejado sin efecto la amplitud del Habeas Corpus establecida por la ley 2223. El problema llegó incluso a debatirse en la Corte Suprema. Una célebre ejecutoria sostuvo su vigencia; así la resolución del 21 de julio de 1922 señaló que “el artículo 7 de la ley 2223 destinado a amparar las garantías enumeradas en el Título IV de la Constitución de 1860 se halla en vigor” (Anales Judiciales de 1922, págs. 79-85). Otra ejecutoria suprema de 16 de octubre de 1922, por el contrario la desconoció, pese al Dictamen favorable del Fiscal Seoane, al señalar que “las restricciones o penalidades impuestas por la autoridad municipal al derecho a la propiedad no son susceptibles de ser amparadas por el artículo 7 de la ley 2223” (Anales Judiciales de 1922, págs. 148-152). Incluso el mismo Presidente de la Corte Suprema se vió en la necesidad de señalar públicamente tal impasse, sugiriendo que al existir diversos criterios sobre tal materia en el seno mismo de la Corte era competencia del Congreso resolver lo más adecuado (Erausquin 1921, págs. 113-114).

Sea como fuere, lo que en un principio fue una elevada dis-

cusión forense e incluso académica, devino irrelevante al poco tiempo, al acentuarse el carácter represivo que significó casi desde sus comienzos el régimen de la Patria Nueva (Basadre 1968; Pike 1967). Incluso llegó el Gobierno a desconocer las órdenes judiciales emanadas de Habeas Corpus amparados, y la política de persecuciones y destierros vino a echar por tierra los bellos ideales de las primeras horas. De hecho, son muy escasos los autos de Habeas Corpus de 1920 a 1923, y desde este año hasta la caída del régimen en 1930 las publicaciones oficiales no registran jurisprudencia alguna sobre Habeas Corpus. La Constitución de 1920 (Stuart 1925), llegó así con el tiempo a ser violada por sus mismos autores, alcanzando a ser, como afirma F. Pike, el mejor modelo de lo que nunca fue.

5. El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920

El aspecto procesal del Habeas Corpus fue tratado, como ya mencionamos, en el Código de Procedimientos en Materia Criminal (1920) en sus artículos 342 a 355. Este Código fue elaborado por una Comisión parlamentaria nombrada en 1915 y presidida por Mariano H. Cornejo (1973, pág. 205 y ss.) y aprobado por la Asamblea Nacional de 1919 (Diario de los Debates, II pág. 880 y ss.). En sus lineamientos generales, el Código sigue las pautas trazadas por la ley de 1897. El artículo 342 señala que toda persona residente en el Perú, reducida a prisión, si han transcurrido 24 horas sin que un Juez Instructor del fuero común le haya comenzado a tomar la declaración inductiva, tiene expedido el recurso extraordinario de Habeas Corpus, independientemente de los procedimientos que franquea el Código dentro de la instrucción.

El artículo 343 agrega que el recurso se presentará ya sea ante el Juez de Primera Instancia de la Provincia o ante el Tribunal Correccional, siempre que la detención se atribuya a una autoridad que no sea Juez. El artículo 344 acota que el recurso podrá ser presentado por el arrestado, por sus parientes o por cualquier otra persona, sin necesidad de poder, indicando no estar en determinadas situaciones (no ser reo rematado, no estar sujeto a instrucciones alguna, no ser desertor, etc.).

El artículo 346 precisa que el custodio de la prisión que se

negase a dar ingreso al juez o a cumplir la orden de libertad decretada por éste, será enviado directamente a la cárcel como culpable del delito de secuestro.

El artículo 349 contempla el caso de detención emanada de autoridad política. El artículo 352 dice así: "Cuando el secuestro provenga de persona que no es autoridad, el Juez, una vez puesto en libertad el detenido, procederá a abrir instrucción contra el culpable conforme a este Código".

Aquí se dejó abierta la posibilidad de interponer recursos de Habeas Corpus contra los particulares, lo que se ha hecho en algunas oportunidades. No obstante, esta provisión no se repitió en el Código de Procedimientos Penales de 1940, por lo que en rigor el Habeas Corpus contra particulares no procede, aunque la jurisprudencia en algunos casos haya sostenido implícitamente lo contrario (Habeas Corpus contra la Universidad Católica, etc.; la situación variará con la Constitución de 1979 como se verá más adelante).

Dos aspectos importantes, trajo además esta reglamentación:

a) la procedencia del Habeas Corpus cuando a un peruano o extranjero domiciliado, se le notifique la orden de abandonar el lugar de su residencia o el territorio nacional, o cuando el denunciante teme ser expatriado o confinado por la fuerza, y

b) la colocación de guardias en la puerta del domicilio se considera detención arbitraria contra la persona que lo ocupa y da lugar al Habeas Corpus.

En síntesis, podemos decir que las características de este articulado son las siguientes:

- i) el Habeas Corpus es considerado como un recurso,
- ii) defiende únicamente la libertad corporal en sus diversas modalidades,
- iii) la detención indebida puede provenir de autoridad política o judicial y de particulares.

La caída de Leguía en 1930, trajo como consecuencia la revisión de la Constitución de 1920. Fue así como se convocó a elecciones para Presidente de la República y Congreso Constituyente,

la que fue instalada solemnemente el 8 de diciembre de 1931. Mientras tanto siguió rigiendo la Carta del 20 hasta que el 9 de abril de 1933 fue promulgada la Constitución de 1933.

6. La Constitución de 1933

La Carta de 1933 tiene dos antecedentes: el anteproyecto elaborado por la Comisión Villarán (Anteproyecto 1931; Villarán 1962) y los debates del Congreso Constituyente (Diario 1931, tomos 3 y 7). En su exposición de motivos, Villarán hizo una somera exposición histórica del instituto recordando la ley 2223 y señalando que “nuestro proyecto convierte estas liberales prescripciones en precepto constitucional”.

En efecto, el artículo 185 del anteproyecto establecía que “todas las garantías otorgadas por la Constitución darán lugar al recurso de Habeas Corpus, destinado a amparar a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades, o a hacer cesar las restricciones indebidas interpuestas por cualquiera autoridad”. El anteproyecto consignaba en un solo rubro, bajo el título de “Derechos y Deberes fundamentales” las diversas garantías que se conocen bajo el nombre de individuales y sociales.

Este anteproyecto no fue sin embargo observado ni respetado por el Congreso. Así, Luis A. Sánchez (1955, pág. 255), un convencional de aquellos días poco afecto indudablemente al grupo que encabezaba Villarán, escribía: “La presión de los hechos políticos no permitía avanzar debidamente en el debate constitucional. Aunque existía un proyecto extra-parlamentario elaborado por una comisión presidida por el Dr. Manuel Vicente Villarán, la Comisión de Constitución del Congreso rehizo el trabajo de principio a fin, para que a su turno el Congreso lo deshiciera a su arbitrio”. Basadre (1968, XIV, pág. 260) mismo ha señalado que el anteproyecto “será siempre con su hermosa exposición de motivos, un documento importante para la historia de las ideas políticas y sociales en el Perú, aunque los autores (de la Constitución) pretendieron injustamente desdefiarlo”.

El proyecto relativo a las garantías (derechos) individuales fue preparado por una comisión integrada por P. A. del Solar, Al-

fredo Herrera, M. Jesús Gamarra, C. Chirinos Pacheco y V. M. Arévalo. El dictamen que en parte reemplaza a las actas de las comisiones, empezaba señalando que los derechos individuales han sido considerados siguiendo en lo posible la tradición constitucional del Perú. Establecía el derecho a la seguridad personal instituyendo la acción (así la llamaron) del Habeas Corpus. Dice textualmente: "La constitución debe legislar el Habeas Corpus como acción y no como recurso procesal. La acción de Habeas Corpus garantiza sólo los derechos de la persona, no su patrimonio".

Agregaba que se hacía extensivo el uso del Habeas Corpus a todas las garantías individuales citando entre los antecedentes la Ley de Liquidación de Prisiones Preventivas de 1916. El artículo 13 del proyecto preparado por la Comisión señalaba que "todos los derechos individuales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de Habeas Corpus" (Diario 1931, VII, pág. 3848 y ss.).

Cuando el articulado fue puesto en debate el 27 de setiembre de 1932, no hubo ninguna discusión al respecto; al parecer eran verdades evidentes. Sólo el representante socialista por Piura, Luciano Castillo propuso que también los derechos sociales estuviesen protegidos por el Habeas Corpus (a lo largo del debate se usó en forma indistinta las palabras garantías y derechos). La propuesta de Castillo fue rápidamente aceptada por M. Jesús Gamarra en nombre de la Comisión, votándose luego el artículo, tal como ha quedado en su versión definitiva (artículo 69 en la Carta de 1933).

Lo que no quedó aclarado en los debates, fue la diferencia entre las garantías nacionales y sociales. Estas últimas fueron aprobadas poco tiempo antes que las garantías individuales en el mismo mes de setiembre de 1932 (Diario 1931, tomo 7, p. 3599 y ss.). En el fondo no hubo interés en distinguirlas ya que cuando se aprobaron conjuntamente con las garantías nacionales, sólo tenían un valor declarativo. La importancia de esta diferencia sólo surgió después, cuando a las garantías sociales se les protegió además con la acción de Habeas Corpus, pero entonces no se hizo nada para remediarlo. En este aspecto, la Constitución de 1933, resultó ser inferior a la de 1920, que estableció en forma separada cada una de las garantías, de tal manera que en este texto no cabía la menor duda sobre la naturaleza de cada una de ellas.

Según el texto aprobado, las garantías individuales abarcan los artículos 55 al 68, debiendo excluirse de ellas el artículo 69 que regula el Habeas Corpus y el artículo 70 que trata de la suspensión de garantías. Las nacionales y sociales aparecen confundidas en un sólo título en los artículos 8 y 54. No obstante, si analizamos lo que aquí se llama garantías nacionales, podemos apreciar que en rigor son lo que comúnmente se conoce como Declaraciones o normas programáticas; es decir, enunciados de carácter general que tratan sobre diversos aspectos de la política del Estado.

Un criterio diferenciador de ambas y que puede ser útil, es considerar paralelamente lo establecido en la Constitución de 1920. Entonces llegamos a la conclusión que son garantías nacionales las que van desde el artículo 8 al 26 inclusive, así como los artículos 39, 41, 49, 53 y 54; el resto del articulado debe ser considerado como de naturaleza social. Este arduo problema ha merecido un injusto olvido de la doctrina peruana que no ha acertado en el enfoque (véase sin embargo Alzamora 1966); tampoco la jurisprudencia ha contribuido a esclarecerlo. Si aceptamos el criterio que en forma tentativa hemos señalado para las garantías, podríamos clasificarlas de la siguiente manera:

I.— sociales (artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51 y 52).

- a) libertad de asociación (artículo 27).
- b) derecho de propiedad (artículos 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 47).
- c) derechos de autor (artículo 30).
- d) libertad de comercio e industria (artículo 40).
- e) libertad de trabajo (artículos 42 y 44).
- f) protección al contrato colectivo de trabajo (artículo 43).
- g) participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa (artículo 45).
- h) seguridades en el centro de trabajo (artículo 46).
- i) seguridad social y asociaciones de ayuda mutua y prevención (artículo 48).
- j) protección de la salud (artículo 50).
- k) protección del matrimonio, de la familia y la maternidad (artículo 51).

- l) derechos del niño (artículo 52).
- m) prohibición del cobro de intereses usuarios (artículo 28).

Este ordenamiento puede incluso ser cuestionado. Así la propiedad en rigor debe ser considerada como garantía individual, por lo menos en tanto no cambie el concepto en nuestro derecho (de Trazegnies 1973).

II.— individuales (artículos 55 y 64 y 66 al 68).

- a) todo trabajo debe ser remunerado (artículo 55).
- b) libertad de movimiento (artículo 56).
- c) no hay condena sobre actos o hechos no previstos como punibles (artículo 57).
- d) no hay detención por deudas (artículo 58).
- e) libertad de conciencia y de creencia (artículo 59).
- f) derecho de petición (artículo 69).
- g) inviolabilidad de domicilio (artículo 61).
- h) derecho de reunión (artículo 62).
- i) libertad de prensa (artículos 63 y 64).
- j) inviolabilidad de la correspondencia (artículo 66).
- k) derecho de entrar, transitar, residir y salir del territorio de la república (artículos 67 y 68).

Este Título guarda una mayor coherencia que el anterior. Sólo debe criticarse la inclusión del artículo 65 destinado a la censura de los espectáculos públicos. Podríamos sistematizar algunas observaciones sobre este tema:

- a) no existe una clara diferencia entre las garantías, ya que se mezclan las nacionales con las sociales, las sociales con las individuales y viceversa.
- b) se insertan en los títulos de garantías algunos preceptos que son principios jurídicos o políticos y que no deberían consignarse como tales; teniendo en cuenta que ellas ni siquiera pueden defenderse mediante el Habeas Corpus, aunque a veces la jurisprudencia, al no distinguir entre ambas (nacionales y sociales) ha terminado por defender algunas garantías nacionales.
- c) una gran mayoría de las garantías proclamadas remiten a una ley para su debida reglamentación. Al no existir gran parte

de esas leyes previstas por el constituyente, su cumplimiento ha quedado prácticamente a la buena voluntad de los gobernantes, quienes muchas veces han procedido a su reglamentación por simple decreto o resolución suprema.

7. El Código de Procedimientos Penales de 1940

La Constitución así aprobada empezó a regir con el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, el que posteriormente fue reemplazado por el Código de Procedimientos Penales vigente en la actualidad (Alcalá 1939; Zavala 1947; del Valle 1963, 1964, 1966, 1968; García Rada 1965; 1980; Cooper 1969). Este Código dedica al Recurso Extraordinario de Habeas Corpus sus artículos 349 a 360. Establece que el Habeas Corpus procede a favor de cualquier persona en los siguientes casos:

- a) ser sometido a prisión por más de 24 horas sin que el Juez competente le haya comenzado a tomar la declaración instructiva (artículo 349).
- b) cuando se pone custodia policial en el domicilio de una persona (artículo 359).
- c) cuando se viole los derechos individuales o sociales protegidos por la Constitución (artículo 349, in fine).

La acción se interpone:

- a) ante el Juez Instructor o ante el Tribunal Correccional.
- b) ante el Tribunal Correccional, si el abuso emana de una orden dictada por el Juez.

Los únicos que pueden interponer la acción, son:

- a) los detenidos,
- b) los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad,
- c) el cónyuge (así establecido por la jurisprudencia).

Los requisitos para interponer la acción son los siguientes:

- a) la declaración jurada de haber transcurrido más de 24 horas de detención sin haber rendido la instructiva.
- b) el detenido no debe ser reo rematado ni estar sujeto a instrucción alguna.

- c) no ser desertor del ejército, marina, aviación o policía.
- d) no ser conscripto sorteado ni militar en servicio arrestado por sus superiores,
- e) no estar cumpliendo legalmente apremio de detención ordenado por el juez o Tribunal competente;
- f) indicar el lugar en que se encuentra la persona.

El artículo 352 señala que el Juez que reciba el recurso de Habeas Corpus se constituirá inmediatamente en el lugar en que se halla el detenido y si se entera de que no se le sigue ninguna instrucción por Juez competente y de que son ciertas las afirmaciones del recurso, lo pondrá inmediatamente en libertad dando cuenta al Tribunal del que dependa. Si sabe que está bajo la jurisdicción de algún Juez, puede entablar competencia, si ésta procede conforme el Código, dando cuenta al Tribunal. El artículo 353 precisa que si el jefe del establecimiento en que se halla el detenido, se niega a dar ingreso al Juez o a cumplir la orden verbal de libertad, se abrirá contra él la correspondiente instrucción como culpable de delito contra la libertad individual.

El artículo 354 se pone en el supuesto de que el recurso sea interpuesto ante el Tribunal Correccional, en cuyo caso podrá éste encomendar a uno de los Jueces Instructores para que se constituya en el lugar de la detención y ponga en libertad al detenido, si es que procede efectivamente el recurso. El artículo 355 indica que siempre que la detención sea en lugar distinto de aquel en que se halle el Juez o Tribunal que recibe el recurso, uno u otro ordenará que el Juez Instructor o el de Paz, si se trata de un distrito, cumpla con el procedimiento establecido. El artículo 356 añade que si el recurso de Habeas Corpus se declara fundado y la orden de detención emanó de autoridad política, el Tribunal que decretó la libertad o al que le fue comunicada por el Juez, citará al funcionario que aparece culpable, al agraviado y al Fiscal a una audiencia en la cual, después de los debates conforme a las reglas del Código, le impondrá como pena la destitución del empleo, al que no podrá volver hasta pasados dos años. En caso de considerarse grave el abuso de autoridad, puede imponerse al culpable hasta prisión por tres meses. El artículo 357 precisa que el haber procedido por orden superior no libera a la autoridad ejecutora de la prisión ilegal, de la responsabilidad y de la pena fijada en los artículos an-

teriores. Aclara el artículo 358 que si la autoridad inculpada alega orden del Gobierno, el Tribunal sin perjuicio de imponer la pena al funcionario ejecutor, dará cuenta del proceso a la Cámara de Diputados para que considerándolo como acusación, cumpla con lo prescrito por la Ley de Responsabilidad.

El Habeas Corpus no procede en ciertos casos. Estos son:

- a) cuando están suspendidas las garantías constitucionales y sólo con respecto a ellas. Esto es una creación jurisprudencial, aunque ya la ley de 1897 en su artículo 21 así lo establecía,
- b) cuando no se cumplen los requisitos formales especificados en el Código,
- c) cuando el recurrente se encuentra incurso en la Ley de vagancia (ley 4891, artículo 8) aun cuando esto ha sido muy cuestionado.
- d) cuando no se ha agotado previamente la vía administrativa en los casos que corresponda. (Decreto Ley 14605, artículo 11 y artículo 117 del Decreto Supremo N° 006-SC de 11 de noviembre de 1967).

Además existían las prohibiciones establecidas para aquellos incursos en el Decreto Ley 10906 (artículo 5, medidas para combatir la especulación) y el Decreto Ley 11005 (artículo 15, inciso d, represión del tráfico ilícito de estupefacientes). No obstante, una ejecutoria suprema ha establecido que los artículos 357 y 367 de la Ley Orgánica del Poder Judicial han dejado sin efecto a esos dos fueros, y que en consecuencia quien sea detenido por tales delitos por más de 24 horas, tiene expedito el recurso de Habeas Corpus. (Rev. de Jurisp. Per. N° 331, agosto de 1971, pág. 1025).

Dentro de la estructuración expuesta, conviene precisar aún más las situaciones que pueden presentarse:

- a) si la detención arbitraria es realizada por la policía, pero como consecuencia de una orden del Juez, el recurso de Habeas Corpus debe presentarse ante el Tribunal,
- b) si el detenido está a disposición del Juez, pero han pasado más de 24 horas y no ha empezado a rendir su instructiva, el recurso se presenta ante el Tribunal Correccional,

- c) si la detención arbitraria de la autoridad (policial o política) excede de las 24 horas sin que se le haya puesto a disposición del Juez, el recurso se interpone ante el Juez,

De todo esto se desprende que el recurso de Habeas Corpus (tratándose de atentados contra la libertad corporal o física) es un medio de proteger la libertad, evitando que sea restringida **arbitrariamente**. Por el contrario, si la detención proviene de orden del Juez y el detenido rinde su inestructiva, entonces se encuentra sometido a un proceso penal seguido ante la autoridad judicial competente, en cuyo desarrollo no es posible hacer uso del Habeas Corpus. Iniciada la instrucción, sólo pueden utilizarse los medios que la misma ley procesal penal franquea contra las resoluciones arbitrarias del juez, es decir, los recursos de queja, apelación y nulidad.

El Habeas Corpus fue perfilado en el Código como ausente de todo procedimiento escrito, siendo su característica más notable, ser sumario (en lo referente al Habeas Corpus, sin embargo, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es inferior a su antecesor de 1920).

El artículo 360, último del Título dedicado al Habeas Corpus, señaló que dicho recurso no se aplicaría cuando las autoridades actuasen al amparo de las leyes de emergencia 7479 y 8505. Estas leyes fueron derogadas en 1945 mediante ley 10221.

Las sanciones establecidas pertenecen a lo que realistamente se denomina "derecho escrito". La jurisprudencia sólo observa contadísimos casos en que se sancionó a la autoridad infractora, pero hay que señalar que ellas nunca recayeron en funcionarios de alto nivel.

Las resoluciones que deciden los recursos de Habeas Corpus se denominan autos conforme al Código. Solamente si era denegado, procedía el recurso de nulidad ante la Corte Suprema, quien decidía en instancia definitiva (artículo 292, inciso 8). Posteriormente el Decreto Ley 21895 estableció que todos los autos eran susceptibles de ser recurridos en nulidad.

8. Decreto Ley 17083

El procedimiento reseñado fue establecido en función de la li-

bertad individual y, en consecuencia no se adecuaba a la defensa de otros derechos distintos a la mera libertad corporal. Tal inconveniente ha sido salvado parcialmente con la dación del Decreto Ley 17083 de 24 de octubre de 1968. Este dispositivo establece en su artículo 1º que la acción de Habeas Corpus (así la llama) referente a las garantías de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, se tramitarán de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales y que el resto de las garantías se tramitarán de acuerdo a este Decreto Ley. Para tal efecto, dispone el artículo 2 que se interpondrá la acción ante la Sala de Turno de la Corte Superior del Distrito Judicial en el cual se hubiera cometido el acto impugnado.

Recibido el recurso, la Corte Superior, si procede la admisión a trámite, oficiará al Procurador General de la República (se refiere evidentemente a la defensa del Estado, véase Decreto Ley 17537, artículo 25, y Decreto Supremo 027-68-HC), para que tome conocimiento y se remitirá el expediente al Juez en lo Civil más antiguo para que pida informe escrito a la autoridad competente quien deberá emitirlo dentro de ocho días. Cumplido este trámite se eleva lo actuado a la Corte Superior, pudiéndose presentar informes escritos y defender oralmente a la vista de la causa (incluso en la práctica, la persona presuntamente agraviada puede defender oralmente la causa sobre problemas de hecho). La Corte Superior puede disponer la presentación de los instrumentos, expedientes o copias certificadas que estime necesarias. La resolución será expedida dentro de los treinta días a partir de la fecha de la elevación del expediente por el Juez (artículo 3).

La resolución que expida la Corte Superior, puede ser recurrida por cualesquiera de las partes dentro de tercero día, mediante recurso de nulidad y en estos casos será resuelto por la Primera Sala de la Corte Suprema (la que por lo demás no tiene plazo alguno para emitir su pronunciamiento).

Los interesados pueden presentar defensa escrita u oral que crean conveniente (artículo 4). Desaparecidos los Fiscales en lo Civil y en lo Penal (salvo los fiscales ad-hoc), se ha prescindido del respectivo dictamen, correspondiendo el estudio previo al Vocal ponente.

El artículo 5 y último de esta ley, contiene una norma transitoria, al señalar que los procesos de esta clase que se encuentran pendientes de resolución en los Tribunales Correccionales, seguirán su tramitación de acuerdo al Código de Procedimientos Penales, pero contra la resolución que expidan, procederá el recurso de nulidad que interpongan dentro de tercero día cualesquiera de las partes, y en este caso se elevarán los autos a la Primera Sala de la Corte Suprema. (Un problema que aquí no tocamos es el referente al despacho judicial, es decir, a quienes toca ver el Habeas Corpus. Hasta 1968, ello correspondía al Tribunal Correccional y a la Segunda Sala de la Corte Suprema. Ese año al crearse la vía civil, se estableció la competencia de la Sala Civil de la Corte Superior y la Primera Sala de la Corte Suprema. En lo que se refiere al Supremo Tribunal, el Decreto Ley 18202 estableció como materia del Habeas Corpus civil a la Segunda Sala Civil y a la Sala Penal el Habeas Corpus en lo penal. Posteriormente y mediante Decreto Ley 19957, se ha facultado a la Sala Plena de la Corte Suprema para que distribuya de la mejor manera posible las diversas materias en las respectivas salas. En la actualidad, todo está en plena revisión dentro del proyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial acorde con la Constitución de 1979).

Aparte de crear una nueva vía para los recursos de Habeas Corpus (que esta ley denomina acción) lo más saltante de este dispositivo es que cualquiera que sea el resultado, el expediente puede llegar a la Corte Suprema (que hoy es norma general).

Quedaron así configuradas dos vías procesales para tramitar el Habeas Corpus:

- a) **penal**, para los casos de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, que se tramita de acuerdo al Código de Procedimientos Penales, y
- b) **civil**, para las demás garantías individuales y sociales; de acuerdo a las normas del Decreto Ley 17083.

9. La Constitución de 1979

En julio de 1978 se instaló la Asamblea Constituyente, que tras un año de labores, sancionó la nueva Constitución del Estado (Pareja Paz-Soldán 1980, Alzamora 1980). Como ya hemos ade-

lantado, el nuevo texto reserva el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual, dejando la acción de amparo para la protección de los demás derechos fundamentales. Así el artículo 295, (primer párrafo) de la Constitución de 1979, señala que la acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza a la libertad individual, da lugar a la acción de Habeas Corpus. Queda así el Habeas Corpus circunscrito a la defensa de la libertad individual, la que incluye, según nuestro criterio:

- a) la libertad personal.
- b) inviolabilidad de domicilio.
- c) libertad de tránsito.

El antiguo Habeas Corpus peruano de la Constitución de 1933 ha quedado así escindido, volviendo a sus causes originarios; los demás derechos serán protegidos por el Amparo, como ya se ha indicado.

Sin ánimo de ser exhaustivos, precisemos algunas características de la institución, tal como se desprende de la nueva Constitución peruana:

- protege únicamente la libertad individual (a la que ya nos hemos referido).
- procede contra la acción u omisión, lo cual significa que existe responsabilidad incluso por no hacer, aspecto interesante cuando se trata de funcionarios públicos, pero que deviene contra producente y lleno de perplejidades que habrá que considerar cuando se trata de personas naturales, o mejor dicho, por personas particulares. En este supuesto, ¿cómo calificar la omisión, si es que la hubo?
- el responsable susceptible de ser parte contraria no es sólo la autoridad, sino los particulares (de acuerdo también a la tradición inglesa). Con anterioridad la tendencia general en el derecho peruano —aun cuando con excepciones— proponía y aceptaba dirigir la acción de Habeas Corpus únicamente contra autoridades. En caso de que la arbitrariedad proviniese de particulares, se recurría a la policía, con cargo a su posterior tramitación ante el Juzgado de Instrucción (delitos contra la

libertad individual). Hoy se ha ampliado el Habeas Corpus contra actos de detención que provengan incluso de particulares, lo que para efectos prácticos nos parece innecesario.

- procede no sólo cuando el derecho se vulnera, sino también cuando existe la simple amenaza de ser vulnerado. Esto nos parece importante, pues no sólo es correcto desde el punto de vista doctrinario, sino que quiebra toda una tendencia doctrinal anteriormente existente.

Desde el punto de vista procesal el Habeas Corpus no es un juicio (o proceso) en el sentido que por juicio o proceso debe entenderse todo un itinerario que se inicia con la demanda, continúa con la prueba y concluye con la sentencia consentida y ejecutoriada que reviste el carácter de cosa juzgada. Más bien el Habeas Corpus debe considerarse como un incidente, ya que la protección obtenida por una persona mediante un Habeas Corpus, no impide que posteriormente esa misma persona sea encarcelada nuevamente con motivo de un nuevo proceso iniciado por las mismas causas que llevaron a la detención anterior.

Como novedad la nueva Constitución ha introducido —agotada la vía judicial— la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, organismo especial que ha introducido entre nosotros la jurisdicción constitucional bajo el llamado “modelo austriaco” (debido a la inspiración de Hans Kelsen) y manteniendo dentro del ámbito estrictamente judicial el “modelo americano” sobre no aplicación (que es difuso, de efectos relativos, etc.). Esta posibilidad de recurrir en casación —en la práctica, una cuarta instancia— al Tribunal de Garantías Constitucionales, sólo es posible en el caso de autos denegatorios de Habeas Corpus con lo cual queda agotada la jurisprudencia interna (o doméstica) abriéndose así la jurisdicción supranacional.

De esta suerte, la nueva Constitución parece querer dar la máxima prioridad a las “garantías constitucionales” en sentido estricto, en la medida que con ellas se protege ahora lo que con propiedad se denomina como “derechos fundamentales” (Fix-Zamudio 1980).

La jurisdicción supranacional tiene dos ámbitos: a) el regional

(reclamo ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, la que puede llevar la queja a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y b) internacional, o sea el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La entrada en vigor de la nueva Constitución trae como consecuencia:

- a) que queden sin vigencia diversas normas que no se compadecen con la parte dogmática y procesal de la Constitución, tales como el artículo 8 de la Ley 4891 (que prohíbe el Habeas Corpus para los detenidos por vagancia) y el Decreto Ley 21411 y sus modificatorias; en la medida que los Tribunales contra la Adulteración; Acaparamiento y Especulación (entes administrativos) no pueden ordenar la detención de personas, lo que sólo procede por mandato judicial y
- b) que es indispensable una Ley de Garantías Constitucionales, que precise el funcionamiento de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales: el Habeas Corpus y el Amparo, y sobre todo el papel que corresponderá al Ministerio Público (7).

BIBLIOGRAFIA

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto

1939 La Reforma del Proceso Penal, en Revista del Foro, julio-diciembre, Lima.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1966 La Constitución, las garantías individuales y sociales, Cartillas de Difusión del Colegio de Abogados de Lima, Lima.

1980 La nueva Constitución y su aplicación legal, (varios autores) Lima.

BARRAGAN BARRAGAN, José

1976 Estudio sobre la proposición para redactar una ley al tenor de la del Habeas Corpus en las Cortes de Cádiz, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 25-26, enero-agosto.

(7) Véase la ley 23506, que regula las acciones de Habeas Corpus y Amparo, (Nota de 1987).

BASADRE, Jorge

1968 Historia de la República del Perú, 6a. edición, Lima, Perú.

BAZO, César

1967 El Habeas Corpus, en Revista de la Facultad de Derecho, No. 1, Lambayeque.

BRAMONT ARIAS, Luis A.

1973 Derecho Penal, Lima.

BURGOA, Ignacio

1971 El juicio de Amparo, Ed. Porrúa, México.

BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo

1960 Discurso del Presidente del Supremo Tribunal de Justicia, en Anales Judiciales, Lima.

CAMARA DE SENADORES

1893 Diario de los Debates de la Honorable Cámara de Senadores, Lima.

CAMARA DE DIPUTADOS

1892 Diario de los Debates de la honorable Cámara de Diputados, Lima.

CONGRESO DE LA REPUBLICA PERUANA

1915 Diario de los Debates (Congreso Ordinario), Lima.

CONGRESO CONSTITUYENTE

1931 Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931, tomo 7, Lima.

COOPER, H.H.A.

1969 A short history of peruvian criminal procedure and institutions, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas UN.MSM, Lima.

1967 Habeas Corpus in the peruvian legal system, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas UNMSM, No. 2, Lima.

CORNEJO, Mariano H.

1973 Discursos escogidos, Lima.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1973 ¿Existe la Propiedad Social?, en Derecho, No. 31, Lima.

DEL VALLE RANDICH, Luis

1963 Procedimientos especiales, Lima.

1964 La Prueba, Lima.

1966 Cuestiones prejudiciales y excepciones, Lima.

1968 Derecho Procesal Penal (parte general), Lima.

ERAUSQUIN, Carlos

1921 Discurso de apertura del año judicial, en Revista del Foro, marzo, Lima.

FIX ZAMUDIO, Héctor

1965 Síntesis del Derecho de Amparo, en Panorama del Derecho Mexicano, UNAM, tomo I, México.

1980 Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos, UNAM, México.

GARCIA BELAUNDE, Domingo

1971 El Habeas Corpus interpretado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, Lima.

GARCIA LA GUARDIA, Jorge Mario

1976 Orígenes de la democracia constitucional en Centro América, Ed. EDUCA, San José, Costa Rica.

1978 El Habeas Corpus y el Amparo en el Derecho Constitucional Guatemalteco, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº 31-32, enero-agosto.

GARCIA RADA, Domingo

1965 Instituciones de Derecho Procesal Penal, Lima.

1980 Manual de Derecho Procesal Penal, SESATOR, Lima.

HURTADO POZO, José

1978 Manual de Derecho Penal, SESATOR, Lima.

NORIEGA, Alfonso

1975 Lecciones de Amparo, Ed. Porrúa, México.

PAREJA PAZ SOLDAN, José

1954 Las Constituciones del Perú, Ed. Cultura Hispánica, Madrid.

1980 Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, 2 tomos, Lima.

PIKE, F.

1967 The modern history of Peru, London.

SANCHEZ, Luis Alberto

1955 Haya de la Torre y el Apra (crónica de un hombre y un partido), Santiago de Chile.

STUART, G.

1925 The governmental system in Peru, Washington.

TIERNO GALVAN, Enrique

1968 Leyes políticas españolas fundamentales 1808-1936, Ed. Tecnos, Madrid.

1962 Cortes de Cádiz, en Revista de Estudios Políticos, No. 126, noviembre - diciembre.

§ 6

AMPARO MEXICANO Y HABEAS CORPUS PERUANO (*) (**)

I. Introducción

Los países de América Latina han sido desde sus albores independentistas, pródigos en fijar en letras de molde los derechos de los ciudadanos y, como natural consecuencia de lo anterior, han buscado el establecimiento de garantías procesales que procurasen su defensa, por lo que tenemos el convencimiento de que esto último es algo característico de nuestros pueblos, ya que la existencia de esas garantías tutelares de los derechos fundamentales no son moneda corriente en el mundo occidental.

Es así como en la actualidad, América Latina cuenta con dos instituciones protectoras de los referidos derechos fundamentales: por una parte el **habeas corpus** de raigambre angloamericana, y por la otra el derecho de amparo que tiene su partida de nacimiento en México, y que bajo diversas modalidades, existe en varios países latinoamericanos, entre las cuales destacan los ordenamientos de América Central y de Argentina.

En cuanto al singular **mandado de segurança**, que surgió por vez primera en la Constitución federal brasileña de 1934, también se inspira en el juicio de amparo mexicano, como lo ha señalado recientemente el jurista brasileño J. Cretella Júnior. (1)

(*) Este trabajo fue presentado por el autor como ponencia para el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, efectuado en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, de la Universidad Nacional Autónoma de México, durante los días 16 al 21 de abril de 1978, y posteriormente fue actualizado para su publicación, por Héctor Fix-Zamudio.

(**) Publicado en el Boletín mexicano de derecho comparado, No. 39, setiembre - diciembre de 1980.

(1) Do mandado de segurança, São Paulo, 1974.

De lo anterior puede concluirse que en realidad, y por lo que se refiere a instrumentos protectores de los derechos fundamentales de la persona humana, América Latina cuenta en esencia con el derecho de amparo, surgido en el ordenamiento mexicano y, por tanto, en nuestro continente, y con el **habeas corpus** de origen angloamericano, pero este último con aspectos peculiares en nuestros ordenamientos, como lo destacó el distinguido tratadista estadounidense Phanor J. Eder, en un estudio ya clásico. (2)

II. Bases del análisis comparativo

Lo que pretendemos en esta comunicación es establecer, hasta donde ello sea posible, un paralelismo entre estas dos instituciones que pueden considerarse como típicas del constitucionalismo latinoamericano, señalando en forma somera los puntos de contacto y diferencias entre las mismas.

Por otra parte debe destacarse que por su existencia más que centenaria y por su gravitación en la vida jurídica mexicana, el juicio de amparo ha sido objeto de una profusa legislación y de abundante jurisprudencia, que no existen en el caso del **habeas corpus** peruano, por lo que resultaría muy difícil señalar los complicados lineamientos procesales de la institución mexicana, los que escapan al propósito de estas líneas que se limitan a señalar las características principales, tanto sustantivas como procesales, de ambas instituciones.

III. Referencias bibliográficas

Como ya se ha mencionado, el juicio de amparo mexicano ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales, además de su enriquecimiento constante de carácter legislativo y jurisprudencial, y por otra parte, existen numerosos tratadistas eminentes que han analizado la institución desde diversos ángulos, por lo que el observador extranjero debe contemplar la institución con mucho cuidado e inclusive con reserva.

(2) "The Habeas Corpus Disembodied: The Latin American Experience", en el volumen colectivo *XXth. Century Comparative and Conflict of Laws. Essays in Honor of Hessel E. Ynterma*, Leyden, 1961, pp. 473 y ss.

En virtud de lo anterior, nos limitamos a señalar a los que pueden considerarse como los trabajos de mayor importancia, descartando aquellos que siendo igualmente valiosos, no pueden considerarse como de consulta indispensable.

Con este criterio, señalamos en primer término las obras clásicas de Ignacio Luis Vallarta, **El juicio de amparo y el writ of habeas corpus** (1881); José María Lozano, **Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre** (1876, reimpreso en 1972); Silvestre Moreno Cora, **Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales** (1902); Emilio Rabasa, **El artículo 14. Estudio constitucional** (1906), y **El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión** (1919), estos dos últimos trabajos reimpresos conjuntamente en 1955.

Como estudios más recientes, podemos mencionar los de Romeo León Orantes, **El juicio de amparo** (3a. ed., 1957); Ramón Palacios Vargas, **Instituciones de amparo** (2a. ed., 1969); Héctor Fix-Zamudio, **El juicio de amparo** (1964); Humberto Briseño Sierra, **Teoría y técnica del amparo** (1966) y **El amparo mexicano** (1977); Ignacio Burgoa, **El juicio de amparo** (14a. ed., 1979) Alfonso Noriega Cantú, **Lecciones de amparo** (1975); y Juventino V. Castro, **Lecciones de garantía y amparo** (2a. ed., 1978).

También hemos tomado en cuenta como referencia, los trabajos de Felipe Tena Ramírez, **Derecho constitucional mexicano** (16 ed., 1978), y de Jorge Carpizo, **La Constitución Mexicana de 1917** (3a. ed., 1979); además hemos utilizado las últimas ediciones de la **Legislación de amparo**, de los profesores Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera.

Por lo que se refiere al **habeas corpus** en el ordenamiento peruano, tomamos en consideración los siguientes trabajos: H. H. Cooper: **Habeas Corpus in the peruvian legal system**, en la "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" de la Universidad de San Marcos, número II, Lima 1967; y **Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú**, en "Derecho", Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 28, Lima, 1970, pp. 410 y ss.; Ricardo Bustamante Cisneros, **Constitución y habeas corpus**, y

Habeas corpus y acción popular, ambos en la "Revista del Foro", Lima, enero-agosto de 1960 y enero-junio de 1961, pp. 4-35 y 8-41, respectivamente; Domingo García Belaúnde, **El habeas corpus interpretado** (1971) y **El Habeas Corpus en el Perú** (1979); y Alberto Borea Odría **La defensa constitucional: el amparo** (1977) en la inteligencia de que este último autor realiza un estudio comparativo del habeas corpus peruano con el derecho de amparo en México y en la Argentina.

Con lo anterior no pretendemos haber agotado los recursos bibliográficos sobre las dos instituciones protectoras, y particularmente por lo que se refiere al juicio de amparo mexicano, pero consideramos que los estudios consignados son suficientes para tener una idea esencial de ambos instrumentos tutelares de los derechos fundamentales, y sin desconocer que se han publicado sobre el propio amparo mexicano varios estudios en idiomas extranjeros, entre los cuales destaca el libro del profesor Richard Baker, **Judicial Review in Mexico. A Study of the Amparo Suit** (Austin, Texas, 1971), y también debe mencionarse el reciente artículo de Héctor Fix-Zamudio, **A Brief Introducción to the Mexican Writ of Amparo**, traducción de Carl E. Schwartz, en "California Western International Law Journal" 1979, pp. 306-48. (3).

IV. Antecedentes

El primer punto de aproximación entre ambas instituciones, la mexicana y la peruana, se refiere a sus antecedentes, ya que en términos generales, los tratadistas mexicanos afirman que las corrientes que inspiran e influyen en el amparo, se remontan a los fueros españoles, de los cuales presumiblemente surge el nombre y gran parte del contenido del propio amparo, como lo afirma el distinguido procesalista español Víctor Fairén Guillén respecto a los procesos forales aragoneses. (4)

(3) Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho comparado y derecho de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 8, mayo - agosto de 1970, pp. 327 - 349.

(4) *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971, especialmente, pp. 77 - 105.

Pero también tienen influencia en el amparo mexicano instituciones angloamericanas, como el tradicional **habeas corpus**, surgido en Inglaterra, aunque abrevado en autores y experiencias norteamericanos, así como también la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del derecho estadounidense; pero además puede señalarse el influjo de la experiencia jurídica francesa, a través del recurso de casación, que se ha incorporado al amparo contra resoluciones judiciales. En tal virtud, se puede sostener que existe esta triple influencia externa; española, angloamericana y francesa, que se combina con la evolución interna del derecho mexicano, para configurar al juicio de amparo.

Por otro lado, el **habeas corpus** peruano debe considerarse como simple y llanamente la adaptación de la institución inglesa, tomada directamente de la experiencia británica por los legisladores peruanos concededores del derecho constitucional de ese país, sin referencia a las modalidades de la institución en el derecho de los Estados Unidos, o de otros ordenamientos que la han establecido, si bien con el transcurso del tiempo, el instrumento protector va modificando paulatinamente su fisonomía original en el derecho peruano.

V. Concepto y alcances

El ilustre tratadista mexicano Ignacio Luis Vallarta definió al juicio de amparo, como el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualesquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquier categoría que sea, o para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local, respectivamente. (5).

Por su parte, el distinguido jurista de la misma nacionalidad, Ignacio Burgoa, entiende al propio amparo como un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de au-

(5) El juicio de amparo y el writ of habeas corpus, México, 1896, p. 39.

toridad (**lato sensu**) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considera contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto. (6)

Aun sin existir ninguna definición exhaustiva, entendemos que la del último autor mexicano es la más completa y adecuada, y en todo caso queda claro que el juicio de amparo es un medio procesal para proteger determinados derechos fundamentales, pero también la esfera de competencia de autoridades federales y locales, como lo señalaremos más adelante.

A su vez, el **habeas corpus** tal como lo señala el artículo 69 de la Constitución peruana de 1933, es una acción destinada a proteger todos los derechos individuales y sociales, que la misma carta fundamental reconocía, y la jurisprudencia interpretó durante un largo período que este alcance no admitía distingos, como la precisaremos más adelante.

Debe tomarse en cuenta, finalmente, que la nueva carta fundamental peruana de julio de 1979, limitó el ámbito tutelar del mismo **habeas corpus**, para retringirlo a su función clásica de proteger exclusivamente la libertad personal, al distinguirlo claramente del amparo, según se expresará en su oportunidad. (7)

VI. Esquema del desarrollo histórico

En la Constitución yucateca promulgada el 16 de mayo de 1841, debida a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, se introdujo por vez primera al derecho de amparo en sus artículos 80,

(6) El juicio de amparo (11a. ed.), México, 1977, p. 177.

(7) Resulta conveniente transcribir el artículo 295 de la Constitución peruana de 12 de julio de 1979: "La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual da lugar a la acción de **habeas corpus**. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de **habeas corpus** en lo que le es aplicable. Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público."

90 y 620, fracción I, institución que se extendió al ámbito nacional en el artículo 25 del documento llamado “Acta de Reformas” (a la Constitución federal de 1824), por obra e influencia de Mariano Otero, considerándose a estos dos distinguidos juristas y políticos como los creadores e introductores del amparo en el ordenamiento mexicano.

Lo anterior preparó el terreno para que en la Constitución federal promulgada el 5 de febrero de 1857, se fijasen los alcances del juicio de amparo en su artículo 101, de acuerdo con el cual, los tribunales de la federación tenían facultad de intervenir en toda controversia suscitada: a) por leyes o actos de cualquier autoridad que violasen las garantías individuales; b) por leyes o actos de la autoridad federal que vulnerasen o restringiesen la soberanía de los estados; y c) por leyes o actos de las autoridades de los referidos estados que invadieran la esfera de la autoridad federal.

Este mismo precepto ha sido reproducido en el artículo 103 de la Constitución federal vigente, de 5 de febrero de 1917, y si bien desde un punto de vista formal, el juicio de amparo parece conservar la misma esencia que tuvo en su introducción en la carta de 1857, ha sufrido profundas transformaciones que lo han convertido en una institución sumamente compleja en relación con los objetivos primitivos que se le habían fijado.

Por lo que se refiere al **habeas corpus** en el Perú, su introducción ha sido más reciente. En el año de 1892, los señores Mariano Nicolás Valcárcel, Teodomiro A. Gadea y Mariano H. Cornejo presentaron ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley de **habeas corpus**, institución que, según lo afirmaron los autores de la iniciativa, tomaron de la tradición jurídica inglesa con el propósito de establecer un medio para la defensa de los particulares contra los abusos de la autoridad.

La primera ley sobre la materia fue promulgada en 1897, y en esencia recoge tardíamente el citado proyecto de 1892, debido a problemas políticos de la época.

Posteriormente se expidieron otros ordenamientos, en especial la ley 2223 de 1916, que conservando al **habeas corpus** como

instrumento tutelar para los casos de detenciones indebidas, estableció para las restantes “garantías individuales”, es decir, derechos fundamentales señalados en la entonces vigente Constitución de 1860, un proceso idéntico al del **habeas corpus**, según lo dispuesto por el artículo 70. del ordenamiento mencionado:

Todas las garantías contenidas en el Título IV de la Constitución del Estado, darán lugar a recursos destinados a **amparar** a los habitantes de la República que fueran amenazados en el goce de sus libertades o a hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad . . .

Es la única vez en la cual se utiliza la palabra amparo en las leyes sobre **habeas corpus** en el Perú, por lo que tenemos la convicción de que se utilizó dicho vocablo en forma totalmente circunstancial, ya que de los debates parlamentarios no se desprende que el mismo término fuese usado con un objeto específico propio, como pudiera pensarse de la lectura del precepto transcrito, ni tampoco en esos momentos los legisladores intentaron la creación de nuevos instrumentos tutelares, como ocurrió en Brasil en 1934, al introducirse el **mandado de segurança**.

No se dio ese paso audaz en aquella época, ni siquiera a nivel judicial, ya que la escasa jurisprudencia existente a partir de 1916, entendió que el **habeas corpus** había sido extendido por la citada ley 2223, a la defensa de todos los derechos individuales contenidos en el capítulo IV de la carta de 1860 sin crear ninguna institución nueva.

En 1920 cuando se expide una nueva constitución, se incorpora a la misma el **habeas corpus**, que por vez primera adquiere el rango de institución constitucional (artículo 24), pero se le restringió de nuevo a la protección exclusiva de la libertad corporal.

La Constitución de 1933 conservó a la institución en su artículo 69, pero amplió considerablemente su esfera tutelar, en cuanto no sólo protege la libertad física, sino también a **todos los derechos individuales y sociales** consagrados por la misma ley suprema, y su aplicación dio lugar a la tendencia de extender considerablemente la esfera protectora de la institución, no obstante

las críticas que tal aplicación motivó. (8)

Finalmente, es preciso destacar, como lo reiteraremos más adelante, que la Constitución sancionada el 12 de julio de 1979, restringe nuevamente el **habeas corpus** a su función tradicional de la tutela de la libertad corporal, pero introduce en forma expresa al derecho de amparo para la defensa de los restantes derechos fundamentales, en los términos de su artículo 295.

VII. Paralelo entre ambas instituciones

Desde un punto de vista doctrinal, podemos descubrir los rasgos esenciales entre el amparo mexicano y el **habeas corpus** peruano, al menos tal como esta última institución se ha aplicado con anterioridad a la nueva carta de 1979.

En primer término, podemos observar que uno de los sectores del amparo, en los términos de las fracciones II y III del artículo 103 de la carta federal de 1917, tiene carácter competencial, ya que a través del agravio individual, pretende tutelar la esfera de atribuciones que la misma ley suprema ha establecido entre las autoridades nacionales y las locales, debido a que México ha adoptado el régimen federal, y en esta dirección no existe una equivalencia con la institución peruana, ya que esta última se aplica en un país unitario y centralizado.

Por lo que se refiere a la fracción I del referido artículo 103 de la Constitución mexicana vigente, la misma se refiere a las leyes o actos de cualquier autoridad que violan las llamadas garantías individuales, que formalmente están consignadas por los primeros 28 artículos de dicha carta federal, pero debido a las transformaciones que ha sufrido la institución, la jurisprudencia primero y la legislación después, han extendido el ámbito protector respecto de todos los preceptos constitucionales, cuando su aplicación puede afectar los derechos fundamentales de los gobernados, incluyendo los de carácter social introducidos en la misma carta de 1917.

(8) Cfr., García Belaunde, Domingo, *El habeas corpus en el Perú*, Lima 1979, especialmente, pp. 46 - 96.

Respecto al ámbito tutelar del **habeas corpus** peruano, el mismo ha pasado por varias etapas, las que han sido fijadas esencialmente por la jurisprudencia, ya que en una primera época, que puede fijarse a partir de 1897, se consideró que la institución sólo protegía a la libertad personal contra actos de autoridad, pero sin abarcar la impugnación de disposiciones legales, si bien se estimó que podían combatirse los actos restrictivos provenientes de particulares.

A partir de 1933, y más concretamente de 1940, la jurisprudencia estableció que dicho instrumento sólo podía promoverse contra actos de autoridad, en tanto que los mismos afectasen los derechos individuales y sociales consagrados por la Constitución, incluyendo también la impugnación de disposiciones legales que infringiesen los mismos derechos, y en tal virtud, hasta el año de 1969, el **habeas corpus** pudo promoverse también respecto de leyes y decretos.

Sin embargo, a partir de 1970, se consolidó la tendencia jurisprudencial en el sentido de que la institución sólo podía utilizarse para combatir actos de autoridad en sentido estricto, pero no respecto de disposiciones legales o reglamentarias, ya que éstas podían impugnarse a través del recurso innominado y consignado en el artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 133 de esta carta de 1933.

En este sentido, podemos afirmar que encontramos un punto de conexión entre las dos instituciones, en la medida en que ambas han sido establecidas esencialmente para proteger a los derechos fundamentales contra actos de autoridad, si bien el juicio de amparo también puede utilizarse para la impugnación de leyes inconstitucionales.

Desde un punto de vista externo y puramente formal, el juicio de amparo sólo tutela a las llamadas "garantías individuales", por lo que un examen superficial pudiera llevar al convencimiento de que quedan fuera de su ámbito los derechos sociales, especialmente los establecidos en beneficio de los campesinos y los trabajadores, regulados por los artículos 27 y 123 de la carta federal de 1917, e inclusive algunos autores han señalado la nece-

sidad de incluir en el artículo 103 de la misma Constitución, la referencia expresa a las calificadas como "garantías sociales".(9)

Sin embargo, como en la misma carta federal, a través del artículo 107, que regula las bases esenciales del juicio de amparo, se establece la procedencia del amparo respecto de la tutela de todos los derechos consagrados en la misma, entre ellos los de carácter social (que deben estimarse como una aportación de la propia Constitución de 1917), la jurisprudencia así lo ha considerado, por lo que no ha sido necesario hacer la reforma del mencionado artículo 103, de manera que también en este aspecto, existe paralelismo entre las instituciones mexicana y peruana.

Por el contrario, descubrimos una diferencia en cuanto que, como hemos dicho, el juicio de amparo mexicano se utiliza para impugnar leyes inconstitucionales, y en ese aspecto se le ha denominado "amparo contra leyes", en cuanto que el **habeas corpus** peruano, a partir del cambio de jurisprudencia iniciado en 1970, sólo puede interponerse contra actos de autoridad en sentido estricto, pero no contra disposiciones legislativas.

Pero lo anterior no significa que las disposiciones legales y las reglamentarias no puedan combatirse en el ordenamiento peruano, inclusive antes de la promulgación de la Constitución de 1979, ya que respecto de la legislación en sentido estricto, no se consignó un medio de impugnación en la Constitución de 1933, sino solo posteriormente en el artículo XXII del título preliminar del Código Civil de 1936, en el cual se dispuso que en el caso de conflicto entre una disposición constitucional y una legal, el juez debía preferir la primera.

Este último precepto no tuvo eficacia práctica hasta que se expidió en el año de 1963 la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la cual se estableció un recurso, que se puede calificar como "recurso de inconstitucionalidad", para impugnar las disposiciones le-

(9) Uno de los tratadistas mexicanos que propone la reforma del artículo 103 para incorporar la referencia a las llamadas "garantías sociales", es el distinguido profesor Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo* (4a. Ed.), México, 1978, pp. 203 - 04.

gislativas contrarias a la carta fundamental, con lo cual a partir de entonces se pudo dar aplicación al mencionado precepto del Código Civil.

Por lo que se refiere a los decretos y reglamentos, la Constitución de 1933 consagró la acción popular, reglamentada también en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, para combatir las disposiciones de carácter general emanadas del poder ejecutivo.

Por otra parte, la nueva Constitución aprobada en julio de 1979, consagra expresamente los principios de la impugnación de las disposiciones legales contrarias a la misma carta fundamental, en cuanto establece en su artículo 236: "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna".

Pero esta ley suprema de 1979 va más allá y ha consagrado el sistema de la declaración general de la inconstitucionalidad de las leyes, de acuerdo con el llamado modelo "austríaco", introducido en la Constitución austríaca de 1920, por inspiración del ilustre Hans Kelsen, declaración que se confiere a un órgano específico de jurisdicción constitucional, que denomina Tribunal de Garantías Constitucionales, por influencia de la carta republicana española de 1931 (artículo 298 a 304) y del anteproyecto español de 1977.

VIII. Algunos principios procesales básicos

El artículo 107 de la Constitución mexicana contiene las bases procesales que rigen el juicio de amparo, las que a su vez, están reglamentadas por la ley de amparo, que constituye un verdadero código, ya que contiene doscientos treinta y cuatro artículos, lo que nos indica la complejidad procesal de la institución.

Por el contrario, el **habeas corpus** peruano ha sido regulado en forma escueta, tanto por el artículo 69 de la Constitución de 1933, como por el diverso artículo 295, primer párrafo, de la carta vigente de 1979 en tanto que desde el punto de vista reglamentario, ha sido regulado en la esfera penal, primero en el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, y posteriormente en

el Código de Procedimientos Penales de 1940, complementado este último por el breve decreto-ley número 17083 de 1968.

En virtud de lo anterior, tomaremos como base para la comparación procesal de ambas instituciones, los principios básicos del derecho de amparo mexicano, que han tenido un desarrollo mucho mayor.

a) En primer término podemos señalar el principio de la **instancia de la parte agraviada**, el que significa que los tribunales competentes nunca actúan de oficio, sino sólo a petición del afectado, y que es compartido tanto por la institución mexicana como por la peruana.

b) De acuerdo con la ley y la jurisprudencia mexicanas, el **agravio**, es decir la afectación de la esfera jurídica del gobernado por el acto de autoridad, debe tener **carácter personal y directo**, lo que también se ha señalado para el **habeas corpus** peruano.

c) Otro lineamiento esencial del amparo mexicano, consiste en la **relatividad de la sentencia**, que se ha calificado como "fórmula Otero", ya que fue este ilustre jurista, uno de los creadores de esta institución, quien lo consignó en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, según se expresó con anterioridad, y que consiste en que los efectos de la propia sentencia sólo pueden alcanzar a las partes en el juicio, prohibiéndose declaraciones de tipo general, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia estadounidense. Este principio es compartido también por la doctrina peruana del **habeas corpus**.

Respecto a la resolución definitiva, existe una diferencia entre las instituciones mexicana y peruana, en cuanto la recaída en el juicio de amparo, que tiene el carácter de un proceso de fondo, debe considerarse como una verdadera sentencia, que adquiere autoridad de cosa juzgada, en tanto que la que decide el procedimiento de **habeas corpus**, sólo se estima como un auto, que no adquiere carácter definitivo, ya que puede ser revisado con posterioridad, pues el propio **habeas corpus** puede interponerse varias veces y sucesivamente en favor de la misma persona, en virtud de que no existe autoridad de cosa juzgada.

d) En el amparo mexicano impera el principio de la **definitividad** de los actos de autoridad impugnados, lo que significa que por regla general deben agotarse previamente a su interposición los recursos y medios de defensa establecidos por la ley de los propios actos, y este principio también es generalmente aceptado respecto del **habeas corpus** peruano.

e) Un aspecto peculiar del derecho de amparo mexicano es el denominado “suplencia de la queja deficiente”, el cual significa que el juez federal que conozca del propio amparo puede, y en ciertas materias, debe corregir los errores en que han incurrido las partes, o la considerada débil, para evitar una decisión indebida por falta de asesoramiento de las propias partes.

Esta suplencia procede en materia administrativa cuando el acto de autoridad que se reclama se apoya en disposiciones legales declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales; en materia laboral en beneficio del trabajador; en materia penal para proteger al acusado; respecto de menores e incapacitados en materia civil, y finalmente, de manera muy amplia pues incluye la materia probatoria, para proteger a las poblaciones y campesinos sujetos al régimen de reforma agraria.

Por el contrario, en el **habeas corpus** peruano, no existe el principio de la suplencia de la petición del afectado, y los jueces tampoco la han utilizado espontáneamente, debido a que impera un sistema procesal predominantemente dispositivo, con muy escasas excepciones.

f) Un aspecto peculiar del derecho de amparo mexicano, que no se aplica en el **habeas corpus** peruano, es el relativo a la procedencia del primero respecto de la indebida aplicación de las disposiciones legales ordinarias en las sentencias dictadas por todos los jueces, tanto locales como federales, ya que la institución peruana procede contra actos y no contra decisiones judiciales, pues para estas últimas se han establecido los recursos de apelación y de nulidad.

g) En el ordenamiento mexicano se ha establecido actualmente, respecto de todos los asuntos judiciales, pero originalmente sólo en materia de amparo, el llamado principio de la **jurispruden-**

cia obligatoria, es decir, que los criterios o fallos de la Suprema Corte de Justicia y ahora también de los Tribunales Colegiados de Circuito, si se reiteran por cinco veces consecutivas, con un determinado número de votos aprobatorios, son obligatorios para todos los jueces y tribunales del país.

Esta situación no existe en el derecho peruano y menos aún tratándose del **habeas corpus**, por lo que la jurisprudencia que existe en esta materia no tiene una gran utilidad, ni tampoco posee el carácter creativo y acumulativo que caracteriza a los criterios jurisprudenciales de los jueces de los Estados Unidos.

h) En las dos instituciones se establecen sanciones para las autoridades que hubiesen infringido los derechos fundamentales de los reclamantes, y particularmente en el amparo se regula un enérgico procedimiento de ejecución del fallo que otorga la protección, que puede llegar inclusive, en casos extremos de repetición de los actos impugnados, evasivas o negativa para cumplir el fallo, a la destitución del funcionario respectivo o a su consignación ante los jueces federales.

i) **Suspensión del acto reclamado**, que se regula minuciosamente en la legislación de amparo mexicana, como una medida precautoria dirigida a conservar la materia del proceso y evitar perjuicios graves o irreparables al afectado con los actos impugnados, pero que no se contempla, por el contrario, en la regulación del **habeas corpus**, a pesar de que la ausencia de una medida cautelar de esta naturaleza establece el riesgo de transformar en ilusoria la defensa del derecho conculcado.

j) En el derecho de amparo mexicano, en principio sólo puede interponer la demanda de protección la persona que tiene interés personal y directo, por haber sufrido la afectación de sus derechos con los actos de autoridad que reclama. Pero en los supuestos en los cuales se ponga en peligro su vida, sufra ataques su libertad personal fuera de procedimiento judicial —estos últimos actos son la materia del **habeas corpus** en su sentido clásico—, o corra el peligro de deportación, destierro o se le impongan penas infamantes o trascendentales prohibidas, por el artículo 22 constitucional (artículo 17 de la Ley de Amparo), y si el afectado está impedido

para solicitar la protección, puede hacerlo cualquier persona en su nombre, inclusive un menor de edad.

Tratándose del **habeas corpus** peruano, la solicitud de protección sólo pueden interponerla, en ausencia del afectado, sus parientes más cercanos, disposición que resulta insuficiente en algunos supuestos, como aquellos en los cuales el interesado sea extranjero residente y sin familia, por lo que esta situación puede dar lugar a verdaderos abusos.

Para evitarlos, se ha formulado un proyecto de reformas a la legislación de **habeas corpus**, con el objeto de que la petición de tutela pueda ser presentada por cualquier persona. (10)

IX. El amparo en materia agraria

En México esta institución ha tenido una larga evolución como producto no sólo del desarrollo de los problemas sociales, sino particularmente por las transformaciones en la tenencia de la tierra establecidas por la revolución iniciada en 1910.

Sin embargo, es preciso aclarar que a partir de las reformas a la Ley de Amparo introducidas en el año de 1963, el citado amparo en materia agraria se divide en dos sectores diversos: en el primero, que es el que pueden interponer los propietarios contra las resoluciones del presidente de la República que afecten sus tierras o aguas para entregarlas a los campesinos que carecen de ellas, está limitado exclusivamente en beneficio de aquellos que poseen el documento público denominado “certificado de inafectibilidad”, en el cual se hace constar que el interesado es titular de una propiedad que por sus características no puede ser afectada para los fines de la reforma agraria.

Este sector del amparo se puede calificar como “protector de la pequeña propiedad”, ya que del mismo están excluidos los que no pueden demostrar este carácter, y sigue los lineamientos de la impugnación de los actos de las autoridades administrativas: las

(10) Cfr., García Belaunde, Domingo y Borea Odría, Alberto, “Comentarios al Código de Procedimientos Penales en lo referente al habeas corpus”, en *Revista del Foro*, Lima, núm. 1, enero - marzo de 1977.

agrarias pertenecen a la administración pública federal, por lo que el juez del amparo debe sujetarse estrictamente a los términos de la demanda y no puede corregir los errores de hecho o jurídicos en que hubiesen incurrido los reclamantes, de acuerdo con los lineamientos de lo que se ha calificado como “amparo de estricto derecho” (artículo 79 de la Ley de Amparo).

Un segundo sector, que como hemos dicho se inició en 1963, está dirigido a la protección de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria, es decir, los poblados llamados “ejidos” y “comunidades”, así como sus integrantes, los ejidatarios y comuneros, a los cuales la propia legislación de amparo les ha otorgado varias ventajas de carácter procesal para suplir su ignorancia y falta de asesoramiento técnico, y por ello se introdujo la suplencia de la queja en su beneficio, en forma muy amplia pues comprende no sólo la obligación del juez del amparo de corregir los errores en la demanda y demás instancias, sino que además debe obtener los elementos de convicción que los campesinos no hubiesen podido aportar en el juicio.

Se han considerado tan importantes estas reformas, que configuraron la institución que se ha denominado “amparo social agrario”, que se agruparon en un sector especial de la Ley de Amparo, que para el efecto en 1976 se dividió en dos libros que antes no existían, el primero para el amparo en general, y el segundo exclusivo para este sector del amparo social agrario, quedando las disposiciones relativas a la tutela de la pequeña propiedad, en el primero de dichos libros.

Tratándose del **habeas corpus** peruano, el mismo ha sido utilizado con frecuencia para la defensa de la propiedad privada ya sea en contra de las leyes de reforma agraria (1963 y 1969), o bien respecto de los actos arbitrarios que afectaran a los propietarios reclamantes, que se consideraban violatorios de sus derechos fundamentales.

En el año de 1969, al expedirse una ley de reforma agraria de carácter radical, se estableció una jurisdicción especializada para resolver, en última instancia, todos los problemas jurídicos derivados de la tenencia de la tierra, excluyendo la interposición del **habeas corpus**.

La aplicación de la reforma agraria está a cargo de las autoridades públicas, por lo que se han producido frecuentes abusos administrativos en la aplicación de la citada ley, en virtud de que correspondía a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural la declaración de que un fundo quedaba afectado para fines de la reforma agraria por no cumplir las condiciones para continuar en manos de sus propietarios; y en ese supuesto, con el simple visto bueno de esta Dirección General, se expedía el decreto supremo expropiatorio y los propietarios particulares podían quedar sin defensa, ya que los jueces comunes no están facultados para conocer de estos asuntos, y tampoco podían impugnarse estos decretos ante la jurisdicción especializada, lo que propiciaba, por abuso burocrático, despojos de propiedad inafectables.

A fin de remediar esta situación se expidió en 1974 el decreto-ley 20554, sobre “recurso de amparo”, mediante el cual el interesado podía acudir ante el Tribunal Agrario, el más elevado de la jurisdicción especializada, dentro de los quince días siguientes de la promulgación del decreto supremo que lo afecte, o que declare la extinción de su dominio sobre el predio correspondiente, para pedir la anulación y la suspensión del decreto expropiatorio. Si se decidía favorablemente la petición del reclamante, la resolución debía comunicarse al Ministerio de Agricultura, a fin de que, de acuerdo con el procedimiento legal respectivo, se derogase el propio decreto supremo impugnado.

Debe señalarse que es ésta la primera vez que aparece en un texto legislativo peruano la referencia específica al derecho de amparo, si bien calificado indebidamente como “recurso”, pero como el decreto-ley que estableció la institución fue expedido por un gobierno de facto, no existen datos ni menos debates parlamentarios que permitan determinar el origen de la propia institución, pero lo más probable es que hubiese tenido en cuenta al ordenamiento mexicano, pero con características propias como se ha señalado.

X. El amparo en la constitución peruana de julio de 1979.

Consideramos conveniente hacer una breve referencia a las innovaciones que en materia de instrumentos protectores de los derechos fundamentales, han sido introducidas por la Constitución

sancionada el 12 de julio de 1979, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, tomando también en consideración que dicha carta se encuentra en suspenso, en tanto que el gobierno militar que actualmente se encuentra en el poder, lo entregue a las autoridades civiles que serán elegidas en los comicios que se han señalado para el 18 de mayo de este año de 1980, por lo que se tiene previsto que la misma carta fundamental entrará en vigor plenamente sólo el 28 de julio del mismo año.

El artículo 295 de la nueva Constitución, situado en el título V sobre "garantías constitucionales", inspirado en la carta republicana italiana que entró en vigor el primero de enero de 1948, distingue ya claramente entre el habeas corpus, en su sentido clásico, y la que califica como acción de amparo, con lo cual culmina la evolución de la primera institución, a través de las etapas que hemos señalado anteriormente.

En efecto, de acuerdo con dicho precepto constitucional, el habeas corpus queda limitado a la impugnación de "la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual".

Por el contrario, la acción de amparo protege a "los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona".

Podemos señalar en esta división entre ambas instituciones, la influencia del derecho de amparo mexicano, por lo que se refiere a la institución de este nombre, que surgió con esa denominación por vez primera en el Perú, limitada a la tutela de la propiedad agraria, en el decreto-ley de 1974 que hemos mencionado en el apartado anterior. Pero también se advierte el influjo del ordenamiento argentino, en cuanto dispone que el amparo procede no sólo contra funcionarios o autoridades, sino también respecto de cualquier persona que infrinja los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Las disposiciones constitucionales anteriores modifican los lineamientos de la legislación peruana todavía vigente sobre el habeas corpus y el amparo agrario, por lo que será materia de las leyes reglamentarias que deberán expedirse con apoyo en los mis-

mos preceptos, desarrollar dichos principios fundamentales, que posiblemente aproximen más aún los ordenamientos de México y Perú, en cuanto a los instrumentos tutelares de los derechos de la persona humana.

XI. A manera de conclusión

Con ocasión del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México los días 25 a 30 de agosto de 1975, en el cual participó el autor de este trabajo, los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), encabezados por los destacados tratadistas Ignacio Burgoa Orihuela y Alfonso Noriega Cantú, presentaron una ponencia colectiva intitulada **El juicio de amparo mexicano y su relación con recursos similares latinoamericanos**, (11) en la cual, con tono apologético y legítimo orgullo, los citados profesores resaltaron la posición hegemónica del juicio de amparo y su originalidad frente a otros sistemas o medios procesales existentes, y además señalaron que su carácter y evolución son netamente mexicanos, aun cuando tuviese varios antecedentes, para concluir en el sentido de que el propio amparo no debe ser extranjerizado sino internacionalizado. (12)

Los autores de la mencionada ponencia afirmaron que los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad regulados en varios ordenamientos latinoamericanos, son comprendidos teleológicamente por la institución mexicana, agregando que por lo que se refiere al habeas corpus establecido en la gran mayoría de los países de Latinoamérica, su finalidad coincide con la del amparo en materia penal, sin constituir un medio jurídico defensivo diverso de la institución mexicana. (13)

Como conclusión general de la citada ponencia, que en términos generales fue aprobada en el citado congreso, se sostuvo que el juicio de amparo mexicano: “en su procedencia y teleología ge-

(11) Ponencia colectiva publicada en el volumen *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales iberoamericanos*, México, 1977, pp. 63 - 72.

(12) *Op. ult. cit.*, p. 66.

(13) *Op. cult. cit.*, p. 69.

nérica subsume los objetivos de los recursos similares que operan en diversos países latinoamericanos para la protección de los gobernados contra actos del poder público del Estado"; y además se expresó, que el amparo mexicano se considera, sin detrimento de las excelencias que pudiesen tener los recursos similares existentes en otros países latinoamericanos, como el mejor medio jurídico-procesal de rango constitucional de que dispone el gobernado para defender su esfera jurídica. (14)

De lo anterior se desprende que los tratadistas mexicanos que redactaron la citada ponencia, al señalar los aspectos singulares del juicio de amparo, que son indiscutibles, también en forma implícita propusieron que la institución mexicana debía ser extendida a todos los países latinoamericanos, y ser utilizado como instrumento procesal único que sustituya el habeas corpus regulado por numerosos ordenamientos de nuestro continente, pero esta pretensión la consideramos excesiva e innecesaria.

Trataremos de explicar nuestra posición utilizando como ejemplo la situación de la legislación peruana sobre el habeas corpus, la que puede extenderse a la situación de otros países latinoamericanos que consagran la misma institución.

En primer lugar, queremos destacar con mucha claridad, que sin negar la originalidad y antigüedad del amparo mexicano, nacido en 1841, el habeas corpus se introduce en América Latina por vez primera en la legislación brasileña en el año de 1830, es decir, diez años antes que la institución mexicana, y además se tomó de una realidad europea que se remontaba a muchos siglos atrás.

La originalidad del habeas corpus inglés no puede discutirse, y sus excelentes resultados protectores fueron los que influyeron en su introducción en numerosos países.

Por otra parte debe destacarse que la consagración del habeas corpus en esas legislaciones no debe considerarse como una copia servil del modelo británico, ya que en muchos casos se tomaron en cuenta para regularlo, las propias realidades de cada país, y por lo

(14) Op. ult. cit., pp. 71 - 72.

que se refiere al ordenamiento peruano, el tratadista inglés de derecho constitucional, H. H. A. Cooper, quien fue profesor visitante en la Universidad de San Marcos, sostuvo que el habeas corpus en el Perú no debía considerarse como una reproducción mecánica de la institución inglesa, sino que había evolucionado para adquirir una fisonomía propia con rasgos distintivos. (15)

En tal virtud, el habeas corpus, de manera similar a lo que ha ocurrido en otros países de nuestro continente, ha enraizado como algo propio del sistema jurídico peruano, y por ello no puede ser eliminado para ser sustituido o absorbido por una institución foránea, por más venerable que se le considere.

Si los tratadistas mexicanos defienden con tanto vigor al juicio de amparo, se debe, entre otras razones, por su arraigo en la realidad jurídica mexicana, argumento que también consideramos válido para el ordenamiento peruano, porque el sostener lo contrario, nos podría llevar al extremo de recomendar que, como ha ocurrido con otros países latinoamericanos —y también en la nueva Constitución peruana de julio de 1979— el amparo mexicano se restrinja a la protección de los derechos fundamentales diversos de la libertad personal, que actualmente también abarca, para introducir, respecto de esta última, al habeas corpus, que tiene una tradición tan vigorosa.

Por el contrario, tenemos la convicción, de que tomando en cuenta la diversa experiencia histórica de nuestros países, resultaría conveniente el intercambio de los logros que se han obtenido a través de las dos instituciones que hemos analizado en este trabajo, y en esta dirección la experiencia mexicana la consideramos muy estimulante y valiosa, pero dentro de sus propios límites.

Tomando en cuenta esta situación, el autor de estas líneas propuso desde el año de 1971, (16) la limitación del derecho peruano de habeas corpus, para destinarlo exclusivamente a la pro-

(15) "Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú", en *Derecho*, Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, núm. 28, 1970, pp. 4 - 10.

(16) Cfr., García Belaunde, Domingo, *El habeas corpus interpretado*, Lima 1971, pp. 21 - 22.

tección de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y la libertad de tránsito, dejando la tutela de los restantes derechos fundamentales, a la acción de amparo, tomando en cuenta, para esta última la centenaria experiencia mexicana, y en cierto sentido, también la argentina, (17) así como la brasileña del mandado de segurança. (18)

Este planteamiento formulado en esa época fue aceptado por Héctor Fix-Zamudio, al reseñar nuestra obra **El habeas corpus interpretado**, en el "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", (19) y este criterio lo hemos reiterado en nuestro reciente libro **El habeas corpus en el Perú**. (20)

También hemos sostenido que es preciso establecer una acción de inconstitucionalidad destinada a tutelar la supremacía de la constitución, que en cierta medida y a través de los dos instrumentos bastante limitados, señalados con anterioridad, ha funcionado en el Perú desde 1963.

Estas proposiciones de restringir el habeas corpus a su ámbito tradicional de tutela de la libertad personal, introducir una verdadera acción de amparo para la protección de los derechos fundamentales, así como también una acción de inconstitucionalidad para la impugnación de las disposiciones legislativas contrarias a la carta fundamental, han sido recogidas, en principio por la Constitución sancionada el 12 de julio de 1979, según lo expresamos con anterioridad.

De todo lo anterior podemos concluir en el sentido de que, sin olvidar las experiencias del derecho de amparo, que se ha extendido a varios ordenamientos latinoamericanos y muy recientemente también en el peruano, el amparo mexicano puede ofrecer a la legislación peruana aportes valiosos, particularmente, en cuanto entre en vigor la carta de 1979, pues entonces deberán expedir-

(17) Cfr., Bidart Campos, Germán, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, 1969.

(18) Cfr., Barbi, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança* (3a. ed., 2a. reimpressão), Río de Janeiro, 1977.

(19) México, nums. 13 - 14, enero - agosto de 1972, pp. 207 - 209.

(20) Op. cit. supra, nota 8, pp. 115 - 16.

se las leyes reglamentarias del amparo y del habeas corpus, tal como fueron recogidos por esta carta.

Ambas instituciones, el amparo mexicano y el habeas corpus peruano tienen entre sí zonas de convergencia y de interferencia, que derivan de sus propios medios sociales, pero con capacidad de irradiación recíproca, ya que lo que importa en última instancia, es la efectividad que cada uno de estos instrumentos obtenga en la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

XII. Apéndices legislativos

Para la debida comprensión del habeas corpus peruano, así como del amparo agrario intruducido en 1974, consideramos conveniente transcribir en este apéndice el texto de la parte relativa del Código de Procedimientos Penales y de los decretos leyes de 1968 y 1974, que regulan todavía a estos instrumentos.

A. Código de Procedimientos Penales

Artículo 349. Toda persona reducida a prisión por más de veinticuatro horas, sin que el juez competente haya comenzado a tomarle la declaración inductiva, tiene expedito el recurso extraordinario de habeas corpus.

Da igualmente lugar al ejercicio de este recurso la violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución.

Artículo 350. El recurso de habeas corpus se presenta ante el juez instructor o ante el Tribunal Correccional, siempre que la detención se atribuya a una autoridad que no sea un juez.

Si la detención se atribuye a una orden judicial, el recurso será presentado necesariamente ante el Tribunal Correccional.

Artículo 351. El recurso de habeas corpus puede ser presentado por el detenido o por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sin necesidad de poder, y deberá forzosamente contener la afirmación jurada de haber transcurrido más de veinticuatro horas de detención, sin haber comenzado la inductiva; de no ser el detenido un reo rematado, ni estar

sujeto a instrucción por delito alguno; de no ser desertor del ejército, de la policía, de la armada o la aviación; de no ser conscripto sorteado, ni militar en servicio arrestado por su jefe; ni hallarse cumpliendo legalmente el apremio de detención corporal decretado por un juez o tribunal competente; y, además, indicará el sitio en que se encuentra el detenido.

Artículo 352. El juez que reciba el recurso de habeas corpus se constituirá inmediatamente en el lugar en que se halla el detenido, y si se entera que no se le sigue ninguna instrucción por juez competente y de que son ciertas las afirmaciones del recurso, lo pondrá inmediatamente en libertad, dando cuenta al tribunal del que dependa. Si sabe que está bajo la jurisdicción de algún juez puede entablar competencia, si ésta procede conforme a este código, dando cuenta al tribunal.

Artículo 353. Si el jefe del establecimiento en que se halla el detenido se niega dar ingreso al juez o a cumplir la orden verbal de libertad, se abrirá contra él la correspondiente instrucción como culpable de delito contra la libertad individual.

Artículo 354. Interpuesto el habeas corpus ante el tribunal correccional, podrá éste encomendar a uno de los jueces instructores para que se constituya en el lugar de la detención y ponga en libertad al detenido, si procede el recurso conforme a este título.

Artículo 355. Siempre que la detención sea en un lugar distinto de aquél en que se halla el juez o tribunal que recibe el recurso, uno u otro ordenará que el juez instructor, o el de paz, si se trata de un distrito, cumpla con lo dispuesto en los artículos anteriores.

Artículo 356. Si el recurso de habeas corpus se declara fundado y la orden de detención emanó de autoridad política, el tribunal que decretó la libertad o al que le fue comunicada por el juez, citará al funcionario que aparece culpable, al agraviado y al fiscal, a una audiencia, en la cual después de los debates conforme a las reglas de este código, le impondrá como pena la destitución del empleo, al que no podrá volver hasta pasados dos años. En caso de considerar el abuso de autoridad grave, puede imponer al culpable prisión hasta por tres meses.

Artículo 357. El haber procedido por orden superior no libera a la autoridad ejecutora de la prisión ilegal, de la responsabilidad y de la pena fijada en los artículos anteriores.

Artículo 358. Si la autoridad inculpada alega orden del gobierno, el tribunal sin perjuicio de imponer la pena al funcionario ejecutor, dará cuenta del proceso a la Cámara de Diputados, para que, considerándola como acusación, cumpla lo prescrito por la Ley de Responsabilidad.

Artículo 359. Las guardias puestas a un domicilio, se consideran detención arbitraria contra la persona que lo ocupa y cuya libertad se ataca y dan lugar al procedimiento establecido en este título.

B. Decreto Ley número 17083, de 24 de octubre de 1968

Normas para la tramitación de la acción de habeas corpus

Considerando:

Que las disposiciones vigentes del Código de Procedimientos Penales que regulan la tramitación del recurso de habeas corpus consagrado por el artículo 69 de la Constitución (de 1933) fueron redactadas teniendo en cuenta solamente el recurso cuya finalidad es proteger la libertad individual.

Que en consecuencia, es necesario dictar normas procesales para la tramitación de la acción de habeas corpus en el caso de las demás garantías constitucionales a fin de subsanar el vacío de la ley y sustituir con normas precisas las reglas analógicas aplicadas por la jurisprudencia, así como determinar los alcances de las resoluciones judiciales expedidas en estos procesos sumarios.

En uso de las facultades de que está investido; y
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 10. La acción de habeas corpus referente a las garantías de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito, se tramitará de acuerdo con las disposiciones vigentes del Código de Procedimientos Penales.

En los demás casos en los que la Constitución (de 1933) autorice la acción de habeas corpus, se tramitarán de conformidad con los dispositivos siguientes.

Artículo 20. Se interpondrá la acción ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior, del distrito judicial dentro del cual se hubiere emitido el acto impugnado. Recibido el recurso por la Corte Superior, si procede la admisión a trámite, oficiará al procurador general de la República para que tome conocimiento y remitirá el expediente al juez en lo civil más antiguo para que pida a la autoridad competente informe por escrito, dentro de ocho días.

Artículo 30. Cumplido el trámite a que alude el artículo anterior, se elevará lo actuado a la Corte Superior, pudiéndose presentar informes escritos y defender oralmente a la vista de la causa. La Corte Superior puede disponer la presentación de los instrumentos, expedientes o copias certificadas que juzgue menester. La resolución será expedida dentro de los treinta días a partir de la fecha de la elevación del expediente por el juez.

Artículo 40. La resolución que expida la Corte Superior puede ser recurrida por cualquiera de las partes, dentro del tercer día, mediante recurso de nulidad; y en estos casos será resuelto por la Primera Sala de la Corte Suprema, previo dictamen fiscal y con la defensa escrita y/u oral que las partes ejerciten.

Artículo 50. Los procesos de esta clase que se encuentren pendientes de resolución en los tribunales correccionales seguirán su tramitación de acuerdo con la ley anterior; pero, contra la resolución que expidan procederá el recurso de nulidad que interpongan dentro del tercer día, cualquiera de las partes y, en ese caso, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

C. Decreto-ley número 20554, de 12 de marzo de 1974

Considerando:

Que en razón de los avances logrados en el proceso de reforma agraria y las experiencias obtenidas en la aplicación de la legislación sobre la materia, se hace necesario perfeccionar las normas referentes a las facultades de revisión de actos administrativos que

competen al fuero agrario en su calidad de organismo jurisdiccional;

Que es necesario precisar la composición y funcionamiento del Tribunal Agrario;

Que en uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros:

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 10. Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Agrario dentro del término de quince días computado a partir de la notificación del correspondiente decreto-supremo de expropiación o de extinción de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, sin cuyo requisito será denegado. La interposición del recurso será puesta a conocimiento del Poder Ejecutivo por intermedio de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de dos días de recibida. Mientras se resuelve el recurso de amparo no se interpondrá la demanda de expropiación de las tierras afectadas. Los decretos supremos que no sean impugnados dentro del término señalado, causarán ejecutoria.

Artículo 20. La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural expondrá lo conveniente a nombre del Poder Ejecutivo, remitiendo al Tribunal Agrario el expediente administrativo original, dentro del término de cinco días, durante el cual las partes podrán solicitar se les cite para informar oralmente a la vista de la causa, la que deberá realizarse dentro de los ocho días siguientes, sin admitir aplazamiento. El tribunal pronunciará resolución dentro de los seis días siguientes.

Si fuera denegado el recurso, la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural interpondrá la demanda de expropiación ante el juez de tierras competente.

Artículo 30. En caso de que el propietario o conductor del predio después de interpuesto el recurso de amparo dejare de pagar los salarios de los trabajadores durante dos semanas consecutivas, la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento

Rural pondrá el hecho en conocimiento del Tribunal Agrario, quien lo considerará como causa de denegatoria del amparo.

Artículo 40. Los procedimientos de impugnación de Decretos Supremos y de otros actos administrativos por vicios de nulidad, iniciados de acuerdo con el artículo 1º del decreto-ley 18833, que se encuentren en trámite, se adecuarán al procedimiento establecido en los artículos 1º, 2º y 3º del presente decreto-ley.

(Los artículos 5º, 6º y 7º, se refieren a la composición y funcionamiento del Tribunal Agrario).

Disposición transitoria. Es procedente el recurso de amparo a que se refiere el artículo 1º en los procedimientos de impugnación de decreto supremo de expropiación o de declaración de abandono que hayan sido presentados ante el fuero agrario hasta la fecha de promulgación del presente decreto-ley.

Si el juez de tierras hubiese ya ministrado posesión del predio a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural y el recurso de amparo a que se refiere el párrafo anterior fuera declarado fundado, el propietario sólo tendrá derecho a la indemnización correspondiente en efectivo, mas no a la reposición. La indemnización representará el promedio del auto-avalúo de los últimos cinco años.

§ 7

PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION (*)

1. Exordio conceptual

Desde hace algunos años, se habla de la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, referido al Derecho Constitucional sustantivo, en la medida que mientras en éste la atención se centraba en los derechos fundamentales y en el funcionamiento de los clásicos poderes del Estado, en aquel se estudiaría preferentemente los mecanismos procesales efectivos para hacer cumplir los preceptos que la misma Constitución establece. De tal suerte, que así como el Derecho Civil se complementa con el Derecho Procesal Civil, y el Derecho Penal hace lo propio con el Derecho Procesal Penal, el Derecho Constitucional se complementaría con el Derecho Procesal Constitucional, cuyo iniciador es el célebre creador de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen, cuyas contribuciones al Derecho Constitucional son generalmente poco conocidas.

Esto significa que los temas constitucionales son objeto de pronunciamiento por parte de tribunales u organismos especializados, que al hacerlo “dicen derecho” *iuris dictio*, y lo hacen en materia constitucional (1).

(*) Publicado en DERECHO (Lima) Nº 35, diciembre de 1980.

(1) La bibliografía sobre este tema es abundante. Únicamente mencionamos a Cappelletti (1961, 1975, 1977); Fix-Zamudio (1968a, 1968b, 1974, 1977a, 1977b, 1978, 1979); Ghigliani (1952); Bidart Campos (1968); Pontes de Miranda (1972); Da Silva (1968a). Para el caso del Perú, Bustamante Cisneros (1960, 1961); Furnish (1971); García Belaunde (1973a, 1973b, 1975, 1978a); Borea Odría (1977); Álvarez Simonetti (1974); Rubio (1978); Bustamante (1978). Si bien la bibliografía citada no está expresamente referida a la Constitución de 1979 sino a la de 1933, existe entre ambos textos cierta solución de continuidad, y en todo caso lo nuevo no puede entenderse sin sus antecedentes. Sobre la Constitución de 1979, puede verse los interesantes enfoques de Chirinos Soto (1979) y Ruíz-Eldredge (1980). El

Todo ello permite hacer referencia a una verdadera jurisdicción constitucional, la que puede ser distinguida en:

- a) jurisdicción constitucional de la libertad, que se ocupa de la protección de los derechos fundamentales,
- b) jurisdicción constitucional orgánica, o sea, la atinente a los titulares de los poderes del Estado y los conflictos entre éstos, así como los juicios de responsabilidad a los altos funcionarios (juicio político) constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones, partidos políticos, etc.

Esta jurisdicción constitucional se ejerce en Occidente a través de dos grandes modelos: el americano y el europeo (2). El primero de ellos destina la jurisdicción constitucional al Poder Judicial; el segundo se caracteriza por la creación de órganos especiales. El primero es distinguido como un sistema difuso, de alcances particulares, el segundo es más bien un sistema concentrado, de alcance general. Ambos sistemas tienen caracteres bien definidos, aun cuando no se encuentran necesariamente en estado de pureza metódica, pues existen con diversos matices y variantes.

América Latina ha seguido el modelo americano, aún cuando exista actualmente una corriente a favor de la creación de Tribunales Constitucionales (que se ha concretado en la Constitución chilena de 1925, con su reforma en 1970, sin valor en la actualidad, y en la reciente Constitución ecuatoriana de 1977). El Perú se afilió desde un inicio a la tradición americana, aún cuando el modelo ha funcionado sólo en época reciente y con serias intermitencias. Con la nueva Constitución, nos alejamos de esa tradición e implantamos el modelo europeo mediante la creación de un Tribunal de

mejor panorama sobre nuestro constitucionalismo sigue siendo el de Pareja Paz-Soldán (1980). Hay que destacar que la parte propiamente procesal del derecho constitucional es sumamente reciente y mal conocida, a tal punto que la obra cimera de Burdeau, apenas sí roza el tema (1950:III: 132-134; 1969:IV: 138-139).

Sobre el problema teórico de los derechos fundamentales dentro de la problemática constitucional, puede verse el ya citado Tratado de Burdeau. (tomos IV, VII y VIII) y Pablo Lucas Verdú (1976: III: 33-193). Tratamientos especiales de orden general son, entre otros, Duchacek (1976) y Bidart Campos (1974) y desde distinta perspectiva el trabajo colectivo de la Academia de Ciencias de la URSS (1979).

(2) El tercero es el modelo político de amplia acogida en los países socialistas (Fix-Zamudio 1968a).

Garantías Constitucionales, aún cuando el Poder Judicial mantiene todavía algunas prerrogativas como veremos más adelante.

Debemos por último mencionar que la protección de los derechos fundamentales es propia de la llamada “jurisdicción constitucional de la libertad”, en cuanto aquellos son desconocidos por actos arbitrarios de autoridad o de los particulares, por lo que en este rubro sólo cabría analizar el Habeas Corpus y el Amparo. No obstante, cabe la posibilidad de que dichos derechos fundamentales sean desconocidos por leyes u otras normas de categoría inferior, lo cual en rigor es estudiado por la denominada “jurisdicción constitucional orgánica” dentro de un rubro propio dedicado a la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones. Por tal motivo es que aquí analizaremos este tópico únicamente en la medida en que mediante la “declaración de inconstitucionalidad” se puede cautelar aún cuando indirectamente, derechos fundamentales proclamados por la Carta política.

2. ¿Qué derechos fundamentales . . . ?

Nuestra Constitución ha significado un avance terminológico en algunas de sus partes, con respecto al texto constitucional de 1933. Así, ha eliminado las “garantías individuales y sociales” y las ha reemplazado certeramente por lo que denomina —siguiendo una buena tradición teórica— como derechos fundamentales de la persona.

El Título I (Derechos y deberes fundamentales de la persona) está dividido en los siguientes capítulos: I. De la persona; II. De la Familia; III. De la seguridad social, salud y bienestar. IV. De la educación, la ciencia y la cultura. V. Del trabajo. VI. De la función pública. VII. De los derechos políticos. VIII. De los deberes.

Todo este Título I recoge no solamente lo existente en la anterior Constitución de 1933, sin también los logros del constitucionalismo europeo de la segunda post-guerra, y los textos internacionales y regionales sobre Derechos Humanos. Estos son los siguientes:

- i) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) firmada por el Perú.

- ii) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) aprobada mediante Resolución Legislativa n. 13282 de 9 de diciembre de 1959.
- iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) aprobado por Decreto Ley n. 22128 de 28 de marzo de 1978 y "ratificado" por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.
- iv) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) aprobado por Decreto Ley 22129 de 28 de marzo de 1978.
- v) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), "ratificado" por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.
- vi) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) también conocida como Pacto de San José de Costa Rica; aprobado por Decreto Ley 22231 de 11 de julio de 1978 y "ratificado" por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.

Cabe notar que todos estos instrumentos reconocen el derecho de toda persona a gozar de un medio rápido y eficaz que ampare sus legítimos derechos (3).

3. ¿Qué derechos son susceptibles de ser protegidos?

En principio, los derechos susceptibles de defensa son aquellos clásicos de orden civil y político (para usar la terminología de Naciones Unidas) en la medida que cabe con ellos una acción frente al Estado en caso de violación o desconocimiento por parte de éste. Pero con el advenimiento del constitucionalismo social y sobre todo del movimiento constitucional de la post-guerra (Ollero: 1949; Burdeau: 1970) se han añadido a esta lista un sin número de derechos llamados comúnmente derechos sociales, económicos y culturales, los que incluso tienen una consagración universal. Ahora bien, surge la pregunta si es que al igual que los derechos clásicos heredados del liberalismo decimonónico, es posible que estos

(3) Existe infinidad de colecciones con estos textos. Una excelente compilación es la de Gregorio Peces-Barba M. (1973); entre nosotros puede verse la realizada por Alzamora Valdez (1977).

derechos nuevos (sociales, culturales y económicos) sean verdaderos derechos públicos subjetivos (Jellinek: 1912) que establezcan una verdadera pretensión a la instancia jurisdiccional. Conviene destacar que estos derechos internacionalizados a través de los mencionados Pactos están generalmente concebidos como pautas de conducta, como metas de todo régimen político, como postulados de un buen gobierno, pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una prestación efectiva. Así por ejemplo el artículo 11 de la Constitución de 1979 señala que "la familia que no dispone medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos" ¿Significa esto que una familia indigente puede demandar al Estado para que cumpla con hacer entrega de un nicho a perpetuidad al difunto? Por otro lado, y desde el punto de vista de los supuestos económicos, ¿cuenta el Estado con suficientes medios para cubrir tales servicios? Si el Estado no puede atender debidamente los más elementales servicios públicos ¿es factible que atienda aquéllos de beneficencia y otros similares que son presumiblemente más complejos? ¿No se ha añadido una buena dosis de utopismo, cuando se preconiza hasta el cansancio los muchos derechos sociales, económicos y culturales? (4).

Por lo pronto puede admitirse que si el Estado no cumple con esa obligación (lo que es prácticamente un hecho) incurre en una inconstitucionalidad por omisión (5), que en nuestra opinión cons-

-
- (4) Dice Bidart Campos: "... no nos parece recomendable, la proliferación ni la frondosidad de las cláusulas programáticas que han de reservarse parcamente para precisar con severidad, sobria y concretamente, el proyecto político que una constitución perfila y futuriza" (1974: 142). Problema conexo con este tópico (que no encontró eco en la Asamblea) es el relativo al condicionamiento socio-económico de los derechos fundamentales. El mismo Bidart indica: "Hay imposibilidad práctica para gozar de la libertad, de la igualdad y de los derechos, cuando pese a la formalización jurídico-normativa de la declaración constitucional de los derechos humanos, la insuficiencia de recursos mínimos priva a los hombres de la ocasión de ejercerlos. Cuando sólo minorías privilegiadas han superado el atraso, la marginación, la estrechez económica, el resto de individuos, sumergidos en la ignorancia, la miseria, la insalubridad y la carencia de medios idóneos, no conoce el bienestar imprescindible para que sus derechos puedan ejercitarse" (1974: 132).
- (5) Sobre este tema puede verse Bidart Campos (1978a; 1978b), Quiroga Lavié (1978), Haro (1978). Bidart sostiene que ante esta omisión hay imperatividad en hacerla cumplir mediante la vía judicial llegando incluso a dictar normas para su cumplimiento, lo que nos parece excesivo. Quiroga más bien señala que las normas programáticas tienen como destinatario un órgano del Estado.

tituye únicamente una falta política sin sanción. Pero felizmente la Constitución ha establecido en su Título VII, Disposiciones generales y transitorias, la Sexta que dice así: “Las disposiciones constitucionales que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La ley anual del presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”. De esta suerte, tales normas quedan aplazadas **sine die** . . .

Lo antes expuesto nos lleva a reseñar muy suscintamente las clases de normas constitucionales, tema de ardua discusión doctrinaria (6). Así, consideradas por su condicionalidad o incondicionalidad, las normas constitucionales pueden ser programáticas u operativas. Son operativas las que cuentan con la posibilidad —legal y fáctica— de ser aplicadas. Son conocidas como **self executing**, **self enforcing** o **self acting**, o autoaplicables. Las normas programáticas son aquellas que su eficacia está sujeta a condición, o sea, tienen una reserva de la ley. Esto quiere decir que no pueden ser exigidas mientras no exista ley que las reglamente. Pero dichas cláusulas son susceptibles de ser defendidas si es que el Estado pretende desconocerlas. Si por ejemplo una autoridad impidiese por la vía de los hechos, que una persona adquiriese su casa-habitación, esto es, impidiese el ejercicio de un derecho a la vivienda y a la vida decorosa que la Constitución garantiza, entonces cabría recurrir a la autoridad jurisdiccional. También cabría la defensa de tales derechos fundamentales, si es que fuesen desconocidos por una ley, decreto o resolución, pero en este supuesto la defensa sería indirecta, ya que aquí la acción propiamente dicha sería de control jurisdiccional de la constitucionalidad y la legalidad y como consecuencia de ello, quedaría restablecido el derecho fundamental conculcado.

4. Anteproyecto constitucional

La Asamblea Constituyente (1978-1979) luego de su instalación el 28 de julio de 1978, aprobó su Reglamento Interno y acordó distribuir el trabajo en Comisiones Especiales, a las cuales encargó el estudio y la preparación de los títulos de la futura Carta

(6) Un tratamiento excelente puede encontrarse en José Afonso Da Silva (1968b); también Quiroga Lavié (1975) y Vanossi (1976:II).

Política. Este procedimiento se tuvo que adoptar en vista de la circunstancia peculiar de la Asamblea, pues al revés de las constituyentes anteriores (7) la de 1978 careció de un proyecto e incluso de lineamientos de bases. Esta enorme carencia gravitó fuertemente en los trabajos, lo que se agravó incluso por el hecho notorio de que la Asamblea careció de asesores, lo cual explica las indefiniciones, los vacíos y los errores conceptuales que asoman a lo largo de todo el texto.

En lo que se refiere a nuestro tema, recordemos las siguientes Comisiones Especiales: a) Derechos y deberes fundamentales - Garantías (presidida por Mario Polar Ugarteche); b) Poder del Estado-Judicial (presidida por Francisco Chirinos Soto); c) Educación y Cultura - Culturas Nativas y Folklore (presidida por Humberto Carranza Piedra); d) Trabajo y Derecho Sindical (presidida por Romualdo Biaggi Rodríguez) y e) Salud, Seguridad y Bienestar Social (presidida por Marco Antonio Garrido Malo). De todas ellas, aquí nos interesa la primera de las nombradas, que es en donde se abordó lo fundamental en lo concerniente al tema objeto del presente trabajo.

La Exposición de Motivos y el respectivo Ante-proyecto fue presentado el 27 de octubre de 1978 (Cf; La Prensa de 7 de noviembre de 1978 y El Comercio de 5 de noviembre de 1978). En su parca Exposición de Motivos, la Comisión declaraba que se había tenido en cuenta no sólo la Constitución de 1933 y "numerosas otras constituciones de países europeos y americanos, sino también la Carta Internacional de Derechos Humanos", los Pactos Internacionales, el Pacto de San José de Costa Rica, así como los pactos y convenios internacionales suscritos por el Perú. Planteaba luego una sistematización de los derechos y deberes fundamentales (que con ligeras variantes fue conservado en el texto definitivo), así como un título de "Garantías Constitucionales". Luego la Comisión procedió a enumerar los derechos en forma tan prolija, que la Exposición de Motivos aseguraba que no creía que se le haya escapado alguno. Introduce (tomándolo de la Ley Fundamental de Bonn) un dispositivo para que los derechos fundamentales rigan también para las personas jurídicas, en lo que les sea

(7) Como fue el caso del Proyecto Prado (1919) y el Proyecto Villarán (1931).

aplicable. Agregaba que se consignaban los recursos (sic) de Habeas Corpus y Amparo, recomendando a la Comisión Especial pertinente, que la misma Constitución incluyese las normas procesales —claras, precisas y simples— de estos dos “recursos” (propuesta que al final no prosperó). Hace finalmente una sucinta referencia a la introducción del Tribunal de Garantías Constitucionales y la defensa supranacional de los derechos fundamentales.

En la parte dedicada a las “Garantías Constitucionales”, se precisó que el Amparo procedía incluso contra “las resoluciones judiciales firmes”, y que el Tribunal de Garantías Constitucionales era instancia única competente para conocer la acción de Habeas Corpus (8), de Amparo y de inconstitucionalidad de las leyes (en vía de acción o de excepción). En su parte final estableció la jurisdicción supranacional y la suspensión de garantías (sic), a la que confundió con la “suspensión de derechos”.

Sobre este título de Derechos Fundamentales hubo amplio debate (El Comercio de 6 de noviembre de 1978 y nuestros artículos en el diario La Prensa de 26, 28 y 29 de noviembre de 1978), así como una amplia exposición del presidente de la Comisión, Mario Polar Ugarteche (El Comercio de 19 de febrero de 1979).

En este anteproyecto —en el que tuvo destacadísima intervención Javier Valle-Riestra (9) se deslizaron no obstante algunos errores. Aparte de la excesiva austeridad de la Exposición de Motivos y de sus imprecisiones conceptuales (entre la Exposición de Motivos del Anteproyecto y el anteproyecto mismo se observan contradicciones) debemos señalar las siguientes:

- a) la intención de dejar de lado al Poder Judicial, ya que incluso se crea un organismo superior, el que revisa sus resoluciones

(8) Aquí se utiliza correctamente la denominación, pues en rigor se trata de una acción y no de un recurso.

(9) Contra lo que opina Chirinos Soto, en el sentido de que el Tribunal de Garantías Constitucionales fue propuesto al “alimón” por Roberto Ramírez del Villar y Javier Valle-Riestra, hay que resaltar que el mérito de la iniciativa y su defensa correspondió en realidad a este último. En su brillante exposición en el Plenario, que más tarde sintetizó para un semanario local, Valle Riestra (1979) llegó a sostener que la Corte Suprema jamás tuvo la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (lo que en rigor no es exacto).

- como una cuarta instancia, lo que al final fue notoriamente matizado,
- b) la utilización de una nomenclatura inadecuada; cual es la de Tribunal de Garantías Constitucionales, en lugar de la más correcta de Tribunal Constitucional, como utilizan las modernas constituciones de la segunda postguerra (10).

5. El proyecto constitucional

El anteproyecto presentado por la Comisión Especial de Derechos y Deberes fundamentales-Garantías, así como los demás preparados por las respectivas Comisiones Especiales, fueron posteriormente objeto de una sustancial revisión por parte de la Comisión Principal de Constitución, que en sucesivas ediciones fue efectuando añadidos, mejoras y correcciones en diversas etapas de un texto continuamente mejorado. Fue publicado en los diarios por entregas sucesivas (a partir de enero de 1979), culminando con el proyecto integral y definitivo (El Peruano de 2 de abril de 1979) compuesto por una extensa Exposición de Motivos, 307 artículos y ocho disposiciones transitorias.

La Exposición de Motivos del proyecto constitucional afirmaba que entre otras innovaciones, el proyecto de Constitución se iniciaba con los derechos humanos (11) destacando los nume-

- (10) El concepto de Tribunal de Garantías Constitucionales aparece por vez primera en la Constitución española de 1931 (art. 121), se repite en la cubana de 1940 (art. 172) y en la recentísima constitución ecuatoriana de 1977, aprobada por referendun de 15 de enero de 1978 (art. 140), así como en el proyecto constitucional español de 1977, que fue el modelo que al parecer manejaron los constituyentes. No obstante, el concepto de "garantía" ha cambiado desde que el derecho procesal (y constitucional) distinguió la "garantía" del "derecho", motivo por el cual y luego de la discusión pública que se llevó a cabo en España, se modificó el proyectado Tribunal de Garantías Constitucionales, por el más correcto de Tribunal Constitucional, que es el que figura en la Constitución española de 1978 (art. 159) aprobada mediante referendun de 6 de diciembre de 1978 y promulgada por Juan Carlos el 27 del mismo mes y año. Esta precisión terminológica no fue lamentablemente percibida por los constituyentes peruanos, atentos al proyecto español de 1977 y no al texto definitivo de 1978 (Ruíz Lapeña: 1979).
- (11) En su discurso de 12 de julio de 1979 Luis Alberto Sánchez (1979) en su calidad de Presidente de la Comisión Principal y Presidente en ejercicio de la Asamblea Constituyente (en vista de la enfermedad de Haya de la Torre) señaló este hecho como una innovación original sin precedentes en la legislación comparada; en tesis que aplaude Chirinos Soto (1970: 23). Esto no se compecede con la realidad.

rosos derechos que consagraba, agregando que entre las nuevas conquistas se encontraba la elevación a nivel constitucional del Habeas Corpus (12) y del Amparo. En lo que se refiere al Tribunal de Garantías Constitucionales, la Exposición de Motivos es demasiado esquemática.

El proyecto guarda bastante similitud con el emanado de la Comisión Especial (en lo que se refiere a Derechos Fundamentales), aunque hay innovaciones interesantes, como son la factibilidad de que los jueces dejen de aplicar la ley inconstitucional, con cargo a oír previamente al Tribunal de Garantías Constitucionales, las labores del Ministerio Público en defensa de los ciudadanos y la “desconcentración” del Habeas Corpus y del Amparo que serán resueltos por el Poder Judicial (y no por el Tribunal de Garantías), pero con la salvedad que los autos denegatorios de ambos recursos serán conocidos por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se puede advertir en el proyecto el ánimo de hacer compartir al Poder Judicial la tutela de los derechos fundamentales y el control constitucional, con el Tribunal de Garantías (cuya sede será la ciudad de Arequipa, a más de mil kilómetros de distancia de la capital). Esto se debe en parte a la labor revisora y paciente de la Comisión Principal bajo la sagaz dirección de Luis Alberto Sánchez, así como al reclamo de la opinión pública y al informe que al respecto presentó la Corte Suprema de la República a la Asamblea Constituyente (El Comercio de 20 de marzo de 1979).

Aún cuando a lo largo de los debates, este proyecto sufrió importantes modificaciones, creemos que en lo esencial, y sobre todo en lo relativo a su estructura, logró perdurar hasta el final, como es fácil colegir de una simple comparación de los textos.

Existen muchas constituciones que empiezan con los derechos fundamentales, y para sólo limitarnos a la América Latina, recordemos dos textos todavía vigentes: el de México (1917) y el de Argentina (1853). Ruíz-Eldredge (1980: 27) ha señalado también esta inexactitud.

- (12) En realidad el Habeas Corpus se introduce en el Perú mediante ley de 21 de octubre de 1897, y adquiere rango constitucional por vez primera en la Constitución de 1920 (art. 24), reiterándose en la Constitución de 1933 (art. 69). Los textos constitucionales pueden verse en Pareja Paz-Soldán (1954).

6. Garantías constitucionales

Bajo este título, tomado de la Constitución italiana de 1947, se agrupan los instrumentos procesales para la defensa de la Constitución que por ser tales son precisamente denominadas “garantías”, a la inversa de lo que sucedía en las anteriores Constituciones peruanas, en donde siguiendo la tradición francesa utilizábamos la locución “garantía” como sinónimo de “derecho”. Bajo este rubro constitucional se consignan las siguientes figuras procesales:

- i) Habeas Corpus,
- ii) Amparo,
- iii) Acción Popular,
- iv) Acción de Inconstitucionalidad.

Estas deben ser completadas con la acción contencioso-administrativa como veremos más adelante (13).

Hay que subrayar que esta parte procesal es realmente innovadora con respecto a nuestra tradición constitucional, y en términos generales constituye uno de los aciertos de la nueva Carta. La inclusión del Amparo, de origen mexicano y de amplia repercusión en los países centroamericanos, así como de un desarrollo singular en la Argentina, ha alcanzado una influencia allende a nuestro Continente, como lo reconoció el Rey Juan Carlos I en su discurso en la Asamblea Constituyente, a raíz de su visita al Perú en el segundo semestre de 1979 (por lo demás el amparo figura en la Constitución española de 1931, artículo 122 y en la de 1978, artículo 161).(14)

(13) Por razones que explicaré en otra oportunidad, hoy no estoy de acuerdo con la inclusión de lo contencioso administrativo dentro de la categoría de “Garantías Constitucionales” (Nota de 1987).

(14) El Amparo tiene su propia trayectoria histórica y doctrinaria, independiente y paralela a la del Habeas Corpus, por lo que no es admisible afirmar como lo hace Chirinos Soto (1979: 352) que el Amparo no sea más que un Habeas Corpus en sentido traslático o amplio, pues con ello se desconoce la naturaleza y los antecedentes del Amparo (Burgoa: 1972; Carpizo: 1979; Borea: 1977; García Belaunde: 1978b).

7. Habeas Corpus

El artículo 295, primer párrafo, señala que la acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual, da lugar a la acción de Habeas Corpus. Esto nos permite apreciar las siguientes características:

- a) es una acción que se opone a cualquier persona, lo que incluye a las personas físicas particulares (lo cual no aparecía en el proyecto publicado en abril de 1979). Cabe recordar que en el Perú no se utilizaba esta acción contra los particulares, cosa que sí sucede, por ejemplo, en Inglaterra.
- b) defiende únicamente el *ius movendi et ambulandi* (15)
- c) protege incluso la omisión (se entiende arbitraria) así como la amenaza, lo que es una absoluta novedad entre nosotros, pues la jurisprudencia anterior incluso denegó la procedencia del Habeas Corpus, en estos casos.
- d) no procede contra normas, ni contra actos respaldados por normas, con lo cual sigue la corriente jurisprudencial iniciada por la Corte Suprema de 1970.
- e) procede (o debe proceder) incluso cuando la acción u omisión ha cesado, lo que significa que los hechos consumados no deben quedar marginados del Habeas Corpus.

Como en la actualidad el Habeas Corpus se tramita dentro del Código de Procedimientos Penales, es de prever que una futura Ley de Garantías Constitucionales reglamente estos procesos en forma adecuada para una mejor defensa procesal. Podemos por lo demás señalar que el Habeas Corpus protege la libertad y seguridad personales (artículo 2, inciso 20) aún cuando cabe advertir:

- a) Que el artículo 2, inciso 20, numeral b) prohíbe toda forma de restricción de la libertad personal, salvo los casos permitidos por la ley, lo que deja abierta la puerta para eventuales atropellos que pudiesen darse en el futuro (¿una nueva Ley de Seguridad Interior al estilo de Odría?).

(15) Dice Duguit: "El primer deber del Estado es asegurar a todos la libertad física, habitualmente llamada libertad individual propiamente dicha, o simplemente, a riesgo de crear una confusión, libertad individual. Libertad fundamental, porque ella es la condición esencial para el ejercicio de todas las otras libertades" (1925: V: 6).

- b) Se establece (inciso 20, numeral 9) que no puede haber detención indebida y en todo caso el detenido debe ser puesto a disposición del Juez dentro de las 24 horas. Pero de esto quedan exceptuados los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de estupefacientes (esto último confirmatorio del Decreto Ley 22095, art. 71) en los cuales la detención provisional puede prolongarse por un término no mayor de 15 días naturales (calendarios), con cargo a dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencidos los términos. Esta medida, si bien es irreprochable en su enunciado, puede degenerar en abuso incalificables (Rubio: 1979) Conteniendo este numeral únicamente tres excepciones, debe entenderse que cualquier otra norma que atente contra el plazo de 24 horas o que prive de la posibilidad de ejercer su derecho a quien sea detenido en trasgresión de tal precepto, está afectada de inconstitucionalidad. En consecuencia, el artículo 8 de la Ley No. 4891, que impide utilizar el Habeas Corpus a quienes la policía califica como “vagos”, así como el Decreto Ley 21411 que autoriza a los burocráticos Tribunales contra la Adulteración, Acaparamiento y Especulación para realizar detenciones hasta por 80 días, son inconstitucionales y no deben ser aplicados por autoridad alguna, bajo responsabilidad.

Es importante que el Habeas Corpus de acuerdo a sus orígenes históricos y a su propia definición etimológica y doctrinaria, haya vuelto a ser un medio de defensa de la libertad personal, superando así la amplitud deformante que consagró la Constitución de 1933 (artículo 69).

8. Amparo

De acuerdo al artículo 295, segundo y tercer párrafo, la acción de Amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución (y no protegidos por el Habeas Corpus) que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona, y tiene el mismo trámite del Habeas Corpus, en lo que le sea aplicable. De donde se desprende que:

- a) El Amparo no protege contra normas, cualesquiera que ellas sean, sino contra un acto u omisión que vulnere o amenace

los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, diferente a la libertad individual y sin respaldo de norma alguna.

- b) Los derechos cuya protección se enuncia son los relativos al trabajo, la educación, la seguridad social, etc., pero en el sentido que con esta garantía no cabe exigir prestaciones concretas al Estado que impliquen egresos, pues estas son normas programáticas, o sea, normas que esperan su concreción mediante leyes, en obligación que atañe al órgano legislativo. En todo caso, se puede sostener que cabe la protección de tales derechos en vía de defensa frente a una agresión (es decir, serían normas programáticas que serían operativas en sentido negativo, como señala Quiroga Lavié).

Cabe preguntarse cuál es la situación del Recurso de Amparo creado por el Decreto Ley 20554, y que precisamente ha sido destinado a la impugnación de Decretos Supremos expropiatorios o de extinción de dominio y que se ejercitan ante el Tribunal Agrario, el cual por mandato de la nueva Constitución debe desaparecer cómo ente autónomo e integrarse al fuero común (artículo 233). Creemos que ha habido aquí un lamentable descuido, porque en el nuevo texto no existe un proceso especial para impugnar Decretos Supremos de alcance particular. No obstante, como quiera que la Décimo Primera Disposición Transitoria señala que mientras se expida la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, los fueros continuarán sujetos a sus respectivas leyes, el Recurso de Amparo debe seguir funcionando. Es de esperar no obstante, que cuando se elabore la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial prevista en la Constitución, sea eliminado este “amparo agrario” para evitar confusiones con la Acción de Amparo constitucional y manteniendo el procedimiento, pero con nombre distinto. El cambio de nombre se impone no solo porque teóricamente deba ser así, sino porque no cabe una duplicidad de nombres para cosas intrínsecamente distintas y porque llegado el caso, la ley creadora de este recurso de amparo ante el fuero agrario bien podría ser declarada inconstitucional.

En cuanto a las demás características del Amparo, es previsible que tenga un desarrollo similar al Habeas Corpus, y en tal sentido la jurisprudencia sobre este último perteneciente al período

1933-1979, será muy ilustrativa, ya que bajo el Habeas Corpus establecido en la Carta de 1933, se defendieron derechos que en realidad no correspondían al instituto anglosajón.

Por último mencionemos que conforme al artículo 233, numeral 3, los juicios a funcionarios públicos por violación de derechos fundamentales, son siempre públicos.

9. Acción Popular

El artículo 133 de la Constitución de 1933, estableció la Acción Popular, la cual en lo esencial ha sido mantenida en la nueva Constitución, y aparece reglamentada a partir de 1963 en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 7).

La nueva Constitución (artículo 295, cuarto párrafo) señala que hay “acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público”.

El avance que contiene el texto actual es que a diferencia de la Constitución del 33 —que se limitaba al Poder Ejecutivo— la redacción actual permite sostener que la Acción Popular es un control de la constitucionalidad y de la legalidad de todo tipo de normas inferiores emanadas de cualquier autoridad, o de quien sin serlo tenga atribuciones para promulgar normas (Banco Central de Reserva, Banco de la Vivienda, CONITE, CONASEV, etc.).

La Acción Popular en principio —y de acuerdo a su etimología latina— puede ser interpuesta por cualquiera, y así debería ser. Pero en el Perú, las pocas veces que este instituto ha funcionado, se ha interpretado que podía ser utilizado por cualquiera siempre y cuando el peticionario tuviese un interés directo de orden jurídico o moral (tal como establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).

La reglamentación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 7) la consideró como una acción de puro derecho y siempre y cuando la norma cuestionada sea de carácter general. Creemos igualmente que la sentencia que ponga fin al proce-

so, no debe tener efecto **erga omnes**, sino únicamente **inter partes** (como lo acredita en todos sus efectos prácticos, la jurisprudencia habida desde 1963, no empece sus imprecisiones conceptuales). Este criterio por lo demás ha sido consagrado en el art. 236 de la Constitución de 1979, que establece una preferencia ya que la anulabilidad plena sólo opera con las decisiones del Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 301).

10. Inconstitucionalidad en vía de acción

El artículo 298 señala como atribución del Tribunal de Garantías Constitucionales, declarar a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos-legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo.

Se trata de la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas de más alta jerarquía cuales son las leyes y decretos legislativos (figura esta última tomada de la Constitución italiana y que tiene los mismos alcances que las leyes). Se agregan las normas regionales y las Ordenanzas Municipales.

Como se sabe, en los Municipios se dan tres clases de normas: los Bandos y Decretos de Alcaldía (emanados del Alcalde, como su nombre lo indica) que puede ser impugnados por la Acción Popular, y las Ordenanzas Municipales que son aprobados por el Concejo en pleno (Provincial y Distrital).

El Tribunal de Garantías Constitucionales es considerado como órgano de control de la Constitución, cuyos miembros tienen la misma jerarquía que los Vocales de la Corte Suprema.

El inconveniente de esta Acción de Inconstitucionalidad es que no puede ser planteada por cualquiera, sino únicamente por determinados funcionarios (Presidente de la República, Corte Suprema, Fiscal de la Nación, 60 Diputados, 20 senadores y por 50,000 ciudadanos). Los efectos de las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales son anulatorios, es decir, tiene alcances **erga omnes**.

11. Inconstitucionalidad como cuestión prejudicial

El artículo 87 consagra la jerarquía normativa del derecho pe-

ruano, en el mejor estilo de la pirámide kelseniana. Por tal motivo aparte de la acción específica que consagra el nuevo texto y al cual nos acabamos de referir en el apartado anterior, el artículo 236 señala que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera, criterio que es igualmente aplicable a la escala descendente de normas legales (decretos supremos, resoluciones supremas, etc.). Originalmente el ante-proyecto y el proyecto establecían que los jueces al encontrar esta colisión y antes de fallar, deberían recabar opinión previa del Tribunal de Garantías Constitucionales el cual recibiría la consulta mediante el canal regular (o sea, si la situación se presentaba ante un Juez de Primera Instancia, este lo elevaba a la Corte Suprema quien a su vez “corría traslado” al Tribunal). Todo este preámbulo (tomado de diversas constituciones europeas) fue felizmente eliminado en el texto definitivo, lo que significó reivindicar para el Poder Judicial la facultad de no aplicar normas.

Este precepto tiene antecedentes en nuestra legislación (Código Civil, artículo XXII del Título Preliminar) reglamentado por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la salvedad de que esa preferencia se extiende aquí a todo el cuerpo normativo del Estado, de manera tal que el Poder Judicial, a pedido de parte o por propia iniciativa procederá a “dejar de lado” aquella norma que contrarie a la de superior jerarquía.

12. Acción contencioso-administrativa

El artículo 11 de Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza la impugnación de resoluciones administrativas de carácter particular dictadas por las autoridades competentes, y el artículo 12 del mismo cuerpo legal señala que habrá acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal que constituyen despojo, desconocimiento o violación de los derechos reconocidos por la Constitución o las leyes. Y el artículo 184 de la misma Ley Orgánica establece la competencia exclusiva de los jueces de Lima para conocer de toda acción civil que se interponga contra el Estado. Todo eso ha quedado modificado por el artículo 240 de la nueva Constitución, al precisar que las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que cause es-

tado. Agrega que la ley precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia (con lo cual el Estado podrá demandarse en provincias).

Indudablemente esto requiere un previo agotamiento de la vía administrativa, la cual tiene en el Perú diversos preliminares que necesitan un mayor esclarecimiento (16).

Caso singular y que espera ser precisado, es el contenido en el Decreto Ley 21115, que establece que agotada la vía administrativa en materia aduanera, quedará expedita la vía judicial, la que se ejercitará directamente ante la Corte Suprema. Esta norma no se compadece con el dispositivo constitucional, por lo que una reglamentación futura se hace imperiosa.

Por último debemos señalar que a nuestro entender el artículo al referirse a actos de la administración que causen estado, está mencionando a toda clase de actos que carecen de respaldo normativo, pero dejando constancia que si tales actos envuelven violación o desconocimiento de derechos fundamentales, es más que probable que el presunto afectado prefiera recurrir al Amparo como medio procesal más expeditivo. (17).

(16) El Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobados mediante Decreto Supremo No. 006-SG de 11 de noviembre de 1967, es un texto general que tolera regímenes especiales de la más diversa índole. Este Reglamento admite dos instancias administrativas (art. 102) y a veces tres (art. 103) y existe también la modalidad de la presunción legal de denegatoria, entre otras variedades. Los asuntos contencioso-municipales de índole particular, se agotan en el Tribunal Fiscal (que hoy comprende al ex-Tribunal de Aduanas, según organización contemplada en el Decreto Supremo No. 127-78-EF de 22 de setiembre de 1978).

El Tribunal Fiscal resuelve en segunda y última instancia las reclamaciones ante la Dirección General de Contribuciones, el Banco de la Nación y Concejos Provinciales; en caso de tributos administrados por otros órganos resuelve en tercera instancia. Hay que señalar que la nueva Constitución en su artículo 268, numeral 4, faculta a los Consejos Regionales a fallar, en última instancia los asuntos administrativos de los Concejos Municipales de la Región, norma que no es de aplicación mientras las regiones no se establezcan. El Decreto Ley No. 22250 denominada Ley de Municipalidades, deberá ser adecuado a la nueva Constitución.

(17) El problema de lo contencioso-administrativo puede verse en Vidal Perdomo (1977) y en general en cualquier tratado de derecho administrativo (Jeze, Bielsa, Marienhoff, H.W.R. Wade, etc.

13. Regímenes de excepción y derechos fundamentales

Las situaciones de emergencia son bastante conocidas y aceptadas por el derecho constitucional comparado y por todo el constitucionalismo latinoamericano (Valadés: 1974; Camargo; 1975), y que en nuestra tradición constitucional se conoce como “suspensión de garantías”. Esta terminología era correcta en la medida que existían “garantías constitucionales”. Pero la nueva Carta ha reemplazado acerdatamente las “garantías individuales y sociales” por los derechos fundamentales lo que apareja como es fácil deducir, la “suspensión de derechos” tal como figuraba en el proyecto constitucional del 2 de abril de 1979 (artículo 306). No obstante al momento de los debates y con desconcertante incoherencia, se volvió al término tradicional en forma tal, que mediatiza la conquista teórica alcanzada en la parte dogmática.

Durante el régimen de excepción se dan dos situaciones de menor a mayor gravedad:

- a) Estado de emergencia: que no puede exceder de 60 días y en el cual quedan en suspenso las garantías (en realidad los derechos) de libertad y seguridad personal (artículo 2, numeral 20, g) inviolabilidad de domicilio (art. 2, numeral 7) libertad de reunión (art. 2, numeral 10), libertad de tránsito y de fijar residencia (art. 2, numeral 9), no pudiendo existir en este período pena de destierro.
- b) Estado de sitio: la Constitución deja abierta la posibilidad de que en el Decreto que lo precisa, el Presidente de la República fije las garantías (derechos) personales que continúan en vigor, todo ello por un plazo de 60 días.

Es claro advertir —y así lo ha reiterado numerosa jurisprudencia— que el Habeas Corpus y el Amparo no podrán funcionar a favor de los derechos cuya suspensión ha sido decretada.

14. Misión del Ministerio Público

Esta institución es nueva en su formulación, y sus facultades tienen una gran amplitud que la colocan muy próxima al eclecticismo. Un análisis de sus fines permite concluir que se han mezclado aquí al Fiscal latino, al Attorney sajón y al Ombudsman escan-

dinavo. De este último retiene precisamente su característica de “defensor del ciudadano” (artículo 250, inciso 1 y 4) pues:

- a) Promueve de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, y
- b) Actúa como defensor del pueblo ante la administración pública (Rowatt: 1973).

Esto significa que a través del Ministerio Público existe otra vía procesal para la defensa de los derechos fundamentales, cualesquiera que ellos sean, y ante las autoridades judiciales o administrativas. Es de esperar que la Ley Orgánica que lo reglamente (art. 251) precisa sus atribuciones, coordinándolas con los demás instrumentos protectores existentes en la misma Carta política.

15. Casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales

Entre las facultades que se asignan al novel Tribunal, se encuentran las de conocer en casación las resoluciones denegatorias recaídas en los Habeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial. De tal suerte, y a diferencia de las demás medidas procesales que hemos visto, los derechos fundamentales desconocidos o vulnerados por acción u omisión, no finalizan en el Poder Judicial, sino que se puede recurrir en casación (en realidad revisión) ante el Tribunal de Garantías. Si bien es cierto que el texto constitucional ha corregido el exceso que se percibía tanto en el anteproyecto como en el proyecto, y en sentido estricto el Tribunal no constituye una cuarta instancia (pues no resuelve el fondo del asunto) lo cierto es que mediante la casación el Tribunal dispone la revisión de los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo, señalando pautas que debe observar la Corte Suprema para su revisión, por lo que en la práctica y para los efectos cotidianos, el Poder Judicial aparece sujeto a un ente superior a él. Así mismo, y como quiera que bajo el rubro de derechos fundamentales cabe una gama infinita de interpretaciones (por la ampulosidad e imprecisión con que han sido enunciados) el litigante promedio, tendrá con el nuevo texto un medio procesal que antes no existía.

Parece ser que este dispositivo, que recorta sin lugar a dudas el carácter definitivo de las resoluciones de la Corte Suprema, fue

insertado con el objeto de ofrecer el máximo de cautela de los derechos fundamentales con evidente desconfianza en el Poder Judicial.

16. La jurisdicción supranacional

El artículo 305 prescribe que agotada la jurisdicción interna (o doméstica), quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución le reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados de los que es parte el Perú. Esta idea fue tomada del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Art. 2) y del Pacto de San José de Costa Rica (Art. 44), que facultan a los individuos a recurrir a la Comisión Internacional de Derechos Humanos en el primer caso y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el segundo caso, la que puede llevar el problema ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos instrumentos internacionales ya se encuentran en vigencia en sus respectivos ámbitos regional e internacional, habiendo sido incorporados al derecho peruano, por dispositivos legales específicos y por la misma Constitución, como ya hemos indicado.

17. Comentarios finales

La internacionalización de los Derechos Humanos empieza por así decirlo en 1948, con la Declaración sancionada en diciembre de ese año por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dicha Declaración, que es la culminación de un largo proceso y el inicio de otro nuevo que aún estamos viviendo, pretende recoger la experiencia acumulada durante varios siglos de historia. Entre sus fuentes inmediatas y principales se encuentran los trabajos preparatorios que por iniciativa de la UNESCO elaboró un grupo de personalidades que se reunieron en 1947 y que sirvieron de base para el texto finalmente aprobado en 1948. Entre las numerosas personalidades que a nivel mundial fueron convocadas para prestar su valiosa colaboración, se encontraba el famoso filósofo francés convertido al catolicismo, Jacques Maritain, quien con gran lucidez señaló, no sólo la importancia de una declaración de derechos, sino el peligro que ella encerraba. Dijo así:

“Ya estamos prevenidos: no hemos de esperar demasiado de una Declaración Internacional de los Derechos del Hombre. Y sin embargo ¿no es acaso ante todo, el testimonio de la acción lo que los pueblos esperan hoy en día? La función de la palabra ha sido de tal guisa pervertida, se han hecho mentir en tal forma las palabras más verídicas, que ya son insuficientes las declaraciones más hermosas y solemnes para devolverles a los pueblos su fe en los derechos del hombre. Lo que se les exige a quienes suscriben esas declaraciones es que las lleven a la práctica; lo que se les pide es que aseguren los medios capaces de hacer respetar efectivamente los derechos del hombre por Estados y gobiernos . . .”

El carácter sombrío que revelan estas palabras, escritas a poco de haber cesado los fragores de la última contienda mundial, conservan una innegable actualidad en nuestros atrasados pueblos de América Latina.

Lima, febrero de 1980.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA DE CIENCIAS DE LA URSS

1979 La democracia burguesa y los derechos del hombre, Moscú.

ALVAREZ SIMONETTI, Manuel

1974) Debate en torno a la Acción Popular, en “Derecho” (editado por la U. Católica), Num. 32.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1977 Los derechos humanos y su protección. Lima

BIDART CAMPOS, Germán José

1968 Régimen legal y jurisprudencial del Amparo, Ediar. Buenos Aires.

1974 Los derechos del hombre, Ediar, Buenos Aires.

1978a La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión, Ponencia al II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, abril.

1978b Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de la constitucionalidad, en "Derecho comparado" (editado por la Asociación Argentina de Derecho Comparado) num. 2.

BOREA ODRÍA, Alberto

1977 La defensa constitucional: El Amparo, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima.

BURDEAU, Georges

1950 Traité de Science Politique, L.G.D.J., París, tomo III

1969 Traité de Science Politique, 2da. ed. L.G.D.J., París, tomo IV.

1970 La democracia, Ariel, Barcelona.

BURGOA, Ignacio

1971 El juicio de Amparo, Ed. Porrúa, México.

BUSTAMANTE B., Alberto

1978 Garantías constitucionales y administración pública, en "Socialismo y Participación", num. 4, setiembre.

BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo

1960 Constitución y Habeas Corpus, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima.

1961 Habeas Corpus y Acción Popular, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Lima.

CAMARGO, Pedro Pablo

1975 La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos. Ed. Tercer Mundo, Bogotá.

CAPPELLETI, Mauro

1961 La jurisdicción constitucional de la libertad, México.

1975 Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Milano.

1977 Giustizia costituzionale soprannazionale, Ponencia al 2do. Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sochagota (Bogotá) noviembre.

CARPIZO, Jorge

1979 La Constitución mexicana de 1917, UNAM, México.

CHIRINOS SOTO, Enrique

1979 La nueva Constitución al alcance de todos, Lima.

DA SILVA, José Afonso

1968a *Ação Popular Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

1968b *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo.

DUCHACEK, I.D.

1976 *Derechos y libertades en el mundo actual*. Inst. de Est. Políticos, Madrid.

DUGUIT, León

1925 *Traité de Droit Constitutionnel Lib.* Fontemoing & Cía, 2da. edic. París, tomo V.

FIX ZAMUDIO, Héctor

1968a *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México.

1968b *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", num. 2, diciembre.

1974 *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, en "Veinte años de evolución de los Derechos Humanos" (varios autores), UNAM, México.

1977a *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, en "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos" (varios autores) UNAM, México.

1977b *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, Ponencia al 2do. Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sochagota (Bogotá) noviembre.

1978 *El Juicio de Amparo en Latinoamérica*, en "Memoria de El Colegio Nacional", México.

1979 *Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Num. 35, mayo-junio.

FURNISCH, Dale

1971 *The hierarchy of peruvian laws* en "American Journal of Comparative Law", num. 1.

- GARCIA BELAUNDE, Domingo**
1973a Los orígenes del Habeas Corpus, en "Derecho" (editado por la Univ. Católica), num. 31.
1973b Naturaleza jurídica del Habeas Corpus en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (editado por la Univ. de San Marcos) num. 1-3.
1975 Legislación Peruana de Habeas Corpus en RDCP. No. 1-3.
1978a La jurisdicción constitucional en el Perú (con errores) en "Revista de la Universidad Católica" (Lima) num. 3, mayo.
1978 Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano, Ponencia al II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, abril.
- GUIGLIANI, Alejandro E.**
1952 Del control jurisdiccional de constitucionalidad, Depalma, Buenos Aires.
- HARO, Ricardo**
1978 La materia económico-social en las Constituciones en "La Ley", 16 de febrero.
- JELLINEK, Georg**
1912 Sistema dei diritti publici subbjetivi, Ed. Libratia, Milano.
- LUCAS VERDU, Pablo**
1976 Curso de Derecho Político, Tomo III, Ed. Tecnos, Madrid.
- MIRANDA, Pontes de**
1972 Historia e prática do Hábeas Corpus, 2 tomos, Río de Janeiro.
- OLLEROS, Carlos**
1949 El derecho Constitucional de la post-guerra, Ed. Bosch, Barcelona.
- PAREJA PAZ SOLDAN, José**
1954 Las Constituciones del Perú, Ed. Cultura Hispánica, Madrid.
1980 Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, 2 tomos, Lima.
- PECES-BARBA M., Gregorio (editor)**
1973 Textos básicos sobre Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.

QUIROGA LAVIE, Humberto

- 1975 Sobre la interpretación constitucional, en “La interpretación Constitucional” (varios autores) UNAM, México.
- 1978 El papel de las cláusulas económico-sociales en el derecho constitucional comparado, en “Derecho Comparado” (editado por la Asociación Argentina de Derecho Comparado) num. 2.

ROWAT, Donal C. (editor)

- 1973 El Ombudsman, F.CE., México.

RUBIO C. Marcial

- 1978 La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico, en “Apuntes” (editado por la Univ. del Pacífico, Lima) núm. 8.
- 1979 La nueva Constitución: ¿Carta magna o carta blanca? en “Qué hacer” (editado por DESCO, Lima) num. 1, setiembre - octubre.

RUIZ ELDREDGE, Alberto

- 1980 La Constitución comentada, Lima

RUIZ LAPAÑA, Rosa

- 1979 El Tribunal Constitucional, en “Estudios sobre la Constitución Española de 1978” (varios autores, editado por Manuel Ramírez) Libros Pórticos, Zaragoza.

SANCHEZ, Luis Alberto

- 1979 Discurso pronunciado por el doctor . . . al promulgarse la Constitución, en “El Comercio” (Lima) 13 de julio.

VALADES, Diego

- 1974 La dictadura constitucional, en América Latina, UNAM, México.

VALLE-RIESTRA, Javier

- 1979 El Tribunal de Garantías Constitucionales; en “ABC” (Lima) num. 59, junio.

VANOSSI, Jorge Reinaldo

- 1976 Teoría constitucional, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires.

VIDAL PERDOMO, Jaime

- 1977 Derecho Administrativo, Cali.

§ 8

EL HABEAS CORPUS EN LA NUEVA CONSTITUCION (*)

Desde un punto de vista legislativo, el Habeas Corpus en el Perú ha pasado por las siguientes etapas:

- 1) De 1897 a 1933.
- 2) De 1933 a 1979.
- 3) De 1979 a

En un primer período, el Habeas Corpus aparece tomado en su conjunto de la experiencia inglesa (1) y utilizado exclusivamente para la defensa de la libertad individual. Así consta en los antecedentes parlamentarios que hemos tenido oportunidad de reseñar en otra oportunidad y en la Ley de 21 de octubre de 1897, posteriormente ratificada por la Constitución de 1920 (artículo 24º) que es la primera de este siglo, y que acoge a nivel constitucional este instituto procesal de defensa de la libertad. La misma Constitución de 1920 consagra, como ya se hizo notar, diversas conquistas de orden social, de acuerdo con las inquietudes que asomaban en aquella época (2). Con anterioridad a la Carta de 1920, fueron promulgadas dos leyes en 1916, en una de las cuales hay una virtual extensión del Habeas Corpus para defender las demás “garantías individuales” contenidas en la Constitución de 1860. Esta apertura —aun cuando interesante desde el punto de vista teórico— no tiene prácticamente vigencia, pues aun a nivel jurisprudencial es discutida, y por lo demás, queda fuera de toda consideración al

(*) Publicado en la *Revista Jurídica del Perú*, Nº III, julio - setiembre de 1980.

- (1) Ampliamente hemos tratado este tema en nuestro libro *El Habeas Corpus en el Perú*. Univ. de San Marcos, Lima 1979, al que nos remitimos para mayores precisiones y en donde podrá verse un tratamiento integral de la institución.
- (2) No nos vamos a referir aquí al problema de la vigencia de las normas constitucionales ni al contexto socio-económico sobre las que actúa y por el que es condicionado a la vez. Aquí nos concretamos al campo normativo stricto sensu.

promulgarse la Carta de 1920, que como hemos visto, se limita a la protección de la libertad física. Por eso es que puede decirse que, en cuanto a lo sustantivo —que aquí tomamos como referencia— este primer período se desenvuelve básicamente dentro del radio de acción de la libertad personal.

Una segunda etapa la inicia la Constitución de 1933, que expresamente extiende el Habeas Corpus para la protección de los “derechos sociales”. Esto es, declara en su artículo 69º, que la acción de Habeas Corpus servirá para la protección de todos los derechos individuales y sociales, creando así una figura omnicomprendensiva bastante similar al Juicio de Amparo mexicano. La legislación es por lo demás bastante exigua, pues prácticamente se reduce al Código de Procedimientos Penales que es promulgado en 1940, operando posteriormente su diversificación en 1968 mediante Decreto Ley 17083. De esta suerte, a fines de 1968, existían dos vías procesales para la tramitación del Habeas Corpus:

- penal; regulada por el Código de Procedimientos Penales, y con el único objetivo de cautelar la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito;
- civil; dedicada a la protección de los demás derechos constitucionales; tanto individuales como sociales (o en terminología de la Carta de 1933; garantías individuales y sociales).

La tercera etapa se inicia con la Constitución de 1979, sancionada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, y destinada a entrar en vigor —por lo menos a plenitud— el 28 de julio de 1980, coincidiendo con la toma del poder por el nuevo régimen constitucional surgido de la contienda electoral de mayo del mismo año.

Desde un punto de vista doctrinario, la posición adoptada en el nuevo texto constitucional representa no sólo volver al sentido originario de la institución en el Perú, sino la concordia con la institución misma, que había sufrido una fuerte deformación en la Carta de 1933, creando serios problemas de interpretación y aplicación. Por otro lado significa —dentro de nuestro derecho— una innovación, ya que destina el Habeas Corpus a la protección de la libertad y seguridad personales, creando paralelamente el Amparo, que será destinado a la protección de los demás derechos.

El Amparo ha tenido como fuente de inspiración a la célebre institución mexicana, pero ha sido tomada teniendo como referencia la experiencia argentina, y en menor medida la brasileña (que como se sabe tiene, al lado del Habeas Corpus, el mandado de seguridad para la protección de los demás derechos).

Así el artículo 295º, primer párrafo, de la Constitución de 1979, señala que la acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual, da lugar a la acción de Habeas Corpus. Queda así el Habeas Corpus circunscrito a la defensa de la **libertad individual**, que a nuestro criterio abarca:

- a) libertad personal o física.
- b) inviolabilidad de domicilio.
- c) libertad de tránsito.

El antiguo Habeas Corpus peruano de la Constitución de 1933 ha quedado así escindido volviendo a sus cauces originarios: los demás derechos serán protegidos por el Amparo, como ya hemos señalado.

Sin ánimo de ser exhaustivos, precisemos algunas características de la institución, tal como se desprende de la nueva Constitución peruana:

- protege únicamente la libertad individual (a la que ya nos hemos referido);
- procede contra la acción u omisión; lo cual significa que existe responsabilidad incluso por no hacer, aspecto que es interesante cuando se trata de funcionarios públicos, pero que deviene contraproducente y lleno de perplejidades que habrá que considerar cuando se trata de personas naturales, o mejor dicho, de personas particulares. En este supuesto, ¿cómo calificar la omisión, si es que la hubo?
- el responsable o susceptible de ser parte contraria no es solo la autoridad, sino los particulares (de acuerdo también a la tradición inglesa). Con anterioridad la tendencia general en el derecho peruano —aun cuando con excepciones— proponía y aceptaba dirigir la acción de Habeas Corpus únicamente contra autoridades. En caso de que la arbitrariedad provi-

- niese de particulares, se recurría a la policía, con cargo a su posterior tramitación ante el Juzgado de Instrucción, (delitos contra la libertad individual). Hoy se ha ampliado el Habeas Corpus contra actos de detención que provengan incluso de particulares, lo que para efectos prácticos nos parece innecesario.
- procede no sólo cuando el derecho se vulnera, sino también cuando existe la simple amenaza de ser vulnerado. Esto nos parece importante, pues no sólo es correcto desde el punto de vista doctrinario, sino que quiebra una tendencia doctrinal anteriormente existente.
 - no procede contra normas, cualesquiera que ellas sean.

Desde el punto de vista procesal, el Habeas Corpus no es un juicio (o proceso) en el sentido de que por juicio o proceso debe entenderse todo un itinerario que se inicia con la demanda, continúa con la prueba, y concluye con la sentencia consentida y ejecutoriada, que reviste el carácter de cosa juzgada. Mas bien, el Habeas Corpus debe considerarse como un incidente, ya que la protección obtenida por una persona mediante un Habeas Corpus, no impide que posteriormente dicha misma persona sea encarcelada nuevamente con motivo de un nuevo proceso iniciado por los mismos motivos que llevaron a la detención anterior y se haga por cierto legalmente.

Como novedad la nueva Constitución ha introducido —agotada la vía judicial— la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, organismo especial que ha introducido entre nosotros la jurisdicción constitucional bajo el llamado “modelo austriaco” (debido a la inspiración de Hans Kelsen) y manteniendo dentro del ámbito estrictamente judicial el “modelo americano” sobre no aplicación (que es difuso, de efectos relativos, etc.). Esta posibilidad de recurrir en casación —en la práctica, una cuarta instancia— al Tribunal de Garantías Constitucionales, solo es posible en el caso de autos denegatorios de Habeas Corpus, con lo cual queda agotada la jurisdicción interna (o doméstica) abriéndose así la jurisdicción supranacional.

De esta suerte, la nueva Constitución parece querer dar la máxima prioridad a las “garantías constitucionales” en sentido es-

tricto, en la medida que con ellos se protege lo que ahora con mas propiedad se denomina como “derechos fundamentales”.

La jurisdicción supranacional tiene dos ámbitos: a) el regional (reclamo ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, la que puede llevar la queja a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y b) internacional, o sea la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La entrada en vigor de la nueva Constitución trae como consecuencia:

a) que queden sin vigencia diversas normas que no se compatibilizan con la parte dogmática y procesal de la Constitución, tales como el artículo 8 de la Ley 4891 (que prohíbe el Habeas Corpus para los detenidos por vagancia) y el Decreto Ley 21411 y sus modificatorias; en la medida que los Tribunales contra la Adulteración, Acaparamiento y Especulación (entes administrativos) no pueden ordenar la detención de personas, lo que sólo procede por mandato judicial;

b) es indispensable una ley de Garantías Constitucionales, que regule el funcionamiento de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales: el Habeas Corpus y el Amparo.

c) habrá que precisar el papel del Ministerio Público en materia de protección procesal de los derechos fundamentales. (3).

(3) La Ley 23506, al reglamentar el procedimiento del Habeas Corpus y el Amparo, fue mucho mas lejos que mis previsiones. Esto lo explico en la exposición de motivos del anteproyecto de ley que yo redacté, y en el prólogo al libro de Alberto Borea, que se reproduce más adelante (nota de 1987).

§ 9

EL AMPARO Y EL HABEAS CORPUS EN EL PERU DE HOY (*)

Pocas veces he sentido igual satisfacción que al presentar al lector este libro de Alberto Borea Odría; y digo esto, porque la relación que me une con Borea es de antigua data. Para ser más exacto, le conocí en 1970, cuando me iniciaba como profesor de Derecho Constitucional Peruano en la Universidad Católica, y él lo hacía como atento alumno del primer año. Por esas cosas del destino, estuvo siempre en primera fila, tanto en las clases ordinarias, como en otras actividades paralelas, más meritorio aún si se tiene en cuenta que en el primer año los más andan descarriados o desorientados con el brusco ingreso al mundo del derecho y en mi caso me había liberado de la tiranía de las listas, que permitía, según decía Ortega y Gasset, tener estudiantes forzosos y forzados. Desde esa época, Borea se mostró inquieto por la problemática constitucional, preocupación que yo y unos cuantos más compartamos, inconcebible en 1970, cuando la Constitución entonces vigente era objeto de público vilipendio, y cuando adicionalmente el curso no interesaba a nadie (y así sucedió hasta 1977, en que se anunció la convocatoria a una Asamblea Constituyente). Recuerdo que en una de esas tardes que salía a tomar té con mis alumnos, Borea me manifestó su deseo de enseñar esta materia (él que recién empezaba su carrera) a lo cual yo respondí que por cierto contaría con mi ayuda y con la escasa medida de mis fuerzas. Dos años después (1972), dicté en la misma Facultad (entonces pomposamente llamada Programa Académico, por esas estulticias legales que son moneda frecuente entre nosotros) un curso monográfico de Derecho Constitucional, dedicado al Habeas Corpus, único

(*) Publicado como prólogo al libro del mismo título de Alberto Borea Odría (Lima 1985).

instrumento procesal para defender —en aquel entonces— la totalidad de los derechos constitucionales (entonces llamados garantías constitucionales). Fue también ahí un asiduo asistente Borea, y de ese seminario, y de la colaboración que ahí recibí de tantas otras personas, salieron algunas publicaciones mías. Desde entonces mi amistad con Borea quedó sellada; más tarde se graduó brillantemente de bachiller con una tesis sobre el Amparo, que me cupo informar, y a cuyo grado asistí, y que luego en forma de libro (1977) tuvo tan amplia como merecida circulación.

Años después, en agosto de 1981, recibí una llamada de Enrique Elías Laroza, entonces Ministro de Justicia, para pedirme que presidiese una comisión que preparase un ante-proyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo, a fin de reglamentar adecuadamente el artículo 295 de la nueva Constitución del Estado, toda vez que a ese momento solo existía el apartado correspondiente del Código de Procedimientos Penales de 1940 (para el Habeas Corpus) y el Decreto Ley 17083, que se utilizaba para el Amparo.

Elías, con quien me unía una buena amistad desde años atrás, (había sido un brillante profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Católica, a cuyo curso asistí) pedía una colaboración a la que no podía negarme, no obstante que en ese momento estaba con un pie en el avión, para asistir a un congreso académico en los Estados Unidos. Pedí solo carta blanca para trabajar y designar a los miembros de esa Comisión; como contrapartida, Elías me pidió tan sólo integrarla con uno o dos abogados de su plena confianza. Dí los nombres de Alfredo Quispe Correa (que al final se excusó por motivos que debo respetar), Pedro Arnillas Gamio (amigo y colega de amplia experiencia profesional) y Alberto Borea Odría. La Comisión se integró además con José León-Barandiarán Hart (profesor de San Marcos) y Jorge Velarde Santa María, excelente profesional, a quien también conocía desde los claustros universitarios.

La Comisión trabajó arduamente durante cuatro meses, y si bien tuvimos la acuciosa y responsable colaboración de todos los miembros (en especial de Pedro Arnillas) es indudable que Borea, por su propia formación académica y su vasto conocimiento de estos temas, fue la colaboración más firme, más persistente y más iluminadora. Debo decir que en esas largas reuniones de trabajo en

el Ministerio de Justicia, todos terminamos a la larga aprendiendo algo, e incluso cambiando o modificando nuestros puntos de vista. En lo personal, para mi fue muy enriquecedora esa Comisión, ya que debatiendo los temas con terceras personas, es que logramos un proyecto que sin modestias me atrevo de calificar como excelente. En lo concerniente al Amparo, el punto de vista de Borea, quien incluso preparó por encargo de la Comisión un ante-proyecto, creo que fue determinante.

Nuestro proyecto, según me informó directamente el Ministro Elías, fue acogido casi en su integridad por el Despacho Ministerial (enero de 1982) y luego fue circularizado por todas las Asesorías Legales de los distintos Ministerios, tras lo cual se llevó para su aprobación al Consejo de Ministros, y posterior remisión al Parlamento.

Lo importante de este proyecto es que fue aprobado por consenso, y aun sin estar sus miembros de acuerdo en todas y cada una de las cláusulas, fue firmado por todos ellos, quienes de esta manera evitaron la presentación —tan frecuente en nuestro medio— de proyecto en minoría y proyecto en mayoría. Fue inevitable el voto singular que presentó Borea a la Comisión (sobre un punto muy concreto), y que como tal aparece publicado en forma aparte en el diario oficial El Peruano. Naturalmente se trata de un punto de vista interesante y con acogida en cierto sector de la doctrina, pero que a los demás miembros de la Comisión no nos pareció adecuado.

Llegado el proyecto al Parlamento, fue al Senado, en donde su Comisión de Constitución (mayo de 1982) le hizo los ajustes pertinentes, y salió de ahí algo retocado y “pulido”, con una nueva exposición de motivos, debida al Senador Oriel Boldrini. Quien lea detenidamente nuestro proyecto y sobre todo nuestra exposición de motivos, llegará a la rápida conclusión que lo único que hizo el Senador Boldrini fue retocar algunos artículos en forma innecesaria, introducir algunos barbarismos en la redacción —de la que tanto nos habíamos cuidado— y crear algunas incoherencias conceptuales, que han traído más de una traba posterior. Al Senador Boldrini le faltó humildad, y sintió quizás que la curul otorga-

ba algo así como ciencia infusa, cuando lo más práctico era dejar las cosas como estaban, o en su defecto llamar a los autores del proyecto para dialogar con ellos (que era algo que personalmente había solicitado). Este inconsulto informe, tan lastimero, fue presentado a los demás miembros de la Comisión que lo firmaron de inmediato (entre ellos senadores de la talla de Sánchez y Alayza), lo cual demuestra que ni lo estudiaron ni lo leyeron; lo cual si bien no habla mal de ellos, y en general de los demás firmantes, si habla muy mal del Parlamento y de su capacidad de creación legislativa (como cosa curiosa, cabe señalar que la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506 derogó el Decreto Ley 18158; meses más tarde, la ley 23654, dada por el mismo Congreso, volvió a derogarla, sin que nadie se diese cuenta de esta incoherencia). En fin, con todas estas incidencias, y sin narrar por ahora el hecho de que algunos connotados populistas atacasen la ley en el hemiciclo, y rescatando la labor de Javier Valle-Riestra, quien tanto nos ayudó con un proyecto suyo sobre la parte de Habeas Corpus y luego la defendió con denuedo, lo cierto es que la ley, con cambios casi insustanciales, y en todo caso cosméticos (aunque de mala cosmología) fue finalmente promulgada con fecha 7 de diciembre de 1982.

Desde entonces la ley ha tenido una vida azarosa y hasta conflictiva. La ley era amplia, generosa, y sobre todo iba dirigida a un pueblo acostumbrado a vivir sin libertades, sin experiencia cívica, y por otro lado iba a ser manejada por abogados, no siempre escrupulosos, y la mayor parte de las veces sin rigor ni formación en este campo (en efecto, todos hemos estudiado procesal civil, juicios especiales, derecho procesal penal pero ¿quién estudió leyes procesales en materia constitucional? el vacío es grande, y es urgente crear cursos especiales para el estudio de las garantías constitucionales).

No obstante estas vicisitudes, la ley mantiene su bondad, pero a nivel jurisprudencial ha tenido sus indudables contrariedades. En primer lugar, fue un error esperar mucho de los jueces, porque los magistrados en nuestro país, sobre todo los de las instancias inferiores, no tienen formación constitucional, ni menos el hábito de enfrentamiento al poder público. Por otro lado, los abogados hicieron y hacen un uso abusivo de la institución, en especial del Ha-

beas Corpus, que a la larga ha servido para proteger (en muchos casos) a delincuentes y narcotraficantes. Mediante el Habeas Corpus se llegó a increíbles extremos, a tal punto que inclusive inculpados con detención definitiva hacía uso de él, y en veces con éxito. Esto motivó que el Ministro Max Arias-Schereiber nombrase una Comisión en abril de 1984 para que preparase un proyecto de reglamento de la ley. A esa Comisión que presidí, también llamé a Borea, y estuvo integrada adicionalmente por dos antiguos magistrados de vasta experiencia, como son el Dr. Francisco Ayala Noriega y el doctor Fausto Viale, éste último amigo y compañero de las aulas universitarias. Esta Comisión se avocó desde muy temprano a preparar un ante-proyecto de reglamento o ley, complementario de la ley 23506, y a la fecha ya ha cumplido su cometido, con la respectiva entrega al Ministerio de Justicia. Las labores en esta Comisión fueron en realidad arduas e intensas, pues aparte de la calidad intrínseca de sus miembros, se contaba con una riquísima experiencia proveniente de la aplicación de la ley durante más de dos años, y de la casación efectuada por el Tribunal de Garantías Constitucionales. El fruto del proyecto de reglamento elaborado por la Comisión lo estimo como altamente positivo, y ahí fueron muy importantes las opiniones de Borea, no solo como especialista en el tema sino como activo litigante en estas lides. Sin embargo, lo más probable es que en las actuales circunstancias, el proyecto no prospere. Pero, como decía el Quijote, lo que importa siempre en las obras, es la intención que pone quien las ejecuta.

No empece todas sus limitaciones, tanto en su enunciación legislativa, como en la práctica de los tribunales, pienso que la ley 23506, es la más importante creación legislativa en lo que va de siglo. No solo por ser la primera ley de habeas corpus y amparo, sino porque es la primera vez que se acomete, en su integridad y con rigor, el manejo de dos instituciones fundamentales de defensa de los derechos humanos. En tal sentido, si bien en el mundo de la vida cotidiana el Código Civil es norma importantísima para la vida de la comunidad, y es tarea harto más pesada y compleja que una simple ley procesal, lo cierto es que hay pueblos que han vivido sin Códigos Civiles (en el Perú, por ejemplo, se vivió de 1821 hasta 1852 sin Código Civil, y no por esa circunstancia dejó de estar protegida la familia, la propiedad y las obligaciones). La ley de

Habeas Corpus y Amparo, si bien norma adjetiva por ser procesal, es vital para la defensa de los derechos humanos en un Estado que presume ser de Derecho, y sin ella no hay defensa posible, a menos que regresemos a la época de la justicia por propia mano. Por eso es una ley que amerita su defensa, estudio y difusión, que precisamente hace Borea en este trabajo.

Si quisiéramos hacer un cuadro evolutivo del Habeas Corpus podríamos intentar diversos esquemas, de los cuales el siguiente no es del todo desaprovechable:

a) Primer período de 1897 a 1933: Cubre la dación de la primera ley de Habeas Corpus en 1897, para la sola protección de la libertad individual, y así permanece hasta 1933. Si bien en 1916 hay algunos aparentes indicios de ampliar su radio de acción, esto no se concreta en la realidad ni menos en las normas. Aspecto importante de este período es la Constitución de 1920 que eleva el Habeas Corpus, por vez primera a nivel constitucional.

b) Segundo período de 1933 a 1979: La Constitución de 1933, incluyó al Habeas Corpus para la defensa de todos los derechos individuales y sociales (art. 69); no obstante, al hablar de los derechos los llamó (vetusta nomenclatura) como “garantías individuales y sociales”. Sin embargo, el Habeas Corpus funcionó para todo, e hizo las veces no solo del Habeas Corpus stricto sensu, sino también del Amparo. La parte procesal se complicó, y así en 1968 se distinguió al Habeas Corpus civil del penal; por otro lado, en 1974 se creó el “amparo agrario”, que funcionaba solo en el respectivo fuero privativo y para fines concretos de reforma agraria. Un balance de todo ese período lo representan; aparte de artículos dispersos, mis libros **El habeas corpus interpretado** (1971) y **El Habeas Corpus en el Perú** (1979).

c) Desde 1979; Este período se abre con la vigente Constitución sancionada en 1979, y con pleno vigor desde 1980. Lo importante de la nueva Carta es la distinción entre dos figuras muy claras y definidas; por un lado el Habeas Corpus para la defensa de la libertad individual y sus correlatos, por otro, el Amparo, para los demás derechos fundamentales. Si bien han existido varios casos interpuestos antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, lo cierto es que la jurisprudencia más rica y documentada se da a par-

tir de ésta, y de la intervención del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Sobre la nueva ley se han vertido multitud de opiniones y artículos periodísticos, pero el primer trabajo serio de análisis lo realizó el eminente jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, siempre atento a los problemas jurídicos de nuestra América, en un breve pero sustantivo trabajo (Cf. **La ley peruana de Habeas Corpus y Amparo**, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", N° 50, mayo-agosto de 1984). El análisis de Fix-Zamudio no es solo valioso por lo que ahí se dice, sino por venir de quien viene, ya que sin exageraciones Fix es considerado, y con razón, como el introductor de la justicia constitucional (así prefiere llamarla él) en el mundo hispano-hablante, en forma reiterada y continua, como lo demuestran sus numerosos ensayos y los varios libros que ya tiene dedicados a este tema. Merece también una especial mención, el folleto que al tema ha dedicado Luis Bramont Arias (**Las acciones de garantía**, Lima 1984), por provenir no solo de un honorable magistrado supremo, sino de un maestro universitario y penalista de fuste. A estos dos trabajos se une el que hoy entrega al público Alberto Borea, dedicado a analizar *in extenso* la ley de Habeas Corpus y Amparo. La obra pues, cubre un inmenso vacío, ya que en forma analítica y pormenorizada, disecciona todos los artículos y argumentos de la ley, confrontándola con la doctrina y la jurisprudencia existente, preferentemente peruana, pero también extranjera (sobre todo argentina, ya que como se sabe, tomamos el Amparo de su versión argentina, y no de la mexicana). El libro, sin embargo, está pensado en forma tal que sea un breviario de consulta para abogados, jueces e interesados en general, presentándose como un análisis exegético y casuístico de altísimo nivel. El libro no se pierde en disquisiciones eruditas, sino que va de frente al análisis de los textos, aun cuando enriquecido por otras reflexiones de orden doctrinario y jurisprudencial. Se trata pues de un esfuerzo encomiable, que viene de quien está en trato permanente con la institución, y de quien sabe de buen saber lo que estas materias significan. Se podrá discrepar de su opinión, pero no podrá dudarse de su versación y de la entereza con que defiende sus propias convicciones. En lo personal, aquí que como en muchas otras cosas, hemos tenido algunas diferencias y varias discrepan-

cias, que han sido tratadas siempre dentro del marco de una estrecha amistad mantenida sin alteraciones a través de los años. Pero por encima de ello, hay que reconocer el general acierto que estas páginas encierran, y su importancia para la difusión de esta ley fundamental.

Lima, enero de 1985.

§ 10

LA ACCION DE HABEAS CORPUS (*)

Antes que nada debo expresar mi agradecimiento por esta invitación para venir a hacer una exposición sobre el Habeas Corpus, ante tan distinguidas autoridades, jueces y abogados aquí presentes.

En esta oportunidad voy a limitarme, no a hablar exactamente sobre el Habeas Corpus, sino a decirles qué es y para qué sirve el Habeas Corpus, y contarles algunas de las razones que pesaron en la elaboración del proyecto que luego se convirtió en ley.

El motivo fundamental por el cual estoy acá, pienso yo, es porque presidí la Comisión que preparó el anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo. Este anteproyecto me fue requerido por el entonces Ministro de Justicia Dr. Enrique Elías, quien me dio amplia libertad para poder accionar dentro de esa Comisión, la que estuvo integrada por el Dr. Alberto Borea Odría, quien fue mi puntal en esta Comisión y los doctores Pedro Arnillas Gamio, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María.

Ahora bien, ¿qué cosa se pensó con la Ley de Habeas Corpus y Amparo?, (y esto vale para ambas instituciones). Nos encontramos, cuando nos pusimos a redactar esta Ley, que en el Perú no existían propiamente Leyes de Habeas Corpus. Existía el Código de Procedimientos Penales que regulaba el Habeas Corpus o mejor

(*) Publicado en Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales - Ley de Habeas Corpus, Ministerio de Justicia, edición oficial, Lima 1983. Se trata del texto de una exposición en un forum de difusión legislativa realizado el 20 de julio de 1983 en el auditorio del Ministerio de Industria, Turismo e Integración.

dicho, que regulaba lo que entonces se llamaba Recurso Extraordinario de Habeas Corpus. Existía (dado por el Gobierno Militar en su primera fase) el Decreto Ley 17083 que en algo contribuyó a aclarar el problema desde el punto de vista procesal; eso hay que darlo en beneficio de lo que se hizo en aquella oportunidad. Ese Decreto Ley es de 1968 y antes de eso no existía nada orgánico, sino tan solo referencias en un Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal del año 20 (ya derogado) y dos leyes de Habeas Corpus de 1916 y la ley matriz, dada el 21 de octubre de 1897, siendo Presidente del Congreso el señor Manuel Candamo y Presidente de la República, don Nicolás de Piérola.

La jurisprudencia (recogida fundamentalmente por mí en diversos trabajos), no había merecido mayor atención y la doctrina era muy escasa, casi inexistente. En el lado peruano hay que rescatar sobre todo unos trabajos pioneros, verdaderamente magistrales de Ricardo Bustamante Cisneros en la década del 60. Esto que era bastante conocido por nosotros, nos llevó a una conclusión: existen leyes insuficientes; existe una doctrina muy escueta, aunque alguna sea realmente brillante; existe una jurisprudencia vacilante, no ha habido audacia, no ha habido creación jurisprudencial. Entonces, ¿qué decidimos luego de algunas meditaciones que nos tomaron varias horas? Dijimos lo siguiente: tenemos que operar con el material humano que tenemos a la mano.

Debemos hacer una ley muy clara, muy precisa, muy pedagógica, de manera tal que consagrando los principios que nosotros consideramos fundamentales en el Habeas Corpus, podamos decir que contribuimos a la vigencia del Estado de Derecho. Por eso nuestro proyecto es sumamente explícito; inclusive tuvimos el detalle de entregar nuestro anteproyecto a un experto en el idioma para que puliese lo que son acentos, comas, frases y otros excesos verbales, en los cuales uno cae sin darse cuenta.

Pienso que nuestro anteproyecto tuvo esta doble virtud; ser sumamente claro, tratando de que tuviese una buena dicción, y por otro lado, ser muy explícito en lo que pretendía para que no haya lugar a subterfugios, para que el Juez no escamotee la resolución; con sanciones severas incluso para aquellos que no atiendan la protección de determinados derechos, de manera tal que el Juez

se vea prácticamente compelido a actuar de acuerdo a Ley.

La segunda preocupación nuestra fue cuidar el estilo. Lamentablemente a la hora de pasar a las Comisiones del Senado, nos encontramos con un senador con complejo de literato que nos empezó a cambiar el estilo; esto explica algunas barbaridades desde el punto de vista de la gramática, del orden y la dicción; inclusive se han creado palabras que no existen hoy en el diccionario; pero eso no importa, la Ley sirve, y en lo sustantivo es lo que hicimos nosotros.

Esa fue la idea fundamental, con lo cual quiero decir lo siguiente: basta una lectura atenta de la Ley de Habeas Corpus y Amparo; digo lectura atenta, no lectura apresurada, para que todos sepan de qué se trata. Hemos volcado en esta Ley todos los principios acumulados por la doctrina, la más adecuada jurisprudencia de nuestro país y la de los países que tienen instituciones similares. Ahora, evidentemente, en la doctrina existen discrepancias y tendencias; hay doctrinas que dicen A y doctrinas que dicen B; en ese sentido nosotros no hemos podido recoger el contenido íntegro de la doctrina, sino que hemos adoptado una postura ideológica frente al Habeas Corpus y el Amparo que creo que es inevitable.

Es una opción doctrinaria que está incluida en la Ley, pero dentro de esa opción prácticamente todo está previsto. Por supuesto yo no espero que una ley agote la realidad; creo que hay muchas cosas por crear, creo que hay muchas cosas que se pueden completar. Inclusive nos hemos cuidado de poner una primera parte que es una especie de declaración de principios, que también ha originado en alguno un altísimo nivel de discrepancias en cuanto a interpretación, para que vean que no todo es pues esquema muy rígido, pero salvo estas cosas que son inevitables, el gran esquema general, que es lo que les interesa a ustedes saber, está dado en una lectura atenta de la Ley de Habeas Corpus y Amparo. Esta es una virtud que tiene la Ley; que conste que algunos la quisieron hacer más simple, que nos encontramos con parlamentarios que dijeron: ¿Por qué una ley tan detallada, tan minuciosa? hay que acortarla. Felizmente no se hizo; ya que si así tiene problemas en su aplicación, ¿cómo sería si se hubiese reducido el texto?.

Esta misma virtud de la ley, es un poco la que tiene la actual Constitución. La actual Constitución del Estado, por encima de los vacíos y errores que tenga, tiene esta virtualidad, es muy extensa, es cierto; pero muy precisa, muy detallada y quien quiera conocer la Constitución peruana no tiene sino que hacer una cosa, abrirla y leerla. Claro que a la hora de interpretar algunos conceptos y algunas palabras es inevitable que tengamos dudas, que surjan varias interpretaciones. Por ejemplo, aunque no quiero salirme mucho del tema: hay un serio problema en el apartado que se refiere a las Fuerzas Policiales y al concepto de Orden Público que está en la Constitución, pero eso ya es otro problema; lo cierto es que en su esquema estructural la Constitución es fácil; se entiende por sí misma; igual hemos querido hacer nosotros con la Ley de Habeas Corpus y Amparo.

Vamos a tratar ahora el Habeas Corpus. Voy a hacer una pequeñísima referencia y luego voy a explicar en que consiste el Habeas Corpus y para qué sirve. Antes que nada quiero decirles que estamos en presencia de dos instituciones distintas, una es el Habeas Corpus y otra es el Amparo. Son dos acciones distintas, y tan es así que hemos puesto en la Ley dos procedimientos separados, con alguna similitud evidentemente, porque son acciones sumarias, muy rápidas, pero hemos puesto en la ley dos procedimientos distintos; no sustantivamente distintos, pero si procesalmente distintos. Eso explica porque vamos a ver ahora el Habeas Corpus y mañana se hará la exposición sobre el Amparo. Son distintos no solamente en su trámite, sino también en la protección de los derechos que cada una consagra; son distintos también el origen histórico de cada una de ellas. Así el Habeas Corpus tiene un origen sajón que se remonta a una ley del siglo XVIII, pero que jurisprudencialmente existía desde el siglo XIII en Inglaterra. Luego se expande a las colonias británicas; estamos hablando de Nueva Zelanda, de Canadá, de Estados Unidos, de la India y de todos los países que en algún momento tuvieron que ver con Inglaterra.

El Amparo tiene un aspecto más netamente hispánico y latinoamericano, pues hay antecedentes que se pierden un poco en la noche de los tiempos, en la época de los fueros y hay investigaciones muy profundas que encuentran la palabra Amparo en docu-

mentos del siglo XVI. Sin embargo, lo cierto es que se concreta solamente en el siglo XIX; en la Constitución del Estado de Yucatán (México) en 1841. Entonces, ya ven ustedes como los orígenes históricos son distintos, los derechos que protege son distintos, no voy a entrar acá en detalles porque seríairme muy lejos; pero en síntesis son dos instituciones disimiles aún cuando ambas tienen categoría y nivel constitucional y protegen en última instancia los derechos fundamentales de la persona.

Es importante mencionar algo más con respecto al Habeas Corpus y que es lo siguiente: El Habeas Corpus de acuerdo como lo llama la ley es una acción de garantía; o sea es una acción que quiere proteger un derecho fundamental. ¿Y cuál es el derecho que está detrás del Habeas Corpus?. Está la protección de lo que técnicamente se llama “libertad individual”. Ahora bien, en la Ley se ha hecho una interpretación extensiva de lo que es la libertad individual; o sea, hemos entendido por libertad individual no solamente la capacidad de transitar, sino todo aquello que está en estrecha vinculación con la libertad ambulatoria. Entonces hemos hecho una enunciación algo larga de lo que entendemos por libertad individual, que es discutible, pero que creemos que es necesaria. Por ejemplo, el artículo 12º, inciso 12º, dice que da lugar al Habeas Corpus el derecho a no ser privado del pasaporte dentro o fuera de la República. Ustedes dirán que esto no es libertad física; claro que no es libertad física, no es libertad individual como quiere la Constitución en su sentido estricto, pero en el extranjero no nos movemos sin un pasaporte; en consecuencia, privar a la persona de su pasaporte, o como decía nuestro proyecto con mejor sentido, el dar orden para que no se le renueve, ya es privar de la libertad individual; porque uno no puede moverse, sin este documento.

Hay algunos que nos han criticado en el sentido que hemos hecho un uso abusivo de la libertad individual consagrada en la Constitución, pero para eso yo me remito a la Exposición de Motivos que ustedes tienen a la mano. Entendemos por libertad individual un haz de situaciones que afectan al ser humano en cuanto hombre físico y en eso hay una variedad de situaciones muy grandes. Por ejemplo, el caso ya mencionado del pasaporte; si yo estoy en España y dejo mi pasaporte en la Embajada, me lo quitan y no

me lo quieren renovar, indudablemente me están inmovilizando en España; no puedo ir a ninguna parte, no puedo ni siquiera regresar al Perú, porque la compañía aérea no me deja abordar el avión de regreso. ¿Es o no un atentado contra la libertad física? Por supuesto que lo es indirectamente. Entonces, esa es una opción doctrinaria que hemos planteado y que creo que es válida (sin mayor fundamento se nos ha criticado por este hecho).

Al Amparo le corresponde la protección de los demás derechos, ¿cuáles son los demás?, pues son infinitos; ese es el grave problema y ahí si cabe esperar una creación jurisprudencial que es importante.

Ahora bien, ¿Qué cosa es lo que pretende el Habeas Corpus? El Habeas Corpus es un protector del ordenamiento jurídico, o sea, lo que se pretende es hacer cesar actos arbitrarios. Supongamos, (les pongo un caso extremo) que en este momento yo estoy en mi domicilio, hay plenitud de derechos y supongamos que nos estamos dedicando internamente en un domicilio al tráfico de drogas; entonces la autoridad, ingresa violentamente, rompe la puerta y mete presos a todos los ahí reunidos. ¿Estas personas tendrían derecho a iniciar una acción de Habeas Corpus? Yo pienso que sí. ¿Por qué?. No importa que esté en juego acá la libertad de un narcotraficante que ya ha incurrido en delito; lo que quiere el Habeas Corpus es lo siguiente: el Estado puede detener a las personas, pero no lo puede hacer ilegalmente. Si la autoridad quiere entrar a un domicilio, debe sacar una orden del Juez; si se quiere hacer una detención debe hacerlo con las formalidades legales, comunicando la causa de la detención, informando de este hecho al Fiscal, etc. Entonces, aún en el caso comprobado de presuntos delincuentes o inculpados —porque delincuente es el que está condenado— aún en el caso de gente que sepamos que son seres totalmente perdidos para la sociedad; aún en este supuesto, como quiera que la Constitución y el mismo Estado de Derecho establecen que la inocencia es el presupuesto del que se parte y que nadie es culpable mientras no se demuestre lo contrario; el Habeas Corpus en el caso de la libertad individual defiende cualquier situación, y los abogados están en la obligación profesional de atender estos casos. Entonces aún en esa situación extrema, ese Habeas Corpus debe funcionar ¿Por qué? porque el Habeas Corpus no

dice: es inocente; dice: señor a ese sujeto se le ha detenido indebidamente. En consecuencia suéltelo; ahora si usted quiere tomarlo preso, hágalo, pero legalmente, en este supuesto, el Habeas Corpus ya no sirve; porque el Habeas Corpus sirve solamente para conjurar situaciones de emergencia en las cuales se ha cometido una arbitrariedad manifiesta en desmedro de los trámites comunes. Lo que busca el Habeas Corpus es una acción muy rápida, muy breve, casi con la velocidad de un rayo; para decir: señor usted ha sido violado en su derecho fundamental que es ser apresado debidamente, que es ser encausado debidamente, usted sale en libertad que es el objetivo que persigue la Constitución. Ahora, que después el mismo sujeto reingrese legalmente a la cárcel y se le abra un juicio, y se le condene a veinte o a diez años, ese ya es otro problema. El Habeas Corpus ahí no procede.

Ya que hemos vivido en Estado de Emergencia, cabría señalar que en el artículo 38º se da un texto importante que dice así: “no proceden las acciones de Habeas Corpus y Amparo, respecto a las garantías y derechos señalados en el artículo 231º durante el tiempo de suspensión”. ¿Qué sucede —acá hay una pésima redacción— respecto a las garantías y derechos?; son los derechos los que se suspenden, por lo menos de acuerdo a nuestra ley y a su estructura. Si por ejemplo el derecho del libre tránsito está suspendido, el que es detenido puede usar el Habeas Corpus evidentemente, pero su tramitación no puede tener éxito; creo con todo que el Juez frente a un Habeas Corpus interpuesto a favor de un detenido en época de emergencia, debería acercarse al lugar donde está recluído y sentar el acta correspondiente, dejando precisado que estando detenido dentro del Régimen de Emergencia, la acción no es procedente, mientras dure dicho estado y, siempre y cuando encuentre relación entre la detención y el estado de emergencia.

No voy a insistir en mayores detalles, pero les reitero lo que decía hace breves minutos; la lectura atenta de la Ley nos puede llevar por buenos senderos.

LA INFLUENCIA ESPAÑOLA EN LA CONSTITUCION PERUANA

(A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales) (*)

I

El 3 de octubre de 1968 se instauró en el Perú un gobierno militar que permaneció en funciones durante doce años, convirtiéndose así en el régimen de facto más largo que hemos tenido desde que se proclamó la independencia en 1821 (1). Hasta entonces, el país se rigió formalmente por la Constitución de 1933, la décima de nuestra agitada vida republicana, la que por lo demás había demostrado sus grandes insuficiencias (sobre todo en lo concerniente a la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado).

El régimen militar se empeñó en una serie de reformas estructurales en el ámbito social y económico, cuyas dimensiones fueron tan significativas (por encima de aciertos y yerros) que convencieron tanto a los personeros del régimen como a un fuerte sector de la opinión pública de la necesidad de contar con una nueva Constitución. Este anuncio se hizo formalmente en el mensaje presidencial leído por el general Francisco Morales-Bermúdez Cerruti el 28 de julio de 1977 (fecha del aniversario patrio), lo que dio motivo a la convocatoria de una Asamblea Constituyente, que fue materializada meses después y que se instaló, con un total de cien miembros y en forma solemne, el 28 de julio de 1978, bajo la presidencia de un ilustre político, Víctor Raúl Haya de la Torre. El cometido de la Asamblea se reducía a un único encargo recibido por el gobierno militar: estudiar y aprobar el nuevo texto constitucional, en un plazo improrrogable de un año (lo que efectivamente se hizo). La nueva Constitución quedó lista el 12 de julio de

(*) Publicado en la *Revista de Derecho Político* (Madrid) Nº 16, invierno 1982-1983.

(1) Una buena síntesis (hasta el año de su publicación) lo constituye el enjundioso libro de Manuel Fraga Iribarne, *Sociedad, política y gobierno en Hispanoamérica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1971, capítulo sobre el Perú.

1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, cuando el país volvió al régimen constitucional, bajo la presidencia del arquitecto Fernando Belaunde Terry.

II

La influencia española en el constitucionalismo peruano, si bien inferior a la francesa y a la norteamericana, que primaron sobre casi todo el siglo XIX, no ha sido suficientemente estudiada. El más lejano antecedente puede encontrarse en la Constitución de Cádiz de 1812, que no solamente contó en su seno con la presencia de varios delegados peruanos, sino que incluso uno de ellos, Vicente Morales y Duárez, llegó a presidirla. Al momento de la emancipación (1821), e inmediatamente después, esta influencia es muy fuerte (2), aunque luego disminuiría notablemente.

En pleno siglo XX, existe cierta influencia sobre todo con la Constitución republicana de 1931 (de la que se toman, entre otros aspectos, la doble nacionalidad con los españoles) y más concretamente en la actual de 1979, reflejada sobre todo en la parte concerniente a los derechos fundamentales y en lo relativo a la jurisdicción constitucional. Dentro de este período es importante destacar (durante el segundo semestre de 1978) la visita que hizo al Perú el Rey Juan Carlos I, quien se hizo presente en el seno de la Asamblea Constituyente, en donde pronunció un conceptuoso discurso. (3)

En esta oportunidad, nos detendremos únicamente en la influencia española en lo referente a la jurisdicción constitucional, que en nuestro texto fundamental se explicita de manera relevante en el denominado "Tribunal de Garantías Constitucionales".

III

La institución que consagra la nueva Constitución peruana de 1979 es, como se ha dicho, la de "Tribunal de Garantías Consti-

(2) Cfr. Víctor Andrés Belaunde, *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispanoamericana*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1959, *passim*.

(3) Cfr. *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978*, tomo III (sesión de 23 de noviembre de 1978).

tucionales”, que como tal fue tomada del borrador español de 1977, y cuyo más lejano antecedente se encuentra en la Constitución republicana de 1931, que a su vez tomó en cuenta el modelo austríaco de la primera posguerra, creación del gran jurista Hans Kelsen.

A nivel de la doctrina peruana, nos correspondió hacer por primera vez un planteo teórico sobre la necesidad de introducir en el Perú la jurisdicción constitucional (4). Posteriormente, y ya a nivel legislativo, el constituyente Javier Valle-Riestra (sesión de 10 de agosto de 1978) planteó la necesidad de introducir el referido Tribunal, lo que se reitera un mes después en el Proyecto de Constitución del Partido Socialista Revolucionario (PSR), presentado al plenario por el constituyente Alberto Ruiz-Eldredge y que lamentablemente no ha sido incorporado en el Diario de los Debates (5).

Posteriormente, el Tribunal de Garantías Constitucionales aparece en la Comisión Especial número 3, denominada “Derechos y Deberes Fundamentales” (6).

Pero quien en realidad batalló dentro del plenario para su posterior consagración en la nueva Constitución fue el representante Javier Valle-Riestra, que premunido de una amplia información sobre el tema, logró su incorporación, aun cuando después su proyecto original fue notoriamente matizado en el transcurso de los debates. (7)

-
- (4) Cfr. D. García Belaunde, “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en *Revista de la Universidad Católica*, núm. 3, 15 de mayo de 1978 (es la ponencia presentada al II Coloquio Ibero-Americano de Derecho Constitucional, celebrado en Bogotá en noviembre de 1977). Dentro de otro contexto y limitado al ámbito de una propuesta legislativa está la ponencia de José León Barandiarán, “El Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad”, en *Revista del Foro*, núm. 1, enero-junio de 1969, y con anterioridad y más escuetamente de Raúl Ferrero R. “El control de la constitucionalidad de las leyes” en *Revista Jurídica del Perú*, Nº III, julio -setiembre de 1960.
 - (5) El proyecto fue preparado fundamentalmente por los profesores de la Universidad Católica Enrique Bernales y Marcial Rubio C., quienes, al parecer, tomaron la institución de la Constitución española de 1931.
 - (6) Cfr. *Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, tomo II.
 - (7) Cfr. Javier Valle-Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Lima 1981. Su autor pasó su largo exilio político (durante el último gobierno militar) en España,

Se discutió (al igual que en España) si el nombre adecuado era el de Tribunal de Garantías Constitucionales o si, por el contrario, lo era el de Tribunal Constitucional (tesis esta que gozaba de mayores simpatías para el autor de estas líneas). Al final, teniendo en cuenta su alcance emotivo y sugeridor, se optó por el nombre español primigenio, lo que ha llevado a ciertas confusiones a nivel de opinión pública.

IV

El nuevo texto fundamental, aprobado en julio de 1979 y puesto en vigor un año después (julio de 1980), tiene en lo referente al Tribunal el articulado siguiente (8):

Artículo 296. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 297. Para ser miembro del Tribunal se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos. Le alcanzan las incompatibilidades del artículo 243. El período dura seis años. El Tribunal se renueva por tercios cada dos años. Sus miembros son reelegibles. No están sujetos a mandato imperativo. No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo. No pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional.

Artículo 298. El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que con-

donde ejerció la abogacía como miembro activo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

(8) El texto completo puede verse en D. García Belaunde, "La nueva Constitución peruana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 40, enero-abril de 1981.

travienen la Constitución por la forma o por el fondo, y

2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.

Artículo 299. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. La Corte Suprema de Justicia.
3. El Fiscal de la Nación.
4. Sesenta Diputados.
5. Veinte Senadores, y
6. Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado nacional de Elecciones.

Artículo 300. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte.

Artículo 301. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo, aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenta y cinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma constitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el diario oficial.

Artículo 302. Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de normas que no se originan en el Poder Legislativo, ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial, la cual tiene valor desde el día siguiente de dicha publicación.

Artículo 303. Una Ley Orgánica regula el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Artículo 304. El Tribunal de Garantías Constitucionales tiene como sede la ciudad de Arequipa. Excepcionalmente, y con acuerdo de la mayoría de sus miembros, puede sesionar en cualquier otro lugar de la República.

El objetivo del presente trabajo será un paralelo sumario entre el Tribunal español y el peruano, sin entrar a analizar los detalles de su reglamentación, que en el caso específico del Perú todavía no existe (abril de 1982), toda vez que el respectivo proyecto

de Ley Orgánica aún se encuentra en discusión en las Cámaras para su respectiva sanción.

Como comentario general podemos decir que el Perú, a diferencia de los Tribunales europeos, en donde este tipo de Tribunales surge como solución para superar el impasse de la clásica teoría de la soberanía del Parlamento, en nuestro medio se arraiga para conjurar la desconfianza que despierta el Poder Judicial, que en la historia nuestra de los últimos cincuenta años, y de manera especial durante el gobierno militar (1968-1980), no mostró mayor interés en la defensa de los fueros constitucionales, y en más de alguna oportunidad fue incluso cómplice de los desafueros del gobierno. No obstante esta tendencia práctica, o sea, la no independencia del Poder Judicial frente al poder político, hay que destacar que en ámbito legislativo el Perú se afilió desde tiempo atrás en la denominada jurisdicción constitucional "difusa", a cargo del órgano judicial, en la mejor línea del judicial review, que tiene su punto de partida en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (9). Esta facultad judicial, ejercida lamentablemente en contadas oportunidades, ha sido mantenida en la actual Constitución en su artículo 236, que a la letra dice:

"En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna."

Lo que nos permite concluir que al lado del "modelo americano" que tomamos de la experiencia judicial norteamericana, hemos introducido el "modelo austríaco", lo que da a nuestra jurisdicción constitucional un carácter mixto (10).

(9) Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, vol. 21, 1960.

(10) Cfr. Domingo García Belaunde, "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", en *Derecho* (editada por la Universidad Católica), núm. 31, junio de 1981. Para el planteamiento general de esta problemática, véanse los inestimables trabajos de Héctor Fix-Zamudio, especialmente *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, UNAM México, 1968, y *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, UNAM, México, 1980.

V

El Tribunal Constitucional está plasmado en la Constitución española de 1978 en los artículos 159, 160, 161, 162, 163, 164 y 165 (11). Analizaremos a continuación algunas de sus características, tanto en la Constitución española de 1978 (de ahora en adelante citada únicamente como CE) como en la Constitución peruana vigente de 1979 (citada en adelante como CP).

a) En cuanto a su número y composición, existe cierta similitud entre ambas Constituciones. En cuanto al número, la CP es quizá más acertada (nueve miembros), mientras que la CE señala a doce miembros, pues con el número impar de la primera se salvan los eventuales casos de empate. La CP señala que tres de sus miembros son designados por el Congreso (que en la CP constituye la denominación que abarca a todo el órgano legislativo, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores), lo que tiene su equivalente en la CE con los cuatro del Congreso de los Diputados y los cuatro del Senado. Tres son designados por el Poder Ejecutivo (o sea, por el Presidente de la República), que es en la CE el Jefe de Gobierno (diferencia entre Jefe de Gobierno y Jefe de Estado que no existe en nuestra tradición presidencialista), y tres lo son por la Corte Suprema de Justicia, máximo organismo del Poder Judicial peruano; que tiene su contraparte en la CE con la propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

b) En la CP se indica que para ser miembro del Tribunal se necesita tener los mismos requisitos que para ser Vocal (Juez) del Supremo Tribunal (o sea, abogado en ejercicio, experiencia en el foro o en la magistratura, tener más de cincuenta y menos de setenta años), constituyendo dicho cargo incompatibilidad con toda otra actividad pública o privada. Por su lado, la caracterización de la CE es muy amplia, y no siempre muy precisa, aun cuando tiene la ventaja de no poner límites en materia de edad, que sí

(11) Para un análisis global sobre la Constitución española hemos tenido presente, de manera especial: Varios autores, *Constitución española* (edición comentada), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, y Oscar Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978. En cuanto al tribunal mismo, el libro de Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Editorial Civitas, Madrid 1980.

aparece en el texto peruano como un factor limitante.

c) En cuanto a su duración, la CP establece un período de seis años, renovable por tercios, y la CE lo fija en nueve años y es renovable de igual forma. Pensamos que la duración en el cargo es fruto de una convención en la CE, mientras que en la CP el período de seis años tiene una finalidad expresa: que no coincida con el período gubernamental, que es de cinco años (tanto para el Poder Legislativo como para el Ejecutivo; con el agravante de que este último es irreelegible de manera inmediata). Así se pretende, por lo menos en teoría, no sólo guardar y mantener la jurisprudencia que se dicte, sino además que ella no tenga relación directa con el Poder Ejecutivo, en un país en donde este poder es el predominante y a veces el único efectivo para todos los efectos prácticos.

d) Aspecto novedoso en la CP, explicable dentro de un medio en que muchos abogados y magistrados fueron colaboradores de los gobiernos militares, es la exigencia de tener “probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos” (art. 297).

VI

En cuanto a las competencias, el Tribunal español es más amplio que el peruano, en parte explicable por el hecho de que se mantienen en el Poder Judicial peruano determinadas atribuciones que no las tiene el modelo español.

Así, el Tribunal español (art. 161) es competente para conocer el recurso de inconstitucionalidad, el de amparo, de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de la de éstas entre sí, y las demás materias que le reconozca la Constitución o las leyes orgánicas.

Aspecto importante en el esquema español es la facultad de resolver conflictos de competencia (que falta al Tribunal peruano) y que podría haberse consignado en lo referente a las regiones, que consagra el texto peruano (todavía no instaladas oficialmente), y sobre todo la posibilidad de que leyes posteriores adicionen materias sujetas al control del Tribunal (lo que no se puede en el caso peruano, pues sus competencias han sido limitadas taxativamente).

El Tribunal peruano (art. 298 de la CP) está facultado para

declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales que contravienen la Constitución; y conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y amparo agotada la vía judicial (esto es, sólo las denegadas y después de terminado el juicio ante la Corte Suprema).

En cuanto a la facultad de interponer la acción de inconstitucionalidad (recurso en la CE), hay cierta similitud con esta última, pero se agrega que lo podrán hacer cincuenta mil ciudadanos, lo que da un mayor cariz democrático a esa facultad (art. 299 CP).

Hay que agregar que en España la inconstitucionalidad se resuelve únicamente ante el Tribunal Constitucional, mientras que en el Perú es tarea que comparten el Poder Judicial (vía incidental, de alcance relativo y a petición de parte) y el Tribunal de Garantías Constitucionales (en vía directa, de alcances generales, o sea, erga omnes).

Por último, hay que señalar un dato menor, y es el relativo a la sede. Mientras que el Tribunal español, teniendo competencia en todo el país, tiene su sede en la Villa de Madrid, en el Perú, con igual alcance, su sede es la ciudad de Arequipa, considerada segunda en orden de importancia, ubicada al sur del país y a mil kilómetros de la capital. Con esto, no sólo quiso el constituyente rendir un homenaje a las provincias y a la más caracterizada de ellas en cuanto a su aporte a la cultura jurídica nacional y a la defensa histórica de la constitucionalidad, sino contrapesar el Congreso Económico Nacional (un organismo similar a los Consejos Económicos-Sociales europeos), al que se dio como sede la ciudad de Trujillo, al norte del país, pero que finalmente fue eliminado en la versión final de la CP, dentro del explicable juego de *do ut des* que caracteriza el ejercicio del poder político.

VII

Del paralelo, sumariamente expuesto, se desprende que si bien el antecedente español de 1931, el borrador de Constitución de 1977 y el posterior proyecto y texto sancionado en 1978 fue

la inspiración de los constituyentes peruanos, éstos no han sido objeto de mero calco ni copia, sino que se les han hecho algunas adaptaciones teniendo en cuenta la experiencia histórica, jurídica y política peruanas de los últimos años.

§ 12

EL PRIMER FALLO DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (*)

I

Una de las más novedosas instituciones que consagra nuestra actual Constitución de 1979 es, sin lugar a dudas, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Como se sabe, se trata de un órgano de relativamente poca antigüedad, aun en el derecho comparado, pues sus primeras expresiones se dan en el contexto constitucional de la primera post-guerra, al compás de las constituciones checoslovaca y austriaca de 1920, y bajo la inspiración teórica de un gran jurista vienés, Hans Kelsen, quien precisamente fue Juez de la primera Corte Constitucional austriaca hasta que los vientos antisemitas, que por entonces empezaban a agitar el continente europeo, lo obligaron a dimitir primero, y a emigrar después.

La creación de estos Tribunales fue la forma como se solucionó en Europa la existencia de determinados problemas, entre ellos el de la inconstitucionalidad de las normas, dejándose a salvo el principio de la soberanía del Parlamento, muy arraigado dentro de la tradición europea, tanto continental como extracontinental, hasta 1945.

Entre nosotros, tal como aparece en el texto constitucional, fue tomado en gran parte del modelo del Tribunal de Garantías plasmado en la Constitución española republicana de 1931, y teniendo en cuenta el Proyecto de Constitución que circuló en la España de 1977, que posteriormente sancionaron las Cortes en 1978. Claro está que los motivos para su creación fueron otros y

(*) Publicado en *Ius et praxis* (Lima) N° 4, diciembre de 1984.

también su estructura y funcionamiento son distintos. Entre esas diferencias destaca el número de facultades que goza el Tribunal, amplias en el caso español, y demasiado restringidas en el caso peruano (y sin posibilidad de poder ser ampliadas).

Hay que retener otra idea en relación con la implantación del Tribunal, y es que obedeció a una clara motivación político-jurídica, que era la desconfianza que se tenía del Poder Judicial, el que a través de su historia reciente y salvo las honrosas excepciones que nunca faltan, no había tenido un comportamiento institucional audaz, generoso y realmente protector de los derechos fundamentales. En el proyecto de la Comisión Especial de Derechos y Garantías aparece configurado el novísimo Tribunal con un carácter de cuarta instancia, toda vez que se le daba facultad de resolver incluso sobre sentencias firmes y definitivas, temperamento que luego fue eliminado en vista de las críticas que entonces se formularon. De esta suerte se creó para el Tribunal una Acción de Inconstitucionalidad en forma exclusiva e independiente de la “no aplicación” que es competencia del Poder Judicial, aunque no con alcances *erga omnes*, como en el primero, sino sólo *inter partes*. En cuanto a la defensa de los derechos fundamentales, quizá la más grande preocupación que tuvo el Constituyente, se recurrió a la fórmula de crear la casación (iniciativa de Javier Valle Riestra) para el caso de las resoluciones denegatorias en las Acciones de Amparo y Habeas Corpus, con lo cual se ejercía solamente una especie de jurisdicción negativa, toda vez que “casar” es en la práctica anular.

II

Por lo mismo y en razón de sus limitadas facultades, el Tribunal está destinado, en cierto modo, a tener poca actividad, por lo menos en las condiciones actuales. Así, y a tenor de las informaciones periodísticas, el Tribunal ha emitido diversas resoluciones en los inverosímiles casos que los particulares han recurrido a su protección. En otras oportunidades, por el contrario, ha declarado inadmisibles los recursos por incumplimiento de formalidades que, aunque dolorosas, son ineludibles desde una perspectiva legal. Pues bien, pasado todo esto el Tribunal ha emitido ya sendos

pronunciamientos sobre la base de análisis de acciones de garantía (Amparo y Habeas Corpus), sobre todo en el caso de los numerosos magistrados no ratificados en los inicios del régimen constitucional por la nueva Corte Suprema, ratificada a su vez por el Senado de la República, en aplicación de la XIII Disposición General y Transitoria de la Constitución. De esta suerte, en *El Peruano*, del 24 de Mayo de 1983, ha sido publicada la primera sentencia del 12 de mayo de 1983 (1). Intervienen en ella los magistrados Eguren Bresani (Presidente), Vargas Vargas (Vice-Presidente), Silva Salgado, Corso Masías, Rodríguez Mantilla, Rodríguez Domínguez, Aguirre Roca y Basombrío Porras. Es decir, un total de ocho sobre nueve en general (vacante en ese entonces producida por renuncia de Jorge Vásquez Salas).

El asunto es el siguiente: Recurso de Casación interpuesto por Efraín Araoz Córdova contra la Resolución de la Segunda Sala de la Corte Suprema de la República que declara "improcedente" la acción de amparo correspondiente. El procedimiento ha sido así: el reclamante Araoz Córdova, con fecha 22 de abril de 1982, se presenta ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima interponiendo la Acción contra el acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema que no lo ratificó en el cargo de Vocal de la Corte Superior del Cusco y Madre de Dios. Invoca como fundamento: que el proceso de ratificación se efectuó sin que se le diera oportunidad de ser oído y escuchado, que la resolución de separación no tiene fundamento alguno ni menos apreciación sobre su desempeño funcional; agregando que estima que su no ratificación es producto de sus ideas políticas. La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, el mismo día declara inadmisibles la acción, sin trámite alguno. Interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema, con fecha 28 de febrero de 1983, se pronuncia por la nulidad; reformándola, la declara improcedente. El 13 de abril de 1983, el Tribunal recibe el expediente en Casación. Espera, sin respuesta alguna, documentos adicionales que solicita a la Corte Suprema, y decide el caso con fecha 12 de mayo de 1983.

(1) El texto completo en el Apéndice que se inserta a continuación. Si bien al parecer ha habido resoluciones dictadas el mismo día con anterioridad a la que es objeto de nuestro comentario, ésta es la primera que ha sido publicada en el diario oficial "El Peruano".

III

La resolución del Tribunal en mayoría (Eguren Bresani, Vargas Vargas, Rodríguez Mantilla, Rodríguez Domínguez, Basombrío Porras, casa (es decir anula) la resolución denegatoria de la Corte Suprema, ordenando reiniciar el trámite y proceder conforme a la ley de la materia; es decir, que se debe volver al lugar de origen, tramitar la acción, ser fallada sobre el fondo del asunto, y seguir luego las sucesivas instancias a que haya lugar. Para esta conclusión, el Tribunal ha tenido en cuenta las consideraciones siguientes: a) que planteada la acción de amparo bajo el imperio del Decreto Ley 17083 no fue admitida a trámite sino que fue rechazada a *limine*, y que no se realizó la investigación que dicha ley indica; b) que, en consecuencia, no se tiene información sobre los argumentos invocados como fundamento del amparo, esto, es no se puede saber si el amparo es procedente o no y si las afirmaciones de la demanda son ciertas o inexactas; c) que, como consecuencia de ello, tampoco puede saberse si en el proceso de ratificaciones efectuado por la Corte Suprema se observó o no el procedimiento indicado transitoriamente por la Constitución del Estado, y si ella fue bien aplicada; d) que debe, en consecuencia, realizarse la investigación pertinente, es decir que se ventilen las irregularidades supuestamente cometidas para alcanzar soluciones justas; e) como quiera que hay evidentes vicios de procedimiento, no cabe pronunciarse sobre los fundamentos de la resolución de la Corte Suprema que tocan el fondo del asunto.

Esta resolución cuenta además con los fundamentos adicionales de tres magistrados que coincidieron con lo resuelto por el Tribunal y que agregan otras consideraciones no recogidas en el fallo, y que coadyuvan a lo resuelto por el Tribunal. Así, el magistrado Vargas Vargas hace un avance señalando criterios sobre el alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, declarándose partidario de la procedencia de la acción en caso de probarse los extremos que se alegan; del magistrado Rodríguez Mantilla que, aparte de introducir un curioso neologismo (desratificado), incide también en la festinación de trámites señalados en la ley de la materia. Por último, los fundamentos del vo-

to del magistrado Basombrío Porras son porque los Vocales de la Segunda Sala de la Corte Suprema que conocieron el proceso de ratificación, debieron excusarse por haber actuado como juez y parte en el mismo hecho.

IV

En contra, o sea en minoría, hay dos votos correspondientes a los magistrados Silva Salgado y Corso Masías. La argumentación de Silva Salgado es larga, minuciosa y bien documentada. El hilo conductor de esta argumentación puede sintetizarse en lo siguiente: a) que las resoluciones finales jurisdiccionales o administrativas del Poder Judicial son susceptibles de ser impugnadas mediante el amparo o el Habeas Corpus; b) que no se han cumplido los trámites procesales de la ley entonces vigente: (No. 17083); c) que la ratificación de los magistrados no fue hecha teniendo en cuenta la mayoría de los vocales supremos sino sólo la de los hábiles; d) que el proceso de ratificación fue una medida extraordinaria y de carácter temporal que a la fecha se encuentra extinguida, por lo que no puede ser revivido aun cuando hubiesen existido errores de procedimiento o injusticia al momento de apreciar los hechos (estos últimos no pueden ser apreciados en casación); e) que, en consecuencia, se está ante un hecho irreparable, pues no cabe volver las cosas al estado en que se encontraban y que, en todo caso, para la reparación existen otras vías; f) que por tales fundamentos la acción de amparo debe ser declarada infundada. Como se aprecia, si bien en sus premisas Silva Salgado parecería inclinarse por la procedencia del Amparo, lo niega por tratarse de hechos consumados e irreparables, que son causales legales de improcedencia.

Concordante con este criterio se encuentra también el voto singular del magistrado Corso Masías; esto es, que se trata de hechos irreparables, pero agregando que las acciones de garantía no proceden contra las ratificaciones judiciales que la Corte juzgó con criterio de conciencia, que las ratificaciones judiciales fueron de naturaleza extraordinaria y ya están extinguidas, no pudiendo ellas reiniciarse o rehacerse.

V

Por último, existe el voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca, bastante extenso y analítico, que tiene entre otras cosas, las siguientes argumentaciones: a) que se han violado las leyes procesales de la materia, así como las normas sustantivas, al momento de efectuarse las ratificaciones judiciales; esto es, errores en el procedimiento y errores en el criterio al aplicar las normas sustantivas, o de fondo (como inexactamente las califica); c) que lo que está en juego son efectivamente derechos fundamentales contra los que procede la acción de amparo; d) que los hechos no son irreparables, pues existe y sigue existiendo la magistratura como carrera y el Poder Judicial como institución; e) en consecuencia, debe declararse nula la resolución de la Corte Suprema que declara improcedente el amparo, e indicarse cuál es el criterio en lo concerniente a los derechos fundamentales en juego, que son precisamente el derecho a la defensa; a ser oído y escuchado; a levantar cargos que son formulados; lo que no se ha hecho en el caso de las ratificaciones, aclarando además que su voto es un complemento de lo resuelto por el Tribunal de Garantías en pleno jurisdiccional.

VI

La lectura atenta de la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, así como los votos, sean los que lo fundamentan, los que lo completan o los que constituyen opinión singular, y que hemos reseñado en forma por demás sucinta, es sin lugar a dudas de gran interés, no obstante las diferencias que podamos tener con cada una de ellas. El Tribunal ha prestado sin lugar a dudas, un aporte muy valioso para la vigencia del Estado de Derecho, en la medida que ha analizado en casos sometido a su competencia, y ha fallado con elaborados argumentos, aún dentro de sus discrepancias. En lo personal, debemos confesar que nos sorprendió enormemente el fallo del Tribunal, pues no pensamos en un primer momento que el amparo procediese en tales circunstancias, opinión que ahora modificamos teniendo a la vista las argumentaciones expuestas. En efecto, el problema al que se enfrentó el Tribunal es el siguiente: ¿qué hacer si una disposición transitoria constitucional al momento de aplicarse, como es el caso de las ratificaciones extraordinarias, es adulterada en su contenido?.

La primera respuesta es sencilla: nada se puede hacer, y así en efecto pensaron las instancias inferiores y lo confirmó la Corte Suprema. El Tribunal ha debido pensar que en efecto, no había ningún procedimiento establecido en la Carta Fundamental para cuestionar tales ratificaciones; pero ahondando el problema ha sentado un principio creador en nuestra jurisprudencia, cual es que ningún exceso puede quedar impune aun cuando no exista vía procesal específica para su cuestionamiento. En tal sentido, ha sentado la acertada doctrina de que aun en dicho caso, y ante la ausencia, de otras vías, era procedente la acción de amparo, aun cuando sólo se ha limitado a pronunciarse sobre los errores de procedimiento (**in procedendo**) y no sobre los errores de criterio o razonamiento (**in iudicando**). Esto de por sí basta para ameritar en grado sumo la labor creadora y pionera del Tribunal, que ha sabido así no sólo realizar una certera labor jurisprudencial, sino que ha mostrado una independencia de criterio que lo ha alejado de los centros de poder, desvinculándose así de los orígenes vinculantes de su nombramiento.

En cuanto a los votos individuales, sea a favor o en contra, que se han emitido y que publica el diario oficial (y que esperamos que a su turno sean editados por alguna publicación especial del mismo Tribunal), los más esclarecedores son los de Silva Salgado y Aguirre Roca. El razonamiento de Silva Salgado es sin lugar a dudas impecable, claro y bien informado, con un diestro manejo tanto de la práctica judicial como de la doctrina sobre la materia, pero cae al final en una conclusión inatingente, es decir, en una falacia que los clásicos denominaban como **ignoratio elenchi**, esto es, que no hay relación entre las premisas y la conclusión (ya que después de demostrar eruditamente la procedencia del amparo, opina que siendo irremediable la medida, hay que declarar su improcedencia). Por el contrario, el voto de Aguirre Roca demuestra en nuestro concepto la opinión más lúcida en dicho contexto, no sólo por la amplitud de la información (incluye incluso los antecedentes judiciales, que no aparecen por ninguna parte ni menos aún han sido publicados) sino que se inclina no sólo por indicar cuál es el camino para subsanar las irregularidades del procedimiento, sino también qué normas sustantivas han sido desconocidas.

VII

Haremos finalmente algunos comentarios, aun cuando en forma sucinta, sobre algunos tópicos que más nos han llamado la atención en este caso. Ante todo, una observación formal, cual es el haber calificado el Tribunal su resolución o fallo como sentencia a sabiendas que no lo era. En efecto, las acciones de garantía, como bien lo reconoce Silva Salgado, no terminan en sentencia sino en auto. Y esto es así porque en nuestro ordenamiento jurídico (a diferencia de otros países) el Habeas Corpus y el Amparo no tienen naturaleza de juicio ni tampoco lo son en cuanto a su estructura, sino que tienen una naturaleza procesal de "incidente"; es decir que son iguales a los incidentes o a cierto tipo de procesos muy sumarios que no terminan en sentencia sino en auto. Se da así la paradoja que un incidente termina en sentencia, y al ser remitido a la Corte Suprema, ésta emite un nuevo auto, que nuevamente podía ser objeto de casación con otra "sentencia". Comprendemos que el problema es difícil en la teoría procesal, y por eso es que el constituyente se limitó a hablar de resoluciones denegatorias y no de sentencias, como fue una de las propuestas originales (2).

VIII

Otro aspecto vinculado a las ratificaciones, aun cuando no explicitada en esta resolución sino en otras, es el problema de las ratificaciones a los que reingresaron al Poder Judicial en 1980 por expreso mandato constitucional. La pregunta que se hace es que si aquéllos que cesaron en 1970 con motivo de las ratificaciones extraordinarias habidas ese año, y que reingresaron en 1980, debían pasar o no por las ratificaciones. La tendencia general es afirmativa, pero nuestro parecer es distinto. Lo que quiso precisamente la Constituyente fue reivindicar a los que habían cesado en 1970 en virtud de una ratificación conocida como arbitraria. Por otro lado, las ratificaciones extraordinarias realizadas en 1981, con la nueva Corte Suprema, tenían por objeto depurar al Poder Judicial de

(2) Teniendo en cuenta la naturaleza y estructura del fallo del Tribunal y al hecho que la ley del Tribunal los denomina "sentencia", habrá que concluir que estas no tienen carácter de definitivas sino que se aproximarían a lo que la doctrina procesal denomina "sentencias interlocutorias".

eventuales malos elementos ingresados durante el docenio militar. Es claro entonces que el que estuvo fuera esos doce años y que además fue rehabilitado por la Asamblea Constituyente, no tenía por qué pasar por esas ratificaciones, que en rigor eran para los "otros". El actual Presidente del Tribunal fue despojado de su cargo en la Corte Suprema en 1969; rehabilitado por la Constituyente reingresó al Poder Judicial en 1980, sin que, hasta donde sepamos, haya sido ratificado por nadie. No entendemos, en consecuencia, cómo no se aplicó el mismo derecho donde mediaban las mismas circunstancias.

IX

Otro argumento que pesó en las discusiones relativas a las ratificaciones judiciales era que en estas no se encontraba involucrado ningún derecho fundamental que la Constitución consagra. El argumento es ingenioso, pero equívoco. El derecho de defensa, la fundamentación de las resoluciones, y la observancia de lo que la doctrina norteamericana llama debido proceso legal (**due process of law**) son, sin lugar a dudas, derechos fundamentales; porque ellos están comprendidos dentro del concepto de Estado democrático de Derecho y se desprenden del principio de la dignidad de la persona humana. Como tales, están expresamente consagrados en nuestra Constitución, en la parte relativa a las garantías de la administración de justicia, que están situadas en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, porque precisamente a través de ese Poder se canalizan cuestiones en donde hay que observar esos derechos fundamentales y uno de ellos es que siempre debe existir un proceso legal para defender un derecho fundamental. Pero esto no significa que por esta ubicación dejen de ser derechos fundamentales, pues si así fuera tampoco lo sería el art. 234, que prohíbe torturas o tratos humillantes y que justamente se encuentra dentro del capítulo judicial. Aún más, estos principios se hallan reconocidos en los textos internacionales sobre derechos humanos, y más expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, que para el Perú es norma vigente con rango constitucional, es decir que no puede ser derogado por ley.

X

El último punto sobre el que queremos llamar la atención es sobre el alcance del amparo en relación con las resoluciones judiciales. Nuestra ley, a mitad de camino entre la legislación mexicana (que si lo permite) y la argentina (que lo niega) ha adoptado una decisión intermedia, cual es aceptarlo únicamente bajo determinadas circunstancias. Por lo pronto, cabe advertir que no es intención del Habeas Corpus o del Amparo (en nuestra legislación) ir contra resoluciones firmes, consentidas y ejecutoriadas, no sólo porque con ello se introduce un desorden tribunalicio, sino porque además se atenta contra la cosa juzgada. Consecuente con este principio, el artículo 6, inc. 3 de la Ley 23506, es muy claro cuando indica que la acción de garantía no procede cuando se opta por la vía judicial ordinaria (sea civil o penal). Cerrado el circuito procesal (demanda-contestación de la demanda), operan los medios señalados en la misma ley para impugnar acuerdos o resoluciones judiciales. No puede pretenderse en ejecución de sentencia, impedir un lanzamiento mediante un amparo, como se ha intentado en más de una oportunidad. El problema surge, sin lugar a dudas del inciso 2 del mismo artículo, en la medida que señala la improcedencia contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular. Esto, que debe ser concordado con el inciso 3 que ya hemos visto, tiene su clave en la interpretación que le demos a la palabra "regular". Nosotros entendemos que aquí "regular" está vinculado con la existencia de un proceso previamente establecido y fijado por ley, con sus propias normas y no con la irregularidad cometida dentro de un procedimiento. Si, por ejemplo, dentro de un juicio, una de las partes estima que una actitud del Juez es irregular no tiene por qué recurrir al amparo, sino a otras vías impugnatorias que el mismo procedimiento franquea, pues, de lo contrario, estando ubicados en el proceso ordinario, escapáramos de él para ir a un procedimiento sumario como es la acción de garantía. La idea en realidad es otra: se trata de un procedimiento regular y, en consecuencia, cuando esto no ocurre sí procede la acción de garantía. Así, por ejemplo, en un juicio de pago de soles. el ejecutado puede oponerse con todas las impugnaciones a que haya lugar, en especial cuando se cometan irregularidades en el juicio, pero ello no lo habilita para recurrir al Amparo. Pero, si en

ese mismo procedimiento regular, al momento del embargo se notifica a un tercero que no es parte en el juicio, que no ha sido notificado, este último se encuentra ante un procedimiento que para él no es regular, pues nunca fue enterado de su contenido ni tampoco se sometió a él; cabría pues, en este caso, recurrir al Amparo, en la medida que este último está fuera del circuito procesal.

Esto es en el fondo lo que se quiso para nuestra legislación y no podría ser de otra manera; de lo contrario, todo proceso ordinario (que de por sí es excluyente del Amparo y del Habeas Corpus) podría terminar dilatado hasta las calendas griegas. De esta suerte, la acción de garantía quedaría desnaturalizada y la administración de justicia se tornaría más lenta de lo que actualmente es.

APENDICE

TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (*)

Lima, 12 de Mayo de 1983

CASO: EFRAIN ARAOZ CORDOVA

SENTENCIA

En Lima, a los doce días del mes de mayo de mil novecientos ochentitres, el Tribunal de Garantías Constitucionales reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores:

Eguren Bresani, Presidente;
Vargas Vargas, Vicepresidente;
Silva Salgado;
Corso Masías;
Rodríguez Mantilla;
Rodríguez Domínguez;
Aguirre Roca;
Basombrío Porras; y,

actuando como Secretario el doctor Manuel Visalot Chávez, pro-

(*) Publicada en "El Peruano" de 24 de mayo de 1983.

nuncia la siguiente SENTENCIA, en mayoría, en la causa vista en audiencia pública el día veintiséis de abril de mil novecientos ochentitrés, tras haber deliberado en privado los días hábiles comprendidos entre el veintinueve de abril y el once de mayo del año en curso.

ASUNTO:

Recurso de casación interpuesto por el señor Efraín Araoz Córdova contra la resolución de la Segunda Sala de la Corte Suprema de la República que declara “improcedente” la acción de amparo correspondiente.

PROCEDIMIENTO:

El señor Efraín Araoz Córdova, con fecha veintidós de abril de mil novecientos ochentidós, se presenta ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima interponiendo acción de amparo contra el acuerdo de la Corte Suprema de la República que no lo ratificó en el cargo de vocal de la Corte Superior de Cuzco y Madre de Dios. Invoca como fundamento de hecho:

Que el proceso de ratificación se efectuó sin que se le diera oportunidad de ser oído y escuchado respecto de los cargos y reparos que pudiera hacerse a su desempeño funcional, no fundamentándose la resolución de separación. Agrega, además, que estima esta no ratificación consecuencia de sus ideas políticas.

Como fundamento de derecho se apoya en la Disposición Transitoria citada y en el artículo doscientos noventicinco de la Constitución.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima el mismo día veintidós de abril, sin trámite previo alguno, dicta resolución declarando inadmisibile la acción. El señor Efraín Araoz Córdova interpone recurso de nulidad, concedido el cinco de mayo de mil novecientos ochentidós; el Ministerio Público emite dictamen el primero de setiembre de mil novecientos ochentidós y la Corte Suprema resuelve el veintiocho de febrero de mil novecientos ochentitrés, declarando haber nulidad en la recurrida e improcedente la acción de amparo. El treintiuno de marzo del año mil novecientos ochentitrés, el accionante interpone recurso de casación

recibiéndose el expediente en el Tribunal de Garantías el trece de abril último. El Tribunal que, por providencia de veintiuno de abril solicitó a la Corte Suprema diversos documentos, que aún no han sido enviados, prescinde de ellos porque para dictar sentencia no le son necesarios.

Sirve de fundamento, entre otros, al recurso interpuesto, que la acción de amparo no se ha tramitado de conformidad al procedimiento fijado por la ley número diecisiete mil ochentitrés, vigente al interponerse la acción, ni a la dictada posteriormente, número veintitrés mil quinientos seis.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN MAYORIA:

La Corte Suprema de la República al fundamentar su resolución recurrida, expresa que en el proceso de ratificaciones ha observado debidamente la Décimotercera Disposición Transitoria en cuanto a tiempo, modo y forma.

El Tribunal estima que, no habiéndose en la acción de amparo observado el procedimiento establecido en el Decreto Ley número diecisiete mil ochentitrés, bajo cuyo imperio se interpuso la acción y, no habiéndose efectuado, como consecuencia inmediata de ello, la investigación pertinente, ni prueba alguna, no existen los elementos indispensables para pronunciarse sobre esta afirmación, pues resulta imposible saber, en tales circunstancias, si la Décimotercera Disposición Transitoria de la Constitución fue debidamente aplicada. La investigación que se haga con sujeción a los procedimientos que rigen la materia, servirá para aclarar conceptos y obtener soluciones justas, haciéndose inaplicable por esta razón el artículo mil ochentisís inciso tercero del Código de Procedimientos Civiles. En esta virtud opera plenamente el artículo cuarentisís de la Ley Orgánica del Tribunal en cuanto éste estime que en el procedimiento cuya resolución es objeto de casación, no se han observado las formas prescritas por la ley para su tramitación o para la expedición del fallo, su resolución señala la formalidad que no haya sido observada; concordante con el artículo cuarentitrés, inciso tercero, de la misma ley, que señala, como uno de los objetivos de la casación, observar que se hayan cumplido las for-

mas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo.

El vicio de procedimiento indicado conduce al Tribunal a no pronunciarse sobre los fundamentos de la resolución de la Corte Suprema, que versan sobre el fondo del asunto.

Por estos motivos y los fundamentos expuestos, el Tribunal,

CASANDO la resolución de la Corte Suprema de veintiocho de febrero de mil novecientos ochentitrés que declara improcedente la acción de amparo interpuesta por el señor Efraín Araoz Córdova; y **DECLARANDO**: que al rehacerse el trámite, a partir de la presentación de la demanda, debe éste sujetarse a las reglas de procedimiento de la ley vigente número veintitrés mil quinientos seis.

Devuélvase los autos a la Segunda Sala de la Corte Suprema de la República para los efectos a que se contrae la última parte del artículo cuarentiséis de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; hábase saber; publíquese; y archívese. — S.S. Eguren Bresani — Vargas Vargas — Rodríguez Mantilla — Rodríguez Domínguez — Basombrío Porras.

Se publicó conforme a ley.

Lo que certifico.

MANUEL VISALOT CHAVEZ, Secretario General.

FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR VARGAS VARGAS, VICEPRESIDENTE

El Magistrado que suscribe considera necesario agregar a los fundamentos que sustentan la sentencia que antecede, lo siguiente:

Que es un postulado jurídico que la Constitución Política es la ley fundamental del Estado la que regula la estructura funcional de aquél y consigna y garantiza los derechos y deberes esenciales de la persona humana; que dichos derechos fundamentales los enuncia nuestra Carta Política en el Título I estableciendo en el Art. 2 los derechos a que es acreedora toda persona sin que esa enumeración sea limitativa pues el artículo cuarto proclama que aquélla no excluye “los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hom-

bre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”; que en lo referente al Poder Judicial la Constitución garantiza, entre otros derechos, su independencia y estabilidad (Art. 242) sin perjuicio de que la Corte Suprema investigue en forma permanente y obligatoria, bajo responsabilidad, la conducta funcional de los jueces, aplicándoles las sanciones a que haya lugar, garantizándoles el derecho de defensa y requiriendo toda destitución una resolución, previo proceso administrativo; que no obstante, por la forma irregular en la que se nombraron a los miembros del Poder Judicial y la conducta observada por muchos de ellos durante el último gobierno dictatorial, la Constituyente estimó oportuno que el Senado de la República ratificara a los miembros de la Corte Suprema con el voto de más de la mitad de sus miembros y que a su vez la Corte Suprema en Sala Plena dentro de los ciento veinte días siguientes a su ratificación procediera en igual forma a ratificar a los demás magistrados de la República de todos los fueros pero dando audiencia a los interesados y no separando a un magistrado sin ser previamente citado y oído y expresando los fundamentos en que se sustenta esa separación; que esta disposición supone cuando existieran cargos que aconsejaran la no ratificación que fueran expuestas al interesado para que éste ejerciera el derecho inmanente de defensa y que oído, en caso de no ratificación, se expresasen los motivos de tal medida; que tal disposición requiere un examen singular en cada caso lo que no se compatibiliza con una resolución uniforme para todos los procesos en que se establecen conceptos de carácter general en resolución dictada tiempo después del acto de no ratificación; que el habersele vencido el plazo para el proceso ratificatorio no es óbice para que el agraviado inicie las acciones que la ley le franquea, pues repugna al sentido jurídico que por la extinción del término en que se ejerce tal potestad quedaran cohonestadas las arbitrariedades que acaso pudieran haberse realizado, dejando sin amparo a las personas afectadas; que es un anhelo nacional tener un Poder Judicial preparado, diligente y honesto, sin que esto signifique que sin motivo justificable y cierto, se separe a un magistrado de sus funciones judiciales; que aunque teóricamente no se considera la no ratificación como una pena, no deja de causar un impacto moral en quien la sufre y le impide reingresar al Poder Judicial que pudo ser su vo-

cación profunda y a la que, en varios casos, le consagró muchos años de su vida; que si bien la ley establece que el objeto de esta acción es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, debe entenderse en todo aquello que no sea irreparable: que la Resolución de no ratificación no es producto de una resolución judicial emanada de un proceso regular por lo que no es de aplicación el inciso dos del artículo seis de la Ley veintitrés mil quinientos seis y procede la acción de garantía; que al no haberse tramitado ésta conforme a la ley imperante en el momento de su interposición se ha violado un precepto procesal que es de orden público y que toca al Tribunal señalar conforme al inciso tercero del artículo cuarentitrés de su Ley Orgánica.

Lo que certifico:

JAVIER VARGAS VARGAS.

MANUEL VISALOT CHAVEZ, Secretario General.

FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR RODRIGUEZ MANTILLA

El Magistrado que suscribe considera que debe casarse la Resolución por los fundamentos que expresa:

Que, don Efraín Araoz Córdova, de conformidad con lo que dispone la Décimasegunda Disposición Transitoria de la Constitución, fue desratificado por la Corte Suprema en acuerdo de Sala Plena, por lo que interpone acción de amparo, el veintidós de abril de mil novecientos ochentidós, acogiéndose a las prescripciones contenidas en el Decreto Ley número diecisiete mil ochentitrés vigente entonces.

Que, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, al tramitar la acción de amparo, no observó el procedimiento que establece el artículo dos de dicha Ley, esto es, que debió oficiar al Procurador General de la República para que tome conocimiento y debió igualmente remitir el expediente al Juez más antiguo en lo Civil para que pida a la autoridad competente informe por escrito dentro de ocho días;

Que, al darle una tramitación distinta, vició de nulidad insalvable el procedimiento, el mismo que por ser de orden público, debió ser rigurosamente observado;

Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de la República al revisar en recurso de nulidad la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior, no advierte la irregularidad anotada, limitándose a declarar la improcedencia de la acción, por los fundamentos que contienen la Resolución de veintiocho de febrero de mil novecientos ochentitrés;

Que, conforme a lo que prescribe el inciso dos del artículo cuarentiséis de la Ley número veintitrés mil trescientos ochentacinco, el Tribunal de Garantías Constitucionales, al conocer en casación la sentencia denegatoria de la acción de amparo, está facultado para señalar la formalidad que no ha cumplido, con el fin que el procedimiento prescrito por la Ley, sea debidamente observado;

Que con estas consideraciones, mi voto es, porque se case la resolución expedida por la Corte Suprema de veintiocho de febrero de mil novecientos ochentitrés, por la que se declara improcedente la acción amparo formulada por don Efraín Araoz Córdova y se devuelva a fin de que repuesta la causa al estado de interpuesta la acción de amparo, siga el trámite procesal correspondiente; no procediendo, por ahora pronunciarse sobre el fondo mismo de la acción de amparo.

ALFONSO RODRIGUEZ MANTILLA

FUNDAMENTO DEL VOTO DEL SEÑOR BASOMBRIO PORRAS

El Magistrado que suscribe considera necesario agregar a los fundamentos que sustenta la sentencia que antecede el siguiente:

Que los señores Vocales de la Segunda Sala de la Corte Suprema que conocieron del proceso de ratificaciones debieron excusarse de conformidad con los artículos ochentiséis, ochentinueve, inciso cuarto del Código de Procedimientos Civiles.

CARLOS BASOMBRIO PORRAS

Lo que certifico:

MANUEL VISALOT CHAVEZ, Secretario General.

VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR NICANOR SILVA SALGADO

Vistos; y considerando: que a los derechos fundamentales de la persona se refiere el íntegro Título I de la Constitución Política del Perú y no sólo en su Capítulo I, cuyo artículo 4 dispone, literalmente, que: “La enumeración de los derechos reconocidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”; que ante tan amplio y expreso concepto constitucional no cabe afirmar que “los demás derechos” a que alude la segunda parte del artículo 295 de la Constitución sean “únicamente los derechos fundamentales que ella consagra y no todos los que la misma estatuye”, como declara en sus considerandos la resolución recurrida; que los derechos expresamente señalados en la Ley No. 23506 como protegidos por las acciones de garantía no constituyen un “número clausus”, como resulta de sus Artículos 12, parte general, en que se declara que “procede la acción de Habeas Corpus enunciativamente” en los casos que a continuación enumera y 24, inciso 22), que se refiere” a los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución”, en notoria concordancia con el transcrito artículo 4 de ésta; que lo expuesto lo confirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo que el Poder Ejecutivo remitió al Senado y ha servido de base a la ley vigente, en que, textualmente, se dice que: “Como quiera que tales derechos (aludiendo a los que protege la acción de amparo) son muy amplios y pueden eventualmente ir en aumento, sea por nuevas interpretaciones, sea por nuevos avances sociales, sea por nuevos Convenios internacionales, en el último inciso del Art. 24 del Anteproyecto, se hace una referencia a los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución del Estado”, siendo oportuno advertir que el legislador discrepó del Ejecutivo en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecer el Habeas Corpus, pues, mientras que el Proyecto de este Poder consideró taxativa

la enumeración contenida en su artículo 12, como se dice en la parte pertinente de la citada Exposición de Motivos, el legislador hace esa enumeración sólo “enunciativamente”, como se lee en la parte general del mismo artículo de la ley, con lo que deja también abierto el campo a la más amplia protección de la libertad individual, cualesquiera que sean las formas o modalidades en que se manifiesten las agresiones o amenazas a ella; que al referirse el artículo 295 de la Constitución a “cualquier autoridad” que vulnere o amenace la libertad individual o los demás derechos reconocidos por ella y si se entiende a que el Diccionario de la Academia de la Lengua entiende por autoridad la: “Potestad que en cada pueblo ha establecido su constitución para que le rija y gobierne, ya dictando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia”, es evidente que en sus disposiciones está comprendido el Poder Judicial y con mayor razón su máxima autoridad, que es la Corte Suprema; que estableciendo el artículo 233 de la Constitución, como garantías de la administración de justicia, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia en su ejercicio y la instancia plural, no es incongruente que las resoluciones jurisdiccionales finales que pudieran encontrarse comprendidas en algunos de los casos a que se refiere el artículo 295 de la Carta Fundamental, o los acuerdos administrativos de la Sala Plena de ese Alto Tribunal, sean sometidos a jueces y tribunales inferiores para su trámite y oportuna resolución, pues cada uno de los órganos del Poder Judicial es autónomo en el ejercicio de sus funciones como lo declara el párrafo final del artículo 237 de la Constitución y la función jurisdiccional se ejerce con entera independencia de criterio, sujetándose únicamente a la ley y, en su caso, a los principios del Derecho, como lo garantiza el artículo 242, inciso 1, de la misma, y lo dispone el Artículo 23, inc. 1, y se desprende de los artículos 160 y 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no con sentido de sumisión al superior y disciplina jerárquica; que, en concordancia con las anteriormente citadas disposiciones constitucionales, los artículos 5 y 6, inciso 2), de la ley 23506 disponen, respectivamente, que las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional fuera de un procedimiento que es de su competencia y que no procede contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular, lo que signifi-

fica, contrario sensu, que cabe interponer la acción de garantía cuando la resolución judicial se ha emitido en un procedimiento irregular, aunque éste hubiese concluido en la Corte Suprema; que para casos como el de autos y en razón de una eventual responsabilidad del Estado, disponía el artículo 2 del Decreto Ley 17083, bajo cuyo régimen se planteó la presente acción, que cuando la de Habeas Corpus se interponía para proteger derechos distintos de la libertad individual, la demanda se presentaba ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior, la que oficiaba al Procurador General de la República para los efectos a que se refiere el artículo 25 del Decreto Ley 17537, lo que no se ha cumplido; que, a su vez, el Artículo 10 de la Ley 23506 dispone que cuando el agresor es el Estado o un funcionario público— y por ende un organismo colegiado del Estado— su defensa correrá a cargo del Procurador Público que corresponde, en el caso de ser ejercida la acción en el Distrito Judicial de Lima, sin que la no intervención del nombrado Procurador paralice ni invalide el procedimiento; que, de acuerdo con el citado Decreto Ley 17537, modificado por los Artículos 4, inciso i), 5 —Consejos y Comisiones— 21 y 23 del Decreto Legislativo No. 117 y 7 inciso h) del primeramente citado, corresponde al Consejo de Defensa Judicial del Estado resolver los problemas de competencia que pueden presentarse entre las Procuradurías, lo que incluye el caso de un órgano público que no tuviese Procurador nombrado para su representación y defensa en juicio, lo que ha debido observarse en el caso de autos; que dirigiéndose la presente acción de amparo contra un acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, quienes han participado en dicho acuerdo están legalmente impedidos de conocer de la acción de garantía y deben excusarse por mandato de los Artículos 86 y 89, inciso 4, del Código de Procedimientos Civiles, completando la Sala quienes no lo estuviesen y, en su caso conforme al Artículo 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que, aparentemente, los Vocales Supremos que intervinieron en el proceso de ratificación de los demás jueces de la República y que, sin embargo, no se han excusado de conocer del presente amparo, lo han hecho aplicando al caso lo dispuesto en el Artículo 23, inciso 2), de la Ley 23506, que integra el procedimiento señalado para el Habeas Corpus, que es sumarísimo en razón de la naturaleza del derecho protegido, disposición especial que no rige para el Amparo, que tiene su pro-

pio procedimiento, también especial, señalado en los Artículos 26 y siguientes de dicha ley; que la resolución que pone fin a una acción de garantía en el fuero ordinario no es una sentencia sino un auto, como se desprende de los Artículos 8, 9, 19 y demás pertinentes de la ley de la materia y se declara expresamente en la Exposición de Motivos, parte pertinente del Proyecto del Ejecutivo, cuyos correlativos artículos han sido reproducidos en la ley; que, en cambio, la que emite el Tribunal de Garantías Constitucionales, constituye una sentencia, de acuerdo con el Artículo 49 de su Ley Orgánica, formalidades que deben observarse por los jueces y tribunales correspondientes; que, conforme al párrafo segundo del Artículo 42 de la Ley No. 23385, las resoluciones denegatorias de las acciones de Habeas Corpus y Amparo expedidas por la Corte Suprema deben ser notificadas a las partes en debida forma y oportunamente para computar con certeza el término para interponer el recurso de casación que la citada disposición precisa, lo que no se ha hecho en el caso de autos; que, no obstante los graves vicios de procedimiento que se dejan señalados no cabe casar por infracción de leyes formales la resolución recurrida, si la parte que no fue notificada procede como si lo hubiera sido, interponiendo el recurso que le concede la ley y si la nueva resolución que se expidiera después de subsanados aquellos vicios, tuviere que ser necesariamente en el mismo sentido que la anulada tal como lo dispone el Artículo 1086, incisos 1 y 3, del Código de Procedimientos Civiles, aplicables a la casación por errores in procedendo; que conforme a la Disposición Décimo Tercera del Título de Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución, el Senado ratificaba a los Vocales de la Corte Suprema con el voto de más de la mitad de sus miembros, que no pueden ser otros que la totalidad de ellos y no de los hábiles o de los que estuviesen presentes en la sesión correspondiente, tal como la interpretó y aplicó esa Cámara, estableciendo un insoslayable precedente para la Corte Suprema; que la Constitución al referirse de manera expresa en sus Artículos 168, párrafo segundo, 169 y 192, segundo párrafo, 193, párrafo final, 194, 225, párrafo segundo, 226, segundo párrafo, 229, 306, párrafo tercero, y 307, tercer párrafo, al número legal, o al total, o a la mayoría absoluta de sus miembros sólo pone énfasis en cuántos parlamentarios se requieren para la validez de los actos que cada uno de los citados artículos exige, en consideración

a la importancia política, trascendencia nacional o naturaleza jurídica del acto, pero no pueden entenderse, por lo específicamente dispuesto en ellos, que excluyen el principio jurídico, de validez universal conforme al cual “nadie puede distinguir donde la ley no distingue”, para la debida interposición de sus disposiciones, pues, si así fuere, no tendrían sentido sus artículos 67, 199, frase final, 218; parte general, 246 y 250, párrafo penúltimo, 264, frase final, 288, párrafo tercero y 297, que al ordenarse allí mismo que la Sala Plena de la Corte Suprema ratificaría, en igual forma, a los demás Magistrados de la República, esta ratificación tenía que producirse con el voto de más de la mitad de los titulares de la nombrada Corte, que son dieciocho, según el Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el Artículo 4 del Decreto Ley 21972, cualquiera que fuese el número de los Vocales Supremos presentes en la Sala Plena, siempre que ésta se hubiese reunido con el quórum, los dos tercios de sus miembros, que exige el Artículo 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que la “forma” a que se refería la comentada disposición constitucional comprendía la constitución de una o varias comisiones investigadoras, integradas por Vocales Supremos, que llevaran a cabo los procesos correspondientes, formularsen los cargos resultantes y oyesen a los magistrados sujetos a ratificación, cuyas recomendaciones o conclusiones, constituirían la motivación de cada resolución de la Sala Plena, acordada en votación secreta para asegurar la independencia del voto, en relación con tales recomendaciones o conclusiones como lo había hecho el Senado; que la Décimo-Tercera Disposición Transitoria de la Constitución es una norma de derecho temporal, con vigencia predeterminada según su propio texto, con cuya ejecución se extinguió su mandato a fecha cierta y cuya finalidad principal consistía, en razón de su carácter excepcional y en concordancia con la Décimo-Segunda Disposición Transitoria, en depurar al Poder Judicial después de una larga dictadura que lo había vejado y adulterado, para conseguir, así, que la justicia se administre en el Perú por quienes sientan plenamente los principios ético-jurídicos que la Constitución consagra, particularmente en sus Artículos 1, 4, 72 y 74; que, en consecuencia, en los casos en que los enunciados procedimientos no se hubiesen observado, es imposible volver a someter a la ratificación ordenada por la norma constitucional extinta a quienes no hubiesen sido ratificados

por errores de procedimiento, con lo cual éstos resultarían en una situación de privilegio, infractoria del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, con respecto a todos los demás magistrados de la República que fueron sometidos a dicha ratificación; que la acción de amparo a que se refiere el artículo 295 de la Constitución, tiene por objeto “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como lo declara el Art. 1 de la Ley 23506, consagratorio en nuestro país de la doctrina universalmente aceptada sobre la naturaleza jurídica de las acciones de garantía, ley que está vigente desde antes de la sentencia recurrida; que siendo éste el objeto del amparo, casar la recurrida por errores de procedimiento sólo podía llevar, en el subsiguiente proceso, a reponer al accionante en el cargo judicial que tenía antes de su no ratificación —lo que es materialmente imposible, de un lado, porque está ocupado por magistrado titular nombrado con arreglo a las pertinentes disposiciones constitucionales y legales y, de otro lado, porque los cargos judiciales se crean y mantienen de acuerdo con las partidas anuales de la Ley de Presupuesto General de la República, dictada de conformidad con los artículos 197 y siguientes de la Constitución— o, alternativamente, a declarar infundada la acción de amparo ejercitada en autos por las consideraciones precedente expuestas; que la irreparabilidad comprendida en la parte final del inciso 1 del Artículo 6 de la Ley 23506, en concordancia con su artículo 1, está referida a la que puede obtenerse por la vía de amparo, pero no a la reparación, inclusive moral, que resulte del ejercicio de otras acciones normadas por leyes distintas de la citada ley especial; que, consecuentemente, no es la de amparo, sino las aludidas otras acciones, las que los afectados por su no ratificación injusta, si efectivamente éstas se hubiesen producido, tienen a su disposición para obtener la reparación que en cada caso concreto corresponda; que es improcedente la acción que no se ajusta a Derecho, sea por consideraciones de fondo, de forma o de la competencia del órgano ante el cual se pretende hacerla valer, en tanto que es infundada la acción que carece de fundamento de hecho, apreciados al momento de resolverla, o resulta sin los derechos que requieren el artículo 206, inciso 4, del Código de Procedimientos Civiles, sea porque son impertinentes los que se alegan, sea porque son normas derogadas, expresa o tácitamente, las que le sirven de sustento y tendrían que aplicar-

se si se declarase fundada la demanda; que la naturaleza jurídica de la casación, según lo enseñan tratadistas tan ilustres como Calamandrei, Chiovenda, Garsonnet, de la Plaza, de la Rúa y otros y lo disponen legislaciones como las de Francia, Alemania, España, Italia, Argentina —bajo el nombre de recurso de inaplicabilidad de ley—, Brasil —bajo el de recurso extraordinario—, Colombia, Chile y otros Estados europeos y americanos, consiste en que, a diferencia del recurso de apelación, que provoca un nuevo examen del caso por parte del Tribunal ad-quem, tanto bajo el aspecto fáctico como jurídico, el de casación únicamente admite que el Tribunal que ha de resolverlo realice un nuevo examen sólo del derecho aplicado en la sentencia recurrida, quedando fuera de su examen el posible error de hecho, o sea la discordancia entre la verdad histórica y su reconstrucción contenida en la sentencia, por lo que el Tribunal de Casación no conoce de los hechos de la causa, que tiene por existentes tal como el Tribunal a quo los hizo constar, los calificó y los apreció en su resolución final (salvo que la apreciación de la prueba que se contiene en la sentencia misma y que determinó su sentido, sea manifiestamente ilegal), por lo que quedan fuera del alcance del Tribunal ad-quem los eventuales defectos en el juicio de hecho, pues éstos —los hechos— quedan intangibles para el Tribunal de Casación, que, por encima de la eventual injusticia en materia de hechos que pudiera haber en el caso concreto, atiende a que se interprete y aplique debidamente el derecho objetivo, pues la finalidad de este recurso extraordinario es asegurar los principios constitucionales de igualdad de todos ante la ley y de certidumbre del sentido de la ley, bases de la seguridad jurídica, esencial para que exista un Estado de Derecho; que, por lo mismo, el Tribunal de Casación no es una nueva instancia —que en el Perú sería la cuarta— que, desvirtuando y desnaturalizando el recurso de casación, pueda pretender que se le sometan los hechos históricos y las pruebas que los acrediten en el proceso —máxime si sobre ellos se pronuncia expresamente la sentencia, que en las legislaciones extranjeras suele venir sólo en copia al Tribunal de Casación— para su revisión previa a su pronunciamiento, ni señalar o insinuar o simplemente esperar el sentido de una nueva sentencia por razón de aquéllos hechos y sus pruebas; que en el caso de autos la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema ha dejado estableci-

dos detalladamente en la sentencia recurrida, los procedimientos seguidos y las pruebas apreciadas sobre los hechos relacionados con las no ratificaciones efectuadas por la Sala Plena de la misma Corte, todos pertinentes para la finalidad perseguida por la extinta Disposición Transitoria Décimo-Tercera de la Constitución de febrero de mil novecientos ochentitrés, que declara improcedente la acción de amparo de fojas dos contra la resolución administrativa de la Sala Plena de dicha Corte Suprema, que en aplicación de la Décimo-Tercera Disposición Transitoria de la Constitución no lo ratificó como vocal de la Corte Superior de Justicia de Cuzco y Madre de Dios; entendiéndose que la referida acción de amparo no es improcedente, sino infundada.

NICANOR SILVA SALGADO

Lo que certifico:

MANUEL VISALOT CHAVEZ,

Secretario General

**VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR
ALFREDO CORSO MASIAS**

Vistos; que, la acción de amparo interpuesta por Efraín Araoz Córdova, contra el procedimiento de Ratificaciones Judiciales, encomendado a la Corte Suprema de Justicia, se inició conforme el Decreto Ley diecisiete mil ochentitrés de veinticuatro de octubre de mil novecientos sesentiocho, Decreto-Ley derogado por el Art. cuarenticinco de la Ley número veintitrés mil quinientos seis de siete de diciembre de mil novecientos ochentidós; acción de garantías que tuvo que armonizarse a esta última Ley, en virtud de lo dispuesto por la disposición transitoria del artículo cuarentiocho de esta Ley, adecuación no sólo en el procedimiento, sino también a sus alcances jurídicos. Que, el objeto de las acciones de garantía, es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, según el artículo primero de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo. Que, el artículo sexto en su inciso primero de la misma Ley, agrega que no procede las acciones de garantía, si la violación se ha convertido en irreparable. Que, la Constitución en su artículo doscientos noventicinco, segunda parte, indica que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Carta Fundamental, que

sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. Que, la Ley No. veintitres mil quinientos seis en su artículo veinticuatro incisos uno al veintiuno, hace una enumeración de derechos fundamentales, en la que no se halla el que se relaciona con las ratificaciones judiciales e inamovilidad en los cargos de los magistrados. Que, el inciso veintidós de ese artículo remite a los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución. Que, la Carta Política del Estado, por su parte en el Título I, se ocupa de los demás derechos fundamentales de la persona, no encontrándose en ninguno de sus ocho Capítulos una disposición aplicable al caso, susceptible de la acción de amparo. Que, el artículo doscientos treintitres de la Constitución se refiere a las Garantías en la Administración de Justicia, y no a los derechos fundamentales de la persona. Que, aún en el supuesto que estuviera comprendida entre los derechos fundamentales de la persona, el principio de estabilidad o inamovilidad en los cargos de los magistrados, este principio sólo podría favorecer a los jueces que hayan sido ratificados conforme a la Décimo Tercera Disposición Transitoria de la Constitución, por tratarse de ratificaciones constitucionales que sirven para dar legitimidad a los títulos de los magistrados aprobados en ese procedimiento. Que, la Disposición Transitoria Décimo Tercera de la Constitución, estableció que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y dentro del término de ciento veinte días, procediera a ratificar a los demás magistrados de la República en todos los fueros, etc., y Que, las acciones de garantía no proceden contra las resoluciones emanadas de un procedimiento regular artículo sexto inciso segundo de la Ley veintitres mil quinientos seis. **CONSIDERANDO:** 1.— Que, la Disposición Transitoria Décimo Tercera de la Constitución, fue de carácter temporal, de tiempo exacto (ciento veinte días), por lo tanto ya extinguida; 2.— Que las Ratificaciones Judiciales fué un procedimiento extraordinario y constitucional; 3.— Que las magistraturas vacantes a causa de las ratificaciones, ya han sido cubiertas, observándose rigurosamente la ley; 4.— Que la Corte Suprema de Justicia actuó en condición de Jurado y juzgó con criterio de conciencia; 5.— Que la no ratificación de un magistrado no constituye pena ni priva de los goces y derechos adquiridos conforme a las leyes (artículo ciento cuatro Ley Orgánica del Poder Judicial), se trata de una medida disciplinaria, que sólo impide el reingreso en

el servicio judicial y 6.— Que, las ratificaciones judiciales, no son susceptibles de impugnación alguna (artículo catorce Reglamento de Ratificaciones de la Corte Suprema de Justicia de seis de Enero de mil novecientos ochentidós).

POR TANTO: Las Ratificaciones Judiciales ya realizadas, constituyen hechos definitivamente agotados, consumados e irreparables; imposibles de ser repuestas las cosas al estado anterior al procedimiento constitucional mencionado.

Estimo por las razones expuestas y en aplicación de los artículos primero y sexto inciso uno y dos de la ley veintitrés mil quinientos seis y artículo cincuentisiete de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, no procede otorgar la acción de amparo solicitada por don Efraín Araoz Córdova.

Lo que certifico:

ALFREDO CORSO MASIAS, Magistrado.

MANUEL VISALOT CHAVEZ, Secretario General

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MANUEL AGUIRRE ROCA

Vistos y considerando:

Que el recurso de casación de autos está perfectamente apoyado en el artículo 295 de la Constitución y es, por lo tanto, procesalmente operante y viable.

Que la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales dispone que este Tribunal se pronuncie sobre si en la resolución suprema (que, en adelante denominaremos “la de vista”) se ha violado o aplicado errónea o falsamente la ley, y/o si, en su caso, en el procedimiento cuya resolución es objeto de casación, se han observado, o no, las formas prescritas por la ley; que, en cambio, el Tribunal no está facultado, para pronunciarse sobre si la acción de amparo es, ella misma, fundada o infundada, procedente o improcedente, materias que son, como se sabe, de competencia del Poder Judicial y, en última instancia, de la resolución suprema susceptible del recurso de casación; que en “la de vista” se incurre en falsa y errónea aplicación de la Ley 23506, en violación del Decreto Ley 17083, y en errónea aplicación de los artícu-

los 2, 4, 295 y de las decimotercera disposición transitoria de la Carta Polítca; que si la violación y la falsa o errónea aplicación de la ley son motivo de casación, a mayor abundamiento tienen que serlo la violación y la falsa o errónea aplicación de las normas constitucionales, según fluye, entre otros, de los artículos 236 y 296 de la Constitución del Estado; que si cuando se produce la violación de la ley, este Tribunal, según el artículo 46 de su Ley Orgánica, está obligado a declarar qué ley debe aplicarse, es claro que cuando se produce la errónea o falsa aplicación de la norma, tiene que declarar cómo debe aplicarse la misma; que la Ley 23596 ha sido varias veces erróneamente aplicada por “la de vista”, verbigracia, cuando ella expresa, equivocadamente, que la presente acción de amparo es improcedente, por las siguientes razones, a mi juicio insubsistentes: a) porque la resolución de la Sala Plena de la Corte Suprema, impugnada en dicha acción está comprendida en la causal de improcedencia del artículo 6, Inc. 2 de dicha Ley 23506; b) porque los derechos constitucionales invocados por el accionante “no son fundamentales” y no están, por ello mismo, comprendidos en el artículo 24, Inc. 22 de la Ley 23506, ni, consecuentemente en el artículo 295 de la Carta Polítca; y, c) porque —y aquí se alude, claramente a los artículos 1 y 6 de la Ley 23506— “las vacantes dejadas por causa de las no ratificaciones, a la fecha, han sido ya cubiertas legalmente, deviniendo irreversible el resultado de ese mandato constitucional”; que el Decreto Ley 17083 se viola cuando se actúa como si en virtud de la única disposición transitoria de la Ley 23506 (artículo 48), la operación de “adecuación” de los procedimientos en trámite entrañase, o justificase, el desconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos al amparo del mencionado Decreto Ley 17083, y, simultáneamente, se da eficacia retroactiva, vale decir, inconstitucional, a la Ley 23506; que los artículos 2, 4 y 295 de la Constitución del Estado han sido erróneamente aplicados cuando “la de vista” afirma que los derechos constitucionales invocados por el accionante, —que son, esencialmente, los relativos a la defensa, a la fundamentación de las resoluciones judiciales y a la proporcionalidad de la votación, es decir, los expresamente señalados por la decimotercera disposición transitoria de la Carta Magna, no están comprendidos en tales numerales; que la decimotercera disposición transitoria de la Carta Polítca ha sido erróneamente interpretada

cuando se sostiene que la expresión “número de miembros” usada en ella, significa “número legal de miembros”, y que, cuando se dice “citado y oído”; apenas se dice, según parece desprenderse del acucioso dictamen del señor Fiscal, “invitar a conversar” y no, como tiene que ser, “formualr cargos concretos y dar oportunidad de levantarlos”, y que cuando se exige la fundamentación de la resolución de no ratificación, sólo se requieren vagas referencias o explicaciones insuficientes y puramente formales, como también fluye del citado dictamen fiscal; que, vistos los vicios de fondo —in iudicando— que afectan a “la de vista” no parece lógico —desde la perspectiva técnico-procesal y dadas las especialísimas características del caso de autos— basar la casación, sólo o principalmente, en las inobservancias de las formas procesales registradas a lo largo de los autos —errores in procedendo— puesto que es perfectamente concebible que, en virtud del nuevo fallo que, con arreglo a las normas de fondo competentes, rectamente interpretadas y aplicadas, eventualmente emita la Corte Suprema, se haga ya innecesario o superabundante, de conformidad con el artículo 1086, Inc. 3 del C. de P.C., rehacer el procedimiento o subsanar los vicios procesales; que, en efecto, por ser la Suprema, en este especialísimo caso, no sólo órgano juzgador, sino también —y principalmente— “aparte”, nada impide que, sin necesidad de rehacer el procedimiento, por el simple mérito de la aplicación correcta de las normas de fondo, aplicables, declare, en su nueva resolución, que la acción de garantía es no sólo procedente sino también fundada; que, de otro lado, debe tenerse presente que las acciones de garantía —a diferencia de lo que ocurre con las acciones de inconstitucionalidad, que sí son de exclusiva competencia de este tribunal— son de competencia del Poder Judicial, de donde pueden llegar, pero sólo excepcionalmente y dentro de la prespectiva y las limitaciones del recurso de casación, al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual por esa misma razón, no es una cuarta instancia con potestad para revisar todo lo actuado y pronunciarse sobre el fondo, sino un órgano de control de la Constitución y la Ley. Si el Tribunal descubre, por tanto, infracción de la ley o de la Constitución —que no es sino la ley de leyes— no puede juzgar el fondo (que sigue siendo de competencia del Poder Judicial, juez natural de estas acciones de garantía) sino que, simplemente, debe reenviar la causa, con los esclarecimientos legales del caso, a sus jueces pro-

pios: el Poder Judicial. Toca, pues, al Poder Judicial y, en este caso, a la Segunda Sala de la Corte Suprema, que es el órgano que expidió “la de vista”, resolver nuevamente, aunque, esta vez, según lo ordena el artículo 46 de la Ley 23385, “con arreglo a lo resuelto por el Tribunal”.

No cabe, en consecuencia, habiéndose detectado errores in iudicando que anula “la de vista”, que el Tribunal señale, como causa única o principal de la casación, los errores in procedendo, pues, según ya se ha expresado, éstos son, en este sui-géneris caso, perfectamente susceptibles de quedar convalidados o subsanados con el nuevo fallo de fondo de la Corte Suprema: ni tampoco cabe que se indique a ésta —que es el órgano constitucional legalmente competente para pronunciarse, como última instancia de fondo en las acciones de garantía— si antes de emitir nueva resolución de fondo con arreglo a las normas que este Tribunal señale, debe, o no, ordenar que se rehaga el procedimiento, pues a ella toca disponer su estrategia procesal, verbigracia, decir si, en este caso, para emitir nueva resolución de fondo, es necesario que, previamente, se rehaga el procedimiento a partir del momento en que se cometió el primer vicio capaz de acarrear nulidad, o si procede expedir nueva resolución de fondo sin rehacer el procedimiento y en aplicación del criterio que recoge el Inc. 3 del artículo 1086 del C. de P.C.; que, por lo dicho, como la necesidad técnico-jurídica de subsanar los vicios procesales tendría que apreciarse a la luz de la resolución que deberá emitir la Corte Suprema de acuerdo con las normas competentes —resolución cuyo tenor y sentido no se pueden prejuzgar-rectamente aplicadas, no es éste el momento de emitir un juicio de casación en atención a dichos vicios procesales, aunque nada obsta para que se indique que ellos han sido el producto de no haberse sujetado el procedimiento a las reglas del D.L. 170-83, vigente durante todo el proceso y hasta el momento en que sólo faltaba la resolución materia del recurso de casación; que cómo, por otro lado, es menester señalar los vicios del fondo de “la de vista”, es decir, las violaciones legales y los errores de aplicación de las normas, pues, de lo contrario, se correría el gravísimo riesgo de que, luego de subsanados los errores procesales y de rehecho el procedimiento, por falta al pronunciamiento de este Tribunal sobre el fondo, se volverían a producir, en la nueva Resolución Su-

prema, las mismas violaciones y los mismos errores de fondo. Mi VOTO, es porque:

1. Con arreglo a los dos primeros párrafos del artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal, se case, es decir, se declare nula la resolución de la Suprema en cuanto declara “improcedente” la acción, porque en los fundamentos de dicha declaración se ha violado el Decreto Ley 17083 y se ha aplicado erróneamente los artículos 6, Inc. 1, 2, 24, Inc. 22, y 48 de la Ley 23506, y los artículos 2, 4, 295 y la decimotercera disposición transitoria de la Carta Política; y

2. Con arreglo al tercer párrafo del mismo artículo 46 de su Ley Orgánica, se declare qué ley se debe aplicar y cómo se deben interpretar rectamente las normas erróneamente empleadas, lo que implica el señalamiento de los errores de interpretación y, por contraste, el de la recta aplicación, vale decir, que se declare que:

a. El inciso 2 del artículo 6 de la Ley 23506, rectamente aplicado, no comprende, contrariamente a la tesis de “la de vista”, a las resoluciones del género de la de la Sala Plena que se pronunció por la no ratificación del accionante, pues dicha resolución no reúne, copulativamente, los requisitos de ser “judicial” y de “emanar de un procedimiento regular”.

b. El inciso 1 del artículo 6 de la misma Ley 23506, no excluye de las acciones de amparo, pese a la aseveración de “la de vista”, la restauración de derechos constitucionales, cuando, como dice “la de vista”, los hechos parecen ser “irreversibles”. No, ello no es así. Lo que el dicho inciso 1, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 23506, dice, es que si el derecho lesionado no puede ser reparado, ya carece de objeto (resulta, por ello “improcedente”) la acción de garantía. Para que no se pueda restaurar un derecho, es menester que —tal como lo establece claramente la doctrina ecuménica— el objeto mismo que incorpora o encarna tal derecho, haya desaparecido, es decir, que sea, como lo quiere la clara y sabia doctrina mexicana, física y materialmente imposible la restauración o la reparación.— Ahora bien, es indiscutible que, mientras existan, como objetos susceptibles de incorporar o encarnar derechos, el honor, la dignidad, la vocación judicial, la magistratura, la judicatura, la carrera judicial, la acumulación de años de servicios, las leyes sociales de cesantía, jubilación, etc., y mientras, además, no se supriman en la República los cargos judiciales, es per-

fectamente posible la restauración de los derechos constitucionales invocados por el accionante, puesto que, subsistiendo los objetos en que tales derechos encarnan, también existe y subsiste la posibilidad de reencarnar en ellos los derechos violados; que, a este respecto, debe tenerse presente que lo que reclama el accionante no es sólo —ni, en el fondo, principalmente— la recuperación del cargo judicial que desempeñaba al ser no ratificado —cosa que, dicho sea de paso, no es imposible ni material ni físicamente, ya que el cargo no ha desaparecido, aunque su recuperación puede resultar más o menos difícil o accidentada, según lo quieran las circunstancias y los imponderables—, sino que, como es obvio, persigue, principalísimamente, la restauración de las garantías supuestamente violadas en su perjuicio; respeto de los derechos de defensa y de la obligación garantizadora de la fundamentación de las resoluciones, de un lado y, de otro, ya sea complementariamente, ya sea exclusivamente, ya sea eventualmente y como posible consecuencia del respeto de las garantías procesales, la restauración o reparación del honor, de la reputación, de la imagen, y el retorno a la carrera judicial, con todo lo que ella apareja en el campo profesional, social y económico, y aún cuando la reinstalación en el puesto antiguo no fuera inmediatamente factible. Es evidente, pues, que nada es, en esta perspectiva, —que es la verdadera— irreparable, y que la tesis de “la de vista” implica la errónea aplicación de los artículos 1 y 6, Inc. 1 de la Ley 23506.

c. El artículo 24, Inc. 22, de la Ley 23506, en concordancia con los artículos 2, 4 y 295 de la Constitución del Estado, ciertamente incluye en su ámbito, al contrario de lo que sostiene “la de vista”, a los derechos constitucionales en que se apoya la acción de autos.

Basta, para comporbarlo, recordar que el artículo 4 de la Constitución introduce e instala, en la categoría de los denominados “derechos fundamentales” proclamados en el artículo 2 de la misma, a “. . . todos los demás que la Constitución garantiza . . . y a otros de naturaleza análoga . . .”. Es claro, pues, que todos los derechos que la Constitución garantiza, entre los cuales se encuentran los invocados por el accionante, son “fundamentales”.

d. El artículo 48 de la Ley 23506, al disponer la “adecuación de los procedimientos en trámite”, sólo ordena, contrariamente a

lo que fluye de “la de vista”, que la parte pendiente del trámite se sujete a las nuevas reglas procesales de aquélla; pero de ningún modo puede significar —pues ello sería inconstitucional y violatorio del artículo 187 de la Carta Magna— que la nueva ley tenga fuerza retroactiva respecto de los derechos subjetivos del accionante que nacieron bien, bajo el imperio de las normas existentes cuando se produjo la violación constitucional, y que, además, estaban perfectamente vigentes cuando se interpuso la acción de garantía, y aun cuando ésta, apurado el trámite, se encontraba en la Corte Suprema a la espera del fallo llegado en casación. Esto significa, por lo menos y en lo que a estos autos se refiere, que la Corte Suprema no puede pronunciarse, contrariamente a lo que afirma “la de vista”, sobre si la acción es procedente o improcedente, fundada o infundada, en función de una ley que sólo entró en vigencia cuando la acción estaba ya expedita para su resolución final. Por analogía constitucional, podría concebirse, en el caso, una retroactividad benigna; pero jamás podría aceptarse que, en virtud de la nueva ley se privase al interesado de los derechos constitucionales que éste había adquirido y ejercitado durante la vigencia de la ley anterior, en este caso, del Decreto Ley 17083 en el contexto constitucional y legal del momento en que se interpuso la acción de amparo.

e. Como consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior, el Decreto Ley 17083 deberá aplicarse para determinar si la presente acción de amparo es procedente, o no, fundada, o no, y no la Ley 23506 que, ello no obstante, se invoca indebida y erróneamente, en “la de vista”, como fundamento del fallo. Valga destacar, sin embargo, que según se acaba de advertir, los artículos de la Ley 23506 en que se apoya la declaración de “improcedencia” de “la de vista”, no justifican una declaración tal, lo que hace suponer que, en el fondo, lo más probable es que ambas normas —la Ley 23506 y el D.L. 17083— conduzcan al mismo resultado, es decir, que la Ley 23506, debidamente aplicada, no recorte los derechos nacidos al amparo del Decreto Ley 17083 en concordancia con la Constitución de 1979.

f. Los artículos 2, 4 y 295 de la Carta Magna, según lo ya expuesto en el acápite c) (supra), obviamente no pueden interpretarse ni aplicarse, contrariamente a la pretensión de “la de vista”, en

el sentido de que excluyen de la categoría de los “derechos fundamentales” a los invocados por el accionante. Se ha anotado, antes bien, que por virtud de la concordancia entre los artículos 2 y 4 de la Constitución, todos los derechos que éste garantiza son “fundamentales”.

g. Que la disposición decimotercera del Título VIII de la Constitución, se ha aplicado erróneamente, por cuanto, de un lado, la expresión “el voto de más de la mitad de sus miembros” que ella emplea, no tiene por qué significar, contrariamente a lo que expresa “la de vista”, “la mitad más uno del número legal de sus miembros”. Al contrario, de la lectura de los artículos 166, 169, 170, 192, 193, 194, 197, 225 y 226, entre otros, de la Constitución del Estado, influye que cuando ésta quiere decir “número legal”, dice “número legal”, y cuando, en cambio, decir “número total”, dice “número total”; de donde se desprende que, lógicamente, cuando no dice —como en el caso de la disposición decimotercera bajo examen— ni “número legal” ni “número total”; no quiere decir ni una cosa ni otra, sino, antes bien, quiere significar, justamente, que no quiere decir ni “número total” ni “número legal”.

Además, no sería equitativo, y, antes bien, se antojaría injusto e ilógico, que una disminución del número de votantes, no fuera acompañada por una resolución proporcional del número de votos requerido, pues un tal criterio haría considerablemente más difícil la ratificación, y permitiría que ésta se decidiese, no sólo por factores totalmente extraños a la conducta, antecedentes y méritos y o deméritos, del Juez examinado, sino por virtud de hechos relacionados con la vida misma y la conducta de los propios examinadores, tales como la inasistencia, el impedimento, la cesantía, la jubilación, etc., etc., hechos que, evidentemente, no tienen por qué pesar en la balanza de la decisión de ratificación.

Sabido es, por otro lado, que los criterios de “mitad más uno” —que empleó la Suprema en las ratificaciones— y “más de la mitad”, que usa la regla constitucional examinada, son distintos, de modo que no es constitucional, tampoco en este extremo, la interpretación de la Suprema. También es incorrecta, según ya se ha comentado, la interpretación de que la expresión “citado y oído”,

significa, sólo, “invitar a conversar”, puesto que, como bien lo indica el valioso dictamen fiscal, dicha expresión trasunta el deber de respetar el postulado constitucional y universal del derecho de defensa, sujeto, como se sabe, al principio contradictorio. Otro tanto debe decirse de la interpretación de la última parte de la disposición decimotercera, pues cuando ésta dice que “la resolución debe expresar los fundamentos en que se sustenta”, ciertamente está refiriéndose (pues tal es la concordancia obligada) al régimen que consagran el artículo 233, Inc. 4, y demás normas afines de la misma Carta Política, y no, como también lo dice dictamen fiscal, a consideraciones y referencias vagas y de tipo genérico.

Finalmente, casada “la de vista”, como se ha expuesto, y hechas las declaraciones relativas a la erróneas interpretaciones legales y a la forma de rectificarlas, así como a las normas que deben aplicarse, en cumplimiento del último párrafo del artículo 46 de su Ley Orgánica, MI VOTO se complementa expresando que este Tribunal debe devolver los autos iniciados por el señor doctor Efraín Araoz Córdova a la Corte Suprema para que ella emita nueva resolución, de conformidad con los criterios señalados, pero absteniéndose, el Tribunal, de pronunciarse sobre si la acción de amparo es fundada o no procedente o no, pues ello ciertamente, según se ha explicado, no le corresponde. A este respecto, debe tenerse presente además de las razones teóricas mencionadas, que no habiéndose dado el trámite legal a la presente acción, según ya se ha indicado, pues la Corte Superior la consideró “inadmisible” ni efectuado, como consecuencia de ello, la investigación ordenada largo de los autos, sería materialmente imposible evaluar el fundamento de hecho de la acción de garantía y la afirmación de “la de vista”, huérfana de todo apoyo fáctico, en el sentido de que en el proceso de la ratificación del interesado se respetaron, contrariamente a lo que éste sostiene en su acción, tanto la decimotercera disposición transitoria de la Constitución, como el Reglamento Interno de Ratificaciones de la Corte Suprema. Para apreciar el fondo, en efecto, sería indispensable no sólo que ello fuese teóricamente factible, es decir, que estuviese autorizado por la ley, sino que en los autos obraran, por lo menos, el acta de la sesión de ratificación, la resolución de no ratificación, el Reglamento Interno

de Ratificaciones de la Corte Suprema, el informe de la Comisión Suprema que debió citar y oír al reclamante, los informes de los Colegios de Abogados, de las Cortes Superiores, del Organó de Control Interno del Poder Judicial, etc., etc., y, como se sabe, estos elementos probatorios no obran en autos.

Al terminar la fundamentación de este voto singular, reputo justo manifestar que los errores que, a mi juicio, se han cometido en la resolución venida en casación, no resultan, pese a su número y visible envergadura, ni inusitados, ni sorprendentes, ni de difícil explicación, si se tiene en consideración de un lado, que la Corte Suprema probablemente estimó —sin que, en verdad, la faltaran motivos para ello— que le correspondía, de conformidad con la disposición transitoria decimotercera, tantas veces mencionada, el Senado; de otro lado, que el plazo señalado —sólo 120 días— para llevar adelante el proceso nacional de las ratificaciones, era ciertamente insuficiente, en realidad angustioso; y, finalmente, que el sistema tradicional de las ratificaciones —que ya había creado escuela y costumbres en la Corte Suprema— era el de la votación secreta y de conciencia.

En suma, aunque los magistrados de este Tribunal no tenemos por qué fungir de sociólogos, sicólogos ni historiadores, he creído tempestiva la apostilla precedente, porque estimo que no tiene por qué pensarse que la Suprema no actuó de buena fe e inspirada en el propósito de rectitud correspondiente, y porque conviene evitar que se cree la falsa impresión de que existe, en el análisis jurídico de los autos, severidad exagerada, ni menos, por cierto, ánimo de crítica negativa de la actuación de la Corte Suprema de la República y de sus honorables miembros, en los cuales —institución y personas— la ciudadanía tiene el innegable derecho de seguir cifrando caras esperanzas.

MANUEL AGUIRRE ROCA

Lo que certifico:

MANUEL VISALOT CHAVEZ, Secretario General.

**TRES AÑOS DE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL PERUANA**

I

1. El 24 de mayo de 1983 fue publicada en el diario oficial "El Peruano", el texto de la primera resolución emanada del Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano constitucional creado por la Carta de 1979, en plena vigencia recién en 1980, y cuya ley orgánica de creación fue sancionada en mayo de 1982 (1). Con tal motivo, es que el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y la Comisión Andina de Juristas, decidieron llevar a cabo un forum para analizar el funcionamiento del Tribunal en sus tres primeros años, el que se llevó a cabo en Lima entre el 4 y el 8 de agosto de 1986.

En esta oportunidad se contó con la participación de juristas y profesores universitarios peruanos, así como de distinguidos parlamentarios, y la presencia de don Manuel García-Pelayo, ampliamente conocido por sus aportaciones a la ciencia política y al derecho constitucional, quien contribuyó al evento con sus experiencias como Presidente del Tribunal Constitucional español, cargo al que había renunciado poco tiempo antes.

2. Por gentileza de los organizadores, me tocó exponer en esa oportunidad sobre el funcionamiento del Tribunal, lo que en buena cuenta equivalía a analizar y extenderme sobre la jurisprudencia

(1) El texto completo de la ley puede verse en *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, Lima 1983; un comentario de la misma en Héctor Fix-Zamudio *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Editorial Porrúa, México 1985; la primera resolución del Tribunal con un comentario cf. mi artículo *El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales* en "Ius et Praxis" (Universidad de Lima), num. 4, diciembre de 1984 (se incluye en este volumen).

constitucional de tal período, entendida ésta en su sentido estricto, esto es, como aquella emanada de un órgano especializado (2). En efecto, en nuestro ordenamiento existe una doble participación de ambos sistemas, esto es, del llamado americano y del conocido como austriaco, toda vez que por un lado, la justicia ordinaria conoce las acciones de garantía (habeas corpus y amparo), y el Tribunal de Garantías conoce de éstas en casación y sólo cuando son denegadas por la justicia ordinaria en última instancia.

Por otro lado, la justicia ordinaria conoce sobre la inconstitucionalidad de las leyes sólo como cuestión prejudicial y el Tribunal de Garantías lo hace en forma directa, a través de la Acción de Inconstitucionalidad, con alcance **erga omnes**, a diferencia del alcance relativo de los pronunciamientos de los jueces comunes. La nueva Constitución, en síntesis, ha aceptado el modelo austriaco (aún cuando sea en forma restringida), pero sin desprenderse del modelo americano incorporado desde tiempo atrás, aún cuando operante sólo desde la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1963.

II

3. Ahora bien, analizar toda la jurisprudencia existente en este período de tres años es realmente difícil, pues ella sólo ha sido publicada en el diario oficial, sin que los particulares o el Estado, como sucede en otros países, se hayan encargado de editarlas en forma cronológica o sistematizada. Por otro lado, y salvo dos esfuerzos aislados pero parciales (3), nadie ha intentado hasta ahora hacer un tratamiento global sobre el proceder del Tribunal de Garantías que podría dar alguna orientación sobre sus líneas tendenciales.

4. Claro está que podría decirse que tres años es todavía un plazo muy corto, y no falta razón a este argumento, motivo por el

-
- (2) La versión magnetofónica de mi intervención, de la que esta nota es una síntesis esquemática, se encuentra publicada en AA.VV. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima 1986.
- (3) Cf. Ana María Vidal Cobián *Funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en "Revista del Foro" num. 2, 1984 y Samuel Abad Y. *La acción de amparo contra sentencias ¿una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada?* en "Thémis" num. 2 (1984) y num. 3 (1985).

cual todo análisis debe ser cauteloso y necesariamente provisional. Con tal propósito, procedimos a estudiar, mediante una selección en cierto sentido arbitraria, un total de cincuenta (50) casos que llegaron al Tribunal de Garantías Constitucionales (en materia de habeas corpus y amparo) y por su escasez, las cuatro únicas Acciones de Inconstitucionalidad existentes.

Con ésto, cubrimos todo el campo de competencias que de acuerdo a la Constitución tiene el Tribunal de Garantías Constitucionales, exposición que hicimos en el aludido forum, y que resumimos en esta nota, con algunas nuevas reflexiones.

III

5. Observaciones de carácter general que podemos hacer a la Ley del Tribunal son las siguientes: i) No deben considerarse a los Senadores Vitalicios como hábiles para acceder al cargo de Magistrado del Tribunal, artículo coyuntural que fue introducido en la ley para posibilitar el ingreso del ex-Presidente Jose Luis Bustamante y Rivero, tentativa que al final no prosperó; ii) Tampoco debe mantenerse en la Ley el apartado correspondiente que señala que el Reglamento del Tribunal lo aprueba el Poder Ejecutivo, porque crea una dependencia que en principio es inaceptable, y que podría traer algunas consecuencias negativas; iii) no ha contemplado la ley la existencia de magistrados suplentes, con lo cual se crean situaciones, ya vistas, de no formarse resoluciones por falta de quorum; iv) Debe precisarse las relaciones entre el Tribunal de Garantías y la Corte Suprema, a fin de evitar el doble reenvío (como ha ocurrido en los casos de amparo promovidos a raíz de las ratificaciones judiciales).

6. En relación con la estructura del Tribunal consagrada a nivel constitucional, el tiempo igualmente aconseja introducir algunas modificaciones: i) ampliar las competencias del Tribunal, que actualmente son muy reducidas, en especial, para poder dirimir los conflictos de las regiones entre si (cuando éstas se constituyan) o de las regiones con el poder central; ii) permitir la interposición de la Acción de Inconstitucionalidad con un número de firmas menor (5,000, por ejemplo) pues la actual exigencia de reunir 50,000 firmas hace en la práctica imposible una participación

ciudadana en el control de la constitucionalidad de las leyes; iii) facultar a determinadas organizaciones calificadas, como podrían ser los Colegios de Abogados del país, para poder interponer Acciones de Inconstitucionalidad; iv) cambiar la sede (Arequipa), ya que en la actualidad el 95^o/o del trabajo que ocupa el tiempo del Tribunal son resoluciones denegatorias de acciones de garantía, resueltas en Lima por la Corte Suprema de la República, lo que hace innecesario el viaje de tales expedientes a más de mil kilómetros de distancia; v) eliminar la participación de la Corte Suprema en la designación de representantes ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que, como se ha visto, casi todo el despacho del Tribunal consiste en revisar decisiones emanadas de la Corte Suprema, y esto puede ser motivo de fisuras, inhibiciones y eventual presión del órgano que es objeto de revisión; vi) rebajar la edad necesaria para ser magistrado del Tribunal; de 50 a 35 años por lo menos (al fin y al cabo, la magistratura del Tribunal no es de carrera, y no hay por que observar márgenes tan altos).

IV

7. En cuanto al Habeas Corpus, se ha podido observar que el Tribunal brinda una buena protección contra todo tipo de detenciones indebidas, advirtiéndose que un 60^o/o de estas acciones están referidas a detenciones arbitrarias efectuadas por las Fuerzas Policiales, con algunos, aún cuando muy pocos casos denunciados de tortura.

Por otro lado, en los Amparo, el 50^o/o de los casos examinados están vinculados con acciones, procesos o decisiones judiciales y con frecuencia relacionados con el derecho de propiedad, generalmente declarados improcedentes. En cuando a su lugar de origen, siempre dentro de nuestro muestreo, se advierte que el 70^o/o proviene de Lima, ciudad capital, y el resto de provincias; las demandas fundadas son del orden del 15^o/o. Del universo analizado, el 60^o/o son acciones de amparo y el 40^o/o acciones de habeas corpus; los fallos o sentencias sólo alcanzan la unanimidad en un 8^o/o; el resto lo son por mayoría. Finalmente, sólo en un 40^o/o el Tribunal se pronunció por la casación; en los demás casos declaró no haber lugar a la misma.

8. Las tendencias generales de la jurisprudencia en lo concerniente a las acciones de garantía son: i) amparan con bastante eficacia lo concerniente a las detenciones arbitrarias; ii) no derogan las normas envueltas en una demanda, sino las inaplican, siguiendo así el modelo americano; iii) si hay hechos cuya probanza exige una tramitación especial, no procede la acción de garantía, debiendo recurrirse a la vía ordinaria; iv) no procede contra las irregularidades cometidas dentro de un proceso, si quien alega haberlas sufrido se presentó a juicio, fue debidamente citado y ejerció su derecho de defensa.

En cuando a las sentencias mismas se nota a) un prurito de originalidad en los votos singulares, que son demasiado extensos y además innecesariamente recargados en sus citas y exposiciones doctrinales e históricas; b) no están numeradas las sentencias, lo cual puede dificultar su utilización y ordenamiento posterior.

V

9. En lo relativo a las Acciones de Inconstitucionalidad, ellas han sido en el período bajo estudio tan sólo cuatro. La primera contra la Ley 23339 (Ley de Corporaciones); la segunda contra la Ley 23321 (conocida como ley de desacato) y contra la ley anti-terrorista (Decreto Legislativo No. 046); la tercera contra la Ley 23903 (sobre los votos nulos y en blanco) y la cuarta contra la Ley 23903 (en torno al voto preferencial).

10. De las cuatro acciones indicadas, tan sólo una resultó con sentencia, la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de las Corporaciones. Esta sentencia fue relativamente fácil de emitir, ya que el tema no sólo no era importante, sino sin consecuencia negativas para nadie.

Las tres restantes, por el contrario, tuvieron un claro matiz político, no sólo por su origen, sino por sus consecuencias, y no fueron resueltas.

La más importante de estas fue la relacionada con el tema de los votos nulos y blancos, de cuya interpretación dependía prácticamente el proceso electoral de 1985, y en consecuencia el destino político del país. Pues bien, en esta oportunidad el Tribunal se di-

vidió, demoró excesivamente su pronunciamiento y al final no logró el quorum necesario para formar sentencia (4).

En los tres casos no resueltos sometidos a su consideración (las demandas fueron todas interpuestas por parlamentarios) el Tribunal se dividió, no quiso tomar una decisión que compromería asuntos vitales, y no obstante que de los análisis de los votos singulares se desprende que pudo formarse sentencia, no se llegó a ella, lo que demuestra que nuestro incipiente Tribunal no se ha desligado totalmente del entorno político.

VI

11. En términos generales puede afirmarse que la labor del Tribunal no ha sido realmente estimulante. Quizá en el fondo se esperó demasiado de él, sin darnos cuenta que las instituciones humanas necesitan inevitablemente un largo período de maduración y acomodamiento. Su labor de vigilancia y control de las leyes ha sido prácticamente nulo; su protección al ciudadano en materia de amparo ha sido relativamente garantizado, y en materia de habeas corpus, muy positivo.

Lima, agosto de 1986.

(4) Sobre este caso, la documentación más completa ha sido reunida por Javier Valle-Riestra en su libro *El Tribunal de Garantías Constitucionales - El caso de los votos nulos y blancos*, Editorial Labrusa, Lima 1986. Desde una perspectiva distinta, analizó y comentó el caso en mi folleto *Una democracia en transición (las elecciones peruanas de 1985)* Cuadernos CAPEL, San José 1986, 2da. edición, Okura editores, Lima 1986 (ampliada).

§ 14

CONSTITUCIONALIDAD Vs. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE URGENCIA (*)

Con motivo de la renegociación de la deuda externa que llevó a cabo el Poder Ejecutivo a través del titular del Despacho de Economía, Finanzas y Comercio, se inició en el país un amplio debate sobre los alcances legales y constitucionales de la deuda externa, lo que motivó que las cámaras legislativas pidieran un expreso pronunciamiento al Colegio de Abogados de Lima, como máxima tribuna forense del país. La Orden consideró conveniente para tal efecto, recabar una previa opinión de diversos profesionales y especialistas, uno de los cuales fue nuestro colaborador el Dr. Domingo García Belaunde, destacado profesional, constitucionalista y maestro universitario. En esta oportunidad, damos a publicidad el informe, que en dos sendas comunicaciones, dirigió al Colegio de Abogados de Lima, absolviendo la consulta solicitada (N. del E.)

(*) Publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Nº 5, 1984.

Lima, 28 de Noviembre de 1983

Sr. Dr.
Gonzalo Durant Aspillaga
Decano del Colegio de
Abogados
Lima

Muy señor mío:

Me es grato acusar recibo de la atenta consulta que se ha servido dirigirme, en relación con el pedido formulado en las Cámaras Legislativas sobre las implicancias económicas y jurídicas de la suscripción de los contratos de refinanciamiento de la deuda externa. Para tal efecto, se sirve acompañarme fotocopia de algunos de los documentos relacionados con dicha operación, en traducción oficial.

Estimo que la problemática que contiene la aludida refinanciación, es bastante compleja, en sus múltiples aspectos; entre ellos el económico, materia de la consulta, que estimo no debería ser objeto de pronunciamiento de nuestra Orden sino de una entidad gremial especializada, y otro, el jurídico, el que tiene diversas aristas que a su vez conllevan inevitablemente diversas especialidades. Por otro lado, la documentación alcanzada no es suficiente para hacer un análisis de los numerosos puntos que se solicitan, y aun más, parecería que incluso la denominada traducción oficial no sea del todo exacta y precisa, pues es bien sabido que una cosa es el inglés coloquial y otra muy distinta el inglés jurídico, que es una especialidad dentro del oficio de traducir. No obstante ello, y con las limitaciones antes señaladas, creemos que es posible hacer algunas precisiones de orden general, y una final que dejamos para mas adelante. Ellas son:

- a) La redacción de las cláusulas parecen otorgar quizá una excesiva ventaja a los acreedores, con diversas condiciones que desconozco si son las usuales en este tipo de operaciones. En todo caso, estando fuera de las negociaciones, es imposible saber si ello era estrictamente necesario o no.

- b) El sometimiento a la jurisdicción de tribunales extranjeros, tratándose de contratos financieros, es algo previsto expresamente en la actual Constitución, por lo que desde el punto de vista jurídico-constitucional, nada hay que objetar. Entendemos eso sí, que por la forma que ella ha sido planteada, puede originar problemas de interpretación y alcance político que aquí no elucidamos.
- c) Las exoneraciones tributarias, o si se quiere, el no compromiso del monto de las deudas por la existencia de tributos, es una fórmula que no creemos que esté reñida con el texto Constitucional (art. 139), ya que se plantean diversas formas de compensar o asumir tales impuestos lo que es usual en cierto tipo de operaciones.
- d) No creo que exista impedimento constitucional para incluir dentro de dicha refinanciación a la deuda del sector privado.

Dejamos para el final el problema que consideramos de fondo o sustantivo; esto es, si los Decretos Supremos N^o. 100-83-EFC; 175-83-EFC; 179-83-EFC; 198-83-EFC; etc., tienen suficiente validez legal para autorizar y aprobar las operaciones vinculadas con la renegociación de la deuda externa. Para tal efecto debemos considerar que la dación de estos Decretos Supremos (así como cientos más en los últimos tres años) se ha realizado sobre la base de la autorización contenida en el artículo 211, inciso 20 de la Constitución Política del Estado, la cual autoriza al Presidente de la República a dar lo que se conoce como Decretos de Necesidad y Urgencia o Decretos de Urgencia. Analizando este dispositivo tenemos:

- i) El inciso 20 supone las siguientes condiciones: medidas extraordinarias de carácter económico y financiero, cuando así lo requiere el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso.
- ii) Analizando lo anterior tenemos que: a) la refinanciación de la deuda externa no puede considerarse una medida urgente que requiera algo extraordinario; lo urgente es lo imprevisto, lo inevitable, aquello que dejado para el día siguiente traiga consecuencias catastróficas; en lo referente al interés nacional, se trata de un concepto demasiado vago como para dete-

nernos en él; y el concepto final de dar cuenta al Congreso, es importante, pues si bien es cierto que este requisito se ha cumplido, lo real es que el "dar cuenta" no solo significaba una labor de mesa de partes, sino posibilidad de aprobar, enmendar y eventualmente desaprobar, pues sino, no tendría sentido este control posterior del Congreso. Ahora bien, esto último, no se puede hacer, pues la forma como han sido redactadas ciertas cláusulas hacen irrevisable la refinanciación, con lo cual uno de los requisitos del inciso 20, se convierte en inaplicable.

Ahondando un poco más este asunto, cabe analizar dos artículos constitucionales relacionados con la materia de nuestro asunto; cual es el artículo 186, inciso 5, y el artículo 140. El primero referido a las atribuciones del congreso, señala que le compete a dicho órgano legislativo, autorizar empréstitos conforme a la Constitución, y si bien el caso bajo comentario no es un empréstito, cae dentro del concepto global de obligación económica del Estado, así como las secuelas de dichas obligaciones; esto es, no solo la obligación principal, sino las que se originan teniendo a ella como causa, esto es, que lo accesorio, sigue la suerte del principal. En el mismo sentido, el artículo 140 habla de operaciones de endeudamiento externo, y no propiamente de refinanciamiento, pero debe entenderse que los enunciados generales que cubren lo mayor, alcanzan lo menor, por un elemental principio de hermenéutica jurídica. Ahora bien, tanto en el primer caso (inc. 5, art. 186) como en el segundo (art. 140) se está refiriendo a actividades del Congreso, como que existe una autorización por ley.

El problema que se suscita en si los Decretos de Urgencia que autoriza el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución pueden o no derogar una ley. Si bien el asunto no ha sido estudiado por la doctrina peruana, es evidente, rastreando los antecedentes que sirvieron de base a este artículo (Constitución española de 1978 e italiana de 1947) que los Decretos de Urgencia (llamados decretos-leyes en el ordenamiento constitucional europeo) pueden derogar y modificar leyes, pues de lo contrario sería absurdo darle esas atribuciones extraordinarias al Presidente para modificar sólo Decretos, pues como sabemos esto es una atribución específica del ejecutivo que ya la tiene por otras normas. Es decir, darle atribuciones de urgencia para modificar sólo decretos supremos, era de

por si algo innecesario. En consecuencia, es claro que los Decretos de Urgencia pueden modificar leyes, siempre y cuando estén dentro del concepto de urgencia y de medida extraordinaria, que lamentablemente no siempre se ha observado en los últimos tiempos.

Detallando más el problema, tenemos que el artículo 140 exige expresamente una ley que autorice las operaciones de endeudamiento externo, y al decir que es una ley, se está refiriendo —por remisión al artículo 186— a norma emanada del Parlamento y no a un decreto de urgencia. En todo caso, el Ejecutivo, a través de su mayoría parlamentaria o del expediente de la legislatura extraordinaria, puede obligar al Congreso a pronunciarse en breve término en situaciones previstas en el artículo 140. Pero si este artículo habla expresamente de ley, es evidente que un Decreto de Urgencia no puede suplir esa ley, pues de ser así, estaría contradiciendo directamente la Constitución del Estado, deviniendo el aludido decreto en inconstitucional.

Como quiera que en esta oportunidad se ha recurrido a los decretos de urgencia para formalizar diversos actos destinados a la refinanciación de la deuda externa, no obstante que el artículo 140 Constitucional exige ley expresa, cabe concluir que el Ejecutivo ha festinado el trámite de rigor, y los aludidos decretos supremos se encuentran viciados de inconstitucionalidad.

Esperando así haber cumplido con el encargo recibido, aprovecho la oportunidad, señor Decano, para reiterarle las seguridades de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

(firmado)

Domingo García Belaunde.

Lima, 20 de Diciembre de 1983

Sr. Dr.
Gonzalo Durant Aspillaga
Decano del Colegio de
Abogados de Lima
Presente

Ref.: Refinanciación de la deuda
externa

Estimado señor Decano:

En relación con el asunto de la referencia, y sobre el cual hice llegar en días pasados un informe al Colegio que me fuera solicitado oportunamente, cumpro con expresarle que dicha consulta debe ser considerada al momento en que fue redactada y fechada, permitiéndome sugerir se tenga presente para el eventual pronunciamiento de la Orden, que tales Decretos Supremos que eran irregulares en su origen, han sido ahora convalidados expresamente por el artículo 60 de la Ley 23724, llamada de "Financiamiento del Presupuesto del Sector Público".

Muy atentamente,

(firmado)

Domingo García Belaunde.

DEFENSA NACIONAL Y CONSTITUCION (*)

A diferencia de las Constituciones anteriores, pero concordante con el espíritu de las mismas, la vigente, sancionada en 1979 y puesta en vigencia recién en julio de 1980 con el advenimiento del régimen constitucional, ha delineado de manera más precisa y por ende más orgánica, lo referente a la Defensa Nacional, a la que está consagrado el Capítulo XIII del Título IV de la Constitución dedicado a la Estructura del Estado.

El mismo Título está referido no solamente a la Defensa Nacional sino al Orden Interno, lo cual si bien es correcto, amerita una precisión terminológica, a fin de precisar aún más su sentido.

En efecto, el tratamiento básico al que se refiere el citado artículo XIII, está referido a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas Policiales, las cuales están integradas respectivamente por el Ejército, la Marina y la Aviación, y por la Guardia Civil, Guardia Republicana y Policía de Investigaciones, las que, por vez primera, y subsanando omisiones anteriores, se equiparan por expreso mandato del artículo 284.

Ahora bien, esta primera aproximación daría a entender que la Defensa Nacional está reservada a las Fuerzas Armadas, y que el orden interno lo está a las Fuerzas Policiales. En efecto, el artículo 275 señala que las primeras tienen como fin primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, mientras que las segundas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 277, tiene por finalidad fundamental mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y los patrimonios público y privado, así como prevenir y combatir la delincuencia. En otras palabras, las Fuerzas Armadas tendrían como finalidad la defensa externa, y las Fuerzas Policiales tendrían a su cargo

(*) Publicado en DEFENSA NACIONAL (Revista del Centro de Altos Estudios Militares) N° 2, diciembre de 1982.

los problemas de orden doméstico o interno (esto como norma general, pues las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno, de conformidad con el artículo 231 de la Constitución del Estado y cuando lo dispone el Presidente de la República).

Algunas precisiones terminológicas

Lo primero que hay que llamar la atención, es que no obstante haberse resaltado el aspecto concerniente a la Defensa Nacional, ésta no se encuentra bien delimitada, ni menos precisada en cuanto a su ámbito. En efecto, por Defensa Nacional se entiende lo que se señala en los artículos 269 a 273, por un lado, y por otro lo que preceptúa el artículo 275. Esto significa que el texto constitucional ha utilizado el concepto de “Defensa Nacional” en un doble sentido:

- a. Como equivalente a la defensa de la totalidad e integridad territorial, garantizando la soberanía e independencia de la República, y cuya labor está confiada a las Fuerzas Armadas, y
- b. Como equivalente a “Sistema”, que es concebido como total y abarcador de toda la problemática nacional, con la colaboración de todos los sectores nacionales, como veremos más adelante, y que es lo que será objeto de nuestra atención.

Otro problema terminológico es el relativo al “orden interno”, el que aparentemente es contrapuesto al “orden público”. En efecto, por “orden público” se entiende, desde la época de Savigny, el conjunto de condiciones que hacen posible la convivencia dentro de un determinado Estado, lo cual conlleva diversas acciones de parte del Estado, que se traducen en actos, políticas y legislación, tanto de derecho privado como de derecho público. Dentro de este aspecto, la doctrina acepta desde hace tiempo que el orden público puede ser externo o interno. Es externo, cuando ello afecta a los Estados y entidades internacionales no gubernamentales, y está referido a situaciones que trascienden los marcos de los Estados nacionales. Así, una guerra localizada regionalmente, o un boicot u otra acción similar, atenta o pueden atentar contra el orden público internacional, el cual es afrontado dentro del gran marco dominado por lo que se conoce como derecho internacio-

nal público o derecho internacional a secas. Por el contrario, cuando la situación se refiere a sucesos dentro del marco de un Estado, ello afecta al orden público interno, ya que se encierra dentro de los marcos de un determinado territorio. En consecuencia, cuando el Capítulo XIII se refiere al “orden interno” debe entenderse al orden público interno, que es precisamente el que es objeto de la acción de las Fuerzas Policiales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 277 de la Constitución. Lo que obscurece esta interpretación, es que el mismo artículo 277 hace una referencia al “orden público” pero sin el alcance que tiene tanto en la tradición como en la doctrina, por lo que en rigor aquí la expresión “orden público” debe entenderse como el “orden policial” o el “orden de la calle” es decir, la quietud y tranquilidad que merece la población civil, y como parte integrante de ese orden público interno, que es el género mayor.

La Defensa Nacional como sistema

El sentido que hemos mencionado y que es de gran importancia, es el de Defensa Nacional, entendido como Sistema, que es diferente al fin primordial al cual están dedicadas las Fuerzas Armadas, pero con el cual tampoco se contradice, pues cabe una interrelación entre ambas. Pero por motivos de análisis conviene distinguirlos y la base para ello se encuentra en la misma Constitución del Estado. Así el artículo 269 señala que el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante la Defensa Nacional, agregando el artículo 270 que ella es permanente e integral y que toda persona natural o jurídica esta obligada a participar en ella de conformidad con la ley. El artículo 273 agrega que el Presidente de la República dirige el Sistema de Defensa Nacional.

Ahora bien, acorde con lo expuesto, debe entenderse que la Defensa Nacional es el conjunto de medidas y previsiones que adopta el Estado con el fin de garantizar la seguridad de la Nación y alcanza a todos los campos de la actividad local, ya sean de índole política, económica, social o militar. De acuerdo a declaraciones periodísticas efectuadas por el Jefe de la Secretaría de la Defensa Nacional, la concepción de Defensa Nacional es integral, pues se considera necesario que el país logre y sea capaz de sostener mejores niveles de vida, incremente su potencial humano y económico, y eleve su capacidad tecnológica y nivel militar; de es-

ta suerte estará en condiciones de contrarrestar a las amenazas y/o agresiones que procedan tanto del exterior, como las que se generen en el interior del país, como consecuencia de problemas que condicionan nuestra situación de país en vías de desarrollo. Se trata como se ve, de objetivos muy amplios, cuya utilización e implementación deben ser analizados y sopesados cuidadosamente, para evitar posibles desbordes (1).

En la actualidad, el Sistema de Defensa Nacional está reglamentado por el Decreto Ley 22653 (promulgado en agosto de 1979, a poco de haberse sancionado la actual Carta Magna y con claro afán de adecuarse a ella) y en el Decreto Legislativo N° 217, denominado Ley del Poder Ejecutivo, que establece que el Sistema depende del Presidente de la República.

Fuero Militar

Vinculados con la Defensa Nacional como Sistema, existen otros temas que pasaremos a enumerar y desarrollar en forma sucinta, siendo uno de ellos el problema del Fuero Militar, que si bien ha existido siempre y que como tal debe mantenerse, tuvo algunos excesos durante el pasado régimen, lo que llevó al constituyente a reducirlo al ámbito estrictamente militar, esto es, que no se aplique a los civiles (artículo 282) salvo en los casos de infracción del Servicio Militar Obligatorio y para juzgar la traición a la patria, en caso de guerra exterior (artículo 235). Estimamos que por guerra exterior debe entenderse la guerra convencional, o sea, aquella que se lleva a cabo con elementos extranjeros en una guerra convencional, y con el objetivo de defender la integridad y soberanía del territorio nacional. Como se sabe, existe ya un proyecto del Poder Ejecutivo para modificar este artículo constitucional, el cual seguramente demorará, por el complicado sistema existente para las modificaciones constitucionales.

Armas de guerra

El artículo 285 de la Constitución establece que sólo las

(1) Creemos innecesario recalcar que la "Defensa Nacional" como sistema, no tiene en nuestra Constitución, relación alguna con la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional".

Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales pueden poseer y usar armas de guerra, agregando que todas las que existen, se fabriquen e introduzcan en el país, pasan a ser propiedad del Estado, sin indemnización ni proceso. Finaliza el artículo señalando que la ley reglamenta la fabricación, comercio, posesión y uso por los particulares de las armas que no son de guerra.

Si bien el artículo es impecable, y por cierto inobjetable, creemos que la redacción no ha sido muy apropiada, ya que la reglamentación que se señala para las armas que no son de guerra, ha debido extenderse a las que sí son de guerra. En efecto, bien es sabido que dentro del pluralismo económico y la libertad de industria y comercio que consagra la Carta Fundamental, diversas empresas industriales se dedican a la fabricación total o parcial, de armas y otros instrumentos de guerra (armas de fuego en general, explosivos, etc). ¿Cabría pensar entonces que la Fuerza Armada encargue la fabricación de una determinada arma de guerra a una empresa industrial privada, y en virtud del texto constitucional, tal producto sea expropiado, sin pago alguno?. Indudablemente que esto no es lo que se ha querido decir, ni menos fluye del contexto constitucional. En este supuesto, es claro que tales empresas industriales, si bien actúan libremente, tienen un comprador monopólico que es el Estado, al cual es el único al que podrán vender tales armas de guerra, y que en cuanto tales, serán pagadas de acuerdo al respectivo contrato de fabricación que oportunamente celebren entre las partes.

Estimamos en consecuencia, que si bien es claro el verdadero alcance de la norma en cuestión, no es descartable la idea de reglamentar dicho articulado en resguardo de la producción industrial nacional legítimamente establecida.

¿Son deliberantes . . . ?

El artículo 278 establece que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no son deliberantes y están subordinadas al Poder Constitucional. En base a este dispositivo tan lacónico, han surgido voces que afirman que las Fuerzas Armadas (y también las Fuerzas Policiales) prácticamente no pueden hablar y ni siquiera pensar. Alguien incluso ha ido más lejos, y ha recordado que dichas Fuer-

zas deben acatar las órdenes fielmente, “sin dudas ni murmuraciones”. En síntesis, se ha propiciado por determinados sectores una función casi robótica de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales; analicemos la cuestión con algún detenimiento.

El artículo 278 es una clara continuidad de la más pura tradición constitucional de Occidente, según la cual, las fuerzas del orden (en sentido amplio) están supeditadas al poder legítimamente constituido. Este aparece en todas las Constituciones del siglo XVIII y XIX y reaparece reafirmada en el siglo XX. Trasluce por otro lado la legitimidad democrática, que entiende que el derecho a mandar proviene de un mandato expreso de la ciudadanía, la cual se refleja en elecciones libres y periódicas, y que hoy es una concepción generalizada. En tal sentido la Constitución no ha dicho nada nuevo, sino que se ha limitado a repetir lo que en sustancia se ha afirmado durante casi doscientos años, y que se mantiene todavía como verdad inconcusa en Occidente.

Ahora bien, lo anterior ha sido adicionado al carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y Policiales, que de tal suerte, parecen ser la sombra del poder constituido, sin posibilidad siquiera de una indicación o sugerencia. Así podría parecer a primera vista, y la redacción del texto pueda quizá llevar a error. Pero conviene adentrarse un poco más en el tema.

El término “deliberante”, que es aquí clave, puede significar muchas cosas, y de hecho en el lenguaje coloquial aparece en su versión extrema, que algunos han desnaturalizado. Pero desde un punto de vista técnico del lenguaje, y más aún desde el punto de vista del derecho, y más concretamente del Derecho Constitucional, ello tiene un significado muy preciso, cual es, capacidad de dialogar y de poder objetar conclusiones o procedimientos. Esto es, si por deliberante entendemos una consulta previa de carácter obligatoria, entonces las Fuerzas Armadas y Policiales no son deliberantes, y este es su sentido auténtico y jurídico. Analicemos un caso relacionado con la antigua Constitución de 1933. Recordemos que en ella el Consejo de Ministros tenía dos clases de voto: el consultivo y el deliberativo. El consultivo era el voto general, en el cual el Consejo tenía que ser informado de las decisiones, pero no necesariamente tenía que aprobarlas ni dar su visto bueno;

incluso el Presidente podía tener criterio distinto y hasta contrario al Consejo. A diferencia de este voto, el deliberativo era aquel que obligaba al Presidente de la República, esto es, que el Presidente para tomar determinados acuerdos (que estaban contemplados en la Ley de Ministros y en leyes especiales) tenía necesariamente que escuchar y obtener el consentimiento de los Ministros. Este es el sentido del carácter deliberante de una institución. Y dentro del contexto del artículo 278 ello significa que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales apoyan al poder constituido, colaboran en diversas tareas de orden nacional, incluso dentro del Sistema de Defensa Nacional, hacen llegar al Presidente y a los personeros del régimen sus puntos de vista sobre problemas nacionales de vital importancia (caso típico son los asuntos sobre recursos naturales como el petróleo) pero que en ningún momento la opinión de estos cuerpos armados obliga al Gobierno ni al Presidente de la República. Y esto lo entendemos no sólo lógico y coherente, sino saludable dentro de nuestro sistema democrático.

Excursus sobre el proyecto nacional

La idea de un Proyecto Nacional no es nueva, pero tampoco está muy difundida. En los teóricos del Estado, de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional, tal terminología no existe; por lo menos en su versión literal. Más bien es usada por geopolíticos, estrategias teóricos del militarismo, y en general por todos aquellos vinculados, en alguna manera, al quehacer castrense en cualesquiera de sus ramas. Desde este ámbito, existe por cierto mucha literatura al respecto, y no resulta fácil dar una definición de lo que por él se entiende. Sólo a manera tentativa, sujeta a revisión, podemos decir que el Proyecto Nacional es un plan de acción a largo plazo, de cumplimiento obligatorio y abarcador de toda la problemática de un determinado país, que conlleva la superación de las deficiencias nacionales en todo orden, mediante una acción coordinada de robustecimiento del país, tanto en lo externo como en lo interno, que conlleve y haga efectivas la soberanía, la integridad y la independencia nacional. No queremos entrar en mayores detalles, pero es evidente que la idea central de lo que se entiende por proyecto nacional es más o menos la que hemos expuesto. Ahora se trata de ver en qué medida esto engarza con la Constitución del Estado, y si es compatible con ella.

Desde nuestro personal punto de vista, la idea de un proyecto nacional la encontramos rescatable y factible. El problema es que sus requisitos son en nuestro entender muy exigentes, y ello puede rozar con el texto constitucional. En efecto, un plan de esta naturaleza tiene que tener objetivos muy concretos, a ser realizados en forma obligatoria, con largo alcance y sobre todo sin despertar oposición o desviaciones de lo trazado. Y aquí viene el problema, porque el sistema democrático exige renovación de los cargos públicos cada cinco años, y nadie puede garantizar la permanencia de un equipo, un partido o una tendencia, por un número ilimitado de años, por lo menos mientras tengamos un sistema que contempla y consagra la alternancia de los cargos públicos. Evidentemente ¿cómo se puede garantizar que un determinado proyecto sea continuado por el gobierno que sigue?. Y por otro lado, ¿cómo puede exigirse al nuevo Gobierno, o al Gobierno ya existente, que adecúe sus conductas a un modelo previamente establecido?. Creemos que la conclusión es clara: salvo que estemos frente a un estado autoritario (como pudo ser la España de Franco o lo es la Unión Soviética) un proyecto nacional así concebido es prácticamente irrealizable, más aún si se tiene en cuenta que la democracia que nuestra Constitución consagra es por esencia pluralista, y supone el diálogo entre los titulares del poder, sin más límites que los que imponen la Constitución y las leyes.

Ahondando más esta idea, podríamos incluso afirmar que si bien formalmente la Constitución no consagra un Proyecto Nacional, lo contiene **in nuce**, es decir, en embrión, o si se quiere, en esencia. En efecto, podríamos señalar que nuestra Constitución tiene ciertas ideas directrices que por sí son cartabones para la acción; y estas son entre otras:

- democracia representativa,
- alternancia de los cargos públicos,
- defensa de los derechos humanos,
- división y libre funcionamiento de poderes,
- pluralismo económico,
- defensa de la integridad y soberanía territorial,
- defensa de la integración latinoamericana,
- afirmación de la justicia social (en el trabajo, en la empresa, etc),

- desarrollo económico,
- vida digna y decorosa para los habitantes, etc.,

En fin, estos planteamientos pueden ser considerados como los grandes ideales que la nación peruana acepta; a lo que habría que considerar, por su hermosa expresión literaria, el preámbulo de la Constitución, que es una quinta esencia de los deseos y aspiraciones de la República, vistas en perspectiva histórica. Creemos en consecuencia, que existen aquí las bases de un proyecto nacional, que tiene el consenso democrático de la Constitución.

Ahora bien, se puede objetar que esto no es suficiente, que estas grandes ideas pueden ser vacías o de difícil cumplimiento, y que es necesario todo esto volcarlo en un plan debidamente armado y estructurado con metas y pasos precisos, con indicación de pautas y cronograma, todo ello armado en función del proyecto nacional, o si se quiere, de los ideales que consagra la Constitución.

Pero aquí viene la dificultad, pues esto no puede ser impuesto a nadie, y no debe serlo en un contexto democrático. Esto es, tal proyecto, que puede ser preparado por un equipo de ancha base, compuesto por diversos especialistas de alto nivel, no puede ni debe ser impuesto, porque ello atentaría contra el sistema democrático. Pero esto no impide que tal Proyecto, una vez realizado, sea hecho llegar a los poderes públicos, e incluso que se haga una debida difusión de él, y se busque el apoyo de los partidos políticos (en cuanto representantes de la opinión pública) a fin de que lo incorporen en sus programas. Estamos seguros de que este método suasorio, basado en las justas aspiraciones nacionales y enmarcado dentro del orden constitucional, puede lograr sus frutos.

REGIMENES DE EXCEPCION EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS (*) (**)

1. Continuidad y ruptura constitucional. Estado de necesidad

El constitucionalismo moderno (y por tal consideramos al que surge a fines del siglo XVIII), no nace del vacío ni desligado de la realidad. Es fruto de un largo proceso histórico europeo, en el cual coinciden hechos políticos, desarrollo tecnológico, filosofía de las luces. Todo esto, busca expresarse en la Constitución, principio fundamental del orden jurídico, base y soporte de la vida social. La constitución de esta suerte es considerada como algo estable y definitivo, con ánimo de perdurar en el tiempo, como lo fue la monarquía cuando era el símbolo de la legitimidad del sistema. La nueva legitimidad democrática consagra los derechos del hombre, la separación de poderes dentro de un cuadro armonioso y lúcido, llamado a regular por tiempo aparentemente indeterminado, la vida del Estado. Esto está muy bien expuesto en una famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a principios del último siglo:

“La base sobre la cual se ha establecido todo el sistema norteamericano es que el pueblo posee un derecho inicial de establecer, para su futuro gobierno, aquellos principios que . . . sean los más conducentes a su propia felicidad . . . Los

(*) El presente trabajo fue elaborado dentro de un programa regional sobre Derechos Humanos en América Latina desde la perspectiva constitucional, patrocinado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y expuesto en San José (Costa Rica) sede del Instituto, la última semana del mes de agosto de 1983. El texto que ahora presentamos es la versión revisada y corregida de aquella ponencia, enriquecida con los comentarios y sugerencias recibidos tanto en San José (1983) como en Lima (1984). Nuestro reconocimiento, por último, al prof. Hernán Montealegre quien como Director-Ejecutivo del IIDH auspició y alentó generosamente esta investigación.

(**) Publicado en AA.VV. Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno, Comisión Andina de Juristas, Lima 1984. Los debates y las ponencias realizadas en San José se encuentran en curso de publicación, cf. Enrique P. Haba (coordinador), Tratado básico de derechos humanos, Ed. Juricentro, San José 1986.

principios así establecidos son considerados fundamentales. Y como la autoridad de la que ellos proceden es suprema y puede actuar muy pocas veces, estos principios han sido diseñados para ser permanentes". (Marbury v. Madison, 1 Cranch, 137, 1803) (1).

No obstante esta universal ilusión del constitucionalismo en sus primeros tiempos, pronto se advirtió que la continuidad constitucional no era ni rectilínea ni pacífica. En efecto, situaciones anormales de excepción, surgían de vez en cuando, perturbando el orden interno del Estado, con tal intensidad que amenazaban su vida misma. El racionalismo (del que la Constitución es una clara manifestación en el campo jurídico) suponía que agotado el período constituyente (con la dación de una Constitución) cesaban como por ensalmo todos los problemas sociales. La vida sin embargo, produce situaciones imprevistas, que no pueden generalmente ser resueltas por el orden regular, y que amenazan la continuidad constitucional.

Entra así a nuestro tema el problema de la ruptura constitucional, entendiéndolo por esto la ruptura de los textos y no de la vida misma, ya que ésta continúa siempre en movimiento, aún cuando con aguas más agitadas que las normales. Ante la insuficiencia de las leyes, pensadas para los tiempos de calma y quietud, surgen las medidas extraordinarias, que no están expresamente previstas en el texto constitucional, aún cuando paradójicamente pretendan salvar la misma Constitución. Por eso desde muy temprano en la historia del constitucionalismo, se vio la necesidad de recurrir a estas "rupturas" ante situaciones imprevistas, extraordinarias o de emergencia. Se tuvo que adoptar soluciones alternativas y enfoques jurídicos para hacer frente a lo que Sánchez Viamonte ha llamado "las brechas del constitucionalismo".

Para afrontar esta situación no han faltado argumentos. El

(1) Este famoso caso ha sido reproducido innumerables veces; cf. la mejor edición concordada, *The Constitution of the United States of America*, edición a cargo de Edward Corwin, Library of Congress, Wash, 1959; un texto ágil, Saul K. Padover *The Ilying U.S. Constitution*, A Mentor Book, N. Y. 1968.

más antiguo es el denominado “razón de estado” (2). Según afirma García Pelayo, “la idea de la razón de Estado significa el descubrimiento de un **logos** propio de la política y de su configuración histórica por excelencia; es decir, del Estado (en donde se revela) un mundo de hechos dominados por la **necessitá** y no por normas puras o de definiciones abstractas . . . (que gira sobre) . . . este principio inteligible; esta **causa finalis**, si se quiere, es el poder, es decir, la posibilidad real de mandar a los hombres o para emplear la terminología de la época, de ejercer dominio o señorío sobre ellos” (cit. pp. 246-247).

Esta teoría (la razón de estado) ha caído en descrédito por los abusos que al amparo de ella se cometieron, sobre todo en la época previa al constitucionalismo europeo, pero lo esencial de su prédica se mantuvo, dentro de ciertos límites de razonabilidad. Sobre estos precedentes hizo su aparición en el derecho público (y luego en el constitucional) el llamado “estado de necesidad”, que posteriormente sería constitucionalizado. En Rousseau, por ejemplo, se reconoce que es previsión muy necesaria reconocer que no todo puede preverse, y en consecuencia ante el peligro inminente, será necesario que callen las leyes, toda vez que la primera intención de la voluntad general es que el Estado no perezca (3).

Así, se entiende por estado de necesidad en el derecho constitucional, aquellas circunstancias urgentes o imprevistas que hacen indispensable, para salvaguardar el Estado la concentración de poderes bajo la sola decisión del órgano llamado a beneficiarse (Camus) (4). Si bien es cierto que hoy es frecuente aceptar la teoría del estado de necesidad para justificar la adopción de medidas extraordinarias ante situaciones imprevistas o anormales, existen autores que son bastante críticos frente a ella. Así, Hans Kelsen, insospechable de parcialidad en este punto, escribe lo siguiente:

(2) Cf. F. Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983; Manuel García Pelayo “Sobre las razones históricas de la razón del Estado” en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Rev. de Occidente Madrid 1968.

(3) Cf. *Du contract social*, V, 6.

(4) Geneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, L.G.J., París 1965; Véase también Rafael Bielsa, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, Depalma editor, Buenos Aires 1957.

“En el estado de necesidad, el Estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de la libertad de sus súbditos, incluso sin base legal . . . en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción al orden jurídico y de la misma Constitución . . . Tras de la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordaba de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquéllos que se aprovechan para sus fines particulares del “estado de necesidad política” (5).

Las puntualizaciones efectuadas por el gran jurista vienés, agudas como todas las suyas, ponen de manifiesto una vez más los peligros del estado de necesidad, los límites imprecisos en que éste se encuentra, la dificultad de saber o no su procedencia, y sobre todo, que ella puede deslizarse fácilmente por una pendiente de arbitrariedad. No obstante tales poderosas razones, la casi totalidad de los estados modernos, acompañados de una doctrina dominante, aceptan la tesis, y más bien han enderezado sus empeños en constitucionalizar, hasta donde sea posible, las medidas de excepción motivados por los estados de necesidad (6).

2. Situaciones de excepción

Hemos visto que conjuntamente con la continuidad y la ruptura constitucional ha surgido la teoría del estado de necesidad, la que partiendo del derecho civil y del derecho penal, ha pasado al derecho constitucional y al derecho administrativo (como lo ha reseñado muy bien Bielsa). Esto es, que a pesar de la pregonada continuidad constitucional, existen emergencias, situaciones extremas, sobresaltos, situaciones no previstas o de excepción, que requieren medidas que no son las diseñadas para los tiempos de normalidad, sino que deben tener una agilidad que sirva precisamente para conjurar lo que amenaza la vida del Estado.

-
- (5) Cf. Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México 1965, pág. 206. Véase también las críticas de Faustino J. Legón, *Tratado de Derecho Político General*, Ediar, Buenos Aires 1961, tomo II, cap. VII.
- (6) Una amplia discusión sobre antecedentes y fundamentos, cf. Carlos Sánchez Viámonte, *El Constitucionalismo*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1957. Sobre los orígenes históricos, cf. Pedro Cruz Villalón *El Estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980.

Ahora bien, estas situaciones que producen ruptura, quiebra, alteración o suspensión del orden constitucional, llevan diversos nombres; unos las califican como situaciones de emergencia, otros anomalías, otros urgencias, casos o situaciones anormales, etc. Nosotros aquí las denominaremos "situaciones de excepción", lo que tiene la ventaja de ser descriptiva y no encerrar criterios valorativos, entendiéndolo que se llama así, toda vez que la excepción está referida al punto de vista constitucional, que los tolera sólo por breve lapso y no como situación permanente. Esto es, se trata de una situación no querida por el régimen constitucional, pero que la admite por fuerza mayor y sólo para determinados casos. Esta situación a su vez origina determinados remedios o facultades que se encuadran en lo que se denomina "régimen de excepción" y que como tal es conocido en la mayoría de las constituciones modernas.

Ahora bien, antes de proseguir es preciso distinguir previamente los significados de las llamadas situaciones de excepción, para a su vez distinguir los remedios y los alcances de cada una. Por un lado hay que considerar la situación excepcional en sentido estricto, o sea, aquélla que más ha preocupado a la teoría y a la práctica constitucional, y que es objeto del presente trabajo. Se trata de la acepción limitada que está relacionada con peligros que afectan el ordenamiento jurídico, pero sin llegar a subvertirlo. Así las situaciones de emergencias naturales, tales como catástrofes, inundaciones, plagas, o de orden económico, o de alteraciones del orden público por disturbios callejeros, saqueos, etc. Estas son las situaciones de excepción que dan origen a los regímenes de excepción que hoy se encuentran previstos en la casi totalidad de las constituciones (7). Estas medidas extraordinarias, consideradas

(7) No sólo en Occidente, en cuyo signo ideológico podría desconfiarse, sino también en otras latitudes de signo opuesto como es el caso de las democracias socialistas. Así, la Constitución de la URSS de 1977, faculta al Consejo de Ministros para adoptar medidas en defensa de los intereses del Estado y el orden público. (art. 131, inc. 3); la Constitución de la República Popular Húngara de 1949, revisada en 1972, señala en su artículo 31, inc. 1 que en caso de guerra o de peligro que amenace gravemente la seguridad del estado, el Consejo Presidencial puede crear un Consejo de Defensa Nacional provisto de una competencia extraordinaria; la Constitución de Polonia de 1952, autoriza al Consejo de Estado a proclamar el estado de sitio si

dentro de los llamados regímenes de excepción es lo que se denomina en algunos autores como **dictadura constitucional** (8).

Pero hay otro tipo de situación excepcional o de emergencia, que si bien es anómala, no es algo circunscrito a un lugar, época o actividad, sino que por el contrario afecta a la totalidad del régimen y pretende eventualmente su relevo, mediante la imposición de nuevos gobernantes, mediando el uso de la fuerza y la violencia, lo que puede traer incluso la modificación del sistema político y

así lo exige la defensa o la seguridad del Estado (art. 28, inc. 2) (la figura ha desaparecido como tal y ha sido reemplazada por la de "estado de guerra", que sirve para los mismos fines en la refundición del texto en 1976, pero ahora, en vista de los recientes disturbios internos, se ha pensado en volver a introducir, con mayores precisiones y diferencias, el clásico estado de sitio o el estado de emergencia) la Constitución de la República Socialista de Rumanía de 1965, revisada en 1975, autoriza al Consejo de Estado la adopción de medidas urgentes (art. 64); la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, autoriza a la Cámara del Pueblo a decretar el estado de defensa (art. 52); la Constitución de la República Popular de Bulgaria de 1971, encarga al Consejo de Ministros, la defensa del orden público y la seguridad del Estado (art. 103). Por último, el proyecto constitucional aprobado por la V Asamblea Popular China (Abril de 1982 y que tenemos entendido ha sido ratificado sin modificaciones) autoriza al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional a decretar el estado de sitio (art. 65) (cf. Jose M. Cayetano Núñez Rivero. Proyecto constitucional de la República Popular China en "Revista de Derecho Político", otoño de 1982, núm. 15). Con todo, véase la siguiente opinión. "En los sistemas absolutistas o totalitarios, no se puede en propiedad hablar de estados de excepción ni de suspensión de derechos y libertades. La concentración del poder en forma permanente es tal, y su ejercicio se encuentra tan libre de ataduras, que allí el estado de excepción es más bien el estado normal o natural" (Oscar Alzaga Villaamil Comentario sistemático de la Constitución española de 1978, Ediciones del Foro, Madrid 1978, pág. 359). Manuel B. García Álvarez escribe: "es evidente que el tema de los estados de emergencia en los países socialistas, y de la consiguiente suspensión de los derechos y libertades; no puede ser tratado al mismo plano que en los estados de democracia pluralista, dada la peculiar manera de entender el fundamento teórico de los derechos y la práctica ausencia de garantías jurisdiccionales"; (Reformas en Polonia en "Revista de Estudios Políticos" No. 24. Nov. - Dic. 1981).

- (8) Cf. Clinton L. Rossiter *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, N. J. 1948; Carl J. Friedrich *Constitutional Government and Democracy*, Blaisdell Pub. Co. Mass. 1968 (hay traducción castellana en dos tomos). Parece ser que este término fue utilizado por vez primera en 1932 por Boris Mirkin-Guetzevich, y en todo caso divulgado en la misma década por Friedrich en la primera edición de la obra antes citada. Löewenstein cree que "dictadura constitucional" es un nombre impropio para el gobierno de crisis (cf. *Teoría de la Constitución*, Cf. Ariel, Barcelona 1982 p. 285).

en definitiva de la misma Constitución. En este caso estamos ante un nuevo gobierno, un nuevo sistema político o un régimen distinto, según sea la nomenclatura que empleamos. Estamos ante lo que se denomina "gobiernos de facto" y que en su origen están conectados, en razón directa de casualidad, con una revolución o un golpe de estado (cualquiera sea la modalidad que adopten éstos). Estos fenómenos, como es fácil pensar, no están previstos en las constituciones (aún cuando son objeto de estudio por el derecho constitucional). Decimos que las constituciones no las regulan ni contemplan, pues sería lo mismo que autorizar su propia muerte. Más bien, si en algo los textos constitucionales se ocupan de los gobiernos de facto, es para fulminarlos y llenarlos de dictorios y sanciones. Pero ello no impide, como decíamos (9) aún cuando la veta más rica está dada aquí por las ciencias sociales (10).

En conclusión, estas situaciones de excepción, surgen al margen y en contra de la constitución, a diferencia de las primeras, que están ubicadas dentro del orden constitucional.

3. Antecedentes históricos.

Los estados de necesidad, han existido siempre. Como consecuencia de ello se ha buscado medios o instrumentos para hacerles frente, para solucionar los problemas que planteaban; sea en el orden de los hechos o creando un aparato legal *ad hoc*.

Dentro de esta perspectiva, nos detendremos aquí a analizar el ejemplo más antiguo y sofisticado que fue concebido en el mun-

-
- (9) Cf. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, Edit. Claridad, Buenos Aires, 1946; Germán J. Bidart Campos *Constitución y revolución en el derecho argentino*, Edit. Alfa, Buenos Aires 1958. Para un planteo general, cf. George Burdeau, *Traité de Science Politique*, LGDJ París 1950, tomo III, pp. 522 y ss.
- (10) Cf. Jean Baechler *Los fenómenos revolucionarios*, Edit. Península, Barcelona 1974. Dentro de esta gama, especial interés ha despertado el papel de los militares en la política, así como los diversos regímenes impuestos por ellos, casi siempre de corte totalitario y derechista, que se califican como fascismo, bonapartismo, populismo militar, etc., y que son un tipo de Estado de excepción, pero al margen del orden constitucional cf. Mario Esteban Carranza. *Fuerzas Armadas y Estado de Excepción*, Edit. Siglo XXI, México 1978. Un panorama general, cf. S.E. Finner, *Los militares en la política mundial*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1969.

do occidental, gracias al genio jurídico de Roma y que se condensa en la figura de la “dictadura” (11). Si bien el dictador aparece en las primitivas instituciones romanas (dictator, el que dicta órdenes) sin embargo, su relevancia surge tan sólo en la República (12), período que como se sabe, tenía entre sus instituciones al Consulado (que reemplazó al Rey), o sea, dos funcionarios que estaban al frente del organismo estatal y en caso de urgencia y necesidad, cualquiera de los dos cónsules podía instituir un soberano temporal, bajo el nombre de Dictador (13). Este Dictador estaba capacitado para incluso suspender los poderes de quien lo había nombrado; asumía así el poder total; tenía bajo sus órdenes un jefe de caballería; sus decisiones eran inapelables (salvo que él mismo decidiese lo contrario) y tampoco podían ser contestadas por el Tribunal de la Plebe. Fueron características del Dictador romano:

- tener una duración improrrogable de 6 meses,
- no poder designar su propio sucesor,
- el Senado no quedaba privado de su autoridad.

La institución sin embargo, no permaneció inmutable, sino que por el contrario cambió sus perfiles en una evolución algo larga. Así, ya en pleno siglo IV antes de Jesucristo, se utilizaba la figura del Dictador sólo para casos específicos (ejemplo, combatir una guerra concreta) e incluso de un Dictador se pasó al nombramiento de dos (Guerras Púnicas). Pero en rigor, la dictadura romana clásica funcionó solo del siglo V al siglo III a.c.

Hay que tener presente que lo importante de esta institución en su forma original, es que el magistrado que dictaba las medidas de emergencia no era el mismo que tenía el poder en períodos normales, con lo cual no había posibilidad de mando arbitrario, que

(11) Véase el trabajo fundamental de Carl Schmitt *La Dictadura*, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1968, al que nos remitimos para mayores precisiones.

(12) Se acostumbra clasificar la historia política de Roma en los siguientes períodos: monarquía (desde la fundación hasta 509 a.C.); república (desde 509 a.C. hasta el 30 a.C.); e Imperio (desde el año 30 a.C. hasta el 476 de nuestra era).

(13) Cf. W Kunkel *Historia del Derecho Romano*, Edit. Ariel, Barcelona 1982 (un excelente panorama que no se limita al derecho privado, como casi todos los de uso frecuente) y de Theodor Mommsen *Compendio del Derecho Público Romano*, Editorial Impulso, Buenos Aires 1942, esp. pp. 223 y ss. e *Historia de Roma*, Edit. Aguilar, Madrid 1976, tomo I.

es frecuente en el manejo del poder. El tránsito de la República al Imperio está caracterizado por esta deformación de la institución, como se demuestra en el caso patente de Julio César, quien fue nombrado Dictador Perpetuo (prologémonos a su posterior asesinato en el Senado).

Dos conceptos que Schmitt analiza sobre la base de un desarrollo histórico que va hasta nuestros días, es el de la Dictadura Comisaria (esto es, encargada) y la Dictadura Soberana (con capacidad para crear un nuevo orden). En el primer caso, el Dictador opera sobre la base de un órgano existente en la Constitución, sobre el cual actúa y al que pretende defender, en cuanto que es un comisario delegado de los titulares del poder. Cuando a la inversa, se pretende eliminar el orden vigente y no se recurre al actual ordenamiento sino a otro que se postula, se habla de una dictadura soberana. Mientras que en la primera estamos, si se quiere, ante una dictadura constitucional, en la segunda vemos por el contrario el ejercicio del poder constituyente.

Importantes son también los análisis que efectúa Schmitt en base a la experiencia histórica de la Revolución Francesa, entre el estado de sitio militar y el estado de sitio político. Este último, según anota, es una mera ficción jurídica, ya que el origen auténtico de la institución, tiene una clara connotación castrense, relacionada con una situación bélica, en la cual virtualmente existe un sitio que obliga a medidas relacionadas con dicho estado, como ya hemos señalado con anterioridad.

Del pensamiento schmittiano se desprende que la dictadura es un instrumento necesario para la preservación de un orden dado, que necesariamente tiende a beneficiar a quien está en el poder, sean oligarquías, clases políticas, grupos familiares o dictaduras de clase. La institución ha calado y tiene hoy alcance universal. Lo que queda siempre en discusión no es su existencia sino su ejercicio y el alcance de sus competencias.

4. Las emergencias y los modos constitucionales de afrontarlas.

Intentando una clasificación de las emergencias en el Estado contemporáneo, podemos tipificarlas en guerra internacional, de-

sórdenes internos y crisis económicas (14). Todas ellas ponen en movimiento poderes excepcionales que son manejados por el Estado con diferentes medidas de excepción, como veremos más adelante.

Desarrollando cada uno de estos tópicos tenemos

a. Guerra: es una contingencia del derecho internacional que consiste en el empleo de la violencia como **ultima ratio**, cuando en caso de conflicto frente a la amenaza a la soberanía o a los intereses vitales de un determinado país, han resultado ineficaces o insuficientes los recursos y procedimientos de solución pacífica (15). Debe distinguirse cuando la guerra se lleva a cabo en el propio territorio y cuando se combate en territorio extranjero. Por lo general las disposiciones en estado de guerra afectan a los combatientes cuando se hallan en estado enemigo; y a todos, civiles y militares, cuando la guerra se desarrolla en territorio propio. Algunos problemas se vinculan con la presencia de la jurisdicción militar sobre la civil, el régimen de los extranjeros y de sus respectivas propiedades, y el ejercicio de sus derechos, que deben, en términos generales, respetarse, aún cuando los ejemplos de las dos últimas guerras mundiales no son muy halagüeños.

b. Desórdenes internos: ésta es una categoría muy elástica: insurrecciones, motines, rebeliones, guerra civil interna, terrorismo, guerrillas, inundaciones, catástrofes naturales (terremotos, maremotos, etc.). Hay que destacar que estos desórdenes (algunos por mano del hombre y otros como consecuencia de actos de la naturaleza) tienen diferentes formas de manifestarse; así en un régimen constitucional de protección a los derechos humanos se tendrá una mayor tolerancia y respeto que el existente, en términos generales, en un gobierno de facto que carezca de legitimidad (en este supuesto, la represión se hará más necesaria).

(14) En este apartado seguimos a Germán J. Bidart Campos, **Derecho Constitucional**, Ediar, Buenos Aires 1963, tomo I, p. 576 y ss.

(15) La guerra constituye una lucha armada entre estados que tiene por objeto hacer prevalecer un punto de vista político, utilizando medios reglamentados por el derecho internacional; cf. Charles Rousseau **Derecho Internacional Público**, Ed. Ariel, Barcelona 1966, pág. 541.

En general los desórdenes internos más caracterizados tienen un claro origen político, que se da más acentuadamente en el seno de regímenes autoritarios y también en las democracias constitucionales subdesarrolladas, que por lo general no tienen un eficiente manejo de las situaciones anómalas que se les presentan; o cuando existe un porcentaje alto de marginados que no se benefician del sistema social, y en consecuencia no tienen ningún inconveniente en cuestionarlo.

c. Crisis económicas: referido sobre todo a crisis periódicas como las conocidas como inflación, recesión, deflación u otras como escasez de viviendas, desnutrición alimenticia, índices de desocupación, etc.; que se hace más clamoroso en los denominados países subdesarrollados y que en realidad comprometen el sistema constitucional (16). Estas crisis a veces son de larga duración, lo que da origen a disposiciones sobre control de precios, imposición de mercados restringidos de moneda extranjera, leyes especiales de inquilinato, etc., las cuales pueden durar incluso varios años y convertirse prácticamente en medidas permanentes, contrariando así la naturaleza misma del estado de excepción, que debe ser por principio de carácter transitorio, y no muy prolongado, salvo que posteriormente, lo que fue dictado como medida transitoria se normalice, es decir, se institucionalice, con lo cual estaríamos ante situaciones permanentes, aún cuando el sentido de tal permanencia puede ser extraño y discutible.

Frente a las situaciones que hemos visto, existen diversos institutos para hacerles frente, que a veces no son más que nombres distintos para situaciones similares, y que se explican, en parte, por el diferente origen y desarrollo histórico de los países y sus respectivas tradiciones. Ellas son:

a. Estado de guerra: es formalmente declarada y por lo general lo hace el órgano legislativo. Esto origina determinadas competencias en los Estados y por lo general la Constitución mantiene su vigencia. Así en Austria el estado de guerra permitió al gobierno fijar salarios en industrias, controlar el comercio, fijar precios

(16) Véase el cuadro inspirado en Weber, que elabora Lipset sobre la relación entre democracia y desarrollo económico (Political man, Doubleday N.Y. 1960).

en determinados bienes, imponer normas de comercialización, etc. En Suiza la Asamblea Federal confirió al Ejecutivo en 1914 y en 1939 las facultades necesarias para tomar medidas vinculadas con la seguridad, la independencia, la neutralidad y los intereses económicos del Estado, en vista del inicio de las respectivas guerras mundiales, lo que permitió racionar los alimentos imponer controles al comercio, establecer impuestos especiales, etc. En Estados Unidos la cosa es más clara: el magistrado, Presidente Hughes ha señalado que los constituyentes “no quisieron un imponente espectáculo de impotencia . . . la propia conservación es la primera ley de la vida nacional y la Constitución por sí regula los poderes necesarios para defender y preservar los Estados Unidos” (17). Bajo este principio, se han autorizado detenciones e incautaciones de propiedades de personas consideradas como enemigos, dejándose también de lado algunos derechos como el “debido proceso legal”.

b. Ley marcial: es un instituto propio de los países anglosajones (en donde tiene su partida de nacimiento) pero que se ha extendido notablemente a otras latitudes, aún cuando con características distintas. En términos generales es la modalidad que aceptan algunas constituciones, y que consiste en extender a la población civil las leyes y tribunales militares, como consecuencia de la suspensión de la ley ordinaria, sea en todo o en parte del país. Generalmente la ley marcial es un instituto propio del estado de guerra, de manera tal que es su complemento necesario, y esto casi sin excepciones. De esta suerte puede afirmarse que el estado de guerra apareja la ley marcial (entre otras medidas) aún cuando esta última, teóricamente, podría darse sin estado de guerra (por lo menos de la guerra en su sentido tradicional).

Como se ha indicado, la **martial law** tiene su origen en Inglaterra, de donde se expandió a otros países, pero dicha medida excepcional no se aplica desde los tiempos del Rey Carlos I, aún cuando la medida se haya reservado para los Dominios, y en este siglo. Debemos apuntar no obstante, que en situaciones de emergencia, el Parlamento inglés no ha dudado en otorgar amplios poderes al Gobierno para afrontar situaciones o estados de emergen-

(17) Cf. Bernard Schwartz *Los poderes del gobierno*, UNAM, México 1966, *vol. II*, pág. 257.

cia, mediante leyes especiales (**Emergency Powers Acts**).

En los Estados Unidos, existe la ley marcial entendida como traspaso de la autoridad a manos de las fuerzas armadas, en casos de invasión o guerra civil, cuando los tribunales ordinarios son clausurados y se hace imposible administrar la justicia (Ex parte Milligan 1866; Duncan vs. Kahananoka, 1946). Es necesario por último, teniendo en cuenta que el instituto de la ley marcial es para los casos de guerra, que ella no se confunda con la ley o la jurisdicción militar, que eventualmente podrían ser aplicadas a ciertas situaciones y para determinados delitos, aún en tiempo de paz (como en diversas épocas lo hacen algunos países).

c. **Estado de asamblea:** es, según indica Bielsa, la reunión de milicias convocadas por la autoridad competente y su sometimiento al régimen militar. Se puede decretar en caso de guerra, insurrección u otro acontecimiento de emergencia, pero por lo general no alcanza a la población civil ni implica restricción a los derechos constitucionales. De uso sobre todo en el período de dominación española en América, en la actualidad no tiene mayor predicamento, aún cuando existan medidas sustitutorias.

d. **Estado de sitio:** es un instituto francés surgido de la ley del 8 de Julio de 1791, y que distingue estas situaciones: i) plazas de guerra y puestos militares en estado de paz, . . . ii) . . . en estado de guerra. iii) . . . en estado de sitio. En el primer caso, la autoridad militar se extendía sólo a las tropas; en el segundo, la autoridad civil continuaba con el control del orden público, pero podía ser requerido en colaboración por el comando militar; en el último, considerado el más grave, toda la autoridad se concentraba en el mando militar, quien tenía a su cargo la custodia del orden público y las fuerzas policiales. Esto duraba mientras el cerco de la ciudad subsistía (ciudad, en aquellas épocas, amurallada). En un principio, el estado de sitio francés equivalía a la ley marcial de los Estados Unidos, pero fue degenerando y ya a mediados del siglo XIX fue extendiéndose a situaciones de desorden interno, lo que se ha denominado estado de sitio ficticio o estado de sitio político a diferencia del primigenio estado militar. Con variantes, esta institución ha pasado a gran cantidad de constituciones latinoamericanas, como veremos más adelante.

c. Facultades extraordinarias: son muchas veces el complemento de las situaciones antes descritas, mediante las cuales el Poder Ejecutivo queda investido de facultades que ensanchan notablemente su radio de acción, más allá de las que goza en períodos de paz. La Constitución de Colombia, por ejemplo, autoriza al Congreso para otorgar al Presidente de la República las facultades extraordinarias cuando la necesidad lo haga aconsejable. En otras ocasiones, estas facultades son el único medio constitucional para hacer frente a situaciones de emergencia, y que por lo general consiste en trasladar al Ejecutivo facultades legislativas, por breve tiempo, en materias de seguridad, tributación, finanzas, etc.

f. Suspensión del Habeas Corpus: estamos ante un instituto peculiar de los países anglosajones, que no conocen el estado de sitio. Para las situaciones de emergencia, utilizan la suspensión del Habeas Corpus. Señala Dicey que durante períodos de agitación política, el poder de las Cortes de expedir un mandamiento de Habeas Corpus ha sido considerado inconveniente o como una peligrosa limitación a la rama ejecutiva del gobierno, por lo que cabe su suspensión. Cuando esto sucede, la persona detenida indebidamente carece de este recurso judicial. Agrega que el crecimiento de este poder del régimen es lo más cercano a lo que en otros países se conoce como suspensión de garantías constitucionales o en Francia, la proclamación del estado de sitio (18).

En Estados Unidos, la Constitución permite suspender el Habeas Corpus en casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera. Caso conocido (ex parte Merryman) es cuando la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la suspensión del Habeas Corpus por el Presidente Lincoln, por considerar que no se habían observado los procedimientos adecuados (19).

g. Suspensión de garantías: tiene un origen mixto, que ha tenido acogida en varias constituciones latinoamericanas. Por un lado, la "suspensión" del habeas corpus, típica del derecho sajón, y

(18) Cf. A.V. Dicey *Introduction to the study of the law of the Constitution* Mac Millan, London 1902, pág. 224 y ss.

(19) Cf. Edward S. Corwin, *El poder ejecutivo* Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959, pp. 160 - 161.

de otro, la "garantía" de uso francés ambivalente. Así, en Francia, la garantía era todo lo que proclamaba la Constitución escrita, y por ello se entendía no sólo los derechos, sino la separación de poderes, las limitaciones del poder público, etc. (así, se lee por ejemplo en el preámbulo de la Constitución francesa de 1791). Esto se comprueba en uno de los clásicos del constitucionalismo francés contemporáneo, Maurice Hauriou, quien distingue: a) garantías generales de los derechos individuales y b) garantías especiales contra los peligros especiales. La primera a su vez es de dos clases: garantías constitucionales y garantías mutuas de las diferentes libertades (20).

Parece ser sin embargo, que el uso de "suspensión de garantías" fue perfilado por la legislación española, tal como se aprecia en la Constitución de la Monarquía Española del 5 de Junio de 1869 (art. 31), en donde se equipara "garantía" con "derechos" (21), y aún algunos sostienen que este concepto, se encuentra ya in nuce en la famosa Carta gaditana de 1812.

En varios textos constitucionales (México 1917, Venezuela 1947, Perú 1933, Argentina 1853) se menciona la "suspensión de garantías" en donde **garantía** se presenta como equivalente a **derecho**.

-
- (20) Cf. Maurice Hauriou Principios de derecho público y constitucional, Edit. Reus, Madrid, 1927, pág. 12. Moviéndose siempre dentro del concepto clásico de garantía, y tratando de superar sus inevitables limitaciones, Juan Francisco Linares elaboró en la década del 40, una clasificación que alcanzó gran éxito; garantías en sentido estrictísimo (procesos judiciales sumarios, tales como habeas corpus y amparo) garantía en sentido estricto (lo anterior, más los principios procesales, el principio del juez natural, las seguridades de la administración de justicia, etc.); garantía en sentido amplio (lo anterior más los principios que sustentan el régimen en especial división de poderes, renovación de cargos públicos, etc.), y garantía en sentido amplísimo (todo lo anterior más los principios de las constituciones liberales, los derechos fundamentales). Cf. J.F. Linares Razonabilidad de las leyes (el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina). Edit. Astrea, 2da. Edición, Buenos Aires 1970, pág. 221.
- (21) Hoy en día, como se aprecia en el constitucionalismo europeo de la segunda post-guerra y en la doctrina dominante latinoamericana (Cf. Héctor Fix-Zamudio, La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Edit. Civitas, Madrid 1982, passim), se entiende como "garantía" el instrumento procesal de defensa, mientras el "derecho" es la facultad inherente al hombre para hacerse acreedor de determinados beneficios que le pertenecen en cuanto tal.

h. Otros remedios innominados: existen, al margen de los ya mencionados otras medidas con nombres genéricos, y que tienen similitud con los antes expuestos. Así podemos mencionar la Constitución de Cuba de 1940, que menciona el “estado de emergencia”, que existe también en la Constitución peruana de 1979; la argentina (peronista) de 1949 que contempló el “estado de prevención y alarma”; la chilena de 1980 que consagra, entre otras, el “estado de catástrofe”; la Constitución española de 1978 que contempla en su artículo 116 el “estado de alarma” al lado de los estados de excepción y de sitio, etc.

La variedad de remedios excepcionales frente a situaciones también excepcionales, y de los que hemos reseñado solamente los de uso más extendido, nos lleva a la conclusión de que ellos son sobre todo un producto de determinadas coyunturas históricas.

5. Algunos casos del constitucionalismo actual

Hemos visto, aún cuando sólo sea de referencia, algunos casos de constituciones y la manera como encaran el problema de las situaciones de excepción o de emergencia. Veamos ahora, situaciones especiales que nos presenta el derecho comparado (22).

El ejemplo más importante es, sin dudas, la Constitución de los Estados Unidos (23). Si bien dicho país tiene diversas medidas para casos de emergencia, la más conocida es la suspensión del Habeas Corpus, la cual se autoriza en casos graves como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente. Históricamente la jurisprudencia ha amparado sin tropiezos los habeas corpus interpuestos; sólo se han presentado problemas graves en los casos de suspensión, frente a una interrogante, que ha causado un mar de proble-

(22) En general, cf. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires 1980, tomo VI; Juan A. Torres Azkona *La defensa extraordinaria del Estado* en “Revista de Estudios Políticos” num. 216, noviembre-diciembre de 1977, *States of Emergency*, International Commission of Jurists, 1983.

(23) Cf. Bernard Schwartz *Los poderes del gobierno*, cit.; Edward S. Corwin *La constitución norteamericana y su actual significado*, Edit. G. Kraft Buenos Aires 1942 (hay ediciones posteriores en inglés); Milton R. Konovitz *La Libertad en la Declaración de Derechos en los Estados Unidos*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959.

mas: ¿en qué rama del gobierno reside la capacidad para decretar la suspensión del habeas corpus, y en consecuencia la no competencia de la autoridad judicial para ordenar una medida extraordinaria?. Es célebre el caso *Ex parte Merryman*, ya citado. El 27 de abril de 1861 el Presidente Lincoln autorizó al Comandante en Jefe del Ejército para que suspendiera el habeas corpus a lo largo de cualquier línea militar entre Filadelfia y Washington. Un mes después, el Chief Justice Taney, de Baltimore, recibió una petición de Habeas Corpus de Merryman, quien había sido arrestado y confinado en el Fuerte Mc Henry por sus actividades secesionistas. Taney otorgó un mandamiento de Habeas Corpus dirigido al Comandante Militar. Al día siguiente, un ayuda de campo, con uniforme militar, apareció en la Sala del Tribunal y declinó obediencia al mandamiento del Habeas Corpus, alegando que se contaba con la autorización del Presidente. El posterior voto de Taney fue claro: el Presidente no gozaba de esa facultad, que en rigor correspondía al Congreso. Los efectos prácticos de la decisión judicial fueron nulos, pues Lincoln siguió ejerciendo esa facultad hasta que en 1863, el Congreso por ley expresa se lo concedió (con lo que indirectamente dieron validez al argumento judicial). Precizando el alcance de la suspensión, en posterior resolución judicial se declaró que “la suspensión del auto —de habeas corpus— no autoriza la detención de nadie, sino que simplemente deniega a un detenido el privilegio de ese auto en orden a obtener su libertad”. Comentado este hecho, Schwarz señala que “desde la guerra civil hasta nuestros días, el consenso de la opinión ilustrada ha sido que, en la cuestión legal implícita en *Merryman*, Taney tenía razón y Lincoln estaba equivocado”.

En Francia, existe, como sabemos, el clásico estado de sitio (Constitución de 1958, art. 36) el cual es contemplado conjuntamente con otras medidas y en especial por el artículo 16 de la misma Carta, el que señala que “cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de una manera grave o inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los

Presidentes de las Asambleas, y el Consejo Constitucional . . .”. Esta amplitud de facultades casi ilimitadas (al parecer inspiradas en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919) ha suscitado serias críticas en los comentaristas, y el mismo De Gaulle hizo abuso de ellas en 1961 a raíz del pronunciamiento de los generales en Argelia en Abril de ese año (24). Por eso se ha dicho que el Presidente de la República es el órgano clave de todo el mecanismo institucional que organiza la Constitución francesa en 1958, efectuada bajo la inspiración y para consumo gaullista (aún cuando al parecer, sus efectos tenderán a prolongarse más allá del fenómeno gaullista). Comentando este artículo 16, Jiménez de Parga señala que ahí “se encuentra la palabra clave que nos pone sobre una pista segura para comprender la V República. Esta palabra es arbitraje. El Presidente de la República francesa será un árbitro que ordene los diálogos entablados por los restantes poderes y en especial, los diálogos o disputas entre el poder ejecutivo y el poder legislativo . . . Una magistratura neutra, un árbitro, no posee poder sino autoridad. pero el Presidente de la V República tiene verdaderos poderes, algunos tal vez excesivos”. Si bien este artículo 16 tiene algunos condicionamientos (en los cuales ahora no entramos) los controles que pudieran existir, en la práctica son muy débiles y de hecho queda librado (en cuanto a su empleo) al criterio del propio Presidente.

Al lado de estos casos, que por lo demás se repiten con variantes en otras instituciones europeas (25), hay otros países que presentan situaciones sui generis. Así la vigente Constitución belga de 1831 señala en su artículo 130 que “la Constitución no puede ser suspendida, totalmente o en parte”. Un autorizado comentarista señala: “Esta disposición data de 1831 y jamás fue modificada . . . En el derecho público belga, no pueden haber estados de

(24) Cf. André Hauriou *Droit Constitutionnel et Instrutions Politiques*, Ed. Montchrestien, París 1970 (hay edición en castellano); Manuel Jiménez de Parga, *La Quinta República Francesa; una puerta abierta a la dictadura constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid 1958, Francisco Fernández Segado *El estado de excepción en el derecho francés* en “Revista de Derecho Público”, Nº 70 y 71, 1978.

(25) Constitución de Portugal de 1976 (art. 19), Constitución de España de 1978 (art. 116) etc.

excepción" (26).

Algo similar tenemos en la Constitución italiana de 1947, que guarda silencio sobre el problema, al parecer por descuido de los constituyentes. Comentando este hecho, Biscaretti di Ruffia señala que en la actualidad en el ordenamiento italiano no han sido formalmente abrogadas las normas del "Texto Unico de Seguridad Pública" de 1931, que en caso de graves desórdenes internos, autorizan al Ministerio del Interior, con el consentimiento del Presidente del Consejo de Ministros, o por delegación, a los Prefectos, a decretar el "estado de peligro público" o el "estado de guerra" (que puede llamársele civil para diferenciarlo de la internacional) y en cuya virtud los poderes inherentes al mantenimiento del orden público, pasan de las autoridades civiles a las militares. En este caso, se podrán invocar la suspensión de determinados derechos públicos subjetivos, cuando se den situaciones de peligro excepcional, para la existencia misma del Estado (27).

Otro caso interesante es el de Alemania. Al acabar la Segunda Guerra Mundial, el territorio se dividió en dos, una parte ocupada por los aliados, otra, en forma exclusiva y después excluyente, por la Unión Soviética. Las facultades que se reservaban los gobernantes militares de las potencias ocupantes no hacían urgente ni necesario definir poderes excepcionales, pues en la práctica lo ejercían dichos gobernadores. Pero cesado el estatuto de ocupación y ante el silencio de la Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1949 (precisamente durante la ocupación), fue creciendo la inquietud ante la eventualidad de las situaciones excepcionales o de emergencia, y ante la omisión constitucional. Tras largos años de consultas y debates quedó formalmente aprobada la ley de 28 de Junio de 1968, que regula con precisión los estados de excepción y las correlati-

-
- (26) Cf. Roberto Senelle *La Constitución belga comentada*, Ministerio de Asuntos Extranjeros, Bruselas 1974, pág. 437. No obstante, por leyes especiales el Parlamento ha concedido al Ejecutivo facultades para afrontar situaciones de emergencia.
- (27) Cf. P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, Napoli 1981, pp. 511-513 también Gerardo Morelli *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato Moderno*, Milano 1966. Hay que advertir que el argumento de Biscaretti no es totalmente aceptado por la doctrina italiana, la que sin embargo, no niega que por ley expresa se puede conceder al Gobierno facultades especiales para situaciones de emergencia.

vas facultades extraordinarias, aún cuando exigen alto quorum parlamentario para decretarlas (28).

6. Las constituciones latinoamericanas

El análisis de los regímenes de excepción en países latinoamericanos, debe rodearse de varias precauciones, pues si bien juntos presentan características homogéneas —con excepción de Cuba, en cuanto sistema político y constitucional— la situación política de nuestras repúblicas es cambiante y disímil en extremo, de tal suerte que todas ellas presentan períodos de estabilidad política y constitucional alternados con gobiernos militares de distinto signo, que hacen que los esquemas interpretativos y las tipologías de los regímenes latinoamericanos, apenas puedan resistir el paso de los años (29).

Desde esta perspectiva debemos tener en cuenta que:

- a) los países con mejores sistemas y tradiciones constitucionales, no siempre cuentan con regímenes constitucionales de larga duración (como es el caso de Argentina).
- b) la continuidad y observancia constitucional no significa necesariamente respeto de los derechos humanos ni menos aún que los regímenes de excepción se encuentren ejercidos dentro de cierta razonabilidad (caso Colombia).
- c) que dentro de regímenes constitucionales y democráticos, no se produzcan, aún cuando aislados y sin expreso apoyo oficial, desconocimiento de derechos humanos (caso Perú).

Lo anterior significa que existe una divergencia bastante frecuente entre los textos y los hechos; a lo que debe agregarse algo que es determinante: que desde el punto de vista político y jurídico algunos países tienen más significación que otros.

(28) Cf. Ekkehart Stein, *Derecho Político*, Edit. Aguilar, Madrid 1973, pp. 256-262.

(29) Una interesante tipología, aún cuando necesitada de actualización por el tiempo transcurrido es la de Carlos M. Rama *Tipología de los regímenes políticos latinoamericanos*, en AA.VV. "Constitución y grupos de presión en América Latina". UNAM, México 1977.

Estos nos conduce, a un enfoque doble: por un lado una reseña panorámica y en extremo sucinta de los regímenes de excepción en nuestro sub-continente latinoamericano, y por otro, al detalle de un grupo de países que nos parecen más significativos en el orden normativo e histórico-político (30).

i) Panorama general: en lo que se refiere al estado de excepción, la forma predominante (con variantes) es la del estado de sitio (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, etc.), lo que conlleva generalmente al otorgamiento de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo. También muy utilizado (a veces conjuntamente con la anterior) es la denominada "suspensión de garantías" (Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Venezuela, etc.).

En cuanto a las causas del estado de excepción, la conmoción interior y el ataque exterior figuran en casi todas las cartas fundamentales (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela, etc.). También hay referencias en conjunción con los anteriores a amenazas de perturbación, calamidades públicas, necesidad pública o defensa del Estado, etc. Como se puede apreciar, se trata siempre de definiciones generales, que envuelven vaguedad conceptual que las hacen prácticamente indefinibles, lo cual demuestra que las motivaciones reales que subyacen a las declaraciones de los regímenes de excepción, son en realidad motivaciones extra-jurídicas, que envuelven una decisión política, que es necesario analizar en otro contexto y en cada caso concreto.

En lo referente a las autoridades que declaran el estado de excepción, ello está conferido fundamentalmente al Poder Ejecutivo (Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana) a veces con autorización previa del Legislativo (Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Panamá) o declaración del Legislativo por sí mismo (en ciertos casos en la Argentina,

(30) Seguimos el valioso trabajo de Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, UNAM, México 1974. Véase también Pedro Pablo Camargo *La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos*, Bogotá 1975, y Maruja Delfino de Palacios *El Derecho de Excepción en la América Latina* Instituto de Estudios Políticos, Univ. Central de Venezuela, Caracas 1967.

Costa Rica, etc.); pero en términos generales, para efectos teóricos y prácticos, sea por su propia iniciativa, sea obteniendo el conocimiento previo o posterior ratificación, lo cierto es que la tendencia mayoritaria tiende a dejar al Ejecutivo con tales atribuciones. En cuanto a los plazos, sólo Costa Rica mantiene un plazo improrrogable de 30 días; los demás países, tienen diversas variantes, todas ellas por breves plazos pero prorrogables bajo determinadas circunstancias.

ii) **Excursus sobre algunos países latinoamericanos:** Hacer un análisis detenido de todos los países latinoamericanos es en realidad una tarea ardua, teniendo en consideración que no todos son relevantes ni menos aún tienen el mismo complejo doctrinal, legislativo e histórico, que los habilite a ser calificados como representativos. De tal suerte, y sin entrar en valoraciones que siempre son lamentables, hemos escogido una pequeña muestra de países que consideramos altamente representativos. Como mera referencia que oriente al lector podemos indicar que incluimos a Brasil y Chile, a sabiendas que viven bajo regímenes militares y que sus respectivas constituciones no tienen hoy un verdadero valor en el mundo de los hechos (incluso a Chile se ha dado una constitución ad-hoc para consumo gobiernista). Pero, sin lugar a dudas, estamos ante países de tradición cívica (Chile) y de gran potencial económico y de irradiación en América (Brasil). Por la misma razón nos detenemos en Costa Rica al analizar Centro América, pues es el único Estado en dicha región que en las actuales circunstancias, representa una tradición y estabilidad político-constitucional, y todo esto dentro de un campo de lucha que ha comprometido a sus vecinos. En lo referente al Caribe, y por su singularidad, reseñamos el caso cubano, y la República Dominicana, por su relativa estabilidad aún cuando sus bases económico-sociales podrían erosionar el sistema.

También consideramos a México (el único país del área con continuidad constitucional desde la década del 30) y en la parte sur de nuestro continente a dos países con regímenes democráticos y textos constitucionales relativamente recientes (Ecuador y Perú); a Venezuela por su ejemplar constitución de 1961 que ha dado una estabilidad de más de 25 años a ese país, y finalmente a

Colombia, por tener una antigua y arraigada tradición cívica, política y jurídica amén de una de las cartas más antiguas del área.

En cuanto a los alcances de nuestra reseña, ellos son algo limitados, pues están referidos fundamentalmente al texto constitucional, con todas las limitaciones que ello conlleva, toda vez que existen otras parcelas del universo jurídico que podrían ser igualmente ilustrativas de lo que se pretende; además, el “derecho en acción”, o sea la forma como las autoridades y los jueces interpretan estas normas, queda también de lado. No obstante ello, ayudados por la doctrina de los respectivos países (que hemos podido obtener) se hacen algunas precisiones sobre el particular, aún cuando es nuestra intención, sobre todo indicar la existencia del régimen de excepción en cada régimen constitucional, la nomenclatura que este régimen adquiere, los alcances de las medidas, no sólo en cuanto a tiempo y lugar, sino también sobre los derechos fundamentales que están en juego (pues son suspendidos todos o gran parte de ellos) y quienes son los titulares del poder que se benefician con la medida, quienes la decretan y quienes pueden levantarla. Creemos que aún con estos alcances, el resultado de la muestra que hemos hecho (no al azar, sino con los criterios selectivos que ya hemos mencionado) nos dan sin embargo, algunos frutos bastante significativos al respecto, como se podrá ver a lo largo de este trabajo y, en especial en la parte relacionada con el balance final.

I. Argentina: La Constitución vigente de 1853 (o de 1853-1860, como muchos la consideran) es la más antigua en vigor en la América Latina (31). Su artículo 23 señala que el estado de sitio procede: a) en caso de conmoción interior y, b) en caso de ataque exterior. La jurisprudencia argentina ha considerado que la declaración del estado de sitio prevista en la Constitución (y reglamentada de manera muy diversa, flexibilizando con exceso el significado de los conceptos contenidos en el numeral 23 constitucional) es un acto de decisión política que exime de su revisión, aún

(31) Cf. Germán Bidart Campos *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. Aires 1975; Humberto Quiroga Lavié *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1978; Pablo A. Ramella *Derecho Constitucional*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1982.

cuando con posterioridad, se haya desarrollado el concepto de “razonabilidad” para analizar, al conocer de acciones protectoras de los derechos humanos (habeas corpus, amparo, recurso extraordinario) si los estados de excepción se ejercen dentro de los límites señalados por la Constitución. De acuerdo con el referido artículo 23, el estado de sitio se declara en el territorio o provincia en que ocurran los hechos motivadores de la declaración, y no puede ser decretado en todo el país al mismo tiempo (arts. 67, inc. 26, art. 86, inc. 19), lo cual es un contraste notorio con lo que sucede en la mayoría de constituciones latinoamericanas.

El artículo 67, inc. 26 señala que corresponde al Congreso declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior, y durante su receso, lo hace el Poder Ejecutivo, con cargo a dar cuenta a aquél. En caso de ataque exterior, compete hacerlo al Presidente de la República, con autorización del Senado.

El cuanto al tiempo, no existe plazo señalado, sino que lo será aquél que sea determinado por las circunstancias. En lo relacionado a los alcances de la declaración del estado de sitio, ella comprende (art. 23) a todas las “garantías constitucionales” (es decir, derechos) limitándose al Presidente en cuanto que éste no puede condenar ni aplicar penas durante dicho período, concretándose al arresto de las personas o a trasladarlas de un lugar a otro dentro de la nación y si es que ellas lo prefieren, salir del territorio argentino (derecho de opción).

Diversas leyes en diferentes épocas, que han limitado las actividades políticas, han sido interpretadas por la jurisprudencia en el sentido que tales limitaciones alcanzan libertades tales como la de trabajo, difusión, prensa, reunión, etc. También ha precisado la jurisprudencia que a) se mantiene durante dicho estado de sitio el funcionamiento de los poderes del Estado, b) no impide el funcionamiento del Habeas Corpus para investigar si la autoridad que ordena la detención lo hace con fundamentos legítimos y si el ejercicio de los poderes del Presidente se hacen dentro de los límites de la Constitución (esto es, no se discute el estado de sitio, sino únicamente si éste es ejercitado dentro de los límites constitucionales), c) la Corte Suprema puede analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas durante el estado de sitio.

II. Brasil: El Brasil contiene en su actual Constitución vigente de 1967 (refundida en un nuevo texto de 1969) (32) la siguiente nomenclatura: a) medidas de emergencia, b) estado de sitio, y c) estado de emergencia. (33).

a) Medidas de emergencia: el artículo 155 establece que el Presidente de la República para preservar o restablecer el orden público o la paz social, amenazadas por graves perturbaciones o calamidades que no justifiquen el estado de sitio ni de emergencia, podrá adoptar determinadas medidas coercitivas relacionadas con la libertad de tránsito, de reunión, de asociación, etc., por un plazo que no excede los 60 días, prorrogable por una sola vez y por igual período, dando cuenta, dentro de las 48 horas, a las Cámaras.

b) Estado de sitio: oyendo al Consejo de Seguridad Nacional, lo decreta el Presidente de la República en caso de guerra a fin de preservar la integridad e independencia del país, el libre funcionamiento de los poderes del Estado y las instituciones o en caso de subversión. El respectivo decreto especificará las regiones, normas a seguir y personas alcanzadas por la medida. Se autorizan en estos casos, la detención en determinados locales, la fijación de residencia obligatoria, detención domiciliaria, intervención de entidades representativas, suspensión del derecho de reunión y de asociación, censura de correspondencia, telecomunicaciones, imprentas y espectáculos públicos, utilización de bienes de entidades autárquicas y con participación estatal. El plazo es de 80 días, y es prorrogable. A los 5 días de decretado será sometido por el Presidente al Congreso Nacional; en caso de no encontrarse en sesiones, será convocado de inmediato por el Presidente del Senado. El Congreso podrá suspender el estado de sitio (art. 44, iv). Durante

(32) Para un panorama general, Cf. Pontes de Miranda, *Comentarios á Constituição de 1967*; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1968, tomo V, pp. 625 y ss. Celso Ribeiro Bastos *Curso de Direito Constitucional* Editora Saraiva, São Paulo 1984, caps. XX y XXI y José Afonso da Silva *Curso de Direito Constitucional positivo* Ed. Rev. de Tribunais, São Paulo 1984.

(33) La parte relativa al régimen de excepción que aquí se expone proviene de la enmienda Constitucional N. 11 de 1978, Sobre los antecedentes, que consagraban expresamente la "suspensión de garantías", véase la obra citada de Diego Valadés, pág. 55. En la actualidad, aún cuando no muy claramente, existe casi una sinonimia entre derechos y garantías.

este período el Congreso Nacional mediante ley expresa podrá determinar la suspensión de otras garantías (derechos) constitucionales, lo que le permite teóricamente la suspensión de todos los derechos constitucionales. Las mismas cámaras pueden, durante el período, suspender las inmunidades de sus miembros. De acuerdo al artículo 157, la inobservancia de las medidas del estado de sitio, faculta al presunto agraviado por tales excesos, a recurrir por ilegalidad ante el Poder Judicial.

c) Estado de emergencia: es declarado, al igual que los anteriores, por el Presidente de la República, oyendo al Consejo de Seguridad Nacional, y cuando sea necesario adoptar urgentes providencias en caso de guerra, o para impedir o repeler actividades subversivas. Su duración no puede superar los 90 días prorrogables, debiendo informarse a las Cámaras dentro de los 5 días de adoptada la medida.

Las medidas de excepción, como es de verse, son variadas, y representan un avance formal sobre la sistemática del texto original, aún cuando conserva los rasgos propios del régimen militar y de la tradición constitucional brasileña. Señalemos por último, que en la Constitución existen otras medidas que contemplan la posibilidad de afectar, total o parcialmente, los derechos fundamentales (art. 54) y que aquí no tratamos por no estar relacionados directamente con el régimen de excepción, pero que no obstan para calificar como graves las licencias que el texto constitucional permite a los gobernantes en materia de derechos humanos.

III. Colombia: Tiene la Carta Constitucional más antigua de la América Latina (1886) después de la Argentina (34). De acuerdo a la Constitución, en sus artículos 121 y 122 existen: a) estado de sitio; por guerra-exterior y conmoción interna, y b) estado de emergencia, por perturbación del orden económico y social o amenaza de que ello ocurra y por grave calamidad pública. En ambos casos la declaración procede del Presidente con el voto de sus Ministros; se comunica el hecho al Congreso (en el estado de sitio se recaba la opinión previa del Consejo de Estado; se pueden emitir

14) Cf. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional General*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1981, pp. 35-38; Javier Henao Hidrón *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Edit. Thémis, Bogotá 1977, pp. 277-305; Luis Carlos Sachica *Constitucionalismo colombiano*, Edit. Thémis Bogotá 1977, pp. 277-305.

decretos con fuerza de ley y existe revisión constitucional de dicha legislación por parte de la Corte Suprema, la que puede declarar su inexecutable (inexequibilidad). Pero mientras el estado de sitio no tiene límite en el tiempo, el estado de emergencia no excede de 90 días al año. En el primero, hay gran amplitud para la suspensión de derechos; en el segundo (estado de emergencia) se dan facultades legislativas al Ejecutivo, con cargo a su posterior revisión por la Corte Suprema.

Una tercera figura sui generis lo constituye el artículo 28; que indica que aún en tiempos de paz (es decir normalidad y no existencia de regímenes de excepción) si hay motivos para temer perturbación del orden público, pueden ser aprendidas y retenidas las personas contra las que haya sospechas o graves indicios de que atenten contra la paz pública. Esta prisión puede durar hasta 10 días, tras lo cual procede la libertad o poner al detenido a disposición de los jueces competentes. Esta institución nos parece grave pues permite un estado de sitio casi permanente, sin fundamento alguno.

El estado de emergencia económica (producto de una sustantiva reforma efectada de 1968) se aplicó por primera vez en 1974 (35).

IV. Costa Rica: Este pequeño país centroamericano (un oasis dentro de una zona convulsionada) establece en su actual Constitución de 1949 (36) y como potestad de la Asamblea Legislativa, la de suspender, por votación no menor de dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de "evidente necesidad pública"

-
- (35) El Decreto 170 de 17 de Septiembre de 1974, amparado en el artículo 122 de la Constitución, y con motivo de calamidad pública y económica, declaró por vez primera dicho estado adoptando medidas tales como restricciones en el gasto público, impuestos sobre las ventas y rentas, subsidios, etc. Sobre los alcances de la reforma del 68, Cf. Jaime Vidal Perdomo, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá 1970.
- (36) Cf. Rubén Hernández *Las libertades públicas en Costa Rica*, Edit. Juricentro, San José 1980, pp. 53-62, también Eduardo Ortíz Ortíz *Costa Rica: Estado social de derecho* en "Revista de Ciencias Jurídicas", núm. 29, mayo-agosto de 1976; Oscar Aguilar Bulgarelli *La Constitución de 1949*, Edit. Costa Rica, San José 1979; Hugo Alfonso Muñoz *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*, Edit. Costa Rica, San José 1981.

determinados derechos y garantías individuales (libertad de tránsito, inviolabilidad de documentos y comunicaciones, derecho de reunión, de publicación, de información, opinión y libertad jurídica) agregando el artículo 140, inciso 4 constitucional, que la facultad compete al Ejecutivo en caso de receso legislativo. Se trata, como se ve, de un enunciado general que engloba cualquier tipo de situación que en términos generales altera el orden interno, incluyendo el caso de ataque exterior. En cuanto al plazo, este es breve; 30 días sin posibilidad de prórroga; puede extenderse a todo el territorio o sólo a parte de él.

En caso de receso legislativo, la suspensión de derechos y garantías implica la automática convocatoria a sesión extraordinaria del órgano legislativo, el que puede ratificar o desechar la suspensión. Lo que ha llamado la atención a la doctrina (37) es que la suspensión del artículo 28 (que consagra la libertad de opinión y el principio de libertad jurídica) puede dar origen a actos arbitrarios del Estado, lo que desde el punto de vista teórico, es preocupante.

V. Cuba: El caso cubano es singular dentro del contexto latinoamericano, por estar ideológicamente encuadrado en las antípodas del constitucionalismo occidental, en el cual con las inevitables limitaciones, se mueven nuestros países; pues adopta estructura, métodos y sistemas propios de las llamadas democracias populares.

Como se sabe, el régimen actual es producto de la revolución triunfante encabezada por Fidel Castro y que tomó el poder el 1º de enero de 1959, cuando estaba en vigor, aún cuando nominalmente la Constitución de 1940. Desde aquél año, reguló su aparato estatal mediante diversas leyes, una de ellas calificada de fundamental en 1959, hasta que aprobó su actual Constitución de 1976 (38). Esta en su artículo 5 señala que el Partido Comunista de Cuba es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado,

(37) Cf. R. Hernández, cit. págs. 60-62.

(38) Cf. Jorge Tapia Valdez, *Cuba Constitucional* en "Nueva Sociedad", núm. 28 enero-febrero de 1977 y el número monográfico de "Revista Cubana de Derecho" enero-febrero de 1976, núm. 11.

que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y del avance hacia la sociedad comunista, etc. De manera genérica, el inciso h) del artículo 96, indica que el Consejo de Ministros provee el mantenimiento del orden y la seguridad interna.

Si bien expresamente en el texto cubano no están consagradas las figuras de excepción (39), es indudable que del contexto se desprende esa posibilidad, no ya como un régimen de excepción nominado en cuanto tal, sino como defensa de la legalidad socialista. Así, por ejemplo, el artículo 52 confiere la libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista; contrario sensu, quién no actúa bajo ese encuadre se pone al margen de la Constitución; la que de esta suerte esconde una especie de estado de sitio latente contra aquéllos que no la cumplan.

VI. Chile: Considerado por muchos años como ejemplo de vida democrática, este país está gobernado desde setiembre de 1973 por una junta militar que se ha caracterizado por el desconocimiento y violación de los derechos humanos, y que intentando una legitimación, ha sancionado mediante plebiscito una Constitución en 1980, dejando de lado la Carta de 1925; nuevo texto que encierra disposiciones realmente reveladoras (40).

La constitución contiene una estructura dual; una parte de ella está enderezada a regular la parte permanente del aparato estatal; otra es la parte transitoria, bajo la actual Junta. Lo permanente empezará a regir el 11 de marzo de 1989, lo transitorio lo constituye el lapso comprendido entre el 11 de marzo de 1981 y el 11 de marzo de 1989.

En el período de transición, existe un organismo denominado Junta de Gobierno, integrado por los Comandantes en Jefe de la Armada y Fuerza Aérea, Director General de Carabineros y un General en representación del Comandante en Jefe del Ejército. Entre las facultades que goza son prestar su acuerdo para la decla-

(39) La anterior Constitución cubana de 1940 establecía el estado de sitio en su artículo 41.

(40) Cf. Alfredo Etcheberry *La nueva constitución chilena*, en "Boletín de la Comisión Andina de Juristas" No. 1, febrero de 1983 y D. Blumenwitz *La nueva Constitución de la República de Chile*, ed. A. Bello, Santiago 1983.

ración de estados de asamblea y de sitio, que serán declarados por el Presidente de la República. El Presidente por su parte, podrá declarar por sí solo los estados de emergencia y de catástrofe, y necesitará —como ya hemos mencionado— el concurso de la Junta de Gobierno para los estados de asamblea y de sitio. Además, y durante todo el período transitorio, el Presidente está investido de amplios poderes para limitar o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales (por ejemplo, arrestar personas, restringir el derecho de reunión y de información, etc.) sin control posterior o recurso judicial alguno. Estas facultades tienen una duración de 6 meses, prorrogables por el propio Presidente. Legalmente, la Constitución admite durante este período transitorio una verdadera dictadura legal a favor del Ejecutivo.

En lo que se refiere al aspecto permanente de la Constitución (o sea, a partir de 1989) se contemplan los “estados de excepción constitucional” (arts. 39, 40 y 41) que son:

- a) estado de asamblea (en caso de guerra exterior);
- b) estado de sitio (guerra interna y conmoción interior);
- c) estado de emergencia (casos graves de alteración del orden público, de daño o peligro para la seguridad nacional);
- d) estado de catástrofe (calamidad pública).

Todos ellos son declarados por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, salvo el del estado de sitio, en que se requiere la aprobación del Congreso.

En cuanto a las facultades de este período, son variadas; restringir la libertad personal, la libertad de prensa, de reunión, libertad de información y de opinión, facultad de expatriación, imponer censura, restringir los derechos de asociación o sindicación, etc. Salvo los estados de sitio y de emergencia, que duran 90 días (prorrogables por el propio Presidente) los demás no tienen fecha limitada, salvo que la dispongan los hechos que la motivan.

VII. Ecuador: País de agitada vida política, ha venido haciendo y deshaciendo constituciones en los últimos años; se rige en la actualidad por la Carta de 1977, ratificada mediante referendium de 15 de enero de 1978. Contempla, para todas las situaciones, el “estado de emergencia nacional” (art. 78, inc. n) dentro de las atri-

buciones del Presidente de la República dando cuenta a la Cámara Nacional de Representantes (legislativo) si estuviera reunida o al Tribunal de Garantías Constitucionales. Durante ese período el Presidente goza de amplias facultades, suspendiendo los derechos fundamentales (el texto los llama garantías), pero no puede afectar el derecho a la vida e integridad personal, ni expatriar, ni consignar fuera de las zonas donde vive el afectado. El plazo está regido por la subsistencia de los motivos que lo llevaron a declararlo, pero la Cámara Nacional de Representantes o el Tribunal de Garantías Constitucionales en receso de aquellas, puede revocar la medida, si las circunstancias lo justifican (40a).

VIII. México: En la actualidad, este es el único país con continuidad institucional y constitucional desde la década del 30, período en el cual han estado ausentes los golpes de estado y las interrupciones constitucionales, fruto del peculiar sistema mexicano que ha sido objeto de abundantes estudios tanto en el país como fuera de él (41). Es también uno de los que su régimen de excepción lo cataloga genéricamente como “suspensión de garantías” (como lo hizo la derogada constitución peruana de 1933). Así el artículo 29 del texto fundamental vigente de 1917 señala que las garantías pueden suspenderse cuando se produzca invasión extranjera, grave perturbación de la paz pública, gran peligro y gran conflicto (formas éstas últimas, bastante imprecisas). El mismo artículo constitucional otorga esta facultad al Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso, y en su receso, por la Comisión Permanente. La suspensión alcanza o puede alcanzar a todas las “garantías” (o sea, derechos), en todo el país o sólo en parte de él, por tiempo limitado. El Congreso está facultado para que otorgue las autorizaciones a que haya lugar, y si se encuentra en receso se procederá a la convocatoria respectiva. Durante el período de suspensión, no puede invocarse el Amparo. Por el carácter tan marcadamente presidencialista de la Constitución, se advierte que al Presidente se le otor-

(40a) Cf. Ramiro Borja y Borja *Derecho Constitucional ecuatoriano*, 4 tomos, Quito 1979.

(41) Cf. Jorge Carpizo *La constitución mexicana de 1917*, UNAM, México 1979; Felipe Tena Ramírez *Derecho constitucional mexicano*. Ed. Porrúa, México 1977. En cuanto al régimen de excepción, cf. Ignacio Burgoa *Las Garantías Individuales*. Edit. Porrúa, México 1981.

gan un haz muy amplio de las facultades, que pueden ser prácticamente ilimitadas.

IX. Perú: La actual Carta Política de 1979 prevé en su artículo 231 el régimen de excepción bajo las siguientes modalidades: (42).

- a) estado de emergencia (perturbación de la paz y del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la nación), y
- b) estado de sitio (en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan).

En ambos casos, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, es el que lo declara, en todo o en parte del territorio del país, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, en receso de aquél. En el primero (emergencia) se suspende las libertades y seguridades personales, la inviolabilidad de domicilio, de reunión, de tránsito y no se puede aplicar la pena de destierro. Se dicta por un plazo de 60 días, prorrogables. Si el Presidente lo dispone, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. En el segundo (estado de sitio) puede suspenderse la totalidad de los derechos personales (lo que es grave). El plazo no excede de 45 días; al decretarse se reúne el Congreso de pleno derecho, quien es el único que puede aprobar la eventual prórroga (43).

X. República Dominicana: Este pequeño país del Caribe independizado en 1844 de España, ha tenido una historia singular en épocas recientes con una dictadura muy prolongada que le hizo cambiar de nombre a su propia capital, y que se rige desde 1966 por una constitución democrática, observando los plazos constitucionales, y dentro de sus propias limitaciones socio-económicas (44).

-
- (42) Marcial Rubio-Enrique Bernal *Constitución y sociedad política*, Mesa Redonda editores Lima 1983, pp. 216-221; Alfredo Quispe Correa, *El régimen de excepción*, en "El Magistrado", núm. 1, 1982 pp. 11-18.
 - (43) Hay confusión en este apartado entre garantías y derechos, proveniente en parte de la tradición constitucional peruana. Felizmente, la Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo) ha precisado que los que se suspenden son los derechos, o si se quiere, el ejercicio de tales derechos.
 - (44) Véase la edición oficial de la Constitución (Cámara de Diputados), Santo Domingo 1972, con estudio preliminar de Juan Daniel Balcácer.

Así el inciso 7 (artículo 37) declara que es atribución del Congreso declarar el estado de sitio, en caso de alteración de la paz o calamidad pública, suspendiéndose determinados derechos individuales, por un término equivalente a la duración de la causa que lo motiva; si el Congreso no está reunido, esta facultad compete al Presidente. Si la soberanía nacional se encuentra expuesta a un peligro grave o inminente, podrá declarar el Congreso un estado de emergencia nacional (art. 37), suspendiéndose el ejercicio de todos los derechos individuales, con excepción de la inviolabilidad de la vida. Si estos hechos ocurren con el Congreso en receso, dichas providencias podrán ser adoptadas por el Presidente de la República, lo cual implica la inmediata convocatoria del Congreso.

XI. Venezuela: La vigente Carta de 1961 (45) contiene en esta materia una situación algo confusa (art. 240, 241 y 244). Por un lado consagra el estado de emergencia (conflictos interiores o exteriores) y por otro la suspensión de garantías (emergencia, conmoción que perturba la paz interna y graves circunstancias que afecten la vida económica y social). Adicionalmente, hay un estado innominado que Valadés denomina “de prevención” cuando se tiene fundados indicios de inminentes trastornos del orden público, que no justifiquen la suspensión de garantías, que facultan al Presidente a detener o confinar a las personas, por un período de 10 días y que podrán ser revisados por el Congreso o la Comisión Delegada (pues la no confirmatoria equivale al levantamiento de la medida).

El estado de emergencia y la suspensión de garantías pueden ser declarados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. La declaración dentro de los 10 días siguientes debe ser sometida a consideración del Congreso (art. 243) o en receso de éste, a la Comisión Delegada. En cuanto al tiempo, ellas están supeditadas al cese de las causas que las motivaron.

En cuanto a las garantías (derechos) que pueden ser suspendidos, en principio son todos, salvo la inviolabilidad de la vida, la no

(45) Cf. Humberto J. La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo 1980, pp. 357-362 y Allan R. Brewer - Carías *La defensa de la Constitución*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1982.

condena en ese período, el no sometimiento a torturas o penas infamantes, la incomunicación y la eliminación de penas perpetuas o mayores de 30 años. Hay que señalar por último, que ambos estados (emergencia y suspensión de garantías) son prácticamente iguales, salvo en lo referente a la causa que los motiva.

7. Balance final

El breve análisis efectuado demuestra algunas líneas tendenciales:

- a) El régimen de excepción se da bajo diversas figuras, sobre todo bajo la denominación de “estado de sitio” y “suspensión de garantías”.
- b) Las causas que las motivan o hacen operantes, son aquellas que escapan al control habitual y tienden a alterar el orden público, sea interno o externo.
- c) Los estados de excepción tiene una clara connotación política discrecional, generalmente no justiciables.
- d) Los regímenes de excepción, si bien algunos tienen ciertos controles legislativos, son en la práctica hechura del ejecutivo, en la medida que, además, el Congreso no sesiona regularmente.
- e) La manera como están configurados los regímenes de excepción, permite apreciar cierta desprotección de los derechos fundamentales, toda vez que se dan facultades legales para salir del marco normal de las actividades del Estado, y prácticamente sin controles.
- f) Si bien los derechos que se suspenden son los clásicos derechos liberales (tránsito, domicilio, reunión, etc.), también se encuentran situaciones en las cuales se puede poner entre paréntesis toda la gama de derechos o garantías constitucionales, y esto en gran número de países.
- g) Los plazos son por lo general elásticos, y muchas veces indeterminados, lo que propicia la vigencia de estados de excepción de larga duración.
- h) No existe en las Constituciones, como norma general, fa-

cultades expresas para poder revisar las medidas que se adoptan con motivo de los estados de excepción.

- i) No existe precisión terminológica, estructural ni teórica sobre el alcance de los regímenes de excepción en América Latina.
- j) Los regímenes de excepción no alteran el funcionamiento de los demás poderes u órganos del Estado.
- k) Debe elaborarse un modelo o listado mínimo que deben contener las constituciones latinoamericanas sobre los alcances de los regímenes de excepción, en especial, qué medidas se adoptan y por cuanto tiempo.

Por último, tengamos presente que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, éste podrá adoptar disposiciones expresas y limitadas a las circunstancias, que suspenden las obligaciones de la Convención (art. 27) siempre que ello no sea incompatible con las demás obligaciones y no entrañe discriminación alguna. El mismo artículo (numeral 2) no autoriza la suspensión de los derechos siguientes: reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, a la integridad personal, prohibición de esclavitud y de servidumbre, principio de la legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, a la nacionalidad y derechos políticos ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que también al más alto nivel interamericano de derechos humanos, se reconocen situaciones de excepción y en consecuencia regímenes de excepción. Lo que es nuevo en la Convención y muy sugerente, es la prohibición de que determinados derechos sean suspendidos, lo cual no concuerda con lo estipulado por varias constituciones latinoamericanas (Brasil, Colombia, México, Perú, etc.), que incluso autorizan o permiten la suspensión de todos los derechos fundamentales.

La Convención Americana (o Pacto de San José de Costa Rica, como también se le denomina) suscrita el 22 de Noviembre

de 1969, entró en vigor el 18 de Julio de 1978, fecha en que Grenada depositó su instrumento de ratificación y se cumplió el requisito de once ratificaciones establecido en la Convención, y está en vigencia en los países latinoamericanos más importantes (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Venezuela, etc.). En consecuencia, se hace necesario reformas constitucionales, a fin de que los textos latinoamericanos se adapten al Pacto de San José de Costa Rica.



EDDILI



Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

Av. Universitaria 636 - San Miguel - Telf. 639510