

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

**TEORIA
Y PRACTICA
DE LA
CONSTITUCION
PERUANA**

TOMO ■■



DOMINGO GARCIA BELAUNDE

**Teoría y práctica
de la
Constitución peruana**

Lima 1993

Derechos de publicación reservados
conforme a Ley

Autorizado con Resolución Directoral
Nº 001-86 JUS/DGAJ .

El autor y el editor asumen la responsa-
bilidad a que se contrae el Decreto
Supremo.

Nº 25A1 del 24 de diciembre de 1996.

Prohibida la reproducción parcial o total
según

Todo libro que no lleve la firma del
Autor será considerado ilegal.

© Ediciones Justo Valenzuela V.

E.I.R.L.

Jr. Lampa Nº 808 Of. 801

Teléf. 271883 - Lima Perú

Derechos Reservados
Según Ley 13714

Nota del autor

La presente obra, programada en dos volúmenes, fue publicada en su primera parte (tomo I) en 1989; el tomo II debió aparecer en 1990. Lamentablemente, y por diversos problemas ajenos al autor, el tomo II no se publicó en la fecha prevista. Ahora, gracias al apoyo entusiasta del Sr. Justo Valenzuela, cumplo con completar esa obra, pensada como unidad y debidamente corregida y revisada.

Mi reconocimiento igualmente al Sr. Alfredo Alpiste, quien ha tenido a su cargo la revisión y la edición del presente tomo.

Lima, enero de 1993

INDICE

II

EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCION (Cont.)

17.-Perfil del parlamento peruano.....	9
18.-Descentralización en el Perú actual	24
19.-Suspensión de garantías ¿o de derechos?	37
20.-La constitución económica peruana	53
21.-Inconstitucionalidad del impuesto de salida	98
22.-Sinopsis de la normatividad electoral peruana	116

III

ASPECTOS METODICOS

1.-Cómo estudiar Derecho Constitucional	161
---	-----

IV

CRONICAS, SEMBLANZAS

1.-Una visita a Biscaretti di Ruffia	177
2.-Entrañable Peñíscola	181
3.-Tierno, un buen marxista	184
4.-Carl Schmitt	186
5.-En Managua	188

LA CONSTITUCION PUESTA A PRUEBA

1.-Las vicisitudes del texto constitucional	193
2.-Inconstitucionalidad de ejercicio	196
3.-Sobre el primer poder del Estado	199
4.-Locke y el primer poder	202
5.-Primer poder: pro y contra	204
6.-La trayectoria del "primer poder"	207
7.-El Tribunal de Garantías Constitucionales	209
8.-Conocer la Constitución	213
9.-Senador vitalicio	214
10.-¿Suspensión de garantías?	216
11.-Orden público	218
12.-Las gestiones de los parlamentarios	220
13.-Retroactividad tributaria	222
14.-¿Cómo legislar?	224
15.-¿Alcalde y ... parlamentario?	226
16.-La Comisión Permanente	228
17.-Prerrogativas parlamentarias	230
18.-Inviolabilidad parlamentaria	233
19.-Inmunidad parlamentaria	235
20.-El peligro de ser legislador	237
21.-Inútil prodigalidad de suplicios	239
22.-¿Modificar la Constitución?	241
23.-Las iniciativas parlamentarias	243
24.-¿Quién autoriza a quién?	245
25.- Los derechos humanos en América Latina	
I	247
II	248
III	250
26.-Las Vice-presidencias	252
27.-FF.AA. ¿son deliberantes?	255
28.-Ejercer la presidencia	257
29.-El ocaso de las empresas públicas	259

30.-La instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales ..	261
31.-¿Es renunciable la inmunidad parlamentaria?	264
32.-Un Estado débil	266
33.-¿Debe concurrir el nuevo gabinete a las Cámaras?.....	268
34.-¿Jefe de gobierno?	271
35.- Habeas Corpus y Amparo	
I	274
II	276
III	278
36.- El caso Liberona	
I	281
II	283
III	285
IV	287
37.-Juicio político	306
38.-La responsabilidad del presidente	310
39.-Más sobre las empresas públicas	313
40.-Los derechos humanos en el Perú	316
41.-La Constitución y sus límites	319
42.-Desorden tributario	322
43.-Cultura y Estado	325
44.-Libertad de prensa	328
45.-El día de la Constitución	331
46.-Sobre la pena de muerte	335
47.-Derechos humanos y pena de muerte	338
48.-Sobre la Fiscalía y algo más	341
49.-Una muestra retrospectiva de nuestras constituciones	344
50.-Un impuesto con nombre propio	347
51.-Las erratas de El Peruano	349
52.-El habeas corpus en peligro	351
53.-Decretos de urgencia	353
54.-Sobre los votos nulos y blancos	355
55.-Constitución y Sistema financiero	358

§ 17

PERFIL DEL PARLAMENTO PERUANO (*) (**)

I

La institución del parlamento está unida al nacimiento de las nuevas repúblicas en América Latina: el Perú, independizado en 1821, no fue ajeno a este fenómeno, aun cuando su desarrollo fue algo singular. Proclamada su independencia cuando todavía más de la mitad del país estaba ocupada por las fuerzas españolas, tuvo que llamar a Bolívar para consumarla en los campos de Ayacucho en 1824, que lo fue no sólo la del Perú, sino la del resto de la América del Sur. Sólo cuando el Libertador abandona el país tras la fracasada Confederación de los Andes (ambicioso proyecto que pretendía englobar al Perú, Bolivia y a la Gran Colombia), éste se enrumbo hacia el sistema republicano y representativo, sentando sus bases con la Constitución de 1828, que estableció el sistema bicameral, que ha persistido como tendencia general desde entonces.

Característica del parlamento es que ha funcionado siempre que existieron gobiernos constitucionales (aparentes o reales) o cuando se intentaba instalar uno nuevo como legitimación **a posteriori** de un régimen **de facto**. Ha tenido, por otro lado, continuos recesos (el último y más largo de todos ellos duró doce años, desde 1968 hasta 1980), pero siempre ha sido una constante recurrente, y podría decirse, que, con altas y bajas,

(*) Ponencia presentada al III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 4-8 de noviembre de 1985), organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

(**) Publicado en el "Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem" Editorial Cuzco S.A. Lima 1986 y en la "Revista parlamentaria iberoamericana" (Madrid) No. 2, 1986.

la presencia del parlamento ha sido siempre una aspiración del electorado y de la clase política peruana.

II

Si bien el parlamento y su actividad, como ya hemos señalado, ha sido una aspiración permanente de los políticos y de la élite peruana, esto no significa que haya tenido un funcionamiento eficiente o contribuido a un evidente progreso en la marcha del país. A fin de no abundar en una descripción pormenorizada de estos hechos, recordemos tan sólo algunos testimonios que nos han dejado políticos y pensadores sobre la labor del parlamento en nuestra primera centuria.

Al despuntar el siglo, el trabajo clásico de José Matías Manzanilla (Cf. *El Poder Legislativo del Perú*, Edic. U. de San Marcos, Lima 1903), al hacer el recuento de los sucesivos parlamentos que existieron en el siglo XIX, y destacar su obra en favor de la continuidad política, no por ello dejaba de señalar su esterilidad.

“Incapaces para la obra legislativa, inertes, sin auxilio de comisiones bien constituidas, expidieron leyes impracticables, multiplicaron las de carácter local y personal y sancionaron resoluciones contradictorias”.

En cuanto a su labor económica, el mismo Manzanilla es también sumamente severo:

“La labor económica de los congresos tampoco fue digna de elogio. No invirtieron reproductivamente nuestras riquezas ni vigilaron su administración”.

Tiempo después, en un libro que ha sido considerado fundacional de nuestra sociología, Francisco García Calderón emitía similares conceptos (Cf. *Le Pérou contemporain*, Dujarrig et Cie Edit. Paris 1907). Ahí leemos:

“El parlamento, en nuestro sistema representativo, ha luchado raramente con el poder. Ha obedecido a sugerencias de la autoridad, ha tenido en algunos momentos de nuestra vida política, giros despóticos,

pero jamás ha sido una verdadera fuerza de equilibrio político y social. En su composición, el principio de separación en dos Cámaras, no se ha traducido en nada positivo ni para la realidad ni para el espíritu. Para una democracia como la peruana, anárquica e inestable, sin una gran tradición política, sin un esfuerzo continuo hacia el orden y la estabilidad nacional, una segunda Cámara, órgano de mediación y de control, era el poder de resistencia contra las veleidades republicanas. Pero en todas las formas de organización constitucional, esta Cámara no ha sido más que un segundo cuerpo de políticos de mayor edad, en donde la acción jamás ha diferido mayormente de la Cámara de la democracia y de la juventud". (cit.pp. 168-169).

Un año después, en 1908, Manuel González Prada, una de las grandes figuras literarias y políticas de la época, publicaba su libro denominado **Horas de Lucha** en el que desde una perspectiva anarquista, zahería fuertemente al Poder Legislativo y a su labor republicana. Dice así:

"... desde los comienzos de la vida republicana, nuestras Cámaras Legislativas hicieron un papel tan degradante y servil, que muchos diputados y senadores merecieron figurar en la servidumbre de Palacio. Y ¿qué más podían ser los elegidos por el fraude o la imposición de los gobiernos...?" (Cf. **Horas de Lucha**, 2da. Edición, Tip. Lux, Callao 1924, pág. 197)

En 1914, en la inauguración del año académico en la Universidad de San Marcos, Víctor Andrés Belaunde, al analizar la crisis política que atravesaba el país en aquel entonces, denunciaba un trastrueque de funciones: el Ejecutivo legisla y el Legislativo ejecuta.

"... Y como los intereses locales necesitan ser siempre amparados por el gobierno, vino como consecuencia la intromisión de los representantes en la vida administrativa, no para fiscalizarla, sino para conseguir nombramientos que amparasen esos intereses. El ejecutivo, anheloso de conservar su mayoría, tuvo que prestarse a satisfacer las exigencias localistas de los representantes, a cambio de sus votos en los proyectos gubernamentales. Y entonces se realiza el mismo fe-

nómeno que pasó en Francia con Guizot del 40 al 48. Aparece en el Perú un régimen parlamentario en la forma y autoritario en el fondo, basado en un trastrueque inmoral y absurdo de funciones.

El Ejecutivo legisla por su influencia incontrolada en las Cámaras y los representantes administran por los nombramientos.

El gobierno legisla sin crítica y los congresales ejercen la más delicada función administrativa, la del nombramiento, sin responsabilidad...” (Cf. *La crisis presente*, en “Revista Universitaria” Año IX, Vol.1, mayo de 1914, pág. 413).

Si queremos hacer un balance sobre el Poder Legislativo durante el siglo XIX, éste es, a tenor de las referencias que hemos recogido, francamente desfavorable. Es decir, no se niega, en términos generales, la necesidad del parlamento, pero se cuestiona su labor. Ya en pleno siglo XX, el país sanciona dos constituciones más, la de 1920 y la de 1933. La primera de ellas, funcionó sin contratiempos coexistiendo con un gobierno autoritario y personalista, en el cual el Congreso fue una simple sombra del Ejecutivo. En 1933 se inició otro ensayo, que tuvo algunos frutos; de hecho, fueron Cámaras que tuvieron mejor composición que las anteriores, y en las que sin lugar a dudas su democratización es evidente a partir de 1956. Un ensayista, literato y político de nota, Luis Alberto Sánchez, así lo expresa:

“El Congreso, era, hasta 1956, una sucursal de los negociantes fiscales y de los gamonales de la sierra, que constituían en conjunto la plutocracia peruana, y una caja de resonancia de los antojos del Ejecutivo”. (Cf. *El Perú, nuevo retrato de un país adolescente*. Mosca Azul Editores, Lima 1981, pág 93)

En los últimos tiempos, y al amparo de la experiencia parlamentaria de las últimas décadas, surgieron tres interpretaciones sobre la naturaleza y estructura del parlamento:

i) La propuesta por Víctor Raúl Haya de la Torre, en 1964, de que el Parlamento era y debía ser el primer poder del Estado. Esta tesis, defendida disciplinadamente por el Partido Aprista, del cual era fundador

Haya, no tiene en realidad fundamento jurídico alguno, sino fue una expresión coyuntural sin mayor trascendencia. Por lo demás, el mismo Haya nunca postuló al parlamento y la Constituyente de 1979, que él presidió, no hizo más que reforzar al Ejecutivo en detrimento del Legislativo.

ii) La propuesta de Héctor Cornejo Chávez, líder y fundador de la Democracia Cristiana, asesor y entusiasta adherente del gobierno revolucionario presidido por Velasco Alvarado (1968-1975) quien sostuvo la necesidad de eliminar el Parlamento y mantener la existencia de un solo Poder Ejecutivo.

iii) La propuesta de varios sectores, tanto políticos como académicos, de eliminar la segunda Cámara, postulando la presencia de una sola Cámara en la estructura del Estado.

De todos estos planteamientos (analizados en mi libro *Constitución y política*, Lima 1981), el más importante, por su verdadera trascendencia, es el tercero, o sea, la problematización de la composición del Parlamento, que tendrá una verdadera gravitación al momento de discutirse la estructura de los poderes del Estado en la Asamblea Constituyente de 1979.

III

Teniendo presente estos antecedentes y la hibridez de la Constitución de 1933 (un esquema mixto presidencial-parlamentario de tan funestas consecuencias; cf. Boris Mirkine-Guetzevitch. *The presidential system in Peru* en "The Political Quarterly", Vol. 5, 1934, pp. 269-272), el constituyente reunido en 1978-1979, se empeña en diseñar un parlamento distinto a los anteriores, esto es a) que su bicameralismo, si lo era, no estuviese constituido por dos cámaras, en la que una cámara era simple repetidora de la otra, b) que las sesiones del parlamento no fuesen tan distanciadas entre sí, c) que se introdujesen mecanismos para evitar la parálisis del parlamento por falta de quórum, como sucedió en los años 1947 y 1967, preludios de sendos golpes de Estado, y, d) que el parlamento no fuese una valla insalvable que dificultase la labor del Ejecutivo, poniendo en peligro la estabilidad institucional.

En el seno de la Constituyente 1978-1979, hubo diversas alternativas: a) que se fuese, sin dilaciones, a la Cámara única, b) que se mantuviese el sistema tradicional de dos cámaras, tal como había funcionado el sistema constitucional desde 1828, y, c) que una de las cámaras tuviese un origen funcional, técnico, a la manera del Senado Funcional de la Constitución de 1933, que nunca llegó a operar. La salida fue una fórmula transaccional en la cual:

i) La Cámara de Diputados sería elegida por el voto popular o sea, una Cámara eminentemente política, y

b) Que el senado representase y fuese elegido por las Regiones (de acuerdo al modelo regional contemplado en el apartado pertinente de la nueva Constitución)

Si bien quedó en claro que mientras no se constituyesen las Regiones, el Senado sería elegido por el voto político, quedó sin precisar la forma en que las regiones elegirían el Senado, ya que, o bien podría tratarse de un voto directo de los electores de cada región, o bien podría ser el órgano regional respectivo el que lo eligiese. Ante este vacío, han menudeado diversas interpretaciones dadas por algunos ex-constituyentes, lo cual demuestra que al momento de sancionarse el artículo constitucional respectivo, nadie tenía una clara idea de cómo sería esta elección, por lo que es de esperarse que este problema sea resuelto por ley expresa en su oportunidad.

No obstante lo anterior, es preciso rescatar el hecho de que si bien existe un bicameralismo en la Constitución Política vigente sancionada en 1979, y puesta en vigor recién en 1980, lo cierto es que éste no es perfecto, pues se han introducido algunas diferencias entre ambas Cámaras, y de esta manera el Senado tiene atribuciones exclusivas que no tiene la Cámara de Diputados, así como también algunas carencias. Ellas son:

i) Representa a las regiones, como ya ha sido dicho (Art.165 de la Constitución)

ii) Decide si hay lugar o no a la acusación constitucional (juicio

político) (Art. 184), lo que si bien es privativo del Senado, no representa novedad alguna con respecto a las Constituciones anteriores.

iii) Ratifica el nombramiento de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios (Art. 211, inciso 15). Se excluye de esta limitación, la facultad del Ejecutivo de nombrar Embajadores con carácter Extraordinario (Misiones Especiales, Representaciones Temporales, etc)

iv) Ratifica el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema (Art. 245)

v) Ratifica el nombramiento de los Fiscales ante la Corte Suprema (Art. 251, inciso 2), los cuales forman parte del Ministerio Público, órgano constitucional autónomo dentro de la nueva Constitución.

vi) Ratifica ascensos de Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y de Generales y grados equivalentes de las Fuerzas Policiales (Art. 281). Un dispositivo similar se encuentra en la anterior Constitución de 1933, pero en la presente la intervención es únicamente del Senado y sólo para los más altos grados de las respectivas jerarquías militares.

vii) El Senado elige a tres Directores del Banco Central de Reserva del Perú y ratifica a su Presidente (Art. 151). Dispositivo sin precedentes a fin de evitar que el Ejecutivo disponga libremente, como sucedió en épocas pasadas, del manejo monetario y financiero del país.

viii) Designa al Contralor General (Art. 146).

ix) Ratifica el nombramiento del Superintendente de Banca y Seguros (Art. 155)

Como contrapartida a estas facultades exclusivas, el Senado no tiene ninguna función de control político, esto es, no interpela ni censura a los Ministros de Estado (tarea exclusiva de la Cámara de Diputados), pero nada le impide nombrar Comisiones Investigadoras ni cursar invitaciones a los Ministros para que concurran a prestar algún informe determinado.

IV

Existen otras características del actual parlamento peruano, que no se aprecian en las constituciones anteriores, y que son de interés. Aclaremos únicamente que no obstante estas características y hasta diferencias entre ambas Cámaras impuestas por el constituyente, el proceso de creación de la Ley, o sea, el íter legislativo, es dual o sea, las dos cámaras tienen la facultad de iniciativa y gestión de proyectos de ley, la cual requerirá finalmente la sanción de ambas. En tal sentido, el esquema parlamentario peruano sigue siendo bicameral, aun cuando con importantes matices.

Importantes innovaciones son las siguientes:

a) Creación de la Comisión Permanente del Congreso, la que funciona durante el receso de las Cámaras, con determinadas facultades legislativas (para aprobar créditos suplementarios, etc) y de promulgación de normas ante la renuencia o veto del Ejecutivo.

b) Introducción de la legislación delegada, mediante la figura del Decreto Legislativo, que en la actualidad son más de 500.

c) Incorporación de todos los ex-Presidentes Constitucionales de la República, con carácter de Senadores Vitalicios.

d) Eliminación de la iniciativa para el gasto público, el cual está reservado al Ejecutivo.

e) Introducción de la disolución de la Cámara de Diputados y únicamente cuando se censura o niega confianza a tres Consejos de Ministros (Gabinetes).

La disolución no opera con el Senado, pues éste, como ya se ha apuntado, no ejerce control político.

V

La Constitución de 1979 entró en plena vigencia, como queda dicho, en 1980, y más exactamente el 28 de julio de ese año, cuando el Presidente

Fernando Belaunde Terry acudió al Congreso a prestar el juramento de estilo e instalar su período constitucional de cinco años (1980-1985).

Desde 1980 ha funcionado el Congreso en perfecta normalidad y es factible hacer algunas apreciaciones generales sobre su funcionamiento, en especial, sobre su labor legislativa y fiscalizadora. Para ello nos serviremos de un reciente estudio de Enrique Bernales B. que es una autoridad en la materia (Cf. *El Parlamento por dentro*, DESCO, Lima 1984).

En cuanto a la composición social del parlamento, éste es acentuadamente profesional, con predominio de los abogados, y con poca o escasa representación sindical, universitaria, empresarial, etc. Desde luego, señala Bernales, de esta composición (o sea, predominio de abogados) podría presumirse un adecuado perfil de calificación para la tarea legislativa, lo que no es así, y que puede explicarse por el hecho de que las universidades no forman especialistas en derecho público, sino fundamentalmente en derecho privado, y cuando lo hacen en materia pública, inciden en lo penal, descuidando el administrativo, el constitucional y el internacional; existe además ausencia de tradición parlamentaria, obsolescencia de métodos de trabajo y deficiente infraestructura de las Cámaras.

A lo anterior, como el mismo Bernales lo demuestra ayudado por cuadros y estadísticas, se añade que:

a) El parlamento en el período 1980-84, extensivo hasta hoy en día con el nuevo gobierno del Presidente Alan García, se ha caracterizado por la sumisión al Ejecutivo, con una capacidad acrítica frente al poder, incapaz de tomar pulso o control de los acontecimientos.

b) Durante el mismo período, la delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso al Ejecutivo, ha significado que en la práctica el Presidente de la República ha producido más legislación que el Congreso, y adicionalmente ha transformado casi por completo el universo jurídico con leyes que cubren campos sustanciales (así en 1981, con leyes que modificaron todo el sistema tributario, el sector empresarial del Estado, la organización de los Ministerios, la actividad económica, minera, etc.)

c) Infecundidad de las Comisiones Ordinarias y de las Extraordinarias nombradas por las Cámaras, ya que en los proyectos, estudios e investigaciones a ellas destinadas, rara vez cumplen su cometido. El lenguaje parlamentario habla con razón de que tales encargos duermen el "sueño de las comisiones".

d) No ha existido un verdadero control sobre la actividad de los Ministros, salvo una que otra presentación o interpelación, sin resultado alguno.

e) Inexistencia, perceptible incluso con el nuevo Gobierno Constitucional, de una oposición articulada, coherente y armónica.

Evidentemente el Parlamento no puede ser hoy considerado como una simple fábrica de leyes, pues la actividad legiferante, si bien importante, no tiene porqué ser su razón de ser, como lo era hace 50 años. Se trata no sólo de modernizar el Parlamento (las Comisiones, muchas de ellas, carecen de asesores), sino de reformular sus metas y objetivos. Fiscalización, control y legislación, son hoy los fines fundamentales del Órgano Legislativo, entendidos en su manera conceptual y genérica; y mientras esto no sea comprendido, no se podrá avanzar gran cosa.

VI

Después de exponer el funcionamiento del Parlamento, cabe preguntarse cuál es su ubicación dentro de la estructura general del Estado peruano. Esto es, qué órgano del Estado prima en la conducción política o mejor aún, cuál es el sistema de gobierno subyacente en nuestra carta constitucional.

Algunos, como el político Víctor Raúl Haya de la Torre, llegó a afirmar, en sesión solemne de la Asamblea Constituyente (1978), que el Parlamento era el primer poder del Estado, pues ésta era la concepción constitucional clásica. En realidad, lo que olvidó precisar Haya es que eso sucede en los modelos parlamentarios, pero no en los presidenciales. Aún más, los teóricos del Parlamento, o mejor, los estudiosos del sistema parlamentario, desde Locke en adelante, pasando por Dicey y posteriormente Laski, no

han afirmado de Inglaterra semejante desatino. Se han referido a la supremacía del Parlamento, que es algo distinto, y además teniendo en cuenta que el Rey (o la Reina) se encuentra incluido dentro del Parlamento, ya que en rigor la división triádica clásica del poder no existe en Gran Bretaña. Pero en la misma Inglaterra, ya Laski se encargó de precisar que el verdadero poder ya no está en la Cámara de los Comunes, sino en el Gabinete, que para efectos teóricos y prácticos es el ejecutivo del sistema. Si de aquí pasamos a los demás sistemas de gobierno, el desmentido es aún mayor. En todas partes crece el Ejecutivo a expensas del Legislativo, no sólo en los sistemas presidenciales de gobierno (del cual es prototipo los Estados Unidos de América) sino aun en los sistemas mixtos (como en el caso francés) o parlamentarios (como en el caso alemán)

Otra tendencia, no muy difundida, afirma que estamos ante un sistema mixto, mitad presidencial, mitad parlamentario. En efecto, si bien el Perú como toda América Latina, por tradición y por gravitación necesaria de las cosas, ha tendido y ha practicado una suerte de presidencialismo con matices muy variados, lo cierto es que al modelo constitucional peruano se le ha introducido, desde el siglo pasado, como si fueran incrustaciones, diversas piezas del modelo parlamentario (el primero de ellos fue, a mediados del siglo XIX, la figura del Consejo de Ministros). Por último, en 1933, y para contrarrestar el absolutismo practicado durante once años por el dictador Augusto B. Leguía (1919-1930) se ablandó aún más los poderes del presidente, de manera que éste ofrecía realmente un flanco muy grande a eventuales presiones externas. Estudiándola, un eminente constitucionalista, Manuel Vicente Villarán escribió:

“En realidad, la Constitución de 1933 contiene sobre el papel, todos los resortes legales que permitirían a nuestros congresos establecer el régimen parlamentario si tuvieran el grado necesario de poder político efectivo de que han carecido hasta ahora. Esta Constitución representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario. Casi nada falta, en la letra de la legislación, para hacerlo posible. Sin embargo, al lado de la literatura constitucional, y en oposición a ella, prevalece en la vida real con inexorable perseverancia

el gobierno presidencial, hondamente arraigado en las costumbres y cuyo vigor parece acentuarse como reacción contra las fórmulas escritas que intentan sustituirlo". (Cf. **Páginas escogidas**, Lima 1962, p. 194)

Pero esta hibridez de la Carta de 1933, tan poco propicia a la duración de los regímenes constitucionales, ha sido totalmente superada en el texto vigente. Así lo dice claramente la Exposición de Motivos del Proyecto Constitucional de 1979, y así lo han reiterado políticos, parlamentarios y especialistas. Lo que sucede es que los modelos puros existen sólo en teoría, pues los casos concretos presentan siempre mezclas e impurezas nacidas de la experiencia. Hay en el modelo peruano, como es fácil apreciar, diversos rasgos parlamentarios, pero el conjunto es presidencialista, no sólo por el poder decisorio del Ejecutivo, sino por la práctica misma del juego político de los últimos años, reconocido por los mismos integrantes de las Cámaras, y confirmado, con elocuencia, en el trabajo de Bernaldes, antes citado.

VII

Un punto final que interesa dilucidar, aun cuando conectado con otro de los temas de este simposium, es el relativo al lugar que ocupa el Congreso dentro de la triada de los poderes del Estado y el valor actual de la llamada división o separación de poderes. Es bien sabido que la "separación de poderes" no existe, aun cuando se siga hablando de ella por comodidad.

Ya en época tan lejana como 1900, Jellinek en su clásica obra sostenía que "es posible, pues, hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes" (Cf. Georg Jellinek **Teoría General del Estado**, Editorial Albatros, Buenos Aires 1981, pág. 377). Tiempo después, Carré de Malberg insistía sobre la unidad del poder del Estado, precisando que siendo múltiples las funciones, el poder era uno, aun cuando puedan ser múltiples los órganos del poder (Cf. R. Carré de Malberg. **Contribution à la Théorie générale de l'Etat**. Lib. Recueil Sirey, tome premier, Paris 1920, pág. 259 y ss.) Laski, poco tiempo después y en 1925, calificaba de insuficiente el sistema de división de poderes. (Cf. Harold J. Laski

A Grammar of Politics, George Allen & Unwin, London 1978, pág. 295-296). Y la doctrina más reciente no ha hecho más que confirmar y reiterar lo expuesto.

No existe pues, tal separación de poderes, aun cuando los usos y los textos constitucionales se encarguen de repetirlo hasta el cansancio.

Pero en cuanto al lugar que ocupó el Parlamento dentro del aparato estatal, el asunto se complica, si tenemos en cuenta que la Constitución peruana de 1979 contiene, aparte de los clásicos poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, otros órganos constitucionales, con poder de decisión autónoma, que están fuera de esa triada. Es decir, existen otros órganos de **naturaleza constitucional** que rompen el esquema tripartito clásico. Frente a este hecho, la doctrina moderna se ha manifestado en forma incipiente y vacilante.

Hemos visto que el mismo Carré de Malberg admitía la existencia de varios órganos, y algunos autores con posterioridad han recogido y desarrollado este planteo. En fecha más reciente, Bidart Campos ha hablado de órganos extra-poder, con lo cual ha querido precisar y explicar la presencia de estos órganos no presentidos por el constitucionalismo clásico. (Cf. Germán J. Bidart Campos **El Derecho Constitucional del Poder**. Edic. Ediar, Tomo I, Buenos Aires 1967, págs. 129-144). Creo sin embargo, que el problema no se resuelve de esa manera, sino analizando la realidad de constituciones que, como la peruana, admiten la presencia de otros órganos de igual o mayor importancia que la de los poderes clásicos. En efecto, así como no puede hablarse, sino sólo en forma convencional, de la separación de poderes, tampoco se debe seguir hablando seriamente de tres poderes o funciones del Estado, pues en la práctica son muchos más. La clásica teoría tripartita ha saltado en mil pedazos ante la nueva realidad constitucional. Ahora bien, surge la pregunta general de cómo caracterizar a esos órganos para saber si tienen el mismo nivel de los clásicos. Lo mejor será indagar cuáles son las notas definitorias de estos poderes clásicos, y luego ver si ellas están presentes en los demás órganos. Esquemáticamente diremos que los poderes clásicos:

- a) Tienen una alta función de dirección dentro del Estado.

b) Tienen competencia exclusiva y excluyente en materias de importancia nacional.

c) Nacen directamente de la Constitución.

d) No existe órgano superior a ellos.

e) Dependen directamente de la Constitución del Estado, y accesoriamente de la ley.

Resumiendo lo anterior, podríamos sintetizar aún más lo expuesto indicando que lo que define a los órganos clásicos del Estado es que: a) no dependen de nadie sino de sí mismos, b) dependen directamente de la Constitución, y c) participan en el manejo del poder estatal.

La Constitución peruana, aparte de los tres poderes clásicos, consagra a los órganos siguientes: Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales, Contraloría General y Ministerio Público (1)

El Jurado Nacional de Elecciones (que la anterior Constitución de 1933 denominaba, con propiedad, como Poder Electoral) tiene bajo su control y decisión inapelable todo lo concerniente a la inscripción y registro de los partidos políticos, organiza las elecciones y proclama a los candidatos ganadores en las justas municipales, parlamentarias y presidenciales. El Consejo Nacional de la Magistratura realiza independiente labor en la selección y propuesta de magistrados y si bien no toma una decisión final, lo cierto es que los pre-requisitos y candidatos que él propone no pueden ser modificados por nadie. El Ministerio Público, que ejerce fundamentalmente las funciones del antiguo Ministerio Fiscal, actúa también en forma independiente y se encuentra ahora fuera del Poder Judicial. La Contraloría General es el gran ente que vigila la adecuada utilización y destino de los fondos públicos (anteriormente dependía del Poder Ejecutivo). Y finalmente, el Tribunal de Garantías Constitucionales, que

(1) Con posterioridad, he reducido a siete esta clasificación, dejando de lado a la Contraloría (Nota de 1989).

puede incluso anular y derogar leyes emanadas del Congreso, es una institución cuya autoridad no necesita ser ponderada. La Constitución peruana tiene pues, no tres poderes, sino ocho; de ellos tres son los clásicos, y cinco son nuevos en nuestra dogmática constitucional (1) (2).

Evidentemente, la existencia de ocho poderes (u órganos constitucionales) no significa que ellos sean totalmente independientes entre sí y en su manejo; en la práctica existe, como es sabido, coordinación e interdependencia, sin que los otros poderes estén capacitados para interferir legalmente en su funcionamiento o en sus decisiones. Este es un aspecto muy interesante que si es traído aquí a colación, es porque, no obstante su importancia, ha pasado inadvertido a la doctrina peruana e incluso latinoamericana (3).

-
- (1) En rigor, deberíamos señalar la existencia de un solo poder y de ocho funciones estatales básicas, ejercidas a su vez por ocho órganos constitucionales distintos. Nuestra utilización del vocablo "poder", es, como se aprecia, convencional.
 - (2) Queda fuera de nuestro planteo el esquema político que, como es sabido, subyace a esta clasificación.
 - (3) La tesis que aquí aparece esbozada con motivo de la Constitución peruana, fue expuesta por primera vez por mí en el curso de Derecho Constitucional, dictado en la Universidad Católica de Lima, en 1980; ampliada, fue objeto de una conferencia en el Colegio de Abogados de Arequipa ("Tercer Forum de Difusión Legislativa", auspiciado por el Ministerio de Justicia, mediante Resolución Suprema núm. 172-82-JUS de 14 de julio de 1982 y del que hizo una reseña el diario El Pueblo de 21 de julio de 1982), y luego, difundida por otros medios; cf; esp. mi artículo Constitución y poder en "El Dominical" Suplemento del diario El Comercio de 14 de abril de 1985. De excepción es la acertada referencia de Mario Justo López (Cf. La doctrina de la separación de los poderes a la altura de nuestro tiempo, Anticipo de "Anales", año XXV, 2da. época, número 18, Buenos Aires 1983) hecha a la Constitución peruana, pero desde la perspectiva teórica de Bidart Campos sobre los órganos extra-poder que, aunque meritoria, consideramos insuficiente.

DESCENTRALIZACION EN EL PERU ACTUAL (*) (**)

La vigente Constitución Política del Perú, de 1979, ha planteado un nuevo modelo de descentralización, cuya aplicación se encuentra todavía en sus inicios. Antes de hacer de ella una descripción y análisis someros, quizá sea conveniente echar una ojeada retrospectiva y ver cuál era la situación política y jurídica previa y sus antecedentes históricos.

I. Antecedentes

Desde un punto de vista histórico, el complejo político existente sobre el área geográfica hoy denominada el Perú, ha sido siempre una entidad política unitaria y centralista. Las primeras culturas existentes (Chimú, Mochica, Paracas, Tiahuanaco, etc) se caracterizaron por surgir en la parte sur del continente americano y desarrollarse durante un periodo aproximado de dos milenios, en forma prácticamente aislada entre sí, hasta que luego fueron absorbidas por el Imperio de los Incas (Tahuantinsuyo) que Toynbee ha calificado de "Estado Universal Andino"; y que dura, según cálculos aproximados, unos doscientos años (siglos XIV a XVI) hasta que su desarrollo es violentamente interrumpido por la llegada de los conquistadores españoles (Pizarro y sus huestes). El Imperio Incaico

(*) El presente texto es la ponencia presentada al I Simposium Internacional de Derecho Constitucional Autonomico realizado en Peñíscola (Castellón) del 18 al 21 de noviembre de 1985, organizado por el Departamento de Derecho Político de la Universidad de Valencia y auspiciado por la Presidencia de la Generalitat Valenciana y la Asociación Española de Ciencia Política. Por tratarse de una exposición hecha ante un público extranjero, la ponencia conserva un nivel fundamentalmente expositivo, a la que se ha agregado con posterioridad una nota bibliográfica, acogiendo las sugerencias de algunos de los participantes en el Simposium.

(**) Publicado en *Ius et Praxis*, diciembre de 1985, N° 6. Con posterioridad se ha promulgado la Ley de Regionalización N° 25455.

impuso un gobierno paternalista y despótico, que algunos en la década de los años veinte llamaron socialista (Louis Baudin) y que hoy la mayoría de los historiadores prefieren ubicar dentro del denominado por Marx “modo de producción asiático”. Sobre la existencia de culturas dispersas (llamadas pre-incas), se impuso una compleja unidad política, militar y civilizadora, férreamente dominada por una élite cultural afincada en la capital (el Cuzco) que impuso una lengua (el quechua o runa-simi), un modo de explotación de la tierra, un determinado culto religioso (el Dios Sol), así como una especial división política (los cuatro “suyos”). Cuzco era considerado (real y lingüísticamente) el “ombiligo del mundo”. Su dominio apenas logró extenderse a las tierras amazónicas, pero llegó a dominar toda el área que hoy ocupan Ecuador, el Perú y Bolivia, parte de Colombia y el norte de Chile y Argentina. Cupo al Imperio Incaico cumplir en el área sur del continente un rol similar al de los aztecas en el norte; ambas consideradas las dos grandes civilizaciones de la América precolombina.

En 1542, Carlos V creó el Virreinato de Nueva España (México) y el Virreinato del Perú; ambos sobre la base de las civilizaciones azteca e inca.

El Virreinato del Perú, controlado desde la Ciudad de los Reyes (Lima), fue durante casi dos siglos el centro de una administración que ocupaba casi toda América del Sur (con excepción de los dominios de Portugal), hasta que fue desmembrado en vista de la dificultad de controlar un territorio tan inmenso. Así, en 1717, se creó el Virreinato de Santa Fe (o Nueva Granada) y en 1776 el Virreinato del Río de la Plata. Poco después, en 1782, se diseñó al interior del Virreinato Peruano, una nueva distribución territorial de enorme importancia: las intendencias, que llegaron a ocho: Arequipa, Cuzco, Huamanga, Huancavelica, Lima, Tarma, Trujillo, a la que se agregó Puno, en 1796. Más tarde, al advenir la República, en el siglo XIX, se formaron sobre esa base y en forma paulatina, 24 Departamentos como unidades y un status especial para el primer puerto, al que se llamó “Provincia Constitucional del Callao”.

La independencia política del Perú se inició, como la de casi toda la América Española, a comienzos del siglo diecinueve; fue formalmente

proclamada en 1821 (por el General San Martín) y ratificada por las armas en 1824 (por el Libertador Simón Bolívar, en los campos de Ayacucho)

La nueva república afrontó desde su nacimiento no sólo problemas económicos y fronterizos, sino también políticos. Uno de éstos fue el debate entre monarquía y república (1821-1823) y, más tarde, el de unitarismo y federalismo (1827-1828). Bolívar fue el gestor infructuoso de una nueva Federación de los Andes (1826) que a la postre fracasó, y el país se enrumboó finalmente al sistema republicano, unitario y centralista.

En el período 1836-1839, se intentó establecer la unión del Perú y Bolivia (ésta última desgajada del Perú en 1825, por decisión de grupos separatistas con la final anuencia de Bolívar) y se creó la Confederación Perú-Boliviana con tres Estados (Nor, Sud y Alto peruanos), que fracasó al conjuro de intrigas y desavenencias provenientes del interior y del exterior. Quedó así definitivamente muerto cualquier intento federalizante en el Perú, modelo que, sin embargo, tuvo gran acogida en otros países al influjo de la joven república norteamericana (México, Colombia hasta 1886, Argentina, etc.)

Esta frustrada experiencia no implicó, sin embargo, que las autoridades políticas de la época desconocieran la necesidad de romper la férrea estructura centralista que venía desde atrás y algunos esfuerzos descentralizadores, aun cuando tímidos, se intentaron (pero sin éxito) en 1828 (con las Juntas Departamentales), en 1873 (creación de los Concejos Departamentales) y 1886 (Juntas Departamentales)

Ya en pleno siglo XX, se plasmaron dos iniciativas más: tres Congresos Regionales (Norte, Centro y Sur) con facultades legislativas; y que, instalados en 1919, tuvieron corta vida y escasa influencia (Constitución de 1920) y los Concejos Departamentales (Constitución de 1933), que no llegaron a operar. Más adelante, en el período 1950-1970, se pusieron en marcha, en forma paulatina, las denominadas Juntas o Corporaciones Departamentales (de Rehabilitación o Desarrollo) para efectos de promover el desarrollo en sus respectivas zonas de influencia y que alcanzaron un cierto grado de autonomía (administrativa y económica), pero sin perder

sus vínculos dependientes del poder central. Más sugestiva fue la experiencia de los ORDES (Organismos Regionales de Desarrollo), vigentes desde 1977 hasta 1980, que, a la postre, fueron desactivados con la entrada en vigencia de la nueva Constitución. En la actualidad, y mientras no se implemente el Gobierno Regional previsto en la Carta Política, han sido reinstauradas las primigenias Juntas o Corporaciones Departamentales en número total de 25 (24 en cada uno de los Departamentos y una en la Provincia Constitucional del Callao) mediante Ley 23339 de 15 de diciembre de 1981, y bajo el nombre genérico de Corporaciones Departamentales, que aspiran a ser la antesala de los futuros Gobiernos Regionales.

II. Resultados de la experiencia unitaria y centralista

El centralismo incaico y virreínicio se agravó con la República (1821) en tal grado que todas las decisiones fueron paulatinamente trasladadas de la periferia al centro (Lima). Este proceso se acelera en 1920 y se convierte en incontrolable en los años 1950 (no obstante algunos esfuerzos en contra). Como consecuencia de este proceso, se produce una asfixia de los departamentos y un gigantismo de la capital. Abraham Valdelomar, una gran figura de la bohemia literaria de principios de siglo, que rodeado de amigos y admiradores, se reunía diariamente en el **Palais Concert**, café de moda ubicado en el Jirón de la Unión (la más importante arteria limeña de la época) acuñó un sugestivo sorites:

El Perú es Lima
Lima es el Jirón de la Unión
el Jirón de la Unión es el **Palais Concert**
el **Palais Concert** soy yo
(ergo, el Perú era Valdelomar).

Sobre la base de estadísticas oficiales, en 1977, en una conocida Conferencia Anual de Ejecutivos, uno de sus ponentes sintetizaba la situación de la capital del país, de la siguiente manera:

- a) Alberga el 25% de la población del país,
- b) el 58% de los migrantes,
- c) el 44% del ingreso nacional,

- d) tiene el ingreso familiar promedio más alto,
- e) más de la mitad de la infraestructura sanitaria,
- f) el 64% de la industria,
- g) más del 75% de las operaciones bancarias, el 77% de los depósitos y el 81% de las colocaciones,
- h) el 82% de los préstamos del Banco Central Hipotecario,
- i) el 67% de los préstamos del Banco Industrial,
- j) más del 50% del ahorro y préstamo del sistema mutual,
- k) el 65% de las Cooperativas de Ahorro y Crédito para Vivienda.
- l) el 75% de los profesionales universitarios,
- m) el 71% de los postulantes a estudios universitarios,
- n) el 60% de los alumnos universitarios matriculados,
- o) el 68% de los docentes universitarios,
- p) el 90% de la recaudación fiscal.

Esta realidad tan elocuente en sus cifras, se ha mantenido y quizá hasta acrecentado, a despecho de normas legales que han incentivado las actividades en las provincias (Ley de Descentralización N° 22836, Ley de la Selva, sucesivas leyes de industrias, etc.)

Dicho en otras palabras: el Estado unitario ha hecho de la capital del país, un ente macrocefálico, de los departamentos, realidades anémicas y del aparato estatal, un gigante con pies de barro. Esta será, por otro lado, la realidad que encontrará el constituyente de 1978-1979.

III. La Constitución de 1979

Hemos ya mencionado que las dos primeras constituciones peruanas de este siglo (la de 1920 y la de 1933) afrontaron el serio problema de la centralización, y ambas terminaron incumplidas (Constitución de 1933) o fracasadas (Constitución de 1920). El constituyente instalado en su escaño en 1978, consciente de tener entre sus manos la tercera constitución de este siglo, tenía ante sí no sólo un pasado de fracasos, sino una realidad centralista que se volvía insoportable. Lo que se buscó entonces, sin abandonar el Estado Unitario, fue nuevas fórmulas (y con plazos inexorables de cumplimiento) para producir una verdadera descentralización. Fueron sus modelos inspiradores la conocida Constitución italiana de 1947 y, sobre todo, el proyecto constitucional español de 1977, que puso en

sus manos la Embajada de España en Lima, a raíz de la visita del Rey Juan Carlos I a la capital peruana, en el segundo semestre de 1978 (el Rey fue recibido solemnemente en la Asamblea Constituyente, presidida por un político de destacada trayectoria: Víctor Raúl Haya de la Torre).

El esquema creado en la Constitución es el Gobierno Regional, con las características siguientes:

- a) Se crean regiones sobre las bases de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geoeconómicas.
- b) Tienen autonomía económica y administrativa.
- c) Son competentes, dentro de sus territorios, en materia de salud, vivienda, obras públicas, vialidad, agricultura, minería, industria, comercio, energía, previsión social, trabajo, educación (de acuerdo a un plan nacional) y demás que sean delegadas conforme a ley.
- d) Se les asignan recursos en la Ley de Presupuesto del Estado, así como otros de naturaleza propia (tributarios, bienes y servicios que prestan, etc.)
- e) Se establece un Fondo de Compensación Regional, para equilibrar los ingresos de diferentes regiones.
- f) Su estructura es la siguiente:
 - Asamblea Regional,
 - Consejo Regional,
 - Presidencia del Consejo (estos dos últimos elegidos por la primera).
La Asamblea Regional se integra por:
 - * personal elegido por sufragio directo,
 - * por los Alcaldes provinciales de la región (elegidos a su vez por voto directo),
 - * por delegados de las instituciones representativas de las actividades económico-sociales y culturales,
(el mandato del primero es de 5 años; el de los dos restantes es de 3 años).
- g) Los miembros de la Asamblea Regional deben ser residentes en la región y requieren las mismas calidades que para ser diputados (les alcanzan las mismas causales de inelegibilidad e incompatibilidad y las mismas prohibiciones).

- h) Corresponde a la Asamblea Regional:
- Ejercer las competencias legislativas y administrativas que expresamente le delegan los Poderes Legislativo y Ejecutivo (se establece la prevalencia de la legislación nacional sobre la regional; además el Poder Ejecutivo promulga e incluso puede vetar las normas regionales)
 - Dicta las normas de su organización interior,
 - Aprueba el Presupuesto de la región,
 - Aprueba el Plan Regional de Desarrollo,
 - Las demás funciones que señala la ley.
- i) Las regiones (cuando estén constituidas) elegirán al Senado.

El esquema precedente fue objeto de amplio debate en el seno de la Asamblea Constituyente (1978-1979) y prácticamente fue aprobado por unanimidad, lo que demuestra el alto grado de consenso existente no sólo en torno a la descentralización (más meritorio aún si se tiene en cuenta que ninguno de los grupos políticos ahí presentes reunía más del 37% de los votos) sino también acerca de la impostergable necesidad de cambiar el actual estado de cosas.

Ahora bien ¿cómo podría caracterizarse este regionalismo así consagrado en la Carta Política de 1979? Indudablemente no estamos ante un esquema federal, pero dudo mucho de que se haya adoptado en la práctica, un modelo regional al estilo italiano (Ambrosini); ni tampoco un Estado de las autonomías (Peces-Barba, Jiménez de Parga); o Estado Autonomico (Ferrando Badía, Alvarez Conde). Pienso más bien que se trata del clásico Estado unitario al que se ha pretendido descentralizar, incluso (aunque en parte tan sólo) en materias legislativas y de decisión política (aparte de lo administrativo y económico). Naturalmente, el posterior desarrollo de los gobiernos regionales y de las fuerzas políticas actuantes, contribuirá a perfilar un modelo teórico que, sin lugar a dudas, no se desprende del texto constitucional.

IV. El difícil camino de la descentralización

El constituyente dejó tres problemas irresueltos:

- a) ¿cuáles serán los ámbitos territoriales de la región, teniendo en cuenta que la actual distribución política está hecha sobre la deficiente base de Departamentos, con localismos muy acentuados?
- b) ¿será fácil para el Estado desprenderse del poder que significa manejar recursos humanos y financieros?
- c) ¿cómo elegirán las regiones a los miembros del Senado?

Si bien el texto constitucional al plasmar un modelo regional no ha hecho más que recoger un clamor popular, su puesta en marcha va a significar una tensión dialéctica entre los gobernantes y las poblaciones afectadas por la creación de las futuras regiones. En efecto, los actuales Departamentos en que se divide el país (24 en total más la Provincia Constitucional del Callao) quieren ser todos (o casi todos) cabeza de región; no obstante que, según casi todos los estudios, el país debe ser dividido sólo en unas cuantas regiones (6, 8 ó 12). Por otro lado, los gobiernos tampoco ven con satisfacción este recorte de poder que les quita manejo político.

A fin de poner en marcha el esquema regional consagrado por la Constitución y en acatamiento de ella, con fecha 20 de junio de 1984 se sancionó mediante Ley 23878, el Plan Nacional de Regionalización, que ha precisado que las regiones no pueden ser más de 12, apuntando algunos criterios para su conformación, pero sin definir cuáles son éstas ni la forma de transferir las competencias del poder central a los gobiernos regionales (que deben estar creados en 1988). Adicionalmente, este Plan ha introducido la necesidad de una Ley de Bases de la Regionalización que no estaba prevista en el texto constitucional, y que actualmente se encuentra empantanada en las cámaras legislativas, por las imprecisiones y cabos sueltos dejados por el constituyente.

Mientras este proceso constitucional y legislativo sigue su marcha, el nuevo gobierno constitucional del Presidente Alan García Pérez (1985-1990) ha iniciado, en forma paralela, una dinámica destinada a articular el desarrollo interior del país, desconcentrando: las colocaciones del sistema financiero (con miras a una futura descentralización bancaria), la burocracia, casi siempre reclusa en la capital y la priorización de la inversión pública en las zonas más deprimidas del país mediante Progra-

mas de Desarrollo Micro-Regional (Decreto Supremo N° 073-85-PCM de 5 de setiembre de 1985). Todo este esfuerzo se encuadra más en lo que se denomina "desconcentración" y no en una verdadera "descentralización", pero puede reportar dividendos mientras no culmine el proceso de regionalización.

Bibliografía

El problema de la descentralización no es nuevo en el Perú; en realidad arranca desde que es proclamada su independencia en 1821, época en la cual se discute el problema de la república unitaria o federal, que asumen también las fracciones políticas. Para todo este período, véase extensamente: Jorge Basadre **Historia de la República del Perú (1822-1933)**. Editorial Universitaria, 7ma. edición, 11 tomos, Lima 1983; y más escuetamente del mismo Basadre **Perú: problema y posibilidad**, F. y E. Rosay, Lima 1931, esp. cap. Décimo.

Al despuntar el siglo, la obra clásica de Francisco García Calderón **Le Pérou contemporain** Dujarrig et cie édit. Paris 1907, traza una **introduction géographique et historique** (pp. 1-27) en la que difunde, sin cuestionamiento alguno, la tradicional división del país, haciendo referencia a las clásicas costa, sierra y montaña o selva y mostrándose adverso a la descentralización política (p. 321). Años más tarde, José Carlos Mariátegui plantea, por vez primera en nuestro siglo el problema del regionalismo. Entre otras cosas señala: "El regionalismo no es en el Perú un movimiento, una corriente, un programa. No es sino la expresión vaga de un malestar y de un descontento". (Cf. **7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana**, Biblioteca Amauta, Lima 1928). En el planteamiento crítico que hace Víctor Andrés Belaunde vemos un enfoque más completo. (Cf. **Regionalismo y centralismo** en "Mercurio Peruano", núm. 135-136, noviembre-diciembre de 1929, recogido más tarde en el libro **La realidad nacional**, Ed. Le livre libre, Paris 1931). Belaunde acepta las "ponencias básicas" de Mariátegui, pero va más allá en dos puntos: a) propone una nueva demarcación territorial del país en siete regiones y un status especial para la selva, y b) plantea la estructura de esas regiones y sus competencias, pudiendo considerarse ambos planteamientos como los primeros de carácter descentralista de cuño distinto al federalismo que se debatió en el siglo pasado. Sobre Mariátegui puede

verse Emilio Romero y César Lévano **Regionalismo y centralismo**, Biblioteca Amauta, Lima 1969, y sobre Belaunde, cf. César Pacheco Vélez **Descentralismo y regionalismo en el pensamiento de Víctor Andrés Belaunde** en "Mercurio Peruano" N°494-495, enero-abril de 1978.

Con posterioridad, hay que mencionar la propuesta de Emilio Romero en **El descentralismo**, C. de I. y P. editores Lima, 1932, sobre 12 regiones, 3 territorios nacionales y una ciudad capital. Años después y en 1939, Javier Pulgar Vidal formula (desde el punto de vista geográfico) una completa clasificación de las regiones que supera la clásica división triádica de costa, sierra y montaña o selva. Pulgar sostiene la existencia de ocho regiones naturales en función de criterios de altura que determinan diversos pisos ecológicos, (Cf. **El Territorio Peruano y sus ocho regiones naturales** en "Mercurio Peruano", mayo de 1941 núm. 170 y en forma más amplia en su **Geografía del Perú (Las ocho regiones naturales del Perú)** Editorial Universo, Serie Textos Universitarios, Lima 1976 (?). Posteriormente y sobre esa base. Pulgar ha propuesto nueve regiones político-administrativas. (Cf. **Las regiones transversales en "Regionalización"** (varios autores). Comisión Nacional de Plan de Gobierno del Partido Aprista Peruano, Lima 1982. Desde la década del 70 ha habido otras propuestas de regionalización, casi todas ellas elaboradas por el sector gubernamental, que no han tenido mayor repercusión.

Desde el punto de vista político existe, abundante literatura en el siglo XIX, sobre todo en los primeros años posteriores a 1821. Algunas propuestas federalistas surgieron a fines del siglo XIX con Piérola (que, sin embargo, llegado al gobierno abandonó la idea); y Manuel González Prada (en 1891). Aparte de los ensayos intentados en 1919, con el advenimiento del régimen de Leguía, el primer partido moderno que reclama la regionalización es el Apra, a través de Víctor Raúl Haya de la Torre. (Cf. su **Discurso-Programa de 23 de agosto de 1931** en "Obras Completas" Edit. Mejía Baca, tomo V, Lima 1977). Con posterioridad, aun cuando sin eco alguno, Javier Ortiz de Zevallos propuso federalizar al país en tesis que llevó al seno de la Asamblea Constituyente 1978-1979. (Véanse sus intervenciones en **Democracia en acción**, Lima 1979).

La actual Constitución de 1979 consagra, como queda dicho, una suerte de regionalismo, sobre el cual hubo prácticamente consenso: oposición

a ella, por lo menos en forma notoria, mantuvieron dos constituyentes: Enrique Chirinos Soto (Cf. **La nueva Constitución al alcance de todos**, Edit. Andina, Lima 1979, pp 318-319 y Andrés A. Aramburú Menchaca (Cf. **¿Descentralismo, Regionalismo o Federalismo?** en el diario "El Comercio" de 21 de agosto de 1981).

No existe en la doctrina constitucional peruana un análisis orgánico y exhaustivo sobre el problema regional y el modelo previsto en la Carta Política vigente; no obstante puede verse el tratamiento otorgado por Marcial Rubio y Enrique Bernaldes (**Constitución y sociedad política**, Mesa Redonda editores, 2da, edición, Lima 1983) y por José Pareja Paz-Soldán (**Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**), Ediciones Justo Valenzuela, 3ra edición, Lima 1984)

Aparte de los planteos geográficos de Pulgar Vidal (sin duda los más importantes en su género) ha surgido en los últimos tiempos una copiosa bibliografía que toca los problemas más importantes de la descentralización/regionalización, desde diversos puntos de vista. Un gran panorama puede ser consultado en Carlos Amat y León y Luis Bustamante Belaunde (editores) **Lecturas sobre regionalización**, Universidad del Pacífico, Lima 1981 (a página 145 aparece el cuadro de Rodolfo Zamalloa sobre el centralismo de la capital, que se transcribe en el texto de la ponencia). Para los aspectos jurídicos, cf. Alberto Borea Odria **Regionalización y descentralización** en "La Nueva Constitución" (varios autores). Edic. Asociación Jurídica Peruana, Lima 1977; y Luis Bustamante Belaunde **La Regionalización y la Constitución de 1979** en el colectivo "Lecturas sobre regionalización", cit: un recuento histórico desde la década del 30 (que completa así a Basadre). cf. Baltazar Caravedo **El problema del descentralismo**, Universidad del Pacífico, Lima 1983, para los aspectos generales cf. Wilson, Caravedo y otros **La crítica del centralismo y la cuestión regional**, CEDESA-CDI. Lima 1984; J. Johnson y otros **Estructura y gestión del Estado descentralizado**, Centro Peruano de Estudios para el Desarrollo Regional (CPEDR), Lima 1985; Alfredo Stechery y otros **Descentralización, regionalización y microregionalización**, CPEDR, Lima 1985, Jorge Chávez y Francisco Loayza **Regionalización: proyecto, debate y posibilidad** Instituto Peruano de Estudios Geopolíticos y Estratégicos, Lima 1983.

Sobre el conjunto hispano-americano, cf. Claudio Véliz **The centralist tradition of Latin America**, Princeton University Press. N. J. 1980; sobre el federalismo en México, cf. Jorge Carpizo **La Constitución mexicana de 1979**, UNAM, México 1979 y Felipe Tena Ramírez **Derecho constitucional mexicano**, Edit. Porrúa, México 1982; sobre Venezuela, cf. Humberto La Roche **Instituciones constitucionales del Estado venezolano** DIPSE, Maracaibo 1980; sobre Brasil; cf. José A. de Olivera Baracho **Teoría Geral do Federalismo**, Minas, Gerais 1982 y Celso Ribeiro Bastos **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiba. São Paulo 1984; sobre Argentina. cf. Jorge Reynaldo Vannosi **Situación actual del Federalismo**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1964; Pedro José Frías (h) **El comportamiento federal en la Argentina**, EUDEBA, Buenos Aires 1970; lb. **Introducción al derecho público provincial**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1980.

El modelo regional que aparece en la Constitución peruana vigente está tomado, en lo fundamental, de la Carta española de 1978 y de la Constitución italiana de 1947. Tiene la ventaja de que se inspiró en un texto (el español) que era el más moderno para su época: pero como contrapartida ignora que el sustrato histórico peruano es distinto al de España e Italia. Si bien es cierto que podría discutirse la existencia de una conciencia nacional peruana y aún más, la unidad de culturas (se habla de cultura costeña u occidental, culturas quechua y aymara con variantes y culturas nativas de la selva en número de 59), lo cierto es que históricamente el Perú ha sido una unidad política, sin la larga experiencia de autogobierno que otros países tuvieron, y, además, sin el trasfondo histórico separatista que ha existido en España, en especial los casos de Cataluña y el País Vasco. De tal suerte que la forma regional consagrada en nuestro texto constitucional, debe ser aplicada con criterio realista y en forma paulatina, teniendo presente las experiencias extranjeras.

Para un planteamiento general cf. Juan Ferrando Badía **El Estado unitario, el federal y el Estado regional**. Edit. Tecnos, Madrid 1978, en donde propone un tercer tipo de Estado-el regional- como intermedio entre las dos formas clásicas de Estado, tesis que sin embargo cierto

sector de la doctrina no comparte, pues piensa que el Estado Regional (o Autónomo) es tan sólo una variante del federalismo (Cf. Giuseppe De Vergottini **Diritto Costituzionale Comparato**, CEDAM, Padova 1981. p. 211).

Para el caso de Italia, cf. Juan Ferrando Badía **Las autonomías regionales en la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947** IEP. Madrid 1962; Livio Paladin **Diritto regionale**, CEDAM, Padova 1979; así como los manuales más conocidos; G. Balladore-Pallieri **Diritto Costituzionale** Giuffrè editore, Milano 1972; Paolo Barile **Istituzioni di Diritto Pubblico**, CEDAM, Padova 1975; Paolo Biscaretti di Ruffia **Diritto Costituzionale**, Jovene editore, Napoli 1981; Carlos Lavagna **Istituzioni di Diritto Pubblico**, UTET, Torino 1970, esp. tomo II. Costantino Mortati **Istituzioni di Diritto Pubblico**, CEDAM, Padova 1976, tomo II; Pietro Virga **Diritto Costituzionale**, Giuffrè editore, Milano 1979; A. Pizzorusso **Lecciones de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales, 2 tomos, Madrid 1984. Sobre España cf. Gumersindo Trujillo (edit.) **Federalismo y regionalismo**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979; J. Leguina Villa **Las Comunidades Autónomas en "La Constitución española de 1978"**, a cargo de E. García de Enterría y A. Predieri. Edit. Civitas Madrid 1981; L. López Rodó **Estado y Comunidades Autónomas**, Madrid 1984; Enrique Álvarez Conde **Las Comunidades Autónomas**. Ed. Nacional, Madrid 1980; Juan Ferrando Badía **Teoría y Realidad del Estado Autónomo** en "Revista de Política Comparada", núm III, invierno 1980-1981; José Juan Gonzales Encinar **El estado unitario-federal**. Edit. Tecnos, Madrid 1985; así como los trabajos globales sobre la Constitución de Oscar Alzaga Villaamil, G. Peces-Barba, Garrido Falla, Luis Sánchez Agesta, Enrique Álvarez Conde, Pablo Lucas Verdú, etc. Un gran panorama puede encontrarse en Santiago Muñoz Machado **Derecho Público de las Comunidades Autónomas**. Edit. Civitas, 2 tomos, Madrid 1982/1984.

SUSPENSION DE GARANTIAS ¿O DE DERECHOS? (*) ()**

Con frecuencia escuchamos hablar de "suspensión de garantías", sea a nivel periodístico, político o a nivel de hombre común y corriente. Este hecho no es fortuito, en cierta medida tiene su fundamento en una larga tradición política, histórica y jurídica. Sin remontarnos muy lejos, mencionemos como hecho definitivo que las Constituciones peruanas vigentes en el presente siglo han incluido siempre expresa referencia a la denominada "suspensión de garantías". Así fue en la Carta de 1860 (art. 59) en vigor hasta 1919; en la de 1920 sancionada por Leguía, que si bien en principio y en su versión originaria prohibió toda "suspensión de garantías", la admitió finalmente, bajo la presión de los hechos, mediante reforma expresa (1). Finalmente, la Carta de 1933, la de más larga vigencia en nuestra historia republicana después de la de 1860, también la consagra en su artículo 70*.

(*) Las constituciones peruanas de los siglos XIX y XX, utilizaron la clásica nomenclatura de "garantías" individuales y sociales (como equivalentes a derechos) y la "suspensión de garantías" como su correlato para las situaciones de excepción. Todo esto cambió en 1979 cuando la vigente Constitución Peruana distinguió por un lado los "derechos fundamentales de la persona" y por otro las "garantías constitucionales". No obstante, al momento de redactarse el capítulo referido al régimen de excepción, se mezclaron nuevamente ambos conceptos, lo que ha originado en la doctrina nacional una discrepancia, que aun cuando de pequeña magnitud, puede tener consecuencias prácticas de indudable interés. Las presentes líneas pretenden hacer por vez primera un balance de situación y una clarificación del problema.

(**) Texto redactado para el homenaje que la UNAM prepara al profesor Héctor Fix- Zamudio con motivo de sus treinta años de docencia universitaria.

(1) El texto original de la Constitución de Leguía prohibió la suspensión de garantías en su artículo 35*; posteriormente mediante la Ley 5470 de 28 de setiembre de 1926, se reformó dicho artículo y en su nueva redacción admitió dicha suspensión. Esta importante reforma ha sido lamentablemente olvidada por Juan Vicente Ugarte del Pino en su útil *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima 1978.

II

¿Qué significa la "suspensión de garantías" en este contexto histórico-político que abarca hasta la Constitución de 1933, vigente prácticamente hasta 1980? (2)

En su sentido latinoamericano proveniente de la tradición francesa y filtrada a través de la experiencia española, la suspensión de garantías significa inequívocamente suspensión de derechos. Así lo fue entre nosotros, y así lo es todavía en otros países latinoamericanos de gran importancia, como lo son México y la Argentina. En este contexto **garantía** equivale a **derecho** ya que éste es su significado clásico. De esta suerte, la suspensión de la garantía del libre tránsito, significa la suspensión del derecho al libre tránsito. Esta declaración no causaba dudas ya que ambas locuciones eran sinónimas, y así lo vemos confirmado en la misma Constitución peruana de 1933, que por un lado menciona la suspensión de garantías en su artículo 70° y por otro se refiere a los derechos individuales y sociales en su artículo 69°.

En cuanto al sentido de esta "suspensión de garantías" en nuestra historia constitucional hasta 1980, ella significaba suspensión de derechos, y esto era interpretado de diversas maneras:

1) Los derechos materia de suspensión se encontraban suspendidos, no en sí mismos, sino en su ejercicio, conforme precisa en forma certera el eminente constitucionalista brasileño Pontes de Miranda.

2) En lo tocante a la suspensión del ejercicio de los derechos esto se entendía en dos dimensiones: a) En cuanto referidos a derechos de alcance social (o si se quiere inter subjetivo) como el derecho de reunión, quedaban automáticamente sin posibilidad de ejercitarse (por lo menos legalmente); b) Para los derechos cuyo ejercicio era individual, como la

(2) Sobre la parte histórica, doctrinaria y de derecho comparado, cf. Héctor Fix-Zamudio. La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia en "El Foro", núm 30, abril-junio de 1973; Diego Valadés, La dictadura constitucional en América Latina, UNAM, México 1974 y mi ensayo Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas en AA.VV. "Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno", Comisión Andina de Juristas, Lima 1984 (Incluido en el tomo I)

libertad de tránsito y la inviolabilidad de domicilio, quedaban desprotegidos ante la autoridad, la cual, sin necesidad de permiso judicial previo, podía allanar un domicilio o detener a una persona.

3) La suspensión estaba entendida como una franquicia que se otorga el Estado para que pueda desconocer, sin tapujos jurídicos, los derechos de los demás. De ahí que esta situación se denomine en doctrina como "dictadura constitucional".

4) La suspensión no significaba la imposibilidad física de ejercitar un derecho, sino solamente su desprotección legal, y únicamente si la autoridad hacía uso de la franquicia que le otorgaba la emergencia declarada.

5) En lo referente a la interposición judicial del Habeas Corpus (único instrumento en aquel entonces que protegía los derechos individuales y sociales) éste podía ser interpuesto por la persona afectada, pero era declarado improcedente por estar suspendidas las "garantías constitucionales", esto es, funcionaba el aparato procesal, pero sin resultado alguno.

III

El panorama que antes era muy claro, se ha complicado enormemente con la nueva Constitución peruana, que ha originado más de una perplejidad en su lectura. El nuevo texto, sancionado en 1979 y en vigencia desde 1980, contiene una sistemática formal que supera a las anteriores, y en un apartado dedicado a los regímenes de excepción distingue el:

1) Estado de emergencia: en caso de perturbación de la paz o del orden interno... En esta eventualidad, se puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, que contemplan los incisos 7,9 y 10 del artículo 2° y en el inciso 20g del mismo artículo 2°....y

2) Estado de sitio: en caso de invasión, guerra exterior o guerra civil o peligro inminente de que se produzcan, con especificación de las garantías personales que continúan en vigor...

El articulado puede suscitar muchas críticas; se ha dicho que es potencialmente más represivo que el texto constitucional de 1933, y creo que es cierto. No entraremos sin embargo en esas profundidades, y nos detendremos en un aspecto más sencillo, más técnico, pero que puede traer alguna complicación posterior. Nos centraremos en esta pregunta ¿Qué es lo que precisamente ha querido el texto constitucional?

Si analizamos cuidadosamente la letra de la norma, nos encontramos con que en el Estado de Emergencia (el equivalente a la suspensión de garantías de la Constitución de 1933) se suspenderían las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales....etc..... Si esto lo concordamos con lo que estipula el artículo 295° de la misma Constitución tenemos que "garantías constitucionales" son nada menos que el Habeas Corpus y el Amparo, con lo cual tendríamos que remitirnos a la misma Constitución y a la Ley 23506 (de Habeas Corpus y Amparo) para detectar en qué casos tales garantías constitucionales no pueden utilizarse para la defensa de determinados derechos. En suma estaríamos ante un caso de **suspensión del Habeas Corpus y del Amparo.**

Si pasamos al Estado de Sitio, veremos por el contrario que lo que se suspende son las **garantías personales**, lo cual es un sinsentido, pues las garantías que están en la Constitución son procesales y no personales. Con todo, aguzando el ingenio, no es difícil detectar que aquí se ha utilizado la acepción "garantía" en su forma clásica, esto es, como **derecho**. Si queremos hacer un primer balance, demasiado literal, tendríamos conque en un primer caso se suspenden garantías (esto es, Habeas Corpus y Amparo) y en un segundo caso, se suspenden derechos. Esto, como fácilmente se advierte, es absurdo, pues se trata de una institución (el Régimen de Excepción) que se afronta de una sola manera, y no de dos, como aparentemente podría desprenderse del artículo constitucional.

IV

¿Qué debemos hacer para tener una lectura adecuada, esto es coherente y sistemática de esta situación constitucional? Lo que tenemos que hacer es interpretar el texto constitucional para ver cuál es el sentido de la norma, acorde con lo que la institución significa y ver cuáles son sus verdaderos

alcances. Por tanto debemos analizar en qué consiste la interpretación, y para esto nos puede ser útil todavía lo que hace más de un siglo escribió F.C. von Savigny en su monumental **Sistema de Derecho Romano Actual** (1840) (Lib. I Cap. IV § 32 y ss). Dice von Savigny lo siguiente:

“.... Para lograr este fin (la interpretación) hace falta que los que toman contacto con la relación jurídica, conciben pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto, se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento insito de la ley”.

Continuando, von Savigny señala que para llevar adelante la interpretación, hay que tener presente cuatro elementos, que denomina gramatical, lógico, histórico y sistemático. Adviértase que von Savigny los califica de elementos, o sea criterios para llevar adelante una interpretación y no los denomina “métodos” como lo ha hecho la doctrina posterior, y que se sigue repitiendo inconscientemente hasta nuestros días.

El mismo von Savigny dice expresamente que “no se trata, por consiguiente de cuatro clases de interpretación.... sino de diferentes actividades que deben cooperar para que la interpretación pueda tener éxito”. Por último von Savigny explica que la interpretación es un arte, con lo cual comprendemos que podemos llegar a ciertas conclusiones que pueden ser exactas, razonables o fuera de toda duda razonables, sin descartar la posibilidad de obtener diversos sentidos, entre los cuales, escojamos tan sólo uno de ellos ateniéndonos a determinados criterios de coherencia y sistematicidad, que quizás pueden encerrar una opción ideológica.

V

Empecemos por preguntarnos si podemos llegar a conocer el sentido de la norma constitucional, a través de una interpretación gramatical. Hemos adelantado que ello no es posible, pues en las dos situaciones de excepción, tenemos conclusiones diametralmente opuestas. Ahora bien

¿por qué sucedió esto en el seno de la constituyente? ¿Por qué por un lado se habla de suspensión de derechos y de otro, de suspensión de garantías?

Nuestra hipótesis avalada en cierto modo por lo que registran los anales parlamentarios, es que hubo una confusión inconsciente sobre ambos conceptos. Ello en parte se explica porque la Asamblea Constituyente careció prácticamente de asesores, y por otro, por el desconocimiento que en materia jurídica y constitucional tienen generalmente los representantes a los parlamentos sean ordinarios o constituyentes.

Recordemos que de acuerdo a la vieja Carta de 1933, lo que existía en el tapete eran las "garantías individuales y sociales", la "suspensión de garantías" y la "acción de Habeas Corpus" para la defensa de la totalidad de los derechos. Pero en la nueva Constitución siguiendo una moderna corriente doctrinaria y de derecho comparado, las respectivas Comisiones (que manejaron textos constitucionales europeos de la segunda post-guerra) diferenciaron entre los "Derechos de la persona" (que eran las antiguas garantías individuales y sociales), de los instrumentos procesales para su protección: el Habeas Corpus y el Amparo, que calificaron, con propiedad como Garantías Constitucionales (la primera quedó consagrada en el Título I y la Segunda en el Título V de la Constitución de 1979). Esta innovación era sin lugar a dudas saludable, pues significaba aceptar una larga evolución doctrinaria y de legislación comparada. Pero esto, que fue fruto de la labor consciente y paciente de unos cuantos, no fue al parecer percibido en todos sus alcances por la mayoría de los constituyentes al momento de la discusión final en el Pleno.

Así, en la Ponencia "Derechos y Deberes Fundamentales, Garantías", preparada por la Comisión Especial N° 3 presidida por Mario Polar Ugarteche e integrada por Luis E. Heysen Incháustegui, Carlos Roca Cáceres, Alfonso R. Ramos Alva, Javier Valle-Riestra, Magda Benavides de Bordo y Pedro Cáceres Velásquez, firmada el 31 de octubre de 1978 (3), se consagra un título a la "Suspensión de Garantías", recuperando

(3) Véase el texto completo en Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Anexos y Ponencias, tomo II, Lima s/f.

así la vieja nomenclatura. Sin embargo, en su redacción menciona reiteradamente la "suspensión de derechos", hasta en tres oportunidades y con todas sus letras. Es decir, por encima de la gaffe del título, la descripción y su alcance están referidos a la "suspensión de derechos". Conviene advertir que la ponencia, publicada en los diarios y objeto de público debate, fue la que tomó en cuenta la Comisión Principal de Constitución, presidida por Luis Alberto Sánchez, al momento de redactar el anteproyecto de Constitución, que luego se discutió y aprobó en el Pleno entre mayo y junio de 1979.

Posteriormente, con fecha 27 de marzo de 1979, se aprobó el "Proyecto de la Constitución Política del Perú"(4). En este proyecto -que como decimos sirvió de base para la posterior discusión en el plenario-, se introdujo el artículo 306* que a la letra dice:

"Cuando lo exija la seguridad del Estado, puede el Poder Ejecutivo suspender, total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, los derechos declarados en los incisos 8, 10 y 11 del artículo 2° y párrafo g) del inciso 23 del mismo artículo. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediatamente cuenta de ello".

Como podemos apreciar, el texto aprobado por la Comisión Principal continúa la confusión, al tratar en forma sinónima derechos y garantías. Posteriormente, el artículo fue objeto de un replanteo en una Sub-Comisión especial, que distinguió las dos formas del régimen de excepción pero sin disipar la confusión existente. Lo que pasó ahí, lo narra bastante bien Enrique Chirinos Soto:

"Se ha discutido si lo que se suspende son las garantías o los derechos ... Ramírez del Villar cree que son las garantías... Valle-Riestra, por su parte, cree que son los derechos. Al debatirse el dictamen de la Comisión de Redacción, casi me neutralicé. Mantuve, sin embargo

(4) El texto se publicó en forma mimeográfica y en 89 páginas; también en el diario oficial "El Peruano" de abril 1° de 1979 y finalmente en Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente...cit.

el texto que aprobó la subcomisión de la que formé parte, por lealtad con Ramírez del Villar, quien ese día se encontraba ausente. El debate me parece un sí es no es bizantino..”(Cf. **La nueva Constitución al alcance de todos**. Editorial Andina Lima 1979, pág. 262)

Hemos visto, pues, que no podemos contar solamente con un criterio de orden literal o gramatical e incluso histórico. (recurrir a las fuentes para analizar qué es lo que sucedió). Los hechos nos indican que aquí no se tuvo un criterio unánime sobre esta cuestión, o si se quiere, hubo criterios dispares sobre el mismo tópico.

VI

Ahora bien ¿ Cómo ha interpretado este hecho la doctrina peruana? Hemos visto ya el criterio expuesto por Enrique Chirinos Soto, constituyente, periodista y ensayista de fuste, quien al efectuar una crónica del proceso constituyente, declara que el problema es bizantino; es decir, no tiene ninguna importancia, ya que, a la postre, ambas situaciones son iguales. Lo más probable es que este criterio de Chirinos haya sido también el de la mayoría de los constituyentes, para quienes se trataría de un problema de gran sofisticación teórica, que no importaba dilucidar. Veamos sin embargo, qué ha dicho la doctrina peruana, a través de sus principales representantes.

Destaca en primer lugar el comentario de José Pareja Paz-Soldán, el decano de nuestros exégetas y comentaristas de nuestras cartas constitucionales. En su libro **Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**. (Edit, Justo Valenzuela, 3ra edición totalmente revisada y corregida, Lima 1984), declara que no obstante la aparente discordancia en la letra del articulado, debe entenderse que lo que tenemos es en realidad la suspensión de derechos, toda vez que así expresamente lo consagra la doctrina y la práctica comparada (pág 454-456).

Dario Herrera Paulsen, aun cuando dedicado al Derecho Constitucional General, ha realizado importantes contribuciones al análisis de la problemática peruana. Así en su artículo **Limitaciones constitucionales a la libertad** (Publicado en el diario “Correo” del 19 de junio de 1983)

señala, al reseñar el régimen de excepción en la actual Constitución, que en realidad lo que se suspende son los derechos. Igual criterio sigue Alfredo Quispe Correa, en un penetrante ensayo dedicado a este tema (Cf. **El régimen de excepción**, en la revista "El Magistrado", núm. 1, 1982). También se afilia a esta interpretación el ensayo de Luis A. Bramont Arias, distinguido maestro universitario, dedicado a la divulgación y al análisis de la problemática penal. (Cf. **Acciones de garantía**. Lima 1984)

Por último, debemos mencionar a Alberto Borea Odria, quien ha publicado recientemente un exhaustivo estudio sobre las acciones de garantía en nuestra actual Constitución, y que constituye un aporte de primer orden a nuestra literatura jurídica. (Cf. **El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy**, Lima 1985)

De acuerdo a esta tendencia, en la que se enrolan Pareja Paz-Soldán, Herrera Paulsen, Quispe Correa, Bramont Arias y Borea Odria, lo que se suspenden son los derechos y no las garantías. A esta misma tendencia nos afiliamos también, como se explicará más adelante.

VII

Existe otra línea interpretativa dentro de la doctrina peruana que afirma por el contrario, que lo que se suspende son las garantías constitucionales (o sea el Habeas Corpus y el Amparo). Esta es la opinión de Alberto Ruiz- Eldredge, acreditado maestro universitario y constituyente (Cf. **La Constitución comentada**, Lima 1980) quien sostiene que de acuerdo al preámbulo de la Constitución, los derechos son anteriores al Estado, y en consecuencia éste no puede suspenderlos (pág 290), Por lo tanto, si algo se suspenden son las garantías, instrumentos procesales, y no los derechos de la persona, que por ser derechos humanos, no pueden ser suspendidos.

Con más consistencia y organicidad, la misma tesis ha sido expuesta por Marcial Rubio y Enrique Bernaldes, en su valioso libro **Constitución y sociedad política** (Mesa Redonda Editores, Lima 1983)

Dichos autores piensan que si se admite la suspensión de derechos “podría llegar a considerarse que la persona está en la imposibilidad de ejercitar su derecho en la medida que se halla suspendido (pág 219) Por tanto:

“Siguiendo el principio de que las normas referentes a los derechos deben interpretarse extensivamente y las que los restringen deben interpretarse restrictivamente, nosotros consideramos que la interpretación correcta es la segunda, es decir, que lo suspendido son las garantías constitucionales para efectivizar los derechos, no los derechos mismos” (pág. 220)

El mérito del análisis de Rubio y Bernal es estriba en haber comprendido perfectamente la incoherencia literal y en consecuencia conceptual que encierra la Constitución del Estado en este apartado, haber detectado que no estábamos ante un bizantinismo y haber visto bien los alcances de cada uno de los regímenes de excepción.

Recientemente Víctor Julio Ortecho Villena, en un extenso como meditado estudio dedicado a estos temas. (**Derechos y garantías constitucionales**. Marsol Perú Editores S.A. Trujillo 1985) se afilia a la misma posición. Dice así:

“Entendemos que lo que se suspende son los amparos, la protección que normal y cotidianamente debe dar el Estado a las libertades y derechos constitucionales. Se retira relativamente ese amparo para determinados derechos, no para todos. Pero los derechos no se anulan, subsisten e incluso se ejercen ...”(pág 511).

Este tendencia constituida principalmente por los aportes de Ruiz-Eldredge, M. Rubio y E. Bernal es y Víctor J. Ortecho, sostiene que el régimen de excepción en nuestra Constitución sólo afecta a las garantías, no así a los derechos de la persona, cuyo ejercicio se mantiene a plenitud.

VIII

Hemos visto que la Constitución no es clara al tratar el alcance del régimen de excepción, e incluso es hasta contradictoria. Ni su lectura,

ni menos la revisión de los antecedentes (o sea los criterios literal e histórico) sirven de gran ayuda. Sigamos analizando qué dice la legislación, y para eso debemos referirnos a la Ley 23506 conocida también como la Ley Reguladora de las Acciones de Habeas Corpus y Amparo. Esta, en su exposición de motivos redactada por una Comisión ad-hoc que presidió (5), señala que ante la imprecisión consignada en el texto constitucional, el proyecto precisa que lo que se suspende son los derechos y no las garantías.

El texto preparado por esta Comisión no fue observado fielmente, sino se introdujeron enmiendas, que aun cuando menores, desmerecieron algunos de sus asertos. No obstante, el Título IV de la Ley se intitula "De la suspensión de los derechos constitucionales", señalando que no proceden las acciones de Habeas Corpus y Amparo respecto a los derechos suspendidos. En igual sentido, aun cuando con mayores precisiones lo consigna el proyecto de reglamento de la Ley 23506 que actualmente tiene en estudio el Ministerio de Justicia (Véase el texto en el apéndice del libro de Alberto Borea, citado).

En lo que se refiere a la práctica reciente del Estado peruano, éste ha hecho uso frecuentemente del Estado de Emergencia, mas no así del Estado de Sitio, sobre todo en la zona de emergencia (Ayacucho y alrededores). Revisando algunos de los últimos dispositivos legales sobre esta materia, tenemos los siguientes:

1) Decreto Supremo N° 007-84-IN, publicado en el diario oficial "El Peruano" de febrero 28 de 1984: Declara el Estado de Emergencia en la Provincia de Castrovirreyna en el Departamento de Huancavelica "suspendiéndose con dicho fin las garantías individuales comprendidas en los incisos 7,9,10 y 20 del artículo 2° de la Constitución".

2) Decreto Supremo N° 001-84-IN., publicado en el diario oficial "El

(5) La Comisión fue nombrada por Resolución Suprema N° 059-81-JUS de 1 de setiembre de 1981 e integrada por Domingo García Belaunde quien la presidió, y por Pedro Amillas Gamio, Alberto Borea Odria, José León-Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María. El respectivo anteproyecto está incluido en la publicación oficial del Ministerio de Justicia, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ley de Habeas Corpus, Lima s/f(¿1983?) y también en el libro de Alberto Borea El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy, cit.

Peruano”, el 21 de marzo de 1984, declara el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional “suspendiéndose con dicho fin las garantías individuales...”

3) Decreto Supremo N° 026-84-IN publicado en el diario oficial “El Peruano” del 8 de julio de 1984 similar al anterior.

4) Decreto Supremo N° 058-84-IN publicado en el diario oficial “El Peruano” del 28 de noviembre de 1984, referido a todo el territorio nacional (Estado de Emergencia) y con texto idéntico sobre la “suspensión”.

5) Decreto Supremo N° 012-85-IN publicado en el diario oficial “El Peruano” del 3 de abril de 1985, igual que los anteriores en lo relacionado con la “suspensión”.

6) Decreto Supremo N° 050-85-IN publicado en el diario oficial “El Peruano” del 7 de octubre de 1985, prorrogando el Estado de Emergencia en diversas provincias, repitiendo idénticos conceptos que los dispositivos anteriores.

De esta breve revisión efectuada al azar sobre algunos de los dispositivos legales emitidos por el Poder Ejecutivo para decretar el Estado de Emergencia, se desprende que a nivel de la práctica política, lo que se suspende son las “garantías individuales” en el Estado de Emergencia, esto es, los derechos consagrados en la Constitución y no “las garantías relativas a los derechos”. Si avanzando en nuestro estudio, revisamos las numerosas ejecutorias recaídas en acciones de Habeas Corpus y Amparo, veremos que en los estrados judiciales no existe un solo pronunciamiento sobre la improcedencia de una acción por encontrarse en suspenso una “acción de garantía”, sino tan sólo pronunciamientos sobre la “improcedencia” de determinada acción por encontrarse en suspenso determinados derechos (por ej: la sentencia de 17 de febrero de 1986. Exp. 42/86; 44° Juzgado de Instrucción de Lima, Sec. Jáuregui). Con lo cual la imprecisión conceptual y literal del artículo constitucional N° 231, queda subsanada con la interpretación constante dada tanto por la ley de la materia (23506) como por la práctica política y jurisprudencial, que afirma que lo que son materia de suspensión son los derechos y no las garantías.

IX

Hemos visto que para la interpretación de una norma no basta el criterio literal (gramatical) o el histórico. Recordemos que von Savigny rescataba también el lógico y el sistemático. El lógico, según sus palabras, tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en que se hallan sus diversas partes; el sistemático, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad.

En cuanto al primer criterio, debemos tener presente que en el nuevo texto constitucional ha desaparecido la sinonimia entre derechos y garantías de lo que al parecer, algunos constituyentes no se dieron cuenta. Efectivamente, destinada la primera parte a los Derechos de la Persona, éstos ya no podían ser confundidos con las garantías clásicas, vigentes en nuestra Carta de 1933, más aún cuando se habían incorporado, con plenitud de vigencia, las nuevas "garantías constitucionales" en especial apartado constitucional, estableciéndose que ellas eran fundamentalmente instrumentales procesales, esto es, adjetivos, para la protección de algo sustantivo, lo que se confirma incluso con el nombre que se dio, anacrónico pero expresivo, al Tribunal de Garantías Constitucionales, que revisa en casación las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y de Amparo.

Por otro lado, el elemento sistemático al que alude von Savigny es también importante: hace referencia a las instituciones, a los principios y a las conexiones que éstas tienen entre sí. En efecto, leer una Constitución y por consiguiente interpretarla, sólo puede hacerse desde una previa perspectiva teórico-constitucional, esto es, categorial. Es sabido que el constitucionalismo es una creación europea, y es allí precisamente donde se han creado estas fórmulas, a fines del siglo XVIII, aun cuando hayan tenido antecedentes más lejanos. Las mismas instituciones han experimentado luego un posterior desarrollo histórico y político que las ha definido y perfilado. En tal sentido, las situaciones de emergencia y sus remedios (lo que consagra nuestra Carta como Regímenes de Excepción) no son creación vernacular, sino europea,

pues de ahí nos vino la institución. Pues bien, en la doctrina y en las constituciones europeas de este siglo, ante las situaciones graves de orden interno, lo que se hace es suspender los derechos de la persona, y no los instrumentos que la protegen. Sólo en los Estados Unidos se conserva la suspensión del Habeas Corpus, que como tal fue incorporado en 1787, en forma previa a la formación del constitucionalismo europeo-continental que dio forma universal a la institución. De tal suerte, aun en los textos más democráticos como la Constitución de Weimar o en la reciente Constitución española, se reafirma que lo que se suspende son los derechos.

Ahora bien, conviene precisar este postulado dentro del contexto constitucional contemporáneo, que también es aplicable a nuestra experiencia. Y es que la suspensión no significa que las personas quedan sin derechos, o peor aún, que para ejercerlos deban pedir permiso a cada momento. Esta interpretación no tiene en cuenta para nada el trasfondo doctrinario de la institución. En realidad lo que significa la suspensión de derechos, es que el Estado, ante situaciones graves, deja en suspenso parte del orden constitucional concerniente a los derechos que él mismo ha reconocido dentro de su ámbito geográfico. Esto es, con independencia de los eventuales fundamentos jusnaturalistas que esgrimamos, lo cierto es que los derechos humanos para ser derechos, necesitan ser positivizados, reconocidos por el Estado. Pues bien, así como el Estado los reconoce, en determinados casos la doctrina constitucional -en forma pareja desde el siglo XIX- admite que puede retirar este reconocimiento estatal, con lo cual a partir de aquel momento el Estado se encuentra virtualmente sin ataduras, y en consecuencia, el ciudadano no puede invocar derechos que en ese momento el Estado desconoce (aun cuando sea por breve tiempo). Recordemos que esto es así, porque el fundamento histórico de las Declaraciones de Derechos ha sido siempre asumir que los derechos existían, y que al Estado sólo quedaba reconocerlos; así fue en la Carta Magna, en las revoluciones norteamericana y francesa, y lo mismo trasuntan los textos fundacionales de las Naciones Unidas. El ciudadano no pierde su derecho, simplemente esos derechos quedan al desamparo pues el Estado no los reconoce, y al no reconocerlos, toda acción legal (léase vías procesales), se convierte en

improcedente por sustracción de materia. Para efectos prácticos, el ciudadano sigue gozando y ejerciendo sus derechos, pero sabe siempre que el Estado puede traspasar los límites que antes tenía y que no debe ejercerlos públicamente, porque se arriesga a ser interrumpido en el goce de sus derechos. Se mantienen pues, los derechos, pero su ejercicio queda en suspenso. Durante ese tiempo pueden utilizarse las acciones de garantía, pues no existe norma expresa que las suspenda, pero devendrán en "improcedentes" mientras dure el estado de excepción; cuando éste finalice, tales acciones podrán reiniciarse (art. 38º de la Ley 23506).

X

Analizadas así las cosas, es fácil advertir que las posturas que niegan la posibilidad de suspender los derechos no reposan en una adecuada comprensión de la institución constitucional. Así lo demuestra el caso de Ruiz-Eldredge, quien la desconoce, pues nada tiene que hacer el jusnaturalismo con los regímenes de excepción (por lo demás, autorizados voceros del jusnaturalismo se han mostrado partidarios de los regímenes de excepción y más bien un positivista como Kelsen les ha negado legitimidad). El punto de vista de Chirinos Soto tampoco es atendible, ya que bizantina no es la discusión sino en realidad el punto de vista que él expone. Y en cuanto a lo expresado por Rubio y por Bernales, en el sentido de atenerse en materia de derechos humanos a las interpretaciones extensivas y no restrictivas, se confunde la cuestión. En primer lugar, porque ese principio no es válido ni tan uniforme como aparenta ser (no existen derechos humanos absolutos) y porque además se está confundiendo su campo de aplicación. En efecto, todo lo concerniente a los derechos humanos está incorporado en la parte dogmática de la Constitución y está referido a la persona, mientras que los regímenes de excepción competen a los poderes del Estado (parte orgánica) que se mueve bajo sus propios supuestos. Es decir, los eventuales criterios interpretativos sobre los derechos humanos no pueden extrapolarse fácilmente a las atribuciones que goza el Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia. No está demás recordar, por último, que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos

reconocen al Estado la facultad de suspender determinados derechos en situaciones calificadas como graves (6).

XI

De lo expuesto se desprende que la interpretación de la Constitución es tarea sumamente compleja (7), y si bien no siempre conduce a soluciones únicas, muchas veces el análisis de los antecedentes históricos, la naturaleza conceptual de la institución, las tendencias de la doctrina y la legislación comparada, la funcionalidad del sistema y su eficacia (criterios éstos, de gran auge en los últimos años como orientadores de la interpretación) e incluso la finalidad de la institución y los valores que ella persigue (criterios teleológico y valorativo que fueron descuidados por von Savigny) nos ayudan a encontrar la solución. Aplicadas tales pautas al tema que nos ocupa, nos permiten precisar que lo que es materia de suspensión son los "derechos" y no las "garantías". Que se siga hablando de "suspensión de garantías" es algo quizá más cómodo, más tradicional y probablemente con mayor alcance suasorio. Pero ello no debe eximirnos de dejar registrado el alcance conceptual de la institución (8).

Lima, febrero de 1986.

-
- (6) Cf. Stephen P. Marks *Principles and norms of human rights applicable in emergency situations: under development, catastrophes and armed conflicts* en K. Vasak (editor) *The international dimensions of human rights* Tomo I, UNESCO, Paris 1982.
- (7) Existen otros criterios en materia de interpretación constitucional, que aquí no hemos utilizado y/o desarrollado; pero creemos que lo expuesto es suficiente para los fines que nos proponíamos. Para un panorama actual, cf. AA.VV. *Interpretación constitucional*, UNAM, México 1974 y Antonio E. Pérez-Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos. Madrid 1984.
- (8) Con posterioridad a la terminación de este trabajo, hemos tomado conocimiento de las Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales se sostiene que en realidad lo que se suspenden son los derechos, en determinadas situaciones consideradas como excepcionales y muy graves; además, que ciertos derechos son insuspendibles, y adicionalmente tampoco son suspendibles las "garantías judiciales indispensables" (habeas corpus y amparo) en cuanto protegen derechos no susceptibles de suspensión, y en cuanto canales necesarios para la observancia del "debido proceso legal". Si bien la opinión de la Corte confirma nuestro criterio, y en cierto sentido lo amplía, su importancia amerita un tratamiento aparte (Nota de 1987).

§ 20

LA CONSTITUCION ECONOMICA PERUANA (*)

1. Excursus terminológico

Los conceptos "constitución económica", "derecho constitucional económico" y "derecho constitucional de la economía" han vuelto a ser usados, con insistencia, en los últimos años, si bien este uso está limitado, por ahora, a la literatura alemana, italiana y española y en menor grado a la latinoamericana. De todos ellos, quizá el que mayor atractivo presenta es el de "Constitución económica", que seguramente es la matriz de donde los demás vienen, y que parece haber sido puesto en circulación por vez primera en la década del veinte, en la República alemana de Weimar. Si bien existen diversas versiones sobre la fecha de su aparición y quién lo utiliza por vez primera, lo cierto es que es en Alemania, a partir de 1925, cuando su empleo se encuentra generalizado. Esto lo podemos apreciar en el clásico libro de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung*, editado en 1931, sobre la base de estudios publicados desde 1929, y que en ese mismo año fue traducido al castellano con el equívoco título de *La defensa de la Constitución* (Editorial Labor, Barcelona 1931). Al parecer, fue Schmitt el que dio ingreso al término en la literatura constitucional alemana, e igual papel cumplió con respecto al idioma castellano, porque el libro se tradujo y

(*) Ponencia presentada al simposio internacional sobre "Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina" organizado por la Universidad Externado de Colombia, con ocasión del primer centenario de su fundación (Bogotá, 2 a 6 de noviembre de 1986). Un fragmento ha sido publicado por la "Revista Peruana de Derecho de la Empresa" N° 20, 1986; el texto completo lo ha sido en "Externado", (Bogotá) N° 3, noviembre de 1986.

apareció coetáneamente en España el mismo año y tuvo amplia difusión en el mundo iberoamericano. No obstante, la obra tardó años en ser reeditada (lo fue por Tecnos, en 1983, utilizando la misma traducción de Manuel Sánchez Sarto y con prólogo de Pedro de Vega García). Ahora bien, en esta obra Schmitt polemiza abiertamente con el vocablo "constitución económica" y lo hace acremente. Schmitt entiende que con la "constitución económica" se quiere desplazar a la "constitución política", esto es, se quiere dejar de lado al *citoyen* y sustituirlo por el *producteur*. La concepción que Schmitt combate entiende por "constitución económica" aquella en la que el Estado debe dar prevalencia a la regulación económica de una sociedad determinada, y que en un extremo puede conducir a crear dentro del Estado una dirección plenamente económica, de tipo sindical o soviética, que podría conducir al stalinismo o al fascismo corporativo. Es decir, contra ciertas tendencias de "economistizar" al Estado, advierte que ello no es posible sin atentar contra la constitución entendida en su sentido clásico.

De la posición de Schmitt lamentablemente no puede desprenderse gran cosa, porque su postura es polémica frente al término, sin dar sobre ella una definición ni enfoque alternativo. Más bien parece ser Beckerath quien en 1932 perfila la constitución económica (*wirtschaftsverfassung*) como el ordenamiento de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y la extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y la distribución. (Cf. Ignacio María de Lojendio *Derecho constitucional económico* en AA.VV. "Constitución y Economía" EDERSA, Madrid 1977). El desarrollo de este punto lo haremos más adelante, dejando sentado tan sólo su importancia, como veremos luego.

Es probable que la voz "constitución económica", haya sido aprovechada desde un principio tanto por políticos, como por constitucionalistas y economistas. Por de pronto, es claro que la famosa Escuela de Friburgo, en la que destacan Eucken y Röpke, la utilizaron y difundieron, para dar un respaldo o apoyatura a sus tesis neoliberales, que tanta difusión tuvieron en la década del cincuenta, y que hoy de nuevo rebrota en la denominada Escuela de Chicago.

En el mundo de los economistas, utilizaron ampliamente estos términos W. Eucken, **Cuestiones fundamentales de la economía** (publicado originalmente en 1939 y traducido en Madrid en 1947) y Wilhelm Röpke **La crisis social de nuestro tiempo** (publicado originalmente en 1942 y traducido al castellano en Madrid en 1947). Retengamos nuestra atención por un momento en el texto de Röpke, quien fue un economista que supo llegar al gran público con temas de divulgación, como es el libro que comentamos, y que tuvo gran acogida no sólo entre los economistas, sino entre políticos, juristas y sociólogos. En efecto, en dicho libro (aquí utilizamos la segunda edición española, publicada por la Biblioteca de la Ciencia Económica, a cargo de la Revista de Occidente, Madrid 1956) Röpke dedica el capítulo II de la Primera Parte a la "Constitución política y constitución económica", en donde no define lo que entiende por ésta, sino que la da por sabida por el público lector, aun cuando de su lectura puede desprenderse perfectamente dicho concepto. La idea básica de Röpke es que las democracias liberales se encuentran amenazadas por el comunismo y todas las formas de socialización, que significan el estatismo y la muerte de la iniciativa privada. Esto significa que si queremos mantener las libertades clásicas que son la razón de ser de la democracia, hay que observar las mismas libertades en el mundo de la economía. En efecto, la constitución económica parece ser la manera como está estructurado el mundo de la producción, el sistema económico y servicios de una comunidad; en otras palabras, el sistema económico, de suerte tal que aquí "constitución" significa en rigor lo que significó la **politeia** y la **constitutio** para los antiguos. (Cf. Rolando Tamayo y Salmorán, **Introducción al estudio de la constitución**, UNAM, 2da. edición, México 1985). Expuesto así lo que Röpke entiende por constitución económica, va a dar un salto adelante: "así como en el mundo de la constitución política existen libertades, tolerancias, respetos y contrapesos, así debe existir lo mismo en el mundo de la economía, pues si ésta última se convierte en dirigida, estatista, controlada y sujeta, el mismo modelo tarde o temprano se impondrá a la estructura política, esto es, no existe divorcio entre la estructura política y económica, sino que a la larga una arrastra a la otra". Según Röpke debemos evitar que "el mercado se convierta en organismo oficial; la compra, en un acto formulario; el

derecho privado, en derecho público, despachar en la tienda, en suministro por funcionarios del Estado; la fijación de precios, en decreto; la competencia comercial, en lucha por ganar influencia y autoridad dentro del Estado y por los cargos oficiales y del partido; el aprovisionamiento de materias primas, en un problema dependiente de la zona que se domina políticamente; mantener la propiedad, en una modalidad de concebir la soberanía política; las decisiones en los negocios, en actos del Estado ... las transacciones en divisas, en delitos capitales ...". Y más adelante agrega: "Constituye una ingenuidad casi indiscutible creer que un Estado puede ser totalitario en el dominio económico, sin serlo simultáneamente en el político y espiritual y al revés".

Al parecer, la utilización del término "constitución económica" por los economistas, es algo que no ha prosperado, ni ha tenido una mayor aceptación en la doctrina económica. Esto lo podemos comprobar si revisamos la **Historia del análisis económico** (Ed. Ariel, Barcelona 1971) de Joseph A. Schumpeter, el famoso economista austriaco. En esta monumental y póstuma obra, Schumpeter hace un análisis histórico del desarrollo de su disciplina, desde los más lejanos tiempos hasta la actualidad, y no dedica un solo apartado al concepto de "constitución económica" lo que no deja de sorprender, toda vez que Schumpeter, si bien de origen austriaco, tuvo vinculación y conocimiento directo de la Alemania de entre guerras. Además, su testimonio es extensivo al mundo académico norteamericano, al que emigró en 1932 y en donde enseñó hasta su muerte acaecida en 1950.

Esto lo podemos ratificar si revisamos otros panoramas sobre el desarrollo del pensamiento económico en nuestra época, en donde constatamos que el concepto de "constitución económica", si bien tuvo parte activa en las discusiones de los años treinta, no ha dejado estela ni menos ha motivado seguimientos. (Cf. Emile James **Historia del pensamiento económico en el siglo XX**, F.C.E. México 1974)

Podemos pues concluir, que si bien importante en un primer momento de su desarrollo histórico, el concepto en cuestión ha dejado de ser utilizado por los economistas, y su uso ha quedado relegado a los juristas.

Con todo, hay que advertir que aun dentro del mundo de los juristas, dicho concepto ha sido poco utilizado después de la segunda guerra mundial. De la revisión bibliográfica que puede hacerse de la literatura reciente, se advierte que aquella perdura aún en los círculos alemanes de derecho público, como lo muestra, a guisa de ejemplo, el excelente manual de Ekkehart Stein (**Derecho Político** Edit. Aguilar. Madrid 1973 y cuya edición alemana es de 1971) en donde se analiza la constitución económica como equivalente al sistema económico en su aplicación a la República Federal, basada en la economía social de mercado, creación del liberalismo y cuyo más acabado representante encuentra en Walter Eucken (pp. 186-187)

En el mundo hispánico, el uso del concepto "constitución económica", empieza en la década del setenta (aun cuando con algunos antecedentes aislados) y coincide con los iniciados en lengua italiana. En efecto, en España se sucederán diversos intentos de delinearla, lo cual se traduce en monografías y artículos dispersos, que se concretan y profundizan con motivo de la promulgación de la nueva Constitución democrática en diciembre de 1978. El mejor trabajo de conjunto hasta la fecha, es el colectivo dirigido por Fernando Garrido Falla (**El modelo económico en la Constitución española**, Publicación del Instituto de Estudios Económicos, 2 volúmenes, Madrid 1981). Con posterioridad han abundado sobre lo mismo Oscar de Juan Asenjo **La constitución económica española** (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984) y Martín Bassols Coma **Constitución y sistema económico** (Editorial Tecnos, Madrid 1985) con lo cual el término constitución económica ha quedado directamente alojado en el mundo del derecho, y especialmente en el derecho público (para una bibliografía española con referencias extranjeras. Cf. Vicente Santos **Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978** en el colectivo dirigido por Manuel Ramírez "El Desarrollo de la Constitución española de 1978" Libros Pórtico, Zaragoza 1982)

Es interesante notar que al mismo tiempo que ocurría este renacer lexicográfico en España, otro tanto sucedía en la tratadística italiana, como puede apreciarse en ensayos y obras diversas de la década del setenta. Así, como simple referencia, repararemos en el monumental

Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economía, obra colectiva dirigida por Francesco Galgano y cuyo primer volumen ha sido dedicado precisamente a **La Costituzione Económica** (CEDAM, Padova 1977). En el prólogo Galgano dice que "la constitución económica es el análisis de las estructuras constitucionales del actual sistema económico y naturalmente de las múltiples conexiones entre la constitución económica y la constitución política". Más adelante, Umberto Romagnoli en **II sistema economico nella Costituzione** postula la necesidad de un enfoque interdisciplinario para abordar dicha problemática (pp. 139-184). Recientemente, Alessandro Pizzorusso en sus estupendas **Lecciones de Derecho Constitucional** (Centro de Estudios Constitucionales, 2 vols. Madrid 1984) utiliza también el concepto de "constitución económica", relacionándola con los principios constitucionales que versan sobre las relaciones económicas.

En lo concerniente a la literatura francesa, es sorprendente constatar que ella ha ignorado sistemáticamente este concepto o simplemente le ha parecido inadecuado para sus propios fines. Nada figura en efecto, entre las obras clásicas (como son las de Duguit, Esmein, Hauriou, Barthélémy, Vedel) y aun en los manuales más recientes (Duverger, Prélot, Cadart, Burdeau), tan sólo como una excepción podemos detenernos en el monumental **Traité de Science Politique** de Burdeau. Dice este autor que con independencia a los usos y a las reglas de la autoridad en un determinado Estado, toda sociedad humana tiene una constitución económica y social; es decir, una realidad preexistente que debe tomar en cuenta la constitución política, que pretende precisamente gobernarla. (**Traité ... Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence**, tome III, Paris 1950 pp. 12-15). Posteriormente, en su segunda edición, tan ampliada y reelaborada, Burdeau se limita a repetir los mismos conceptos (**Traité ... L.G.D.J.** tomo IV, Paris 1969, pág. 8 y ss.) Burdeau parece asimilar la constitución económica a la constitución social, a la que distingue claramente de la constitución política, pues mientras la primera es espontánea, la segunda es convencional o formal; la primera alcanza a toda la sociedad, la segunda tan sólo al Estado. Es decir, que sin estar alejadas ni divorciadas entre sí, son distintas y no pueden sinonimizarse, aun cuando tampoco pueden ignorarse mutuamente.

Si de este sumarisimo recuento europeo pasamos a la literatura latinoamericana, veremos que no hay avances mayores. Con independencia de algunos trabajos aislados, y de meritorios enfoques sobre la materia económica y social en las constituciones (como por ejemplo, el libro colectivo editado por la Academia de Ciencias **Las cláusulas económico-sociales en las Constituciones de América**, Editorial Losada, 2 vols. Buenos Aires 1947-1948; Ricardo Haro **La materia económico-social en las Constituciones**, en "La Ley", 16 de febrero de 1978; el número monográfico de **Derecho Comparado**, núm. 2, 1978, editado por la Asociación Argentina de Derecho Comparado; Jorge R. Vanossi **El Estado de Derecho en el constitucionalismo social**, EUDEBA, Buenos Aires 1982, entre otros), el tema de la constitución económica no está generalizado, pero sin lugar a dudas cuenta en algunos países con cierto predicamento. En Brasil, si bien hay interés por el tema, el término "constitución económica" es casi desconocido, a tenor del testimonio que nos trae Washington Peluso Albino de Souza (Cf. **O Direito Económico no discurso constitucional** en "Revista Brasileira de Estudos Políticos", janeiro-julho 1985 num. 60-61) Sin embargo, aparte de las referencias que hace el mismo Albino de Souza (Cf. su **Direito Económico**, 1980 y su exhaustivo **O conteúdo económico das Constituições**, 1961) hay que destacar la casi solitaria excepción que en el campo constitucional representa la obra de José Afonso da Silva (Cf. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 3ra. edición, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 1985). En México no hemos detectado el uso del término, pero el interés por la problemática económica dentro del ámbito de la comprensión del Estado, ha sido materia de diversos estudios, reanudados ahora con las recientes reformas constitucionales en torno al papel del Estado en la economía, del que son excelente prueba dos obras colectivas: José Francisco Ruiz Massieu y Diego Valadés (coordinadores) **Nuevo Derecho Constitucional Mexicano**, Editorial Porrúa, México 1983, y AA.VV. **La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta**, Editorial Porrúa, México 1985, que han servido a su vez para incentivar estudios en dicha área. Y en algunas obras recientes se ha destacado el papel de la economía en el Estado contemporáneo. (Cf. Allan R. Brewer-Carias **Instituciones políticas y constitucionales**, Edit. Jurídica Venezolana Univ. Católica

del Táchira, 2 tomos, Caracas 1985; Eduardo Andrade Sánchez *La intervención del Estado en la economía*, UNAM, México 1986)

En el Perú, la vigente Carta de 1979 es la primera que trata, con amplitud y organicidad, el tema del régimen económico, y ha motivado algunos comentarios al respecto. El término "constitución económica" sin embargo sólo ha sido empleado recientemente por dos autores, en forma casi simultánea: César Ochoa Cardich *Constitución y economía de mercado* (en "Derecho", anuario de la Universidad Católica, n. 39, diciembre de 1985), y Carlos Torres y Torres-Lara (*Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución económica* en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa", núm. 17, marzo-abril de 1986). Pero mientras el primero entiende por "constitución económica" el apartado constitucional referido al "régimen económico", el segundo lo concibe en forma más amplia, como la nota característica de las constituciones modernas, a diferencia de las clásicas constituciones que se centraban en el aspecto político, y que por eso eran llamadas "constituciones políticas".

En fin, de este escueto y necesariamente superficial recorrido bibliográfico, se pueden desprender diversas consecuencias: a) que el término "constitución económica", es relativamente nuevo, cuyo origen puede ubicarse en Alemania a mediados de la década del veinte del presente siglo; b) que inicialmente dicho término ha sido usado indistintamente tanto por juristas como por economistas; c) que con el transcurso del tiempo, éste se ha convertido en patrimonio casi exclusivo de los juristas, preferentemente de aquéllos dedicados al derecho público y en especial al derecho constitucional; d) que en la década del setenta se inicia un nuevo empleo del término, si bien sin aceptación general; e) que en España y en América Latina, dicho concepto reaparece también en la misma época, de manera especial en España y en menor forma en América Latina; f) que existen diversas acepciones sobre lo que es la "constitución económica".

2. Intento de definición

El concepto de "constitución económica" no deja de ser equivoco, como puede desprenderse de una ligera revisión de algunos de los

antecedentes reseñados. Sólo a manera de recuento, podríamos recordar algunos de ellos:

a) Constitución económica entendida como sistema económico subyacente a un ordenamiento jurídico (tal como por ejemplo la entendía Röpke, y en parte Schmitt, aun cuando con acentos políticos distintos).

b) Entendida como orientación general de un texto constitucional, en el cual se da un lugar prevalente al accionar económico del Estado y de los agentes económicos, y

c) El sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional.

En las actuales circunstancias, tiende a prevalecer una interpretación acorde con la expuesta en tercer lugar, esto es, como aquella regulación legal sobre el sistema económico, que está incluida en toda constitución jurídica. Creemos que ésta es la acepción más acertada, no sólo por el hecho de que en la actualidad los economistas ya dejaron de utilizarla, como fue relativamente frecuente en la década del treinta, sino porque además la palabra "constitución" en nuestros días, tiene un claro significado jurídico, entendido como norma del más alto rango, y ésta no puede ser otra que aquella contenida en las llamadas Carta Magna o Constituciones Políticas.

Aclarado lo anterior, hagamos algunas digresiones sobre lo mismo:

i) Aparición de la problemática económica en el constitucionalismo contemporáneo.-

Como es sabido, el constitucionalismo moderno nace en rigor en el siglo XVIII, en forma simultánea con los dos grandes movimientos constitucionales desatados a ambos lados del Atlántico, la Revolución Americana que culmina con la Carta de 1787, y la Revolución Francesa, que inicia su larga vida constitucional con la Carta de 1791, de tan honda repercusión en el constitucionalismo europeo e iberoamericano. Tales constituciones se limitaron a diseñar lo que ya los ingleses habían descubierto a través de los siglos: una primera parte dedicada a los derechos de la persona (los Bill of Rights) y una segunda a delimitar el ejercicio del poder (Frame of Government). Se llamaron constituciones políticas, no porque se limitasen tan sólo a regular una relación política,

sino porque pretendían enmarcar a la sociedad civil dentro del concepto ampliado de polis, o sea, del Estado moderno. La materia económica estuvo ausente en todas estas Constituciones, como lo fue durante todo el siglo XIX, salvo las excepciones que nunca faltan, y que no hacen más que confirmar la regla. Ello ocurrió no por descuido, sino porque se consideró innecesario hacerlo. En efecto, de acuerdo a las tendencias fisiocráticas y liberales de la época, se tenía la absoluta certeza de que el mundo de la economía se movía con sus propias leyes naturales, invisibles pero reales, y de cumplimiento ineluctable. Es decir, no se desconoció, ni por un momento, la validez del sistema económico ni su influencia, sino que simplemente se consideraba que existiendo leyes naturales de la economía, establecer leyes artificiales para gobernar ese mundo era tarea no sólo inútil sino innecesaria y superflua. Recién cuando finaliza la llamada *belle époque*, al concluir la Gran Guerra (1918) los incrédulos llegan a la conclusión de que es necesario que el Estado intervenga en la economía, pues ésta ni marcha sola ni obedece a leyes absolutas, sino que es producto de la actividad humana. Nace así el constitucionalismo social, que está representado por las Constituciones mexicana (1917), Soviética Rusa (1918) y Alemana (1919). Tales constituciones incluyeron no sólo determinadas cláusulas de protección a la persona humana en sus dimensiones social y económica, sino pautas de conducta del Estado para con los agentes económicos. Esta tendencia ha continuado y se ha profundizado, sobre todo a partir del constitucionalismo de la segunda post-guerra. (Cf. Carlos Ollero *El derecho constitucional de la posguerra*, Barcelona 1949)

ii) ¿Constitución política o constitución económica?.-

Algunos autores han sostenido que como quiera que las actuales constituciones dan una importancia cada vez mayor al aspecto económico, es conveniente dejar de utilizar el membrete de "Constituciones políticas" para los documentos constitucionales y reemplazarlos por el de "constitución económica". Esta pretensión si bien explicable, nos parece excesiva. En efecto, por más que el Estado intervenga y tenga mayor participación en la vida económica de un determinado país, siempre y en todo momento la Constitución sigue siendo un documento político, si por tal entendemos la regulación y funcionamiento del poder del Estado, cuyo ámbito de acción ha crecido enormemente en las

últimas décadas. Esto lo consideramos válido incluso para las llamadas democracias populares, en donde el Estado es el único dueño y explotador de los medios de producción y de los recursos naturales, ya que el manejo del aparato económico, no deja en ningún momento de ser político y está sometido -en principio- al ordenamiento constitucional. En consecuencia, no vemos porqué deba abandonarse esta categoría por otra que, representando un ingrediente importante en el mundo moderno, no ha desplazado al poder político, que precisamente la Constitución pretender encauzar.

iii) Relación entre constitución política y régimen económico.-

Problema agudo y de gran interés es la relación entre la constitución política y el régimen económico. Esto a la larga nos lleva a la secular disputa sobre la relación entre la economía y el derecho, o para designarlo con terminología al uso, entre la infraestructura y la superestructura. Es conocida la tesis formulada por Marx, de la radical determinación de la segunda por la primera, atenuada posteriormente por Engels en su correspondencia. También es conocida la posición del célebre jurfilósofo Rudolf Stammler, sobre la influencia del derecho sobre la economía, que luego otros autores han seguido, aun cuando con matices varios. Pero más allá de estos determinismos, en cualesquiera de sus extremos, en los últimos tiempos está abriéndose paso la tendencia de considerar ambos elementos como partes integrantes de una sola realidad social en permanente relación dialéctica, de manera tal que no existirían predominios o determinaciones fijas y estáticas, sino cambiantes de acuerdo a las circunstancias. Esto mismo puede constatarse en ciertas vertientes del marxismo, que han desarrollado ampliamente esta tesis, a partir de algunas intuiciones planteadas por Gramsci. (Cf. Antonio Gramsci *Quaderni del Carcere*, edizione dell' Istituto Gramsci, a cura di V. Gerratana, Einaudi editore. Torino 1975; vol. II, pp. 868-880; 1050-1066; vol. III, pp. 1578-1597). Como veremos más adelante, las relaciones entre la constitución plasmada en el texto y la realidad económica cotidiana, puede ser muy variada, pero ello no niega la mutua influencia entre ellas.

iv) Ubicación de la "constitución económica" en el corpus constitucional-normativo.-

Si admitimos el término "constitución económica" como el que designa el sistema económico consagrado por la constitución de un Estado, surge la pregunta de qué alcance tiene esta ubicación. En efecto, clásicamente las constituciones han sido divididas, atendiendo a su origen y temática, como parte "dogmática" y parte "orgánica". La primera está referida a las declaraciones de derechos, que en su origen están vinculadas al liberalismo político, el cual consagraba tan sólo los llamados derechos individuales. Por otro lado, la parte orgánica está relacionada con los poderes del Estado, que incluía todo lo relacionado con el ejercicio de estos poderes y demás órganos constitucionales. ¿Dónde podría ubicarse esta parte "económica" que por un lado ha ensanchado los clásicos derechos, y por otro, ha aumentado las competencias del Estado? Entendemos que para un mejor orden, las cláusulas constitucionales relacionadas con los modernamente llamados "derechos económicos y sociales" deben ir en la denominada parte "dogmática", que de esta suerte aparece renovada y enriquecida, y que la parte estrictamente económica, debe considerarse como un nuevo apartado dentro de los textos constitucionales. De esta suerte, tendríamos ahora tres partes bien diferenciadas: la parte dogmática, que comprendería incluso los nuevos derechos económicos y sociales, la parte estrictamente económica, y la parte orgánica, con los poderes del Estado, y sus nuevas facultades. Si por otro lado consideramos los nombres que se han dado a estas partes, (en especial los intentos de Germán J. Bidart Campos) podríamos clasificarlos como "Derecho constitucional de la libertad", "Derecho constitucional económico" y "Derecho constitucional del poder".

Existen algunos autores (como Bassols, ya citado) quienes si bien no de manera expresa, tratan dentro del sistema económico lo relacionado con los derechos económicos y sociales, que caracterizan al constitucionalismo desde fines de la primera guerra mundial. No compartimos este criterio, pues entendemos que es conveniente separar ambos rubros, aun cuando íntimamente ligados entre sí, para diferenciar entre los derechos en la esfera económica y social, con el sistema económico que regula un texto fundamental. En tal sentido, creemos que la "constitución económica" está vinculada, en lo fundamental con a) la propiedad, b) el ordenamiento de la economía pública y privada, c)

el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, y d) la estructuración de la empresa.

v) Constitución económica: formal y material.-

Al igual que los criterios válidos para la Constitución en general, y siguiendo libremente la formulación de Mortati, (Cf. *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940 y la voz *Costituzione* en "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè Editore, Milano 1962, tomo XI, pp. 139-231), puede distinguirse, en lo relacionado a la constitución económica, la formal de la material. La constitución económica material será el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada, mientras que la constitución económica formal será la manera cómo la constitución escrita recoge, reconoce o regula esta realidad. Por cierto que también aquí cabe preguntarse cuál es la relación entre ambas, o sea, si hay correspondencia, si hay un desfase o no, y si la normatividad formal influye en la material, y viceversa.

3. Constitución económica material

A fin de comprender el sentido de la discusión constitucional sobre el régimen económico que sancionó la Carta de 1979, es necesario tener alguna noción de cuál era el ordenamiento económico del país a fines de la década del setenta, que con algunas variaciones no sustanciales, perdura hasta el momento.

Es un lugar común señalar que los países subdesarrollados de la América Latina se mueven dentro de una economía mundial en donde el capitalismo marca las pautas ordenadoras. No siendo centros de decisión importantes, nuestros países han sido definidos como capitalismo periféricos y en consecuencia dependientes. En términos generales Marcos Kaplan caracteriza nuestras sociedades como de "un neocapitalismo tardío, a la vez subdesarrollado y dependiente. El mismo se basa en la estrecha asociación entre grandes empresas nacionales e internacionales; la producción especializada para la exportación y para un mercado interno afluente constituido por grupos urbanos de nivel alto y medio; el uso de mano de obra barata y sumisa y el recurso del proteccionismo estatal; la redistribución regresiva del ingreso; la disociación entre crecimiento económico y desarrollo integral; la depresión de los niveles

de remuneración, consumo y bienestar de las masas; la vigencia de un orden social y político que presupone y promueve la falta de participación, la apatía y sumisión de las mayorías. Los sectores modernos y dinámicos asociados a las empresas extranjeras predominan sin dejar de coexistir con una vasta constelación de empresas de productividad y rentabilidad más bajas y de importantes núcleos de economía atrasada o arcaica". (Cf. **Aspectos del Estado en América Latina**, UNAM, México 1985, pág. 80). Esta visión, aceptada en términos generales como caracterización de nuestras sociedades, requiere algunos matices, entre ellos, el referente a la creciente intervención del Estado, como se verá más adelante. Recordemos que con anterioridad, existía en la década del treinta la llamada visión dualista de la economía (así por ejemplo, José Carlos Mariátegui **Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana**, Lima 1928, y Víctor Raúl Haya de la Torre **El antiimperialismo y el Apra**, Santiago 1936). Según este punto de vista, en nuestros países y en el Perú en especial, existían dos economías paralelas y sin ningún punto de contacto; por un lado, el sector moderno o capitalista; por otro, el sector atrasado o arcaico. A partir de los años sesenta, esta visión comienza a ser cuestionada. (Cf. Anibal Quijano **Naturaleza, situación y tendencias de la sociedad peruana contemporánea**, mimeógrafo Lima 1976). Así, por ejemplo, Rodrigo Montoya (Cf. **A propósito del carácter predominantemente capitalista de la economía peruana actual** Mosca Azul editores, Lima 1978) sostiene que "la formación social peruana presenta en su estructura económica un conjunto de diferentes modos de producción de bienes materiales: capitalista, servil, de aparcería y parcelario. Junto a estos cuatro modos de producción principales existen rezagos de un modo comunal de producción y un modo de producción comunista primitivo. Estos modos de producción se articulan dentro de una unidad de combinación que determina la estructura de clases del Perú. Ningún modo de producción se presenta de forma aislada, y por lo tanto no es correcto hablar de desintegración económica del país" (cit. pág. 95). En consecuencia, se trata, según la tesis que expone el autor y que hoy goza de aceptación general, de un modo de producción capitalista, que impone un sesgo determinado en toda la economía del país, aun cuando

ciertos sectores sean más modernos que otros y existan algunas unidades autárquicas aisladas.

Ahora bien, el capitalismo existente, no es el clásico capitalismo liberal del que todavía se habla en los círculos políticos. El capitalismo, tanto en los países avanzados como en los países subdesarrollados, ha adquirido nuevos contornos, se ha vuelto más "asistencial", más "benefactor", con mayores inquietudes sociales, de promoción y tutela de los sectores más débiles. Esto ha sido seriamente reforzado en el Perú a raíz de las reformas estructurales que emprendió el gobierno militar llegado al poder en 1968, aspectos básicos que en sustancia se mantienen aún en día. Así, un analista de la situación emergente del experimento militar, constatará con cifras elocuentes que "... en 1975, el 31% de la producción del sector empresarial estaba controlado por el sector público; el 17% se hallaba todavía en manos de firmas extranjeras y sólo el 40% por empresas privadas locales y el 12% por el nuevo sector cooperativo (principalmente como resultado de la reforma agraria). Además, el Estado se hizo responsable de las tres cuartas partes de las exportaciones, la mitad de las importaciones, más de la mitad de la inversión fija, dos terceras partes del crédito bancario y una tercera parte de todo el empleo en el sector empresarial". (Cf. E.V.K. FitzGerald **Capitalismo de Estado en el Perú** en "El gobierno militar: una experiencia peruana 1968-1980", C. McClintock y A.F. Loewental editores. IEP, Lima 1985, pág. 94). El mismo autor califica al Estado resultante del régimen militar, como un capitalismo de Estado, no obstante moverse dentro de una economía de mercado y conceder participación al sector privado.

En cuanto al carácter de este capitalismo, es opinión pacífica entre los entendidos, que por ser subdesarrollado y dependiente, tiene determinadas carencias que son comunes a este tipo de sociedades, y que se caracterizan, entre otros aspectos por a) tener una fuerte expansión demográfica, b) bajo nivel educacional, c) deficiente situación sanitaria, d) condiciones de trabajo inadecuadas, e) estructuras sociales atrasadas, f) escaso desarrollo de una clase media, g) industrialización reducida o en todo caso insuficiente, h) escasa renta nacional, i) débil desarrollo

agrícola, j) bajo consumo de energía mecánica, k) bajo consumo de energía eléctrica, l) hipertrofia del sector comercial.

Lo anterior conspira contra la unidad del país, que si bien unido físicamente y por intereses económicos, dista aún de ser una nación en regla. El legado andino y el legado hispánico no se han fundido plenamente y no han hecho posible una cultura unitaria. Por eso José Matos Mar señala que "al no haberse encontrado una fórmula de síntesis ecuaníme que forjase un continuo entre la herencia andina y la herencia colonial, la deuda histórica del siglo XIX, deviene en tarea prioritaria para el Perú del siglo XXI". (Cf. **Desborde popular y crisis del Estado**, I.E.P. Lima 1984, pág. 23).

Algunos datos sobre la situación del Perú, al iniciarse la década del setenta, era resumida en un informe, que con el título **Perfil del Perú**, publicó la revista "Debate" (núm. 1, setiembre-octubre de 1979), y que era la realidad que ante sí tuvo la Asamblea Constituyente, encargada de debatir el proyecto constitucional. Veamos algunas referencias:

- a) Población y empleo:
- Tasa de crecimiento demográfico: 2.9%
 - El 45% de la población tiene menos de 15 años
 - El 62% de la población es urbana
 - El 26% de la población vive en la capital
 - El 70% de la actividad económica se realiza en la capital.
- La población económicamente activa (PEA) es de 5'270,000.
- El desempleo abierto sobrepasa el 90%.
- b) Producción:
- El PBI es 600 dólares per capita.
 - El crecimiento anual del PBI es de 6%, con tendencia a disminuir.
- c) Agricultura:
- Menos del 3% del territorio nacional tiene uso agrícola
 - El uso efectivo por habitante es 1/6 de hectárea
 - Genera empleo de más del 40% de la fuerza laboral

- Genera el 13% del PBI y el 10% de las exportaciones
- El consumo diario promedio por habitante es 1,650 calorías

d) Salud:

- La tasa de mortalidad infantil de menores de 4 años es de 70 por mil
- Por cada 10,000 habitantes hay apenas 15 personas capaces de atenderlas en problemas de salud
- Existe insuficiencia en camas, medicinas, centros hospitalarios. En 600 distritos no existe ningún tipo de establecimiento de salud

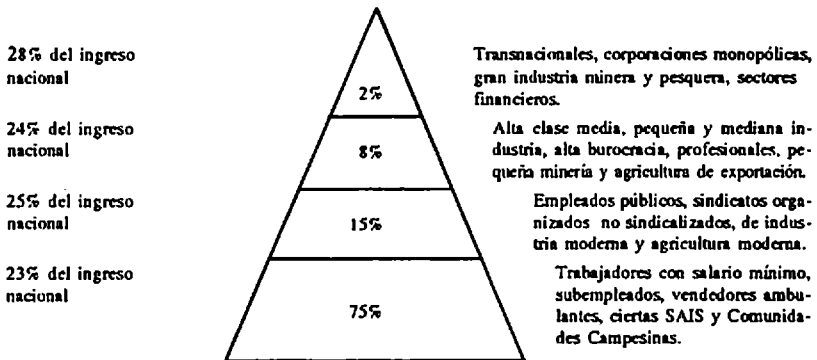
e) Educación:

- El 30% de la población no recibe educación alguna
- El Estado brinda educación en un 85%; el 15% restante lo hace el sector privado

Estos indicadores -de los cuales hemos hecho sólo una selección- nos muestran, en los hechos, las carencias antes anotadas. Para ratificar lo expuesto, indicaremos en los cuadros siguientes, el estado (actualizado) de dos elementos de gran importancia: el empleo y los ingresos.

Cuadro 1

LA PIRAMIDE DE LOS INGRESOS



Fuente: Instituto Nacional de Estadística-Censos Nacionales VIII de Población y III de Vivienda 1981-Nivel Nacional INE.

CUADRO Nº 2
TASA DE DESEMPLEADOS, SUB-EMPLEADOS Y
ADECUADAMENTE EMPLEADOS: 1975-1984
(cifras absolutas)

AÑO	PEA TOTAL	ADECUADAMENTE EMPLEADOS	SUB EMPLEADOS	DESEMPLEADOS
1975	4'817,500	2'538,600	2'042,700	236,200
1976	4'968,000	2'508,900	2'200,800	258,300
1977	5'124,700	2'361,500	2'465,300	297,900
1978	5'238,400	2'195,000	2'745,000	343,400
1979	5'411,900	2'257,200	2'797,100	387,600
1980	5'605,200	2'343,000	2'869,900	392,400
1981	5'779,000	2'617,900	2'768,100	393,000
1982	5'958,000	2'567,400	2'883,700	404,500
1983(*)	6'136,700	2'070,300	3'501,800	564,600
1984(*)	6'320,800	2'001,300	3'628,100	691,400

FUENTE: Ministerio de Trabajo y Promoción Social - Dirección General de Empleo.

(*) Cifras preliminares.

CUADRO Nº 3
TASA DE DESEMPLEADOS, SUB-EMPLEADOS Y
ADECUADAMENTE EMPLEADOS: 1975-1984
(Cifras relativas)

AÑO	PEA TOTAL	ADECUADAMENTE EMPLEADOS	SUB EMPLEADOS	DESEMPLEADOS
1975	100	52.7	42.4	4.9
1976	100	50.5	44.3	5.2
1977	100	46.0	48.2	5.8
1978	100	41.5	52.0	6.5
1979	100	41.5	51.4	7.1
1980	100	41.8	51.2	7.0
1981	100	45.3	47.9	6.8
1982	100	43.1	49.9	7.0
1983(*)	100	33.7	57.1	9.2
1984(*)	100	31.7	57.4	10.9

FUENTE: Ministerio de Trabajo y Promoción Social-Dirección General de Empleo.

(*) Cifras preliminares.

Los gráficos expuestos son sumamente claros. Si bien ellos cubren varios años (en el caso del empleo), la distribución de ingresos está referida al año 1981, que *mutatis mutandi* era la misma al momento del debate constitucional y se mantiene, casi sin alteraciones, en la actualidad.

Lo que hay que destacar es que el desarrollo reciente del Perú tiene que dividirse en dos etapas muy claras: una que es previa al gobierno militar, y otra, que es posterior a éste, y que llega a nuestros días. Para sólo referirnos al problema de la tierra, hay que tener presente que en 1961, las haciendas y fundos que era el 3.9% del total de unidades agropecuarias existentes en el país, poseían en conjunto el 56% de la extensión agrícola nacional. (Cf. J. Matos Mar - M.M. Mejía *La reforma agraria en el Perú, I.E.P.* Lima 1980, pág. 27-28). A partir de 1968, y más concretamente con la reforma agraria iniciada en 1969, esta situación cambió totalmente. El latifundio fue radicalmente eliminado, y las grandes haciendas azucareras altamente industrializadas pasaron a manos de sus trabajadores, agrupados en cooperativas. Es decir, para entender el debate constituyente hay que tener presente que el Perú que se vivía en aquel entonces (1979) era totalmente distinto al de los inicios de la década del sesenta. El aspecto social, económico y político, había cambiado radicalmente gracias al experimento militar. A esta situación tuvo que hacer frente el constituyente: el desplazamiento del viejo aparato del poder, basado en la simple promoción, tutela y bienestar, con el nuevo Estado vigoroso, impulsor de la inversión y del ahorro, que algunos califican como capitalismo de Estado. De ser un país con economía privada, con visos de intervencionismo estatal, se pasó en 1968 a una economía mixta con visos de estatismo. Esta situación explicará y hará comprender no sólo los debates, sino posteriormente los artículos constitucionales sancionados.

Por otro lado, y a despecho de las reformas estructurales que se hicieron, lo cierto es que el modelo militar, o el modelo peruano como lo llamaron sus autores, no produjo todos los frutos deseados. Los efectos distributivos beneficiaron sólo a pocos sectores, y no a la población en general. Así FitzGerald dice que "una de las metas

explícitas de la revolución de 1968, fue mejorar la distribución del ingreso en favor, sobre todo, de los estratos más pobres de la población". Pero "la gran mayoría de la población y sobre todo los grupos menos privilegiados, no obtuvieron ninguna ventaja significativa de las dos décadas de industrialización que se extienden entre 1950 y 1970, ni tampoco de las reformas posteriores de la propiedad. Esto no es de extrañar, dado que la expansión económica del período había tenido una base capitalista; incluso después de 1968, cuando el capitalismo de Estado empezó a sustituir al modelo tradicional, no se dieron pasos para una vasta redistribución del ingreso del sector empresarial al no empresarial". (E. V. K. FitzGerald **La economía política del Perú: 1956-1978**, I.E.P., Lima 1981, pág. 184). Si bien el criterio antes expuesto podría parecer exagerado, (y así lo ha hecho saber un sector de la doctrina), lo cierto es que hay consenso en que el modelo adoptado por los militares no tuvo todos los efectos que se esperaron de él, que se agotó prontamente y que en todo caso sólo tuvo beneficios intra-sectoriales, sin beneficiar a los otros sectores.

Cuando la Asamblea Constituyente se reúne, se encuentra con una determinada situación; es decir, un Estado que domina gran parte del movimiento económico; una política distribucionista que no ha logrado sus objetivos; un sector privado amenazado, un sector público en dificultades, un país lleno de carencias y en plena crisis. Los debates girarán precisamente en torno a esta situación, y a la manera de superarla.

4. El debate constitucional

Al instalarse la Asamblea Constituyente en el mes de julio de 1978, ésta dividió su trabajo en diversas Comisiones Especiales, a las que se encargó preparar los proyectos de los respectivos títulos del futuro texto constitucional. Estos a su vez, serían revisados por la Comisión Principal de Constitución, para su posterior discusión y aprobación por el Pleno de la Asamblea.

A la Comisión Especial N° 8 correspondió estudiar el título "Del régimen económico y financiero" a la que se presentaron, por parte de

sus miembros, una ponencia en mayoría y tres por minoría. (C.f. **Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979**, Publicación oficial, s/f; tomo II, pp. 71-111). El texto original, luego de sucesivas revisiones, fue finalmente puesto a consideración del plenario, en el mes de mayo de 1979, en donde finalmente fue sancionado, luego de amplias discusiones.

Esta Comisión Especial N^o 8 estuvo presidida por el representante Ernesto Alayza Grundy del Partido Popular Cristiano (PPC), y a ella contribuyó decididamente el constituyente del APRA, Luis F. Rodríguez Vildosola, quienes aunando las respectivas fuerzas de sus Partidos, hicieron la mayoría necesaria para la sanción final del proyecto.

Al presentar este proyecto en la sesión de 2 de mayo de 1979, Alayza Grundy manifestó que la ponencia se desarrollaba teniendo como supuesto dos hechos básicos: en primer lugar el subdesarrollo del país, caracterizado por un sector moderno cercano a la más avanzada tecnología y que abarca más o menos el 25% del aparato económico, y un sector que puede denominarse como economía de subsistencia y con prácticas de sumo atraso y que representa el 75 u 80 por ciento del aparato económico nacional. El segundo hecho es la comprobación de que el país está enrumbándose hacia una sólida democracia política, y hay que hacerla coincidir con la democracia de orden económico y social. Democracia, agrega Alayza, significa igualdad y libertad, personales e institucionales. Eso significa que la "economía debe estar fundamentada no solamente en el Estado, sino en la totalidad de la sociedad". Según este criterio, el proyecto se aparta de la fórmula liberal, y encarga al Estado asumir una posición de dirección o gerencia permanente para el bien común de la sociedad peruana. El problema era pues, coordinar una sociedad democrática con una economía eficiente y libre. Para eso, hay que hacer participar a todos los sectores en la marcha de la economía, sin privilegiar a ningún sector ni menos aún al Estado, que tenga como objetivos precisamente hacer desarrollar a ese 75 u 80% que vive atrasado, marginado, recluso en zonas de inferioridad y miseria. En síntesis, armonizar el régimen económico con el régimen político, la libertad económica con la libertad política. Y agregaba textualmente:

“Para alcanzar estos objetivos y mantener aquellos principios, el proyecto ha establecido cuatro instituciones en el capítulo que hoy debatimos, instituciones que son las bases generales sobre las que creemos que se debe asentar el régimen económico y financiero del país. La primera y fundamental, el pluralismo económico; la segunda, la planificación democrática; la tercera, la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado; y la cuarta, un enérgico papel promotor del Estado”. (*Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, Tomo VI, Lima s/f. página 386).

En cuanto al pluralismo, éste se expresa con la existencia de todos los tipos de empresas, sin privilegios para nadie, sean comunales, autogestionarias o de cualquier tipo. En cuanto a la planificación, ésta será democrática, o sea, obligatoria y compulsiva para el sector público y de concertación y orientación para el sector privado. En cuanto a la economía, ésta se moverá dentro de un mercado, como sucede en las principales democracias europeas, y lo consagra la Constitución española de 1978, en su artículo 38, pero con el aditamento de “social”, que no está en el texto español. Por último, en cuanto al papel promotor del Estado, se indica que éste tiene como objetivo el de estimular, colaborar y actuar directamente. Concretamente “el rol promotor del Estado, debe ser entendido en la forma que acabo de decir: estimular, de una parte, cooperar por otra, y hacer lo que otros no pueden o no deben hacer” (cit. pág. 388). Se niega finalmente al Estado la calidad de planificador compulsivo y obligatorio en todas y cada una de las empresas y unidades productoras.

Este ponencia, fue, como era de esperarse, combatida por los partidos radicales, en especial los de orientación marxista en todas sus gamas. Así, el señor Meza Cuadra, del Partido Socialista Revolucionario, hizo un amplio elogio del proyecto presentado por su partido, haciendo diversos alcances para precisar términos considerados vagos e insuficientes en la ponencia por mayoría, reclamando la inserción en el proyecto de las empresas de propiedad social. Otro comentario, era hacer más explícita la reserva para el Estado de determinadas industrias, explotaciones o servicios públicos. En su parte final Meza Cuadra aboga por la planificación y descarta la economía de mercado, pues ésta

es un "sistema anárquico de producción, basado solamente en la posibilidad de mayor lucro y no en producir lo que el pueblo necesita" (cit. pág. 390).

El representante Paredes (Grupo Comunista) discute la redacción del proyecto, ya que con terminología rebuscada pretende "mantener las diversas formas de explotación del hombre por el hombre, que viene imperando actualmente en el país" (cit. pág. 391). Y agrega "Una verdadera justicia social sólo puede existir en una sociedad socialista, en la que el poder económico y político, se encuentra en manos de la clase obrera, el campesinado, de todo el pueblo trabajador. No se puede hablar de justicia social cuando una Constitución, como la que estamos aprobando, permite la explotación del hombre por el hombre, sanciona la permanencia de la empresa privada y de la economía de mercado, que significa la explotación más brutal del hombre por el hombre". Y concluye: "... de modo que esta Constitución al ser aplicada no permitirá que nuestro país salga de la actual crisis económica y política, sino que como lo venimos sosteniendo, este pluralismo económico nos llevará cada vez más hacia una bancarrota total en lo económico y en lo político" (cit. pág. 391)

El representante Delgado Béjar (Partido Comunista) al sostener la insuficiencia del sector privado en cuanto técnicas y capitales, sugiere dejar de lado la igualdad de todos los sectores y dar la primacía al Sector Estatal, como ente rector de la economía (cit. pág. 392). Las características del régimen económico serían: "el pluralismo, destacando el carácter de empresario y promotor del desarrollo para el Estado; la planificación, reconociendo que esta planificación debe ser concertada para algunos sectores, y la pequeña empresa, que queda en libertad plena porque está dentro de la iniciativa de la economía clásica (cit. pág. 393)

El constituyente Malpica (Unidad Democrática Popular) hace una amplia como erudita exposición, adversa totalmente al modelo expuesto: "Nosotros creemos que la planificación debe ser obligatoria, no solamente para el sector estatal sino para todos los sectores, que es la única forma efectiva de planificar. Si no se hace planificación obligatoria,

realmente no se trata de planificación" (cit. pág. 394). En el mismo sentido, si bien reconociendo la existencia de varios sectores en el aspecto económico nacional, sostiene Malpica que el sector preponderante y orientador debe ser el Estado. Y esto porque "en nuestro país el modo de producción dominante es el capitalismo; es la empresa privada, algo más, es el capital monopolista nacional y extranjero el dominante en la economía peruana. Este es el sector dominante, el sector más importante de la economía, y como sector dominante es el que hace la acumulación; los demás sectores no son sino tributarios de éste. La acumulación y la reproducción ampliada se hace a nivel del capital monopolista y es por esto que no tiene ninguna importancia hablar de pluralismo económico, cuando el sector dominante de la economía es la empresa privada" (cit. pág. 394). Malpica sostiene que el capitalismo no ha logrado sacar del subdesarrollo a ningún país subdesarrollado en el presente siglo, y que más bien, el sistema socialista sí lo ha hecho, como es el caso de China, subdesarrollada hasta hace cuarenta años, y Cuba, que hasta 1959 era subdesarrollada, y hoy sus niveles de vida son superiores a los de toda la América Latina" (cit. pág. 395), Malpica hace referencia a las discusiones académicas del presente siglo, en especial la de la teoría de la competencia imperfecta (toda vez que la competencia perfecta como supuesto del mercado no existe); la de economía oligopólica, o sea, de economía controlada por un grupo pequeño, que es una de las características de las economías capitalistas de la actualidad (como es el caso de los Estados Unidos). Finalmente Malpica cita a Juan XXIII, en pasajes que condenan la libre empresa y la libre competencia, así como párrafos de Pablo VI, adversos a los sistemas sobre los que descansa la ponencia, esto es, el liberalismo (cit. pág. 397).

La conclusión de Malpica es que la economía de mercado es una teoría caduca y que no conviene al pueblo peruano.

Contrario también al proyecto es el punto de vista sostenido por Jorge del Prado, del Partido Comunista Peruano. Manejando diversas cifras oficiales y del sector privado, recalca que el nuestro es un país dependiente, con grandes desigualdades, con predominio de la empresa capitalista y con una dependencia general frente al imperialismo ex-

tranjero. Frente a eso, arguye, hay que reafirmar que el título no dice nada y no aprueba nada concreto que signifique luchar por esa transformación que el país necesita, ni menos aún los medios para salir de esas desigualdades. Es decir, el texto no se articula en el sentido de una transformación radical del espectro económico y social, y si eso no lo dice la nueva Constitución, se habrá perdido el sentido profundo de una Constitución que signifique afianzar la democracia económica, conjuntamente con la democracia política.

Por el partido aprista, y en nombre de la Comisión Especial redactora del Título sobre Régimen Económico hizo su defensa Luis F. Rodríguez Vildósola, anotando que los principios básicos del Título estaban bien puestos, que ellos contenían ideas generales y además que había que ser realistas. Agrega que no se puede saltar directamente del subdesarrollo al socialismo, pues las etapas no pueden eliminarse por decretos. Dice así: "Estamos condicionados por una serie de situaciones de tipo económico que impiden, y la historia lo demuestra, efectuar tal salto. El caso de Cuba se suele presentar contradiciendo la acotada afirmación marxista (o sea, que las etapas económicas no se saltan por decretos). Pero no es exacto desde el punto de vista económico, porque todos sabemos que es un problema político: tres millones de dólares diarios le cuesta a Rusia soviética mantener este portavión llamado Cuba anclado frente a las costas de Florida ..." (cit. pág. 400). Y más adelante: "...sostenemos que no se puede saltar del subdesarrollo al socialismo en una forma brusca, por todas las contingencias económicas y por la realidad de los países. Queda entonces como salida, como única vía factible, el pluralismo, que implica la coexistencia de las diversas formas empresariales. El pluralismo es una puerta abierta al futuro..." (cit. pág. 400). Agrega que dicho pluralismo no impide que el acento vaya a favor de uno de los extremos de la balanza; así bien podría en un determinado gobierno darse ciertas preferencias al sector público, propiciando la creación de nuevas empresas estatales, o bien podría incentivarse sobre todo al sector privado, si así fuese la decisión política, o buscar una salida mixta. El modelo, pues, según Rodríguez Vildósola, es amplio y flexible. En lo referente a la planificación, agrega que frente a la planificación comunista, que absorbe y centraliza todo, y la planificación capitalista, que es meramente indicativa, se

encuentra la llamada planificación concertada, fruto de diversas teorías de economistas holandeses, que permiten superar ambos extremos y es precisamente lo que ha acogido el proyecto constitucional. Recuerda por último, que la actividad empresarial del Estado está expresamente consagrada, lo cual permite un amplio marco de actividad pública, al lado de la iniciativa privada, que se reconoce libre.

Por el Partido Demócrata Cristiano, Héctor Cornejo Chávez expresa su oposición al proyecto en debate. Critica, sobre la base de textos pontificios, la demasiada importancia dada a la iniciativa privada, como si de ella dependiese todo el desarrollo del país, y más aún, que la planificación sea obligatoria tan sólo para el sector público. Sostiene que el plan, o sea, la planificación, debe ser compulsiva, que el Estado indique, decida, impulse, prohíba, oriente, lo que interesa al bien común, que no es la suma aritmética de las individualidades, sino el interés colectivo general. Se trata, dice citando a Pietro Paván, de asignar tales tareas "autoritariamente", esto es, de arriba abajo, pues de lo contrario, y con sentido práctico, no existirá planificación útil (cit. pág. 408). Dice así: "Si el único que la va a obedecer es el Estado, será ineficaz, más aún si el Estado, según el proyecto y su espíritu general, va a salir recortado; porque se ve con recelo al Estado como empresario ..." (cit. pág. 408). Agrega Cornejo que de todos los tipos de empresas existentes, no se puede cometer la ilusión de pensar que son iguales y tienen las mismas prerrogativas. El sector privado, que es el capitalista y predomina, no puede tener la misma importancia que un sector social de empresas, en donde lo más importante es el trabajo y no el capital; en consecuencia el pluralismo de la ponencia no puede ser ilusorio ni basarse en una supuesta igualdad que no existe, por lo que es necesario incentivar tan sólo a la empresa estatal y sobre todo a la empresa de contenido social.

En defensa de la ponencia constitucional, interviene luego el constituyente Mario Polar Ugarteche de las filas del Partido Popular Cristiano. Criticando a los que lo han antecedido, señala que "la tesis de nuestros colegas de la bancada oriental sería ruinosa, porque espantar al capital propio y extraño con tanta ligereza, es condenar a nuestro pueblo a la miseria. Lo que importa pues, es promover lo más rápida-

mente que sea posible el aumento de la producción y de la riqueza, como la única manera de alcanzar decorosos niveles de vida” (cit. pág. 412). Contestando al constituyente Malpica, hace un análisis de la experiencia militar del período 1968-1977, y demuestra que el Estado cuenta en la actualidad con 174 empresas, casi todas ellas compradas o expropiadas, y que no han hecho sino crear problemas financieros al Estado, sin beneficio para nadie. Así, empresas que antes eran rentables en manos del sector privado, se volvieron ineficientes, y en la actualidad constituyen una cartera pesada que soportan todos los contribuyentes, sin contar por cierto con el endeudamiento externo que ha servido precisamente para paliar tales déficits. La experiencia estatista reciente, concluye Polar, es la historia más elocuente para no repetir la historia de dar primacía al Estado sobre los demás sectores, ni menos aún que aparezca desbordado y más allá de sus límites. En base a esta experiencia, se trata, sin lugar a dudas, de impedir “la constitucionalización del desastre” (pág. 414). Y agrega: “Por eso, en vez de buscar una economía estatizada, buscamos una economía pluralista y positiva, que no significa negarle al Estado su derecho a ser empresario ..., ese derecho lo tiene y debe usarlo, pero dentro de sus reales posibilidades, porque la riqueza no se inventa por decreto. Con una simple disposición constitucional no vamos a aumentar los ingresos... el incremento de los ingresos tiene que ser el resultado de un esfuerzo concertado y conjunto de todos los sectores de la economía nacional” (cit. pág. 414).

Finalmente, toma nuevamente la palabra Alayza Grundy, para responder a las diversas críticas que se han formulado al proyecto. Parte del hecho de que existen posiciones irreconciliables; aquellas diversas formas democráticas de orientar la economía y aquellas marxistas-leninistas, que son totalitarias. Con ellas no hay pues entendimiento posible, aun cuando la tolerancia siempre existirá. Refuta también el argumento de que en el presente siglo no ha habido país subdesarrollado que deje de serlo bajo el sistema capitalista, y recuerda el caso de Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Checoslovaquia (que se formó bajo el imperio austro-húngaro) etc. Señala también que debe evitarse la exposición unilateral del pensamiento pontificio, aun cuando no entra al análisis de los mismos, y finalmente defiende el concepto de economía social de mercado, pues el mercado es ineliminable y además, “el

acento está en lo social. Es una economía social en la que juega el mercado porque es la única manera de regular las posibilidades, opciones y derechos de todos los sectores, grupos y unidades que viven en una nación" (cit. pág. 421)

A partir del 3 de mayo, se discutió la parte referida a los Recursos Naturales, en donde también se apreciaron similares criterios. Para algunos, la explotación de tales recursos podría ser entregada tanto al Estado como a la iniciativa privada; para otros, tan sólo el Estado debería tener acceso a ella. Algunos, como el constituyente Véliz (Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos) planteó crear la figura del usufructo (pág. 446); otros, como el constituyente Acosta recordó que la IPC (Internacional Petroleum Company) fue una transnacional expulsada del país por haber realizado una explotación monopólica y abusiva, y que con la nueva Constitución podría volver ésta y otras similares (pág. 447). Por eso, en nombre del Partido Comunista postula que los recursos naturales, renovables y no renovables, deberían ser patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado (pág. 448)

El constituyente Diez Canseco (Unidad Democrática Popular) llama la atención de que en todo el texto del proyecto no se haya hablado una sola vez de una efectiva nacionalización ni de la tierra ni de la industria, como eran los postulados primigenios del Apra (pág. 451). Por otro lado, el constituyente Ortiz de Zevallos (pág. 453) hizo una larga explicación de dos hechos fundamentales: por un lado, el Estado no tiene suficiente dinero para inversiones fabulosas que sí pueden hacer los grandes consorcios extranjeros, y por otro, que el capitalismo nativo tampoco puede asumir tales inversiones por carecer de los recursos necesarios; en consecuencia, no se trata de hacer teorías y concesiones, sino de tratar con realidades. Continuando, Ortiz de Zevallos recuerda que la política estatista del gobierno militar iniciada en 1968 sobreestimó sus capacidades, inflando artificialmente el aparato del Estado, creando empresas ineficientes que son una rémora para el fisco; en base a tales experiencias, tan cercanas, volver por los fueros de un estatismo delirante no tendría sentido alguno. En la misma dirección, Vargas Haya de las filas del Apra, sostiene que si se deja al Estado la explotación de las minas, éstas nunca serán explotadas, pues

el Estado carece de recursos y tecnología. Y dice así: "Sólo el capital y la tecnología, factores procedentes de las naciones altamente desarrolladas, son los que podrán facilitarnos la salida del subdesarrollo en que nos encontramos ...". (pág. 461)

Al tratar el tema de la Propiedad, el constituyente Alayza hizo una exposición de motivos sobre lo que era dicho concepto, aclarando que no se había introducido ninguna oposición entre la propiedad privada y la pública o estatal, ya que la ponencia partía del hecho de que el modelo adoptado por el proyecto era el pluralismo de las formas de propiedad, enmarcado dentro del concepto ya aprobado de economía social de mercado. Igualmente, hizo un recuento del alcance de la expropiación, tal como se incorpora en el texto, señalando que como norma general el pago es al contado, salvo algunos casos que rigen en la legislación peruana desde hace algún tiempo, en los cuales el pago es diferido (como es el caso de la expropiación con fines de reforma agraria). El constituyente Cáceres Velásquez (Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos) pidió insertar norma expresa en la cual se prescriba que en materia de expropiación, los extranjeros no recibieran mejor trato que los nacionales, recordando que eso sucedió con algunas de las expropiaciones efectuadas por el Gobierno Militar (pág. 478). El constituyente Meza Cuadra (Partido Socialista Revolucionario), sostuvo que los bienes de producción deben ser prioritaria y mayoritariamente socializados, y en igual sentido se pronunció el constituyente Malpica (pág. 488)

El tratamiento de la empresa fue motivo de una larga exposición del constituyente Alayza, extendiéndose sobre la economía de mercado en la cual se mueve la empresa, sobre el problema que representan los monopolios, sean públicos o privados, la necesidad de que el Estado intervenga en la actividad económica en casos extraordinarios, así como el control de la inversión extranjera (pp. 501-502). A este planteo, el señor Del Prado, del Partido Comunista, opuso la tesis mediante la cual la prioridad debería estar a cargo de la empresa estatal, así como todas las consecuencias que de esta tesis se derivan (pág. 502). Se dejaron oír también varias opiniones relacionadas con la inclusión de la propiedad social en el esquema constitucional en debate, lo que al final fue

desechado, por considerarse que dicho concepto estaba incluido en otros más genéricos que consagraba el proyecto. El constituyente Cornejo Chávez (Democracia Cristiana) propuso sustituir, gradualmente, la empresa capitalista por la empresa de tipo cooperativo, como podrían ser las empresas comunitarias, postuladas por ciertos sectores del social-cristianismo. Rodríguez Vildósola insistió en las empresas cooperativas, que tendrían un papel complementario en la economía. Finalmente, frente a tanta oposición al texto, el constituyente Alayza señaló que "con la extrema izquierda de carácter marxista-leninista, no hay posibilidad de entendimiento porque hablamos dos idiomas distintos; estamos en dos posiciones tan diferentes que no es posible entenderse" (pág. 535)

El tema del Congreso Económico Nacional, una de las más caras metas del Apra, fue objeto de un largo y acalorado debate, en el cual recibió críticas de todas las bancadas, por la ambigüedad de sus postulados, la imprecisión de sus tareas y lo equívoco del título (pp. 554 y ss.). Al final el proyecto fue desechado cuando se entró en una polémica sobre las atribuciones del Congreso (si era un ente meramente consultivo o si intervenía en la planificación). Incluso se dio el caso del constituyente Ramírez del Villar (Partido Popular Cristiano) quien indicó que existía además un problema semántico, pues los Congresos legislan, sugiriendo el nombre de Consejo Económico y Social, lo que motivó una réplica de Luis A. Sánchez defendiendo no sólo el término, sino lamentando la subsistencia de un antiaprismo que ha vedado tal tipo de proyectos (cit. tomo VII, pág. 155 a 163)

Otros temas vinculados con la misma problemática fueron tratados expresamente en el Pleno; entre ellos destaquemos el relacionado con la deuda externa, la cual debería ser expresamente autorizada por ley (cit. tomo VII, pp. 13 y 43), la situación del Banco Central de Reserva (cf. VII pág. 15) que trajo una polémica muy sonada, toda vez que en el proyecto constitucional, fue colocado en una situación privilegiada, ajena a los ajetres políticos y sobre todo a los eventuales caprichos o presiones del Ejecutivo. Ruiz Eldredge (Partido Socialista Revolucionario) lo calificó de superpoder (t. VII pág. 35 y ss.) e insistió, al igual que otros constituyentes, en el problema de la banca en el país, de la

banca extranjera, así como que ésta no debería estar en manos de particulares, sino del Estado, reproduciéndose aquí el debate ideológico que se planteó al inicio, al tratarse sobre la "economía de mercado". Finalmente el constituyente Bedoya Reyes (Partido Popular Cristiano) admitió la posibilidad de que el Estado monopolice la actividad bancaria en caso de emergencias y frente a visibles excesos de la banca privada (tomo VII, pág. 52)

Al tratarse el régimen agrario hubo también críticas al articulado (tomo VII, pág. 70); se pidió, por parte del constituyente Diez Canseco, que se consagrara constitucionalmente el principio de que la tierra es para quien la trabaja (t. VII, pág. 73). Igualmente, al discutirse las comunidades campesinas, se hizo amplia referencia a su historia, a la necesidad de proteger sus límites y proporcionarles titulación (t. VII, pág. 129). La parte final fue dedicada a debatir *in extenso* al Congreso Económico Nacional, que fue finalmente rechazado, como ya indicamos (tomo VII, pág. 140 y ss.)

5. La Constitución económica formal

En los apartados anteriores hemos hecho un análisis de la situación socio-económica que atravesaba el país al momento de debatirse el texto constitucional, y luego el debate en sí mismo. Ellos nos sirven indudablemente para explicar la normatividad aprobada, y nos permiten advertir que si bien a raíz del debate, como podrá apreciarse de un simple cotejo con las actas y con los proyectos originales de las respectivas comisiones, hubo algunas concesiones importantes que hizo el sector mayoritario (representado por el APRA y el Partido Popular Cristiano) a las fuerzas que podemos calificar globalmente como de izquierda marxista, el modelo pensado originalmente se mantuvo, pero con un carácter abierto, como lo explicitaremos en la parte final. Los rasgos principales de la Constitución económica formal sancionada en 1979, son los siguientes:

i) Plurarismo económico.-

El artículo 112 señala que el Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia demo-

crática de diversas formas de propiedad y empresas. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad, actúan con la personería jurídica que la ley señala, de acuerdo a sus características. (Cf. Alfredo Quispe Correa **Tratamiento constitucional de la Empresa** en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa" N° 13, julio - agosto de 1985).

ii) Economía social de mercado.-

La fórmula fue tomada, como se dijo, de la Constitución española, la cual la admitió conceptualmente, aun cuando eliminó la parte relativa a lo "social" que en la práctica no negó. El texto está consagrado en el artículo 115 y señala que la iniciativa privada es libre, pero se ejerce en una economía social de mercado. Y agrega que el Estado estimula y reglamenta su ejercicio, para armonizarlo con el interés social. (Cf. AA. VV. **Economía social de mercado** Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, Lima 1979; AA.VV. **Democracia y economía de mercado**, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1981,

iii) Propiedad privada con limitaciones.-

Como en anteriores constituciones, se garantiza el derecho a la propiedad privada, a la que se considera inviolable (art. 125). Agrega este artículo que a nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago de indemnización justipreciada. Sólo en caso de expropiación por causa de guerra, calamidad pública, reforma agraria o remodelación de centros poblados o aprovechamiento de fuentes de energía, el pago de la indemnización puede hacerse en armadas o bonos de aceptación obligatoria.

El artículo 124 establece que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social, agregando que el Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades.

iv) Intervención estatal.-

Al revés de lo consignado en anteriores textos constitucionales y teniendo en cuenta la existencia de un amplio sector público, la Carta

consagra la existencia del Estado como empresario y como interventor de la vida económica en determinados sectores y por causa de necesidad nacional. Así, el artículo 113 señala que el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos del desarrollo. Y el artículo 114 indica que por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicio. Por iguales causas puede también establecer reserva de dichas actividades a favor de los peruanos.

Por otro lado, el artículo 211, inciso 20, faculta al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. Este artículo ha introducido en el derecho peruano lo que en doctrina se conoce como "Decretos con fuerza de ley" y más concretamente como "decretos de necesidad y urgencia" o simplemente "decretos de urgencia". Se trata de normas muy concretas, para casos específicos, caracterizados por la temporalidad y para temas que no tengan la reserva de la ley.

v) Planificación.-

Este fue otro de los grandes temas del debate, al igual que el de "economía social de mercado". Pero sin lugar a dudas la trascendencia de este tópico es aún mayor, ya que se trata de una realidad cotidiana de todos los países de la América Latina, que a partir de los años sesenta han institucionalizado la planificación a través de un Ministerio, una Oficina Pública o una gran Corporación. (Cf. Marcos Kaplan *Sociedad, política y planificación en América Latina*, UNAM, México 1980). Por otro lado, la necesidad de la planificación, fue objeto de arduo debate en la década del sesenta, entre aquellos partidarios de la planificación y los partidarios de la libre competencia en un teórico mercado libre. Pero paulatinamente, tanto la opinión pública, como los partidos y la doctrina, se han inclinado a aceptar la necesidad de la planificación. (Cf. Alfredo Quispe Correa *Constitución y planificación en "Revista de Jurisprudencia Peruana"*, setiembre-octubre de 1978, núm. 416-417). El punto en discusión es qué planificación había que adoptar; si la vinculante, o simplemente la indicativa. La posición del

artículo 111 fue algo intermedia, cuya aplicación puede ser diferida. Dice así: El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada, es de cumplimiento obligatorio.

vi) Rechazo moderado al monopolio y al oligopolio.-

El rechazo está consagrado en el artículo 133 y en el 134. El primero señala que están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. El segundo indica que la prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de los particulares.

El primer artículo tiene si se quiere, una explicación natural, toda vez que habiendo sido aprobado un modelo de economía de mercado (aun cuando social), no tenía sentido, al menos en teoría, propiciar o permitir los monopolios y los oligopolios. Lo que descuidó sin embargo el constituyente fue el hecho de que muchas veces en los países subdesarrollados como el nuestro, los monopolios u oligopolios son producto natural de un medio limitado que no ha podido desarrollar mayores empresas en el mercado, y en consecuencia podría dar pábulo a sancionar incompetencias o carencias reales no queridas ni buscadas por nadie. Por ese motivo es que las modernas legislaciones, más que sancionar el monopolio u oligopolio en sí mismos, buscan sancionar o controlar, las prácticas monopólicas u oligopólicas, con lo cual se persiguen los mismos objetivos.

En cuanto a lo segundo, tiene una clara explicación coyuntural. Al momento de debatirse la Constitución (1978-1979), todos los medios hablados, escritos y televisados, se encontraban en poder del Estado, como producto de una reforma efectuada en 1974, que pretendía entregar tales medios a los sectores organizados de la población. Lo real es que esa proyectada transferencia a tales sectores no se produjo nunca

y los hechos demostraron que era impracticable. En consecuencia, la cláusula constitucional no tenía otro objeto que facilitar al gobierno constitucional que se instalase en el poder en 1980, la devolución a sus originales propietarios de tales medios de comunicación, lo que efectivamente se hizo con el retorno a la constitucionalidad (1980)

Igual sentido tiene el artículo 153, que establece que la actividad bancaria, financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado, directa ni indirectamente (nada dice sobre el monopolio público)

Sin embargo, tales declaraciones tan genéricas y contundentes, no impedirían la existencia de monopolios públicos, como de una lectura atenta del articulado constitucional puede desprenderse. Así, el artículo 114 permite al Estado reservarse actividades productivas o de servicios por causas de interés social o seguridad nacional. Al momento del debate constituyente (y hasta la actualidad) el Estado mantiene determinados monopolios (por ejemplo la comercialización de la coca) y también servicios básicos (agua, luz y teléfono), entre otros.

Igualmente el artículo 127 señala que la ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación.

Existen diseminados en el texto, otros artículos que podrían dar pie para probar lo que estamos señalando, pero creemos que lo aquí expuesto es suficiente para confirmar la tesis que estamos desarrollando.

vii) Papel rector del Banco Central de Reserva.-

Al Banco Central se le ha dado en la Constitución una autonomía que nunca antes tuvo. Se consideró que toda la política económica del país -desde la fijación de intereses, emisión de monedas, control de la actividad bancaria, concertación de préstamos con el exterior, etc.- era determinante en el manejo del Estado, y que uno de los más serios problemas que tenía el país, era que el Poder Ejecutivo pudiese manejar a su antojo al Banco Central, como sucedió con todos los gobiernos

anteriores. De esta suerte, se le dotó de una gran autonomía, para que estuviese manejado en principio por personal altamente calificado, y que sus decisiones no dependiesen del gobierno central. Para tal efecto, la Constitución en su artículo 151 establece que el Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros, de los cuales el Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente, y el Senado ratifica a éste y designa a los tres restantes. Los Directores son nombrados por un periodo de cinco años, y sólo el Senado puede removerlos por falta grave.

La experiencia reciente ha demostrado que una autonomía total es prácticamente imposible, pero en principio el Directorio en determinadas ocasiones ha planteado exigencias al Gobierno Central en el manejo de la política económica, e incluso ha disentido públicamente con el Gobierno, lo que no hubiera sucedido en anteriores administraciones. Creemos que esta autonomía del Banco Central, con todos los inconvenientes que esto pueda tener, es una pieza clave de la Constitución económica, ya que según declaró en alguna oportunidad el constituyente Alayza, el Banco Central era al sistema económico, lo que la Corte Suprema al ordenamiento jurídico.

viii) Adhesión a la integración latinoamericana.-

El artículo 100 de la Carta señala textualmente que el Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

Este enunciado general, tiene su explicación amplia si repasamos brevemente la situación de la región en los últimos años. En efecto, en 1960, siguiendo los modelos europeos, se constituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que ahora ha modificado su estructura y se denomina ALADI, con sede actual en Montevideo. Tal esquema integracionista ha sido hasta ahora muy débil y lento, en parte porque ha sido librado a la decisión de los sectores privados, que posteriormente elevan sus decisiones a sus respectivos gobiernos; y en parte por problemas de orden interno de los países involucrados. Sin embargo, algo se ha avanzado en tal sentido, y lo más positivo es que

dentro del gran marco de ALALC (hoy ALADI) se programó, ejecutó y puso en marcha en 1969, el denominado Acuerdo de Cartagena, comúnmente llamado Pacto Andino (GRAN), con sede en la ciudad de Lima, y que cuenta adicionalmente con el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (o Tribunal Andino), con sede en Quito. Este acuerdo sub-regional fue pensado para acelerar la integración entre los países andinos, y así integraron tal pacto el Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia, Chile y Venezuela, que se adhirió posteriormente, y del cual Chile, con el advenimiento del régimen de Pinochet, se apartó en la década del setenta. Lo importante del Pacto Andino es que esta vez se ha delegado en los gobiernos la toma de decisiones, teniendo como metas la creación de un mercado ampliado, de una unión aduanera y la armonización de políticas, e impulsando la programación industrial, que ha tenido un desarrollo muy rápido, aun cuando la crisis reciente que atraviesan sus países miembros, ha ocasionado algún retroceso o pérdida de velocidad. En todo caso, las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena significan orientar políticas comunes en cuanto producción, política laboral, política migratoria, control de la inversión extranjera, entre otros aspectos, que tienden sin lugar a dudas -aun cuando a largo plazo- a modelar una realidad económica similar, a buscar un desarrollo armónico en la región, y en cierto sentido a modelar la constitución económica material de cada uno de nuestros países. Al haberse consagrado al más alto nivel la adhesión peruana a los principios de la integración, se ha incorporado también sus objetivos, que son, fundamentalmente -por lo menos por un buen tiempo- esencialmente económicos. (Cf. F.V. García - Amador **El ordenamiento jurídico andino**, Ed. Depalma, Bs. Aires 1977; Luis Carlos Sáchica **Introducción al Derecho Comunitario Andino**, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito 1985)

ix) Otros aspectos.-

También ha merecido un tratamiento detenido en la normatividad constitucional, el apartado dedicado a los recursos naturales, que son patrimonio de la Nación (art. 118), aun cuando su uso puede ser otorgado a los particulares; la libertad de comercio e industria (art. 131) pero aceptando que en situaciones de grave crisis o de emergencia, el

Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario (art. 132); medidas pensadas seguramente para épocas de guerra, calamidad pública o revuelta interior. La hacienda pública es también objeto de regulación minuciosa, en especial la manera como se emplean los fondos del Estado; el sistema de la Contraloría General (art. 146) y la reserva de la ley en materia tributaria (art. 139). (Cf. Juan Lino Castillo *El principio de la reserva de la ley en el Derecho Tributario* en "Thémis" Primer Semestre de 1966, núm. 2), generalmente incumplido en los últimos tiempos. Gran minuciosidad ha merecido el título dedicado a la Reforma Agraria (artículo 156 y siguientes), que no ha hecho más que consagrar la drástica reforma agraria iniciada en 1969, aun cuando con algunas matizaciones. (Cf. Luis A. Gazzolo Miani *Constitución y Derecho Agrario* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas, edic. San Marcos, N° 1 - 3, 1979). En su artículo 159 señala que "la reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad, tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la Nación". Como puede apreciarse, la inserción de la problemática de la reforma agraria es característica de nuestro constitucionalismo, y se encuentra, por otro lado, ausente de las constituciones europeas, salvo la de Portugal. Otro punto importante es el apartado (artículos 161 a 163) dedicado a las Comunidades Campesinas y a las Comunidades Nativas. Las primeras, conocidas tradicionalmente como Comunidades Indígenas, gozan de una protección legal desde 1920, y se ha incorporado protección a las segundas para defender las tierras de las tribus amazónicas, objeto de saqueo e incautación secular.

6. Consideraciones conclusivas

La regulación constitucional del régimen económico en la vigente Constitución ha sido objeto de duras críticas, tanto desde una perspectiva general, como en los análisis de detalle. Para los efectos de nuestro análisis, nos detendremos tan sólo en su aspecto general, que está resumido en la fórmula de "economía social de mercado". Algunos la ponderan enormemente; así Enrique Chirinos Soto dice que "Este es el capítulo que más violentos ataques ha provocado por parte de la

extrema izquierda. Se le presenta como el colmo de la reacción y el oscurantismo. El avisado lector juzgará de su contenido". (Cf. *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima 1979, pág. 121). Por su parte, José Pareja Paz-Soldán escribe: "La nueva Constitución propicia una Economía Social de Mercado. No se inclina, pues, en el tradicional liberalismo capitalista manchesteriano ni en el socialismo, sino que se basa en un neocapitalismo progresista y social, como lo es el de la República Federal Alemana, cuya constitución ha inspirado a la peruana, y que gracias a dicho tipo económico ha alcanzado un notable y progresista desarrollo económico y bienestar general. Porque la Economía Social de Mercado facilita la participación de todos los sectores: el público, el privado, empresarial, el social y el cooperativo; o sea, un auténtico pluralismo económico en el que el Estado no trata de monopolizar o imponer una política económica y financiera como lamentablemente ocurrió cuando la primera fase del gobierno militar velasquista, sino que respeta la libre iniciativa empresarial y la propiedad privada de los medios de producción y en el que el Estado no sólo "hace" sino propicia y estimula que otros sectores también "hagan" e intervengan en la planificación y programación de la política económica nacional. Favorece la inversión extranjera y en él la actividad pública se planifica en forma concertada y conversada con los demás sectores, incluyendo el sector privado y respetando la libertad empresarial. Porque es importante alentar la iniciativa, la seguridad y prosperidad de las empresas privadas que han cumplido una benéfica tarea en la historia económica nacional y que son un indispensable recurso para solucionar el desempleo, y dignificar el trabajo como fuente de la riqueza y como medio de realización de la persona humana". (Cf. *La nueva realidad constitucional del Perú en "Acción para el Desarrollo"*, año III, 1980, núm. 13)

Otros autores, son sin embargo, de opinión opuesta a las transcritas. Así, Alberto Ruiz-Eldredge indica que "los principios del Régimen Económico en lugar de impulsar el necesario ascenso de las mayorías marginadas, aseguran más la base económica de la plutocracia y, por tanto, de su poder" (Cf. *La Constitución comentada*, Lima 1980, pág. 187)

En el mismo sentido, Marcial Rubio y Enrique Bernales expresan: "... podemos concluir que la llamada economía social de mercado que recoge nuestra Constitución, es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermedios (y minoritarios del país) que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base a nuestros propios recursos y posibilidades, que empobrece cada vez más al país como conjunto frente a los países desarrollados ..." (Cf. *Constitución y sociedad política*, Mesa Redonda editores, 2da. edición, Lima 1983, pág. 432)

A fin de poder precisar el verdadero alcance de lo que es nuestra constitución económica, conviene repasar lo que era el país al momento de darse la Carta Fundamental. En efecto, hemos señalado que el Perú se encontraba en esos momentos bajo un régimen militar, que estaba ya en sus últimos tramos, pues tras la convocatoria a la Asamblea Constituyente, había anunciado elecciones generales para 1980, lo que efectivamente hizo. Pero ese régimen era heredero de un proceso iniciado en 1968, que había significado un cambio profundo en las estructuras económico-sociales, que había creado una nueva realidad. Así, al Estado que propiciaba el principio de subsidiariedad en la economía y la no intervención en el mercado -salvo en casos aislados y muy notorios-, basado en una arcaica distribución de la tierra, con un ilimitado juego de las fuerzas económicas en el mercado, sucedió un régimen que alteró la faz del país; inició una agresiva política nacionalista, de carácter distributivo, de arriba abajo, con la liquidación del latifundio, con la creación de un fuerte aparato del Estado, cuyos rasgos generales ya se han señalado. Sin entrar por ahora al permanente debate de si tales modificaciones fueron o no positivas, lo cierto es que dejaron huella en la estructura social, y muchas de ellas tuvieron que mantenerse, algunas fueron matizadas, y otras fueron desmontadas paulatinamente, pero en lo esencial perduraron (por lo menos las más importantes). Frente a esta situación, el constituyente optó por reconocer lo que no tenía posibilidad de rechazar, y de reforzar el sector privado que había sufrido maltratos durante el período 1968-1975, y para eso optó por un modelo moderno, tomado de las sociedades capitalistas avanzadas, que cuajaron en el denominado modelo de

economía de mercado, al que matizaron con el nombre de "social". En términos generales, y si aceptamos que la propiedad es determinante para calificar un modelo económico, debemos aceptar que el que aparece en la Carta no es decididamente socialista o afín, ya que permite la propiedad privada de los medios de producción, pero tampoco se inspira en los viejos criterios liberales que todavía repite el periodismo político panfletario. En consecuencia, se aceptó una realidad, y pensamos que el régimen económico normativizado recoge precisamente esta idea.

Ahora bien, surge la pregunta de saber si es que pudo haberse hecho otra cosa; es decir, si realmente aprovechándose la coyuntura constituyente, se pudo ensayar otro tipo de modelo más avanzado. Nosotros creemos que no, y por la sencilla razón de que la realidad hubiera conspirado contra ella. Nos hubiera pasado lo que sucedió con la Constitución portuguesa, cuyos enunciados iban por un lado y la realidad económica-social, por otro. Hubiera existido un claro divorcio entre la realidad y la norma. Es decir, una realidad económica determinada no podía cambiarse por decreto ni tampoco por una constitución. En tal sentido, los grupos de izquierda (marxista en casi todos sus niveles) que propiciaron medidas más audaces vivieron, sin querer, una ilusión: Tales medidas audaces hubieran devenido en impracticables. Vivieron un verdadero espejismo al pensar que un proceso normativo podía cambiar de la noche a la mañana una realidad producto de los años y del entorno económico internacional. Con realismo, ha escrito Manuel García-Pelayo al comentar la situación española: "Pero del hecho de que la Constitución establezca las normas jurídicas que hacen posible el sistema neocapitalista, no puede deducirse que lo imponga. Imponer un sistema económico no ha sido, ni puede ser objeto de las constituciones democráticas y hasta ahora sólo lo ha sido de las constituciones socialistas de modelo soviético". (Cf. **Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución** en "Estudios sobre la Constitución española de 1978", edición a cargo de Manuel Ramírez, Libros Pórtico, Zaragoza 1979, pág. 51)

Existe otro elemento de juicio que abona sobre la no posibilidad de ir más adelante de lo que hasta la fecha se había conseguido. Y es el hecho de que gran parte de las reformas iniciadas en 1968, y

funcionando en aquel momento, no habían dado frutos alentadores (por lo menos a corto plazo). El sobredimensionamiento del Estado (de 45 empresas estatales existentes en 1963 se pasó a 235 como consecuencia de las reformas) había traído un enorme déficit público y una general y reconocida ineficiencia de tales servicios. Si esto se aplica a la reforma agraria, que fue la reforma más reclamada y más indiscutida por todos los sectores, ello se comprende perfectamente. En efecto, como ha quedado apuntado líneas arriba, uno de los grandes problemas que sufría el país era la excesiva concentración de la propiedad rural, que toleraba latifundios de dimensiones fantásticas, muchos de ellos improductivos o no cultivados. Pensando en esto, y siguiendo diversas recomendaciones dadas por organismos internacionales (como la FAO, por ejemplo), la reforma agraria fue iniciada teniendo por objetivo dar la tierra al que la trabajaba, esto es, a los propios peones, obreros, o trabajadores del campo. Poco tiempo después, este loable esfuerzo que prácticamente no tuvo opositores, empezó a naufragar. Los grandes ingenios azucareros de la costa norte, que se caracterizan por su vasta producción (sobre todo azúcar), y que habían recibido cuantiosa ayuda del Estado, se ubicaron en una situación teórica de quiebra. En fecha reciente, Luis Alva Castro actual Ministro de Economía y Presidente del Consejo de Ministros, expresó en términos muy crudos esta situación: "los otrora barones del azúcar han sido reemplazados por cúpulas que no sólo se adueñan del poder y gastan cientos de millones en las cosas más increíbles, sino que han llevado a las cooperativas a la peor crisis de su historia. Las justificaciones, como las sequías, el pago por derechos de exportación, congelamiento de precios y otras, no son toda la causa de la crisis. La razón del desastre es no haber contado con un manejo responsable y capaz. El caos en la industria azucarera es obra de la improvisación y de la penetración ideológica. Aún se recuerda cómo el Sinamos hizo la guerra a los técnicos, muchos de los cuales se fueron al extranjero, propició la lucha de clases y los cambios continuos de gerentes... Muchas personas llegaron a ser gerentes sin capacidad y para cuidar el puesto aceptaban todos los absurdos acuerdos de los Consejos. Estos cambios afectaron duramente a las cooperativas porque no hubo capacidad técnica para dirigir las con inteligencia y planificación en el uso de los recursos. Se crearon innumerables comisiones y

comités, pocos eran los que trabajaban y muchos los que viajaban; disminuyeron las jornadas de trabajo, los aumentos salariales se otorgaron sin ninguna base técnica y sin considerar las reales posibilidades económicas de las empresas. Frente a todos estos hechos ¿qué empresa del mundo puede sobrevivir...? (Cf. *El Comercio*, Lima 10 de julio de 1986)

¿Qué lectura puede hacerse de la Constitución desde el punto de vista del régimen económico?

Ante todo, dejar precisado que un punto a considerar es lo que pensó el constituyente, y otro muy distinto lo que quedó consagrado a nivel normativo. Como es sabido, si bien la voluntad del legislador es importante para buscar el sentido de la norma, no es ni el único elemento para fijar su sentido ni tampoco el determinante. Las normas logran independizarse de sus autores y adquieren vida propia, lo que hace posible que sean analizadas posteriormente desde diversas perspectivas.

Por otro lado, hay que tener presente que en la Constituyente, por lo mismo que ninguno de los partidos y fracciones gozó de mayoría absoluta para imponer sus criterios se tuvo que transar continuamente. Es decir, en el seno de la Constituyente hubo un consenso en los grandes temas, y sobre todo el económico, consenso que no necesariamente era ideológico, sino consenso de intereses. Incluso, si bien se ha dicho que ambos partidos mayoritarios pensaban lo mismo, lo cierto es que del análisis de los debates se desprende precisamente que si bien existían puntos de contacto, se hicieron mutuas concesiones para poder concluir la Constitución. Si esto no hubiese sucedido, seguramente nunca se hubiera aprobado la Constitución ni tampoco se hubiera producido una transferencia ordenada del mando político a la civilidad. Este es un punto que debe ser abonado a favor de las fuerzas que actuaron con madurez política frente a los acontecimientos.

Ahora bien, si queda claro que el modelo normativo constitucional consagró un modelo económico neoliberal o neocapitalista, lo hizo teniendo en cuenta la realidad del país, que en todo caso, como ha

señalado un economista extranjero, podría calificarse -como fruto de las reformas de la década del sesenta- como capitalista de Estado. En tal sentido, la norma constitucional fue sensata y realista, porque no se divorció de la realidad que tenía ante sus ojos.

Pero por otro lado, tampoco hay que dejar de reconocer que a lo largo del debate en el Pleno, y frente a las continuas críticas provenientes de los sectores de izquierda, en el texto se hicieron concesiones, que no habrían prosperado de no haber sido por esta presión. Esto es, si bien en sus grandes lineamientos hay un armazón neoliberal que preside el régimen económico, y adicionalmente se han consagrado ciertos principios como básicos -en especial la propiedad privada y la libertad de comercio e industria- también es cierto que hay numeroso articulado que matiza, limita y en cierto sentido recorta, actual o potencialmente tales enunciados, aun cuando tales reservas no sean definitivas. En consecuencia, no puede de la lectura de la Constitución extraerse, sin más, una conclusión totalmente adversa, como han pretendido algunos.

A fin de graficar este punto conviene tener en cuenta lo expuesto por Pablo Lucas Verdú, al comentar el texto de la Constitución española de 1978, que según afirmaba consagraba un modelo conservador y neoliberal lo cual significaba un retroceso en la marcha del país. No obstante, tiempo después el mismo Lucas Verdú tuvo que admitir cómo la misma Constitución que había consagrado una economía de mercado, podía perfectamente ser utilizada por una mayoría socialista para llevar adelante una "sociedad democrática avanzada". (Cf. *Curso de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid 1984, tomo IV, pág. 349 y ss.) Y entre nosotros, César Ochoa Cardich escribe "...sostenemos que la declaración del artículo 115 de la Constitución peruana de 1979, sancionando el modelo económico de mercado, debe ser matizada por los principios y normas del Estado Social Democrático de Derecho, para interpretarla como una economía de mercado socializada". (Cf. *Constitución y Economía de mercado*, cit. pág. 249)

No empece lo que dijeron sus autores, creemos, y lo expuesto lo demuestra con amplitud, que la Constitución económica permite diversas lecturas, tanto estrictamente conservadoras, como las que tengan

claros matices progresistas. Por cierto que la Constitución no tolera -por lo menos normativamente- un régimen totalizante, absorbente, de feroz estatismo, sea de izquierdas o de derechas, mucho menos un sistema comunista, que significaría además la negación de las clásicas libertades, que todos los constituyentes, sin excepción, se esmeraron en sancionar. Pero sí representa un texto flexible, cuyo alcance, finalidad y propósitos dependen no sólo de sus propias normas, sino del entorno social en que se mueva el país y de las fuerzas políticas actuantes.

Lima, setiembre de 1986.

§ 21

INCONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO DE SALIDA (*)

En los primeros días del mes de enero de 1985, fui consultado por un buen amigo mío, el señor Francisco Igartua, sobre los alcances constitucionales del denominado impuesto de salida al exterior, que en cantidad equivalente a cincuenta dólares americanos, debe pagar todo residente para poder salir del país, por cualquier medio de locomoción, sea aéreo, terrestre, marítimo o lacustre. Por tal motivo, es que me enfrasqué en el análisis del caso, desde sus orígenes en la época del gobierno militar (en donde un equivalente al 30% gravaba tanto el importe del pasaje como la cuota de dólares), hasta la medida, avanzadísima en su momento, de unificar todo en un único impuesto de US\$ 35.00 para salir del país, ya en los finales de la década del setenta, y que en fecha reciente ha sido aumentado a US\$ 50.00. La conclusión a la que llegué era que tal impuesto era inconstitucional, pues de hecho gravaba nada menos que la salida física del país, o sea, la libertad ambulatoria, que sólo podía ser objeto de restricción por mandato judicial, o en aplicación de las leyes de sanidad o de extranjería. Distinto sería el caso si el impuesto gravase la emisión del boleto de avión o el uso del aeropuerto; pero en este caso no existía una materia imponible, que no fuese el libre tránsito de un residente en el Perú. Revisando la literatura comparada, encontré tan sólo un caso que en algo se aproximaba a lo nuestro, y que fue objeto de agudo análisis por el eminente constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos. (Cf. *La inconstitucionalidad del impuesto al pasaporte*, publicado en "La Ley", tomo 120, octubre-diciembre de 1965)

(*) Publicado en *Ius et Praxis*, Lima, N° 7, Julio de 1986

Luego de discutir ampliamente el informe, Igartua coincidió conmigo y decidió iniciar una acción de garantía al amparo de la Ley 23506, en vista de que su salida del país estaba siendo impedida por no pagar el referido timbre. Preparé entonces un proyecto de la demanda y la forma de defender el caso ante los estrados judiciales, que también fue aprobado por Igartua. Lamentablemente, en esos días tuve que salir de improviso fuera de Lima, así es que de común acuerdo con el interesado la causa fue encargada a mi amigo y en ese entonces colega del mismo Estudio profesional, doctor Ernesto Portugal Mariátegui, quien no sólo asumió la defensa a cabalidad, sino que condujo el caso hasta su etapa final.

Lamentablemente, a poco de presentarse la acción de Habeas Corpus, apremiado por las circunstancias, Igartua pagó el referido impuesto de US \$ 50 y salió del país, no sin antes dejar expresa autorización a su abogado para que continuase la causa. Al suceder esto, ocurrió lo que se denomina "sustracción de materia", pues al pagarse el impuesto, quedaba sin efecto la amenaza y en consecuencia se convertía en improcedente la acción, aspecto que yo ya no pude controlar. No obstante este hecho, el juicio siguió su secuela y fue perdido en toda la línea. La argumentación judicial esgrimida desde primera instancia hasta el Tribunal de Garantías Constitucionales, es que aquí estábamos ante un mandato legal, que la ley no podía discutirse, y que además los impuestos había que pagarlos. Es decir, rehusaron los jueces entrar al análisis de si la inconstitucionalidad denunciada, a partir de una situación concreta, era o no cierta, asumiendo una típica actitud positivista frente al derecho vigente, sin cuestionamiento alguno. Tan sólo el voto singular de Manuel Aguirre Roca en el Tribunal de Garantías Constitucionales percibió las implicancias del caso y dejó señalada su discrepancia con lo resuelto en las instancias inferiores y en el propio Tribunal. Se demostró también aquí un desconocimiento de la ley procesal, ya que era más fácil invocar la "sustracción de materia" (en la que inconscientemente había caído el denunciante) que ampararse en los argumentos positivistas que se utilizaron.

Como podrá apreciarse, el caso es de por sí interesante. Por este

motivo, es que he seleccionado las piezas principales del expediente, y se reproducen aquí, incluyendo las cuatro sentencias, para que cada uno extraiga de su lectura sus propias conclusiones.

Lima, enero de 1986.

APENDICE

Sec.: Sr. Genaro Jeri

AL JUEZ INSTRUCTOR:

FRANCISCO IGARTUA ROVIRA, con L.E. N° 2591486, señalando domicilio legal en la Casilla N° 244 del Colegio de Abogados de Lima; a Ud. atentamente digo:

Que al amparo a lo dispuesto en los artículos 2 inciso 9 y 295 de la Constitución Política del Estado y artículos 12 inciso 9, 13, 15 y siguientes de la Ley N° 23506 (**LEY DE HABEAS CORPUS Y AMPARO**) interpongo **ACCION DE HABEAS CORPUS** contra **LA DIRECCION GENERAL DE MIGRACIONES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR**, para que se suspenda la amenaza contra mi derecho de tránsito del territorio nacional al exterior, en mérito a los siguientes fundamentos:

(1) El recurrente tiene derecho a elegir libremente el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones expresas. Este derecho consagrado en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado es amenazado por la entidad demandada quien pretende impedir mi salida al exterior aduciendo que antes debo pagar un ilegal derecho de salida ascendente a US\$ 50.00 dólares americanos.

(2) Las únicas excepciones para el libre ejercicio del derecho de tránsito dentro o fuera del territorio nacional, son: a) orden judicial, b) aplicación de la Ley de Extranjería, y c) razones de sanidad. En el presente caso el recurrente no está incurso en ninguna de tales excepciones y el derecho a salir del país debe ser respetado por todos, en especial por la autoridad demandada.

(3) El Decreto Ley N° 22371 creó el Impuesto de Salida al Exterior señalándose como ente recaudador al Banco de la Nación y fijando el tributo en US\$ 35.00 dólares americanos; este dispositivo fue promulgado el 17 de octubre de 1978. Asimismo, por el artículo 80 de la Ley N° 24030 se ha elevado el monto de pago a US\$ 50.00 dólares americanos. Estas normas legales son inconstitucionales por ser violatorias del derecho de tránsito y deben ser judicialmente declaradas como inaplicables en virtud del principio de jerarquía de normas consagradas en la Constitución Política del Estado en sus artículos 87 y 236 y en vista que en ellas se respalda la amenaza a mi derecho de salida.

(4) No se trata de una tasa que pudiera permitir al ciudadano recibir una contraprestación efectiva del Estado y lo que es más importante, la libertad de elegir una vía alternativa, sino estamos frente a un tributo por salir del país. El que no paga US\$ 50.00 dólares americanos no sale del país, lo que es ilegal.

(5) La Acción de Habeas Corpus se interpone para que cese la amenaza de la autoridad demandada y se permita salir del país al recurrente, decretándose la inaplicabilidad de las normas legales citadas en el punto 3, por ser incompatibles con la Constitución debiendo preferirse ésta (art. 3 de la Ley N° 23506).

POR TANTO:

Al Juzgado, solicito se sirva tener por interpuesta la acción de Habeas Corpus, declarándose fundada en su oportunidad.

OTROSI DIGO: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 23506 no siendo la causa de esta demanda la detención arbitraria, sino la amenaza a la libertad individual (derecho a salir del país) solicito al Juzgado se sirva tramitar esta acción como su naturaleza corresponde.

OTROSI DIGO: Que deberá notificarse también al Procurador Público encargado de los asuntos del Sector Interior.

OTROSI DIGO: Que solicito se notifique la demanda a la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC) y al Banco

de la Nación, la primera como administradora del aeropuerto, y la segunda como entidad recaudadora, para que tomen debida nota de la presente acción.

OTROSI DIGO: Solicito se oficie a la entidad denunciada para que no se restrinja el libre tránsito del recurrente.

Lima, 16 de enero de 1985.

(firma)

Cargo: Sello y firma del Cuadragésimo
Sexto Juzgado de Instrucción
de Lima.

Recepcionado el 23.01.85 a
las 4.30 p.m.

CEDULA DE NOTIFICACION JUDICIAL

Señor

FRANCISCO IGARTUA ROVIRA

Domicilio Legal: Casilla Nº 244 Colegio de Abogados de Lima

En el recurso de habeas corpus presentado por Francisco Igartua Rovira, la señorita Juez, ha dictado la siguiente resolución: "Lima, veinticuatro de enero de mil novecientos ochenticinco.- AUTOS Y VISTOS; y atendiendo al tenor del escrito que corre a fojas uno, el mismo que da origen a la presente acción de Habeas Corpus a favor de Francisco Igartua Rovira contra el Director General de Migraciones del Ministerio del Interior, sustentada en el hecho de que el accionante es amenazado por la entidad demandada quien pretende impedir la salida al exterior aduciendo que antes debe pagar un ilegal derecho de salida ascendente a la suma de cincuenta dólares americanos; que de la declaración referencial del general PIP Manuel Suárez Salcedo, Director General de Migraciones, que obra a fojas cinco y siguientes, se establece que no existe amenaza alguna ni impedimento de salida hacia el exterior del accionante; y considerando que uno de los requisitos legales que se debe cumplir para viajar al extranjero es el pago del impuesto establecido en el Decreto Ley veintidós tres diecisiete que inicialmente fijó la tasa en la suma de treinticinco dólares americanos,

monto que fue elevado a la suma de cincuenta dólares por el artículo ochenta de la ley veinticuatro cero treinta, concordante con la Resolución Ministerial número mil tres guión setentiocho guión F guión once; que estas normas legales son de carácter universal y de cumplimiento obligatorio por cuanto se encuentran vigentes en la fecha; que no existe incompatibilidad entre las normas antes mencionadas y la Constitución Política del Estado, por cuanto este último cuerpo de leyes en su artículo setentisiete establece que todos tienen el deber de pagar los tributos que le corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por ley; que asimismo no es competencia de esta jurisdicción la de declarar inconstitucional norma legal alguna, por cuanto este derecho es ejercitado por las personas facultadas por el artículo doscientos noventinueve de la Constitución, por ante el Tribunal de Garantías de acuerdo a lo disciplinado por el inciso primero del artículo doscientos noventiocho de la Carta Magna; en consecuencia no habiéndose acreditado violación alguna de los derechos invocados por el accionante amparado en la ley veintitrés mil quinientos seis, ni garantía constitucional alguna, se declara IMPROCEDENTE la acción de Habeas Corpus interpuesta por Francisco Igartua Rovira contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior, DISPONGO que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se publique en el diario oficial "El Peruano", notificándose. Firmado, doctora Nelly Gutiérrez Solís, Juez Instructor; Firmado Genaro Jerí Cisneros, Secretario.

LO QUE NOTIFICO A UD., CONFORME A LEY, en Lima, a los veinticuatro días del mes de enero de mil novecientos ochentecinco.

Firma y Sello del Cuadragésimo
Sexto Juzgado de Instrucción de
Lima y Firma del Secretario
Genaro Jerí Cisneros.

Ex 93/85

AL DECIMO TERCERO TRIBUNAL CORRECCIONAL

Ernesto Portugal Mariátegui, abogado de Francisco Igartua Rovira,

en los seguidos con la Dirección General de Migraciones, Acción de Habeas Corpus, ante uds. dice:

Que habiendo sido citado para el 13 del mes en curso, y no siendo posible mi asistencia personal a la vista de la causa, dejo por escrito, expresados mis puntos de vista:

- a) En la sentencia que es objeto de apelación, la Juez no ha visto el problema constitucional en cuestión, limitándose a seguir el dicho de un respetable oficial, que nada tiene que ver en el asunto.
- b) Lo real y concreto es que en este país, sea en los puestos fronterizos del norte o del sur, e incluso del oriente, o en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, toda persona no puede salir libremente. En el caso concreto de autos, mi cliente al salir necesita su pasaporte en regla, y además tener a la mano el boleto emitido por la compañía de aviación. Pero como si no fuera poco, las autoridades de migración, que dependen de la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior, exigen que los pasajeros además porten un timbre por valor ahora de cincuenta dólares, que es un impuesto, o sea, un gravamen por salir del país.
- c) Es esto precisamente lo que constituye la amenaza que hemos denunciado, toda vez que tanto en la Agencia de Viajes como en el Aeropuerto, los representantes de Migraciones nos han dicho que no dejarán salir del país si es que no se presenta el bendito timbre.
- d) Ahora bien, la defensa sostiene que no puede existir más impedimento para salir del país que los señalados en la misma Constitución, y que en consecuencia, nadie puede ser privado de salir del país sino por **mandato judicial o disposiciones de la ley de extranjería o razones de sanidad**. Nada más ni nada menos.
- e) En consecuencia, siendo la libertad de entrar y salir del país un derecho humano fundamental, reconocido por la Constitución Política del Estado, no puede ser negada a nadie, salvo en lo dispuesto en la misma Constitución.
- f) Si adicionalmente, la amenaza de no dejar salir del país a una persona está basada en un dispositivo legal, pues ese dispositivo legal se declara no aplicable, lo que está contemplado en la Ley 23506.
- g) Es totalmente baladí el hecho que afirma la Juez de que lo que

existe es simplemente un impuesto para salir del país que deben pagar todos los peruanos. Ignora la Juez que todos tienen la obligación de pagar los impuestos que tengan base constitucional y en tal sentido se gravan los bienes y servicios, se grava el tráfico patrimonial, se grava la renta, se grava la disposición de dinero.

En consecuencia, es perfectamente lícito gravar el uso del aeropuerto e incluso es legítimo gravar la compra del pasaje, pues representa un movimiento de dinero. Lo que es ilegítimo e inconstitucional es gravar el libre tránsito por el país, pues eso es un derecho constitucional, que nada tiene que ver con la prerrogativa que tiene el Estado para gravar fuentes de riqueza, pero no se puede gravar el ejercicio de un derecho fundamental, que es muy distinto. Con tal criterio, también el Estado podría gravar el derecho de pensar, o el derecho de transitar dentro del propio país, lo cual sería absurdo.

POR TANTO:

Al Tribunal ruego tener presente lo expuesto para los fines del caso.

OTROSI DIGO: Que presento el presente recurso en papel simple, no sólo porque así me ampara la ley, sino porque adicionalmente el Banco de la Nación no está vendiendo papel sellado, pues piensa aumentar el precio de la unidad.

Lima, 12 de febrero de 1985
(firma ilegible)

Dr. Nicolás de Piérola y Balta
Procurador General de la
República
Carabaya 933 Of. 73
Exp. N° 93-85

Dr. Ernesto Portugal Mariátegui
Casilla. - 244 C.A.

CEDULA DE NOTIFICACION

En la **ACCION DE HABEAS CORPUS**, presentada por don Fco. Igartua Rovira contra la Dirección de Migraciones del Ministerio del Interior, el Sexto T.C. con fecha 14 de febrero del pte. año ha

resuelto: AUTOS Y VISTOS, por los fundamentos pertinentes de la Resolución apelada y CONSIDERANDO además que si bien es verdad el art. 236 de la Constitución Política faculta al Juez preferir la norma Constitucional, frente a una legal ordinaria en caso de incompatibilidad entre ellas, sin embargo en el caso sub-júdice, el Tribunal no advierte la incompatibilidad alegada; CONFIRMARON, el auto materia del grado de fs. 8 su fecha 24 de enero del año en curso que DECLARA IMPROCEDENTE, la Acción de Habeas Corpus interpuesta por don Francisco Igartua Rovira contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior, con lo demás que contiene, notificándose. - Tres firmas de los S.S. - Quiroz Amayo. - Aguirre Moreno. - Mita Iquira. - Fdo. - Marrero. - Secretario. - Lo que notifico a Ud. conforme a ley. - Lima, 22 de febrero de 1985.

Nilo Alvarez T. (firmado)
Escribano

Habeas Corpus Nº 2391-85 -II S.P.
LIMA

Lima, dieciséis de abril de mil novecientos ochenticinco.-

VISTOS; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO además: que de conformidad con lo establecido en el artículo setentisiete de la Constitución Política del Estado toda persona está obligada a pagar los tributos que le corresponde y a soportar equitativamente las cargas establecidas por ley para el sostenimiento de los servicios públicos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto recurrido de fojas diecisiete, su fecha catorce de febrero del año en curso, que confirmando el apelado de fojas ocho, fechado febrero veinticuatro de enero del mismo año, declara **IMPROCEDENTE** la acción de habeas corpus interpuesta por Francisco Igartua Rovira contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior por amenaza contra la libertad individual; MANDARON se publique la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", dentro del término prescrito en el artículo cuarentidós de la Ley número veintitrés mil quinientos seis; y los devolvieron.

Firmas: Gálvez Vega, Bramont Arias, Diez-Canseco Yáñez,
Huancas Ibáñez, Valdivia Dávila.

Firma y Sello del Secretario General
de la Corte Suprema
Dr. Bernardo del Aguila

TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (1)

Oficio N° 208-85-SR/TGC

HABEAS CORPUS

CASO: FRANCISCO IGARTUA ROVIRA

(Contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior)

SENTENCIA

En Lima, a los cuatro días del mes de junio de mil novecientos ochenticinco, reunido en esta ciudad el Pleno Jurisdiccional del Tribunal de Garantías Constitucionales, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo trescientos cuatro de la Constitución Política, con asistencia de los señores:

Eguren Bresani, Presidente;
Basombrio Porras, Vicepresidente;
Silva Salgado;
Peláez Bazán;
Rodríguez Mantilla;
Aguirre Roca;

Osores Villacorta; no habiendo conocido este caso el señor Corso Masías por haberse excusado por razones de salud; actuando como Secretario el doctor Manuel Visalot Chávez, pronuncia la siguiente sentencia, en la causa vista en audiencia pública, el día de la fecha tras haber deliberado en privado.

ASUNTO:

Recurso de casación interpuesto por don Francisco Igartua Rovira contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de dieciséis de abril de mil novecientos ochenticinco.

(*) Publicado en El Peruano de 16 de julio de 1985.

ANTECEDENTES:

Don Francisco Igartua Rovira, plantea Acción de Habeas Corpus, el dieciséis de enero del año en curso, contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior. Manifiesta en su escrito de demanda, que la Dirección General de Migraciones pretende impedir su salida al exterior del país hasta que no pague por derechos, la suma de cincuenta dólares americanos; Que su caso, no está comprendido dentro de las tres causas que impiden el libre tránsito dentro o fuera del territorio nacional, esto es: a) Orden Judicial, b) Aplicación de la Ley de Extranjería y c) Razones de Sanidad; Que, el impuesto de treinticinco dólares para salir del país fue creado por el Decreto Ley veintidós mil trescientos diecisiete, elevándose el monto a cincuenta dólares por Ley veinticuatro mil treinta, leyes inconstitucionales por ser violatorias del Derecho de Tránsito amparado por los artículos dos inciso nueve y doscientos noventicinco de la Constitución, así como por los artículos doce inciso nueve, trece y quince de la Ley veintitrés mil quinientos seis, Ley de Habeas Corpus y Amparo; Que, dichas disposiciones legales deben ser declaradas inaplicables en virtud del principio de jerarquía de normas y por estar amenazándose su libertad individual.

El Juez Instructor Provisional dicta auto apertorio citando para que comparezca el Director General de Migraciones del Ministerio del Interior y oficiando al Procurador Público. En el acta de declaración referencial el Director de Migraciones manifiesta, que la suma que le corresponde pagar al accionante por derecho de salida del país no es asunto que le compete determinar en el sentido de su legalidad o ilegalidad; Que, los dispositivos que solicita sean declarados ilegales, no son los que aduce sino que son el Decreto Ley veintidós mil trescientos diecisiete, de diecisiete de octubre de mil novecientos setentiocho que crea el impuesto y, la Ley veinticuatro mil treinta que eleva ese impuesto a la suma de cincuenta dólares; Que, el accionante figura en el control migratorio registrando dos salidas al exterior, una en mayo de mil novecientos ochenticuatro con dirección a Colombia y la otra el veinte de setiembre de mil novecientos ochenticuatro con dirección al Brasil, oportunidades en las que no hizo ningún reclamo sobre el pago del impuesto correspondiente; Que, desconoce que se le

haya impedido la salida al exterior a don Francisco Igartua Rovira por no pagar sus derechos (de salida al exterior), por lo que el hecho en el que se funda la acción no constituye amenaza alguna.

El veinticuatro de enero de mil novecientos ochenticinco, el Juez Instructor Provisional, expide el auto que declara improcedente la Acción de Habeas Corpus interpuesta por considerar, que no existe amenaza ni impedimento de salida al exterior del accionante; Que, las normas legales son de carácter universal y obligatorio, no existiendo en consecuencia incompatibilidad entre las normas cuestionadas y la Constitución del Estado; y que la inconstitucionalidad de las normas legales es un cuestionamiento que, conforme el artículo doscientos noventiocho de la Constitución, debe hacerse ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Luego de concederse el recurso de apelación solicitado se señaló día y hora para la vista de la causa, en cuya oportunidad no se hicieron presentes los abogados de las partes. Por escrito de veinticuatro de enero del año en curso, dirigido al Presidente del Sexto Tribunal Correccional, se apersona el Procurador General de la República quien delega su representación en la doctora Carolina Loayza Tamayo. La citada doctora manifiesta en su escrito, que las supuestas amenazas alegadas por el accionante hechas por las autoridades de Migraciones cesaron al haber éste salido del país el veintitrés de enero del presente con destino Colombia-España o sea un día antes de la fecha de interposición de la acción.

El Sexto Tribunal Correccional en fecha catorce de febrero de mil novecientos ochenticinco, emite Resolución confirmando el auto que declara improcedente la acción de Habeas Corpus por considerar que en el caso sub-júdice no hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma ordinaria.

Producido el alegato del accionante y presentado por el Procurador Público el oficio que dirigiera el Director de Control Migratorio confirmando la salida al exterior, destino Colombia-España de aquél, Igartua Rovira interpone recurso de nulidad ante la Corte Suprema.

En fecha dieciséis de abril de mil novecientos ochenticinco la Sala Penal de la Corte Suprema expide resolución, declarando no haber nulidad en el auto recurrido, que confirmando el apelado declara improcedente la Acción de Habeas Corpus interpuesta por Francisco Igartua Rovira contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior; resolución que es materia de la casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Se vulnera o amenaza el derecho que reconoce el primer acápite del inciso noveno del artículo segundo de la Constitución Política cuando, sin causa legal, una autoridad o funcionario público impide, o, de manera cierta e inminente, se propone impedir, que una persona salga o entre del territorio nacional. Si el acto de esa autoridad o funcionario sólo consiste en exigir, como en el presente caso, que esa persona para salir al extranjero, utilizando los servicios que para el efecto prestan las instalaciones y el personal del Aeropuerto Internacional, pague previamente, el tributo racional establecido en la Ley número veinticuatro mil treinta, de financiamiento del Presupuesto del Gobierno Central, de acuerdo con los artículos ciento treintiocho, ciento treintinueve, ciento ochentisiete, primera parte, y ciento noventisiete de la Constitución, es evidente que no hay violación ni amenaza de violación del derecho constitucional indicado. Por lo contrario, se infringiría el artículo setentisiete de la Constitución según el cual: "Todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente los cargos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos", si se hiciera recaer el sostenimiento de éstos, no preferencialmente en quienes los aprovechan, sino en la población general, incluidos quienes no los utilizan, mediante los ingresos presupuestales comunes. En consecuencia, la acción de habeas corpus interpuesta por don Francisco Igartua Rovira, si bien no es improcedente, sí es infundada, sin que sea necesario casar la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema en razón del principio de economía procesal, aplicable en casación por lo dispuesto en los artículos cincuentisiete de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, número veintitrés mil trescientos ochenticinco y mil ochentiséis inciso tercero del Código de Procedimientos Civiles.

Regístrese, comuníquese y archívese.

EGUREN BRESANI. - BASOMBRIO PORRAS. - SILVA SALGADO. - PELAEZ BAZAN. - RODRIGUEZ MANTILLA. - Se publicó conforme a Ley. -Lo que certifico: Manuel Visalot Chávez, Secretario - Relator.

VOTO SINGULAR, POR LA CASACION, DEL MAGISTRADO DOCTOR MANUEL AGUIRRE ROCA

En el recurso de habeas corpus interpuesto por don Francisco Igartua Rovira, y relacionado con el pago de los 50 dólares como condición sine qua non para ejercer el derecho constitucional de transitar hacia el exterior de la República, mi voto es por la casación. Las razones son las siguientes:

1. El fallo venido en casación se remite a los fundamentos del "de vista", y agrega uno propio. Veamos, primero, los del de la de vista: Los fundamentos de la resolución de vista a los que se remite la cuestionada, son de dos órdenes: los que ella misma denomina los "pertinentes" de la de Primera Instancia (a los que ella, a su turno, se remite) y el propio que ella misma agrega. Los del primer orden (los "pertinentes") no pueden sostener el fallo y deben ser descartados, porque, no indicándose con precisión cuáles son los fundamentos "pertinentes", no hay modo de determinar a qué fundamentos se refiere la de vista. Respecto de esa imprecisión (que parece responder a una arraigada costumbre judicial, que debe erradicarse), ya ha establecido jurisprudencia este Tribunal, en el sentido de que si no indican, con exactitud, los fundamentos del fallo, debe emitirse una sentencia casatoria, a fin de que se cumpla con señalar -como lo mandan la Constitución y la ley- con exactitud, cuáles son dichos fundamentos, ya que la imprecisión de la expresión "los pertinentes", impide la cumplimentación de la función casatoria, que es, como se sabe, esencialmente nomofiláctica, y que se refiere, entre otras cosas al examen de fundamentos determinados y no de especulaciones y conjeturas.

2. Quedaría, como único fundamento rescatable de la de vista, susceptible de apoyar la resolución venida en casación, el propio que en

ella se agrega y que es independiente de los "pertinentes" -que no se sabe cuáles son- de la de Primera Instancia.

3. Ahora bien, en éste fundamento agregado se sostiene que no se ve incompatibilidad alguna entre la norma legal que crea el impuesto objetado en la demanda y la norma constitucional invocada; pero no se cumple, a este efecto, con el requisito indispensable de señalar la ley o, en su defecto, el razonamiento lógico-jurídico en que pueda apoyarse la expresada conclusión. La ausencia de señalamiento de fundamento legal y/o lógico-jurídico, implica la violación del artículo 233, inciso 4 de la Constitución del Estado, concordante con el artículo 3 inciso d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las reglas correspondientes del Código de Procedimientos Civiles, y esteriliza a este fundamento.

4. Queda, pues, como único fundamento por examinar el que se agrega en la resolución suprema cuestionada, es decir, el que consiste en sostener que el artículo 77 de la Constitución ordena el pago de los tributos. Lamentablemente, un tal argumento tampoco sirve para sostener el fallo analizado, puesto que en la demanda no se pone en tela de juicio la obligación de pagar los tributos, de forma que en dicho argumento no se resuelve -ni siquiera se toca- el punto controvertido.

5. Tal como se precisa en el bien fundado escrito del doctor Ernesto Portugal Mariátegui, que corre a fojas 18-19 del expediente, el problema no consiste en determinar si los impuestos deben o no ser pagados, sino en determinar si la exigencia del pago del orden de los 50 dólares, como condición sine qua non para ejercitar el derecho de libre tránsito, hace peligrar el ejercicio de ese derecho y, en consecuencia -lato sensu- puede interpretarse como una amenaza del derecho constitucional correspondiente, asunto sobre el cual no llega a pronunciarse la venida en casación, sin que los pronunciamientos contenidos en las resoluciones inferiores, según ya se ha visto, puedan suplir dicha carencia.

6. Por esta falta de pronunciamiento se incurre en el vicio de la violación de la ley que exige un fallo casatorio, pues, en efecto, se vulneran los artículos 1074, inciso 2; 1085, inciso 10 y normas concordantes del C. de P.C.

7. Por todas estas razones, estimo que deben devolverse los autos para que la Corte Suprema emita nuevo pronunciamiento en el que deberá precisarse:

a) Si la exigencia del pago de los 50 dólares, sobre todo en un país como el nuestro donde el sueldo vital está en los dólares 7 (siete), hace peligrar el derecho constitucional de libre tránsito hacia el extranjero, o, en todo caso, constituye una limitación al ejercicio de dicho derecho, incompatible con el artículo 2 inciso 9 de la Constitución del Estado (y si se considerase que no constituye una tal limitación, indicar en virtud de qué normas y/o razones lógico-legales, dicha limitación no se produce, ya que, prima facie, si se produce). Para resolver este punto, debe tenerse presente que un desembolso equivalente a 7 sueldos vitales, no tiene carácter ni de estímulo ni de facilidad, y que, además, no está permitido el uso del camino indirecto para alcanzar el fin prohibido por la vía directa. Se dice que en ciertas Repúblicas socialistas, en las que el pueblo se queja de que no se permite el tránsito hacia el exterior, las autoridades sostienen que no hay prohibición alguna, sino el requisito de que, para obtener el permiso, se pague un tributo equivalente a un millón de rublos (algo más de un millón de dólares). Es así como, por la vía indirecta del "impuesto", se limita -y, prácticamente, suprime- el derecho de libre tránsito hacia el extranjero.

b) Si, de considerarse que dicho pago (que representa 7 sueldos vitales) hace peligrar el ejercicio del derecho constitucional de libre tránsito, estaría expedita, o no, para impugnarlo, la vía del amparo (sic) -que es la que se ha utilizado- o si, por contemplarse la obligación del mencionado pago en una ley, la acción pertinente sería la de la inconstitucionalidad de la ley, mas no la de garantía. Este extremo del fallo, como el anterior, deberá apoyarse en fundamentos legales y lógico-jurídicos precisos y, necesariamente, deberá tomar en consideración el artículo 3 de la Ley N° 23505, que dice: "Las acciones de garantía proceden aun en el caso de que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento". **FLUYE DE ESTE ARTICULO, EN EFECTO, QUE LOS ACTOS APOYADOS EN LAS LEYES PUEDEN, PESE A SU**

LEGITIMIDAD, SER INCONSTITUCIONALES Y PASIBLES DE LAS ACCIONES DE AMPARO, COMO LA PRESENTE.

8. Este Tribunal no puede adelantar, a mi juicio, opinión sobre estos extremos, ya que su misión, ciertamente, no consiste en resolver las acciones de amparo, sino en ejercer, básicamente, la función casatoria, que como se sabe, es esencialmente nomofiláctica. Adelantar juicio, en este caso, sería además, invadir el campo jurisdiccional del Poder Judicial y, específicamente, de la Corte Suprema.

9. Conviene agregar, sin embargo, que para la resolución de los puntos planteados, deben tenerse presentes los argumentos enunciados por el accionante y, especialmente, los que corren en el precitado escrito del doctor Portugal Mariátegui, donde se sintetiza con precisión la controversia; los artículos 1 y 2 y ss. de la Ley 23506, y el artículo 2, inciso 9 de la Constitución del Estado, así como la ecuménica y sabia regla constitucional que manda, en caso de insuficiencia u oscuridad de la ley, aplicar los principios generales del derecho (artículo 233, inciso 6 de la Carta Magna).

10. No estaría de más recomendar, en uso de las facultades implícitas de que este Tribunal está necesariamente provisto, que se ponga especialísimo esmero en el tratamiento de esta acción constitucional, ya que, indudablemente, ella configura un caso de enorme repercusión teórica e importancia práctica, y está llamada a convertirse en un caso piloto de una rica gama de la problemática jurídico-constitucional.

AGUIRRE ROCA

Se publicó conforme a Ley.

Lo que certifico:

MANUEL VISALOT CHAVEZ,

Secretario-Relator

**CASO: IGARTUA ROVIRA
SOBRE: HABEAS CORPUS**

El Pronunciamiento del Magistrado Luis Osores Villacorta es el siguiente:

CONSIDERANDO:

Que conforme al artículo 304 de la Constitución del Estado el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene por sede la ciudad de Arequipa y excepcionalmente puede sesionar en cualquier otro lugar de la República; que por tanto es preciso justificar, en el presente caso, el fundamento del funcionamiento del Tribunal en la Capital de la República; que de autos no resulta justificada tal excepción porque la extrema urgencia de resolver el Habeas Corpus en la ciudad de Lima no ha quedado acreditada en forma alguna, porque según resulta a fojas 16 del cuaderno de Habeas Corpus, según declaración de la Procuraduría General de la República, el accionante había “salido del país el 23 de enero de 1985, en vuelo de la compañía Viasa con destino Colombia-España; es decir un día antes de la fecha de interposición de su acción de Habeas Corpus”; por lo que conforme a los artículos 1 y 6 de Habeas Corpus, carecía ya de objeto y operatividad y no tenía porqué continuar siendo tramitada como si la violación hubiera mantenido su vigencia; que, por consiguiente, el Tribunal debió expedir la correspondiente resolución en Arequipa en fiel acatamiento de la Carta Magna; que no obstante mi asistencia al Pleno Jurisdiccional del Tribunal en Lima, en la que dejé constancia por escrito de mis reservas, me encuentro ante el imperativo de pronunciarme sobre la resolución emitida por la mayoría del Tribunal; y, en consecuencia, estimando tal resolución violatoria del referido artículo constitucional, por la que debe tenerse por no emitida: me abstengo de emitir voto en la resolución de la presente causa.

OSORES VILLACORTA

Se publicó conforme a Ley.

Lo que certifico:

MANUEL VISALOT CHAVEZ,

Secretario-Relator

DOP - Iv. - JULIO

SINOPSIS DE LA NORMATIVIDAD ELECTORAL PERUANA (*)

1. Nota sobre el encuadre teórico

El presente texto pretende ser una sinopsis, necesariamente panorámica y superficial, de la normatividad electoral peruana, tal como aparece vigente en la actualidad, y que está contenida, en lo fundamental, en la Constitución Política de 1979, y en las leyes electorales dispersas sancionadas en los últimos años, especialmente desde 1962.

El objetivo perseguido se limita a lo expuesto, y no a formular enunciados sobre las bases teóricas de lo que en principio podría denominarse Derecho Electoral Peruano, si por tal entendemos un apartado autónomo, necesariamente enmarcado en el Derecho Constitucional, que desarrollando sus propios principios, se enmarca en la problemática general del Estado democrático moderno.

Esto es así, no sólo porque nuestro empeño se ubica dentro de un proyecto con esos lineamientos, sino porque adicionalmente se carece en la literatura peruana de una tradición juridico-doctrinaria en materia electoral, ni existe en los actuales momentos un libro, compendio o folleto actualizado, que contenga las principales disposiciones normativas sobre el proceso electoral peruano ni menos aún enfoques teóricos sobre lo mismo. De ahí la dificultad de trazarse un objetivo modesto como el que proponemos y los límites que esto significa. Ello no impide por cierto, dejar anotada la importancia de cubrir esta carencia en un próximo futuro.

(*) Este informe fue preparado para integrar un proyecto de legislación electoral comparada (2da. etapa) propiciado por CAPEL (Centro de Asesoría y Promoción Electoral) y la Universidad de Montevideo, y que será tema de un debate en diciembre de 1986 en dicha Universidad. Parte de este material fue utilizado para una ponencia que con óptica distinta presenté al "Simposio Internacional sobre representación política" celebrado en Segovia del 23 al 27 de noviembre de 1986.

Sólo como referencia, y haciendo un breve recorrido de la literatura jurídica publicada en la República (esto es, desde 1821 a la fecha) hemos podido encontrar que las elecciones, y en general la problemática electoral, han estado fundamentalmente centradas en pocas tesis universitarias (generalmente no publicadas), en numerosos folletos y pocos, muy pocos, trabajos en forma de libro. Según su enfoque o tratamiento, tales publicaciones pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) compilaciones de orden legislativo,
- b) publicación de resultados electorales, sea por particulares, sea por organismos oficiales,
- c) crónicas sobre las elecciones, generalmente publicadas por políticos y abogados,
- d) historia de algunos procesos o de determinados periodos electorales, sea en forma monográfica o dentro de historias globales,
- e) análisis de geografía y sociología electorales (que son los que han empezado a multiplicarse desde 1978) y,
- f) análisis jurídico-doctrinarios propiamente dichos.

Pues bien, de toda esta gama, lo que realmente nos interesa es lo último, o sea, estudios de carácter jurídico, los que eventualmente pueden ser acompañados con el análisis de determinados procesos o leyes electorales. En nuestra búsqueda sólo hemos encontrado, en todo este periodo de más de 150 años, una sola publicación: el libro de José Félix Aramburú, intitulado **Derecho Electoral** y publicado en Lima en 1915, que a su vez sirvió como tesis para optar el doctorado en Jurisprudencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. A ella podría agregarse el sumario recuento hecho por Pedro Patrón Faura, **El sistema electoral en el Perú** en "Situación y derechos políticos del analfabeto en el Perú", Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Católica, Lima 1978, pp. 137-147, que es su intervención en un seminario sobre el voto de los analfabetos realizado en 1978, cuando el tema era objeto de vivo debate en el seno de la Asamblea Constituyente, (Para mayores referencias véase la bibliografía de todo el periodo republicano en Jorge Basadre **Introducción a las bases documentales para la historia de la República del Perú con algunas**

reflexiones, Ediciones P. L. V., 2 tomos, Lima 1971, y Helen L. Clagett. *A Guide to the Law and Legal Literature of Peru*, Library of Congress, Washington 1947; existe una versión actualizada por David M. Valderrama, publicada en 1976).

Estos antecedentes nos permiten comprobar que no obstante que las elecciones han acompañado el proceso político desde los inicios de la República, poco se ha escrito sobre ellas, más allá de análisis coyunturales, enfoques históricos de carácter general o compilaciones legislativas o de resultados.

2. Una breve ojeada retrospectiva sobre lo que sucedió antes y la realidad actual

En un estudio que es clásico, el eminente constitucionalista Manuel Vicente Villarán, escribía lo siguiente:

“Cuando el Perú se hizo independiente, jamás había ensayado el sistema de elegir funcionarios por el voto del pueblo. Creada la República, nos iniciamos penosamente en el difícil arte del sufragio... el aprendizaje ha sido lento y los progresos alcanzados mediocres. Reinan todavía costumbres deplorables, vicios inveterados”. (Cf. *Costumbres electorales*), en “*Mercurio Peruano*”, número 1, julio de 1918, página 11)

En fecha más reciente, el eminente historiador Jorge Basadre, al hacer un balance de lo ocurrido hasta 1931 (época en que termina su análisis), hace la siguiente síntesis:

“Cabe, en general, afirmar que, a lo largo del siglo XIX y durante el siglo XX, la República peruana tuvo prácticas electorales malas, y que la opinión pública no se expresó en los comicios por cauces limpios, salvo en 1872 y cuando ratificó voluntariamente situaciones ya creadas de hecho”. (Cf. *Historia de la República del Perú*, Séptima edición, Editorial Universitaria, Lima 1983, tomo X, página 152).

Como veremos más adelante, en 1931 se constituyó en forma una nueva estructura electoral, consagrada constitucionalmente con la Carta

sancionada dos años después en 1933, y que en lo sustancial perdura hasta ahora. Por eso la totalidad de los conocedores, analistas y estudiosos de nuestros procesos electorales, están de acuerdo en que la historia electoral peruana tiene su punto de partida en 1931, no sólo porque a partir de esa época se cuenta con instrumentos, organismos y registros válidos y en gran parte confiables, sino porque la normatividad de esa época, no obstante sus posteriores refinamientos y ampliaciones, perdura hasta la actualidad, como en detalle veremos después.

No empecé lo señalado anteriormente, conviene aclarar que no todas las elecciones realizadas desde 1931 han sido impecables. De acuerdo a una interpretación generalmente aceptada, las elecciones realizadas en ese año de 1931 son intachables, no obstante la presencia de determinadas irregularidades que no empañan los resultados generales y que son propias de la época. Sin embargo, tras dicho evento, vino un largo período de impurezas electorales. Así, a las elecciones de 1931, sucedieron las de 1936, que fueron anuladas y las de 1939, que fueron dirigidas por el gobierno saliente. La de 1945 tuvo claros ribetes de legalidad, y es la primera que se realiza en forma inobjetable desde 1931; pero el régimen surgido de esa coyuntura es derrocado tres años después, y continúa la larga lista de irregularidades. Así se suceden las elecciones de 1950, y las de 1956, que también tiene detractores, y posteriormente las de 1962, que dieron motivo a un golpe de Estado por una junta militar, que convocó a elecciones al año siguiente. Si bien del análisis que hemos efectuado en otro lugar, llegamos a la conclusión sobre la relativa validez de las justas electorales de 1956, y nuestro convencimiento que las de 1962 fueron impecables, sin embargo hay que anotar que sobre estas últimas, si bien las discusiones han cesado, fueron cuestionadas en su oportunidad, y dieron motivo nada menos que a un golpe de Estado, bajo el pretexto, precisamente, de fraude electoral. Por eso es que con nuestras discrepancias en cuando a estas dos elecciones (sobre todo las de 1962, que consideramos válidas), es que haremos algunas reflexiones tan sólo a partir de las elecciones de 1963, ya que nadie en ese momento ni tampoco después, ha cuestionado su legitimidad ni tampoco los procesos ni sus resultados. En consecuencia, podemos hacer el cuadro de los procesos electorales siguientes ocurridos desde 1963, inclusive:

- 1) elecciones de 1963,
- 2) elecciones de 1963 (municipales),
- 3) elecciones de 1966 (municipales),
- 4) elecciones de 1978 (para Asamblea Constituyente),
- 5) elecciones de 1980,
- 6) elecciones de 1980 (municipales),
- 7) elecciones de 1983 (municipales),
- 8) elecciones de 1985,

Todos estos procesos electorales (nacionales y locales) se han realizado desde 1963, en total de ocho, y en forma sucesiva, salvo la larga interrupción originada por el gobierno militar (1968-1980) que sólo toleró una convocatoria pública para la integración de la Asamblea Constituyente. Y todos estos procesos, sin excepción alguna, no han sido discutidos ni impugnados ni cuestionados ni en su totalidad ni en sus detalles. Es cierto que, como en todo, ha habido algunas discrepancias individuales, focalizadas a nivel de tachas de candidatos o circunscripciones restringidas, pero nadie, ni menos aún los partidos políticos, la opinión pública o las entidades representativas calificadas (como pudieran ser las organizaciones sindicales, las fuerzas de la producción o los gremios profesionales) ha cuestionado o puesto en duda estos procesos ni sus resultados.

La conclusión que se desprende de los datos así expuestos, es evidente: desde 1963 vive el país con una estructura y normatividad electoral que garantizan la libre expresión ciudadana, por lo que bien podemos afirmar que desde esa fecha, se vive dentro de una verdad electoral.

3. Democracia y sufragio. Normación constitucional

Desde sus albores como país independiente, el Perú se mostró partidario de la democracia representativa (rechazó en sus inicios la idea, acariciada por el Libertador San Martín de crear una monarquía autónoma con el heredero de alguna casa real europea), y en consecuencia aceptó el sufragio como método para la formación de los órganos del Estado. Así lo fue en el primer texto sancionado en 1823, se repitió en el de 1826, de tan fugaz vigencia y que fue obra y designio del

Libertador Bolívar, y se reiteró en las cartas políticas de 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933. La actual Carta, la undécima de nuestra agitada vida republicana, consagra los mismos principios, aun cuando a diferencia de las anteriores, es más precisa en algunos de sus puntos, y tiene una mayor vigencia que las anteriores, sobre todo las del siglo pasado, en donde la participación popular fue una quimera y, la más de las veces, un engaño.

Esta Constitución fue debatida y sancionada en el período 1978-1979, y puesto el cúmplase en 1980, cuando los militares dejaron el poder, y advino el régimen constitucional después de limpias elecciones. En su preámbulo, que si bien no tiene ejecutividad jurídica puede ser orientador para una adecuada hermenéutica constitucional, se sostiene que (los constituyentes) "... Decididos asimismo a fundar un Estado democrático basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta ..."

Veamos la forma como se han plasmado en el texto constitucional estas aspiraciones:

i) Estado democrático.-

El artículo 79 señala que el Perú es república democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado. Más adelante el artículo 81 expresa que el poder emana del pueblo, y que quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y las leyes. Agrega que ninguna persona, organización, fuerza armada o fuerza policial o sector del pueblo, puede arrogarse su ejercicio. El artículo 82 puntualiza que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen, garantizando a continuación el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional, siendo nulos los actos de toda autoridad usurpada. En su parte final (artículo 307), dispone sanciones severísimas para todos aquellos que quebranten el orden constitucional, y en diversas partes del texto existen alusiones, directas o más o menos sutiles, encaminadas a socavar la presencia y legitimidad de los gobiernos no constitucionales.

De este somero recuento, es claro que viviendo en pleno gobierno de facto, de por sí autoritario y arbitrario (no empecé que hicieron algunas saludables reformas estructurales, cuyos frutos parecen estar todavía a plazo muy lejano) todas las fuerzas presentes en la Asamblea Constituyente, desde los grupos más moderados o conservadores, pasando por las diversas gamas del centro, hasta la izquierda marxista en sus versiones más delirantes, aprobaron por unanimidad, sin excepción alguna, todos estos enunciados que consagraban la democracia representativa, y fulminaron, por lo menos normativamente, la presencia de gobiernos de facto así como de sus efectos. Es importante destacar este hecho político sin precedentes, toda vez que dicha Asamblea no sólo constituyó una plural conjunción de fuerzas que daban una imagen bastante representativa de la realidad política del país, sino porque en otros puntos (sobre todo en lo relacionado al régimen económico) hubo serias y radicales discrepancias, como puede apreciarse de las actas publicadas hasta la fecha. Conviene recalcar que esta unanimidad expresada en el período constituyente podría parecer resquebrajada por la acción terrorista del grupo denominado "Sendero Luminoso", que empezó a actuar precisamente en 1980, cuando la Asamblea Constituyente había clausurado sus sesiones, pero ello no desdice lo anterior, sino por el contrario lo refuerza, no sólo porque el terrorismo niega todo el sistema, sino porque además se sabe, y es opinión pacífica entre los entendidos, que el terrorismo siempre actúa en pequeños grupos que han sobresalido tan sólo por el escándalo provocado por golpes de mano audaces, inflados por la prensa en forma irresponsable.

ii) Derecho de sufragio.-

Al igual que muchas constituciones modernas, la nuestra usa más el término "voto" que el de "sufragio", cuando en el fondo son sinónimos, si nos atenemos a las definiciones lexicográficas más autorizadas. Existe por otra parte la idea de que el sufragio es el derecho que una persona puede ejercer, mientras que el voto sería el acto mismo de expresar tal derecho en una ánfora, con el cual el segundo sería una especie del primero. Mencionamos este distinguo, que no compartimos, únicamente porque ha sido objeto de cierta discusión en la doctrina peruana.

Otro punto que conviene dejar precisado, es sobre la secular problemática de si el sufragio es derecho o es función. Dice Cadart que aquellos que defienden la soberanía nacional, defienden la tesis del sufragio como función, toda vez que el ciudadano, esto es, el elector, tiene como función o deber, contribuir a la conformación de los poderes del Estado, que rigen la comunidad en la cual vive. De esta suerte, así como ser padre conlleva ciertas funciones y deberes, ser habitante de un Estado lleva otras, una de las cuales es la del sufragio. Por otro, según el mismo Cadart, quienes defienden la soberanía popular se inclinan por la tesis de que el sufragio es un derecho, o sea, una facultad que tiene la persona de participar en la integración del Estado-aparato. Sin embargo, la doctrina moderna considera ya superado el debate, conceptuando que el sufragio es ambas cosas a la vez: función en cuanto que se concurre a la formación de la voluntad estatal, y derecho en cuanto no puede ser negada la facultad que tiene el ciudadano de participar en la misma. Claro está, que cuando se habla de función o deber hay que entenderlo en su sentido político, y cuando se habla de derecho, también hay que hacer ciertas matizaciones. En efecto, el sufragio como derecho no es un derecho que pueda calificarse como tal *stricto sensu* como los demás derechos de la persona, como derecho público subjetivo. Esto es así porque en cuanto derecho no puede disponerse libremente de él y además hay determinadas personas que no lo ejercen (por ejemplo, los menores de edad, o los extranjeros). En consecuencia, si aceptamos que es derecho, debemos hacerlo como un derecho en sentido amplio, de carácter *sui generis*.

Por otro lado, el sufragio es considerado como obligatorio, lo que podría dar a entender a primera vista que la Constitución se inclina por la tesis del "sufragio como deber", lo que es más aparente que real, pues dentro del contexto global puede desprenderse una interpretación conjunta, como la que hemos expresado anteriormente.

Los textos expresamente relacionados con el sufragio y sus características son:

a) Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes libremente

elegidos, en comicios periódicos (art. 64)

b) Son ciudadanos:

- Los peruanos mayores de 18 años, que tienen capacidad civil (se incluye así a las mujeres y a los analfabetos que fueron excluidos por la anterior Constitución de 1933)
- No pueden votar:
 - los que tengan resolución judicial de interdicción,
 - los inculcados con sentencia que imponga pena privativa de la libertad (o sea, los detenidos legalmente),
 - los condenados con sentencia que lleve consigo la inhabilitación de los derechos políticos (art. 66),
 - los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, mientras estén en servicio activo (art. 67), texto que ha sido muy discutido.

c) El voto es obligatorio hasta los setenta años de edad (art. 65) incluso para los residentes en el extranjero (Ley 23722)

d) El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio (como ya se ha indicado). Después de los setenta años el voto es facultativo.

Para votar hay que estar inscrito en el Registro Electoral. Este es permanente (Decreto Ley 14207) y depende del Jurado Nacional de Elecciones. No existen condicionamientos para la inscripción en este Registro, que otorga la Libreta Electoral. documento de identidad y requisito para el sufragio.

4. Antecedentes y estructura de la legislación electoral

Hemos señalado que la historia electoral peruana empieza en realidad en 1931. En esta época se dio una transformación con respecto a todo lo anterior, estructurándose un sistema electoral, que en sustancia ha persistido hasta la fecha, aun cuando con algunos intervalos en donde la práctica electoral no se ciñó a los objetivos de la legislación vigente.

Siguiendo el esquema dado por el historiador Jorge Basadre (Cf. *Elecciones y centralismo en el Perú*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima 1980), haremos una reseña sucinta de la forma cómo se plasmó la legislación electoral en 1931.

En 1930 cayó el régimen de Leguía, que había estado en el poder durante once años, reelegiéndose sucesivamente desde 1919. A su caída, como era de esperarse, se pensó en hacer grandes cambios, entre ellos lo concerniente al aparato electoral, que había demostrado ser una práctica viciosa durante esos años.

Así, el gobierno provisional de la época, una junta de gobierno presidida por David Samanez Ocampo, firmó una resolución mediante la cual designó una Comisión *ad honorem*, para que formulase un proyecto de ley sobre las siguientes bases: a) Poder Electoral autónomo, b) representación de las minorías, c) voto secreto y obligatorio, y, d) organización científica de los registros electorales. Miembros de esa Comisión fueron intelectuales jóvenes, que más tarde habrían de tener destacada actuación en diversos campos de la política y de la cultura: Luis E. Valcárcel, José Antonio Encinas, Luis Alberto Sánchez, Jorge Basadre, César Antonio Ugarte, Alberto Arca Parró, Federico More, Carlos Manuel Cox y Carlos Enrique Telaya, éste último en calidad de Secretario de dicha Comisión. Fruto de las labores de la misma fue un proyecto que, con algunas variantes, pasó a ser decreto ley promulgado poco tiempo después.

Un paso muy importante, fue la tecnificación del Registro Electoral, del que se carecía de antecedentes. Tuvo a su cargo esa tarea Alberto Arca Parró, quien trabajó con máquinas tabuladoras muy avanzadas para la época, y que contribuyó a poner en marcha un Registro Electoral verdaderamente técnico.

Importante reforma fue la creación del Jurado Nacional de Elecciones, como órgano máximo electoral, presidido por el fiscal más antiguo de la Corte Suprema de la República, integrado por un delegado de cada una de las cuatro universidades nacionales y cuatro delegados de los jurados departamentales escogidos por sorteo. Tal Jurado tuvo amplias facultades, y resultó innovador, pues a diferencia de lo ocurrido en épocas anteriores, no existió participación alguna de los poderes del Estado; es decir, carecieron de intervención los poderes Ejecutivo y Legislativo, y el Poder Judicial sólo lo hizo a través de su fiscal más antiguo.

En cuanto al voto, éste se estableció como obligatorio y secreto a partir de los 21 años. No prosperó la idea, defendida por algunos sectores en el Congreso Constituyente de 1931, de otorgar el voto a los menores de 18 años y a las mujeres. Se prohibió también, contrariando una antigua tradición republicana, el voto del clero.

Una última reforma importante fue la representación de las minorías, que quedó consagrada desde entonces.

5. De los órganos electorales

Los lineamientos expuestos con anterioridad y sancionados en 1931, fueron recogidos, en términos generales, por la Constitución de 1933, y reiterados en la vigente Carta Política de 1979. Veamos cuáles son sus características básicas:

- **Jurado Nacional de Elecciones:** El artículo 286 de la Constitución vigente, señala que este Jurado tiene a su cargo los procesos electorales, y que le compete conocer las materias relativas al ejercicio del sufragio, la validez o nulidad de las elecciones, la proclamación de los elegidos, la expedición de las credenciales, los procedimientos electorales y lo demás que señale la ley.

El artículo 287 indica que el Jurado Nacional de Elecciones tiene su sede en la ciudad de Lima, capital de la República, y está constituido por siete (7) miembros que reúnen los mismos requisitos que para ser senador, y que son:

- Uno elegido por la Corte Suprema de Justicia, entre sus magistrados jubilados o suplentes, quien preside el Jurado,
Uno elegido por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú,
- Uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima (el colegio profesional más antiguo y el que agrupa a la mayor parte de los profesionales del derecho del país),
- Uno elegido por los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales, y

Tres elegidos por sorteo entre los ciudadanos propuestos por los Jurados Regionales del Norte, del Centro y Sur de la República, de acuerdo a ley (estos jurados sólo operan para este fin específico).

La norma agrega que al momento de designarse a los miembros titulares, se procede a nominar a los suplentes de cada uno de ellos. Podrá apreciarse cómo, de un total de siete miembros, es abogado obligatoriamente tan sólo el Presidente, aun cuando la práctica ha hecho que el designado por la Federación Nacional de Colegios de Abogados, por el Colegio de Abogados de Lima y por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades nacionales, sean abogados y designados entre sus miembros, lo cual da una representación marcada a los profesionales del derecho, y se permite además la integración del Jurado con ciudadanos de cualquier otra profesión, arte u oficio. El único requisito es tener un mínimo de 35 años (el mismo que para ser senador, art. 288) y tienen las mismas preeminencias que los magistrados de la Corte Suprema. El cargo, adicionalmente, es incompatible con cualquier otra función pública, no prohibiéndose en consecuencia cualquier actividad en el mundo profesional o mercantil. Adicionalmente (art. 288, *in fine*) se agrega que no pueden ser miembros del Jurado Nacional de Elecciones, los candidatos a cargos de elección popular, ni los ciudadanos que desempeñen puestos directivos en los partidos políticos, alianzas o coaliciones o que los han desempeñado con carácter de dirigentes nacionales, en los seis años anteriores a la fecha de la elección (el plazo está puesto con esa precisión, pues se quiere independizar la vida política activa del cargo de miembro del Jurado, y teniendo en cuenta que los periodos presidencial y legislativo, son de cinco años)

El artículo 289 consagra la verdadera naturaleza jurídica del Jurado Nacional de Elecciones, al señalar que éste es autónomo, y que aprecia los hechos con criterio de conciencia y resuelve conforme a derecho.

El Decreto Ley 14250, y más recientemente la Ley 24069 han precisado con mayor rigor, que frente a las resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones, no cabe ninguna acción judicial. Si bien esto último podría ser discutible (sobre todo si con ello se enerva la

eventual interposición de una acción de amparo) lo cierto es que así lo ha confirmado la jurisprudencia de los últimos años, y esto lo refuerza como **órgano constitucional**, al mismo nivel que los poderes clásicos del Estado, como son los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Con la presencia del Jurado Nacional de Elecciones (que la anterior Constitución denominó acertadamente Poder Electoral) se demuestra no sólo la insuficiencia del esquema triádico, (que ha estallado en mil pedazos frente a la presencia de nuevos órganos constitucionales) sino que estamos ante un órgano que no depende de nadie sino de sí mismo, y que tiene la misma prestancia, jerarquía y prerrogativas que los demás poderes, dentro del ámbito del Estado.

El artículo 290 precisa que el Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad del proceso electoral en los siguientes casos:

- Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o en blanco.
- Cuando se anulan los procesos electorales de uno o más circunscripciones que en conjunto representan el tercio de la votación nacional válida.

No hace falta extendernos sobre los alcances de esta norma, que por sí sola se explica. Las mismas o similares prescripciones existen en ordenamientos anteriores, pero nunca se han llevado a la práctica.

Cabe advertir, que norma similar se encuentra consagrada en el artículo 292, pero sólo en cuanto facultad del Jurado Nacional de Elecciones de declarar la nulidad de las elecciones en una determinada circunscripción electoral, lo que ha sucedido con relativa frecuencia en los últimos años, y que como puede apreciarse, no afecta los resultados ni el proceso electoral general.

El Decreto Ley 14250, que sigue vigente con diversas enmiendas, establece en su artículo 9, cuáles son los órganos electorales. Ellos son:

Un Jurado Nacional de Elecciones, con sede en la capital de la República.

- Un Jurado Departamental de Elecciones en la capital de cada

Departamento y en la Provincia Constitucional del Callao (25 en total, que representan la división política del país); y,

- Mesas de Sufragio, en cada capital de Distrito.

El artículo 12 señala que los jurados electorales (se refiere a todos ellos), deliberarán en secreto, pero emitirán sus votos públicamente. A sus deliberaciones podrán concurrir sus miembros... Las decisiones que tomen los jurados se harán por mayoría de votos, teniendo el presidente doble voto en caso de empate.

El Jurado Nacional de Elecciones (art. 13) es la autoridad suprema en materia electoral, y contra sus decisiones no procede recurso alguno. No podrá el mismo Jurado reconsiderar, revisar o modificar sus fallos. Sus resoluciones serán cumplidas por las autoridades a quienes se dirija, bajo responsabilidad de éstas.

En cuanto a su duración, señala el artículo 14 que sus miembros, con excepción de su presidente, cesarán en sus funciones al instalarse el Congreso en legislatura ordinaria, salvo el caso de que inmediatamente después estén programadas elecciones complementarias.

El artículo 20 (Decreto Ley 14250) indica que son atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones:

i) ejercer la supervigilancia sobre el Registro Electoral del Perú y sobre todos los órganos electorales, ii) resolver las reclamaciones que se presenten sobre la constitución y funcionamiento de los Jurados Departamentales de Elecciones, iii) pronunciarse sobre la inscripción de los partidos políticos, agrupaciones independientes, de las alianzas y de los candidatos a la Presidencia, a las Vice-presidencias y senadurías (la de los diputados depende de los respectivos Jurados Departamentales), iv) recibir y admitir las credenciales de los personeros de los partidos políticos, alianzas, y de los candidatos acreditados ante el propio Jurado Nacional de Elecciones, v) redactar los formularios que requiera el acto de la elección y acordar la adquisición del material electoral que se empleará en las Mesas de Sufragios, vi) resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las Resoluciones de los

Jurados Departamentales de Elecciones en lo que sea procedente, vii) conocer de la elección para Presidente, para Vice-Presidentes y senadores de la República, realizando el cómputo nacional, proclamar a los elegidos y otorgarles sus respectivas credenciales, viii) resolver los recursos de nulidad de las elecciones, en los casos contemplados por la ley, ix) resolver las tachas que se formulen respecto de sus propios miembros, x) absolver las consultas que los Jurados Departamentales de Elecciones y la Dirección General del Registro Electoral, le formulen sobre la aplicación de las leyes electorales y dictar las disposiciones necesarias para su mejor ejecución, xi) formular y aprobar su presupuesto y el de todos los organismos electorales para su inclusión en el Presupuesto General de la República, y administrar los fondos que se le asignen, xii) dictar los reglamentos necesarios para su funcionamiento y el de las oficinas de su Secretaría General, xiii) nombrar al Secretario General del Jurado, y a propuesta de éste, a su personal de funcionarios y empleados, y removerlos de la misma forma, xiv) solicitar al Poder Ejecutivo la adopción de las medidas que juzgue necesarias para la mejor aplicación de las leyes electorales, xv) denunciar ante las autoridades competentes los delitos que las autoridades políticas o los funcionarios electorales cometiesen por infracción de las leyes electorales, xvi) revisar, aprobar, o desaprobado y controlar los gastos que efectúen los Jurados Departamentales de Elecciones, de acuerdo a sus respectivos presupuestos, xvii) formular los modelos de cédula única para el sufragio y ordenar su impresión y distribución, xviii) divulgar por todos los medios de publicidad que juzgue necesarios, los fines, procedimientos y formas del acto de la elección, y xix) ejercer las atribuciones establecidas por la legislación electoral y acordar lo conveniente para la mejor aplicación de sus disposiciones.

Los Jurados Departamentales de Elecciones tienen a su cargo la ejecución y control del proceso electoral en sus respectivos Departamentos, y están constituidos por cinco miembros:

i) Uno elegido en Sala Plena, por la Corte Superior del respectivo distrito judicial, entre los magistrados jubilados o suplentes de la misma Corte, quien presidirá el Jurado.

ii) Cuatro designados por sorteo, por el Jurado Nacional de

Elecciones, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

En la primera quincena del mes de diciembre del año anterior en que se realicen las elecciones, cada Corte Superior de Justicia, en sesión de Sala Plena, formulará una lista de 15 ciudadanos que residan en la capital del Departamento, no menores de 25 años y hábiles para votar.

Esta lista será publicada, a fin de que pueda eventualmente ser tachada, si es que algunos de los elegidos incurre en los impedimentos de ley (por ejemplo, ser personero de un partido, etc);

- Con posterioridad, la Corte Superior transcribirá dichos 15 nombres al Jurado Nacional de Elecciones, en donde por sorteo serán elegidos los 4 miembros titulares y los 4 suplentes.

Dicho Jurado Departamental durará en funciones tan sólo hasta que se efectúe la proclamación de representantes a Congreso y se les expida sus credenciales (art. 28).

Los Jurados Departamentales están concebidos para cubrir todo el territorio del país, y tienen funciones equivalentes, en sus respectivas jurisdicciones, al Jurado Nacional de Elecciones, aun cuando algunas le son privativas, como es el caso de la proclamación de diputados, que siendo representantes de las provincias, su votación, escrutinio, cómputo y proclamación se realiza en los organismos departamentales, a diferencia de los senadores, que como son elegidos por la totalidad del país, dependen del Jurado Nacional de Elecciones.

Como materia igualmente específica, los Jurados Departamentales deben ocuparse de todo lo que que signifique instalación y puesta en marcha de las Mesas de Sufragio en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, y de manera especial realizar el cómputo departamental a base de las actas de las Mesas de Sufragio, asignar a cada lista de candidatos a diputados el número de representaciones que le corresponda por aplicación de la cifra repartidora siguiéndose el orden de cada lista y observándose los votos preferenciales, proclamar a los diputados elegidos y otorgarles sus credenciales (inciso 9, artículo 32). Igualmente

deben formular el acta del cómputo departamental para remitirla al Jurado Nacional de Elecciones.

El último órgano electoral es la Mesa de Sufragio, que existirá en cada distrito político de la República, y que constituye la unidad política más pequeña de la organización del Estado. Así, por regla general, toda población pertenece a un distrito, y éstos son varios cuando se trata de ciudades medianamente pobladas (en Lima, existen 41 distritos actualmente).

Las Mesas de Sufragio representan a los inscritos en el Libro de Inscripción Electoral, y cada Mesa tiene la numeración del Libro de Inscripción respectivo. Quienes votan en cada Mesa no pasan de 200 electores, y cada una está compuesta por tres miembros titulares sorteados por el Jurado Departamental en acto público entre los 25 electores de mayor instrucción que contenga la lista correspondiente a la Mesa de Sufragio (art. 35)

Como es de advertirse, existe una participación que se acentúa, de abajo arriba, conforme descendemos en la organización electoral. En el caso de las Mesas de Sufragio, que es donde se vota y en donde se realiza el escrutinio en mesa, son en la actualidad, más de 40,000 Mesas en todo el país, compuestas por ciudadanos escogidos al azar entre los electores inscritos en los respectivos libros.

Es bueno señalar por último, que la estructura descrita es la existente para las elecciones nacionales, o sea, para renovar la totalidad de los poderes públicos, que difiere en algo cuando se trata de elecciones municipales, en donde se contempla, por los alcances mismos de la elección edil, la existencia de Jurados Provinciales.

6. Integración y elección de los órganos ejecutivo y legislativo

La Constitución trata sobre esta materia en su título IV dedicado a la estructura del Estado. El artículo 164 señala que el Congreso (así se denomina al Legislativo) se compone de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados, precisándose que durante el receso de las mismas funciona la Comisión Permanente, integrada por parlamentarios, que cuenta con algunas atribuciones de mero trámite y legislativas de

urgencia en materia presupuestal. El artículo 165 señala que el Senado es elegido por las Regiones, de conformidad con la ley. Este enunciado todavía permanece incumplido, pues si bien está en estudio el proceso de regionalización y se han dictado diversas normas legales, no existen todavía, formalmente, regiones en el país. Por eso es que la Cuarta Disposición General y Transitoria establece que mientras se constituyan todas las regiones, el Senado se elige en distrito nacional único.

En cuanto a su duración, el artículo 166 precisa que el Senado se elige por un período de cinco años (anteriormente los períodos gubernamentales eran de seis años), y su número es de 60. Además, existen los Senadores vitalicios, que son los ex-Presidentes Constitucionales de la República. Los candidatos a la presidencia y vice-presidencia de la República, pueden además integrar las listas de candidatos a senadores o diputados.

En cuanto a la Cámara de Diputados, ella también es elegida por un período de cinco años. En esta parte, el articulado precisa que se renueva a los cinco años (lo que es una conclusión lógica de las premisas sentadas con anterioridad), o en caso de ser disuelta conforme a la Constitución. Esto es así, porque la vigente Constitución ha dispuesto que tan sólo la Cámara de Diputados puede interpelar y censurar a los Ministros de Estado, y que cuando sucedan abusos en estos controles parlamentarios, y sólo en el caso de censura a tres gabinetes ministeriales, el Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados, pero con la obligación de convocar inmediatamente a elecciones, entendiéndose que los así elegidos no lo son por cinco años, sino por el término que falta para completar el mandato de la Cámara fenecida y a la cual se reemplaza, ya que la idea de la Constitución es que el período de cinco años sea inexorable y que exista renovación total (lo que no impide la reelección inmediata, salvo el caso del Presidente de la República, que está prohibida)

El artículo 167 agrega que el número de Diputados es 180, y que la ley fija su distribución tomando en cuenta principalmente la densidad electoral, agregando que toda circunscripción tiene por lo menos un diputado (se entiende, toda provincia). Este número así fijado de 180 ha

sido establecido a nivel constitucional, para superar las prácticas viciosas de otras épocas, en la cual el número de los miembros de la Cámara eran cambiados antes de cada elección, para satisfacer los intereses en juego.

Para ser senador o diputado se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio y haber cumplido por lo menos los 35 años en el primer caso y 25 en el segundo.

No pueden ser elegidos ni Diputados ni Senadores, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección (Ley 23932):

Los Ministros de Estado, el Contralor General, los Prefectos, Sub-prefectos y Gobernadores.

- Los miembros del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Consejo Nacional de la Magistratura..
- Los Presidentes de los órganos descentralizados de gobierno, y,
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en servicio activo.

El artículo 175 señala que las vacantes que se producen en las Cámaras se llenan con los candidatos suplentes en el orden que aparecen en las listas respectivas. Esta norma general se ha establecido para evitar lo que sucedía anteriormente, en donde las vacancias se llenaban con una elección complementaria que rara vez era convocada por el Gobierno, sobre todo si tal vacancia se producía al final de su mandato y había posibilidades de triunfo de una lista opositora.

El capítulo sobre el Poder Ejecutivo consagra que el Presidente de la República es el Jefe de Estado y que personifica a la Nación. No existe en nuestro ordenamiento la figura del Jefe de Gobierno, y ese papel no ha sido nunca cubierto por el Presidente del Consejo de Ministros. El Perú, al igual que la gran mayoría de las naciones latino-americanas, se afilia a un presidencialismo, aun cuando encuadrado dentro de los moldes del Estado de Derecho, como se aprecia claramente en la vigente Constitución.

El artículo 202 señala que para ser elegido Presidente y Vicepresidentes de la República, se requiere ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio y tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación. Su periodo dura cinco años y no hay reelección inmediata.

En cuanto a la elección del Ejecutivo y sólo para éste, se ha introducido la modalidad del *ballotage* o segunda vuelta, mediante el cual si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a segunda elección dentro de los treinta días siguientes, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Este sistema entró en vigor recién en 1985, ya que la propia Constitución sancionada en 1979, estableció un sistema transitorio para las elecciones generales de 1980, en las cuales (Tercera Disposición General y Transitoria) se estableció que serían proclamados Presidente y Vicepresidentes los candidatos que alcanzaron la votación más alta, siempre y cuando ésta no sea inferior al 36% del total de votos válidos. Si esto no sucedía, la segunda vuelta, por así decirlo, se daba en el Congreso, quien elegía Presidente y Vicepresidentes por votación pública y nominal de más de la mitad del número legal de cada Cámara, en sesión permanente y continua. Este supuesto no llegó a darse, pues la lista de "Acción Popular" encabezada por el arquitecto Fernando Belaunde Terry, alcanzó el 46% de los votos válidos, superando así largamente los márgenes mínimos previstos transitoriamente por el constituyente.

Pero el sistema de segunda vuelta o segunda elección, entró en vigencia, como ya hemos mencionado, por vez primera en los comicios generales de 1985. Para ello hubo un problema que fue zanjado por ley expresa, esto es, cómo se interpretaba el artículo 203 que especifica que el Presidente de la República es elegido por sufragio directo de más de la mitad de los "votos válidamente emitidos". Este enunciado era nuevo en nuestra tradición electoral, sin precedente alguno y que además no fue repetido en todo el texto constitucional. No existe en los debates, sea en el pleno o en las comisiones especiales, una precisión sobre su sentido. Ante tal situación, el Parlamento mediante Ley 23903 interpretó tal enunciado entendiéndolo que incluía no sólo los votos emitidos y

expresados por determinado candidato, sino adicionalmente los nulos y los en blanco. Esta interpretación de la Constitución, tan válida como cualquier otra, ya que significó dar un sentido a una unidad lingüística vacía de contenido, ocasionó sin embargo arduas polémicas, toda vez que sus consecuencias políticas eran muy graves, según el ángulo en que se ponía el observador en cuestión. Esto motivó que un grupo de parlamentarios interpusiese una Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que con excesiva lenidad, omitió pronunciarse, al no reunirse quórum suficiente para alcanzar sentencia (lo que hizo que tal criterio interpretativo se mantuviese vigente en el proceso electoral de 1985; cf. Javier Valle -Riestra. *El Tribunal de Garantías Constitucionales: el caso de los votos nulos y blancos*, Ed. Labrusa, Lima 1986 y Domingo García Belaunde *Una democracia en transición: las elecciones peruanas de 1985*, Cuadernos CAPEL, San José 1986).

Al final, como hemos recordado en otra oportunidad, la segunda vuelta no se llevó a cabo, toda vez que el candidato que seguía en segundo lugar, Alfonso Barrantes Lingán (Izquierda Unida), renunció a postular en una segunda elección, y esto permitió que el Jurado Nacional de Elecciones proclamase como Presidente a Alan García Pérez, del APRA.

Sin embargo, el sentido dado a la frase "votos válidamente emitidos", si bien con historia azarosa durante la campaña anterior, está contenido en una ley que todavía sigue vigente. En lo personal, no creo que tal ley sea inconstitucional, por los motivos que he desarrollado en mi trabajo antes citado, pero sí me parece inconveniente en un medio como el nuestro. Pienso, por ello, que tal interpretación tiene que derogarse, y admitir la que existió en nuestra tradición anterior, y en la misma Francia, madre del *ballotage*; es decir, considerar para el cómputo tan sólo los votos emitidos o expresados.

Existen diversas limitaciones para postular a la Presidencia y a las Vice-presidencias de la República (Ley 23932) como son los cargos públicos importantes, los lazos de afinidad o consanguinidad cercanos, y curiosamente, al ciudadano que por cualquier título ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes (artículo que pretende impedir, constitucional-

mente, la participación en una justa electoral no sólo del Presidente constitucional, sino de cualquier otro que pudiera estar en su lugar, como es el caso de un gobernante de facto)

7. Partidos Políticos

A diferencia de constituciones anteriores que guardaban silencio sobre los partidos políticos, o en todo caso los trataban tangencialmente y de soslayo, aun cuando sólo fuera para condenarlos (como lo fue el artículo 53 de la anterior Constitución de 1933), la vigente ha dedicado un breve pero orgánico apartado a los partidos políticos, acorde con el movimiento que a su favor se inició apenas terminada la Segunda Guerra Mundial.

Así el artículo 68 constitucional, acota que los partidos políticos expresan el pluralismo democrático, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía, su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Agrega que todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho a asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos.

El artículo 69 sostiene que corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos, postular candidatos en cualquier elección popular, agregando que para postular candidatos, las agrupaciones no partidarias deben cumplir con los requisitos de ley.

De acuerdo a estos enunciados, el Estado peruano da pleno respaldo constitucional a los partidos políticos así como a las alianzas políticas, pues reconoce que ellos son precisamente los canales de la expresión popular. Se afirma también la libre participación de los ciudadanos en ellos de manera democrática, lo cual implicaría un cierto control del Estado sobre los partidos, que hasta la fecha no ha sucedido. Aún más, no existe, salvo aisladas disposiciones de carácter meramente electoral, una legislación articulada sobre los partidos políticos, como la hay en otros países latinoamericanos.

La parte final del apartado constitucional son los artículos 70 y 71,

referidos a la utilización gratuita de espacios en los medios de comunicación masiva de propiedad del Estado. Así, el artículo 70 indica que el Estado no da trato preferente a partido político alguno, proporciona a todos, acceso gratuito a los medios de comunicación social de su propiedad, con tendencia a la proporcionalidad resultante de las elecciones parlamentarias inmediatamente anteriores. El artículo 71 agrega que durante las campañas electorales, los partidos políticos inscritos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado.

Estos dos numerales, tan sencillos aparentemente, han creado más de una dificultad. Así, en un primer momento, se entendió que el primer artículo era el género y el segundo la especie. En consecuencia, si todos los partidos tenían acceso gratuito a los medios en forma proporcional a los resultados obtenidos últimamente, se desprendía lógicamente que durante las campañas, o sea, durante el proceso que lleva a una determinada elección, se debía seguir idéntico criterio. Esto fue interpretado en esa forma por el Poder Ejecutivo en 1983. Pero recientemente, el Jurado Nacional de Elecciones mediante Acuerdo N° 1345-86/JNE de fecha 23 de septiembre de 1986 ha sostenido una interpretación exactamente opuesta. Esto es, que el artículo 70 es la norma general que debe respetarse, pero el segundo es una excepción, que está referida únicamente a las campañas, en donde debe primar la igualdad entre todos los partidos concurrentes, olvidándose cuál haya sido su porcentaje en las elecciones anteriores. Este criterio nos parece discutible, toda vez que de esta suerte se pone a todos los candidatos en igualdad de condiciones, cuando la realidad es que los partidos siempre ocupan un determinado espacio político en el espectro electoral, que no puede ser ignorado.

En lo referente al funcionamiento de los partidos, ellos se constituyen como personas jurídicas de derecho privado, se inscriben en el Registro de Partidos Políticos de los Registros Públicos, y se rigen por las normas del Código Civil establecidas al respecto. Pero para su actuación electoral, necesitan inscribirse en el respectivo Jurado Nacional, que para tales efectos lleva un "Registro de Partidos Políticos", con indicación de nombre del partido, domicilio legal, nómina de su

órgano representativo nacional y de su personero ante el Jurado Nacional de Elecciones. Para inscribirse necesitan tener no menos de 100,000 adherentes con firmas debidamente acreditadas que lo respalden, presentar sus Estatutos y su ideario o programa, y acreditar el funcionamiento de Comités Departamentales en, por lo menos, la mitad del número de Departamentos de la República. Además, deberá solicitar su inscripción cuando menos 180 días antes de la fecha señalada para las elecciones (art. 60 Decreto Ley 14250 y art. 19 de la Ley 23903). En cuanto a las agrupaciones independientes, podrán solicitar también su inscripción, con más o menos los mismos requisitos, pero con la diferencia de que tal inscripción sólo es válida para un determinado proceso electoral, caducando la inscripción tan pronto éste finalice. En cuanto a las alianzas, esto es, a uniones de dos o más partidos para fines electorales, ellas pueden igualmente inscribirse, sin mayores formalidades, pero con duración para un proceso determinado, debiendo renovarla en caso de que descen participar en posteriores eventos electorales.

El Jurado antes de otorgar la inscripción, verificará si se han cumplido los requisitos exigidos por la ley, en especial que cuente con el número suficiente de adherentes, lo que verificará con el Registro Electoral. La inscripción de los partidos políticos no fenece al terminar el proceso, pero debe renovarse tan pronto se inicie un nuevo proceso nacional (o sea, cada cinco años, como término promedio) salvo que sus candidatos a la Presidencia y Vice-presidencias hayan alcanzado no menos del 5% de los votos válidamente emitidos (Art. 7, Ley 23903)

Inscritos los partidos, alianzas o agrupaciones independientes, el Jurado Nacional publicará una síntesis del asiento de inscripción, para eventuales tachas que pudiera formular la ciudadanía.

8. Sistema electoral

La Constitución vigente, así como la anterior, no consagra sistema electoral alguno. Se limita, en su artículo 65, a señalar que "en las elecciones pluripersonales, hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley". Como quiera que existe diversidad de sistemas de representación proporcional, ello está librado a la ley desde 1963, que ha consagrado el sistema D'Hondt, llamado en nuestra

legislación como "cifra repartidora". Así, el artículo 56 del Decreto Ley 14250, señala que la elección de senadores y diputados se hará por el sistema proporcional aplicándose el método de la cifra repartidora, siguiéndose el orden de cada lista, en la siguiente forma:

- i) El total de votos válidos obtenidos por cada lista, se dividirá sucesivamente por uno, dos, tres, cuatro, etc., según sea el número de representaciones que corresponda elegir.
- ii) Los cocientes obtenidos se colocarán en orden normal y decreciente hasta tener un número de ellos igual al de representaciones por elegir, y el cociente que ocupe el último lugar constituirá "cifra repartidora".
- iii) El total de votos válidos de cada lista, se dividirá por la "cifra repartidora", para determinar cuántas representaciones corresponden a cada lista,
- iv) Serán proclamados los candidatos siguiendo el mismo orden en que están colocados en cada lista (art. 56, D.L. 14250).

El artículo 57 señala que si como consecuencia de la aplicación del sistema de la "cifra repartidora", a una lista corresponde igual número de representaciones que el de candidatos que figuran en ella, serán elegidos todos los integrantes de la lista.

Si el número de candidatos que figuran en una lista es inferior al de representaciones que haya correspondido a la lista, todos ellos serán elegidos, y las vacantes que queden se repartirán entre las demás listas, como si se tratara de una nueva elección en la que se aplicará el mismo sistema de la "cifra repartidora". Si el número de candidatos integrantes de la lista es mayor que el de las representaciones, que corresponden a dicha lista, ellas se adjudicarán de acuerdo al orden en que los candidatos estén colocados en la lista inscrita.

Si una representación corresponde con igual derecho a varias listas, se asignará a la lista que obtuvo mayor número de votos, y si ésta está integrada por dos o más candidatos, se procederá al sorteo entre ellos para determinar al elegido.

El artículo 58 establece que en la elección de un solo diputado, será elegido el candidato que haya obtenido la más alta votación.

Sobre el sistema así expuesto, se ha introducido últimamente el llamado "voto preferencial", esto es, un sistema mediante el cual el elector, reordena con su voto preferente, la lista que previamente hizo y presentó el partido. El argumento esgrimido para sostener la existencia y necesidad del voto preferencial es que de esta suerte se quiebra el poder de las cúpulas partidarias, en el entendido de que en las listas confeccionadas por los partidos, generalmente los que están ubicados a la zaga; estaban destinados a no salir elegidos, pero con el voto preferencial cada candidato tiene un número, y el elector puede apuntar ese número en un casillero en la cédula de sufragio, con lo cual reordena la lista contrariando el orden preestablecido por el respectivo partido político. Esta modalidad fue introducida en las elecciones celebradas en 1978 para la integración de la Asamblea Constituyente, fue luego expresamente negada para las elecciones generales de 1980 y reintroducida en las elecciones generales de 1985, con la modalidad de dos preferencias, en lugar de una sola, como fue en 1978.

De acuerdo a la información que se tiene hasta la fecha, el elector no ha hecho un mayor uso de los votos preferenciales en las elecciones de 1985, estimándose que sólo un 30% como promedio utiliza el voto preferencial, y el resto, es decir, un 70% admite el orden preestablecido por los partidos.

Aspecto importante es el que consagra el artículo 291 de la Constitución, y que opera desde 1962; esto es, que el escrutinio de los votos, en toda clase de elecciones, se realiza en acto público e ininterrumpido en la Mesa de Sufragio. Es irrevisable, salvo los casos de error material e impugnación que se resuelven conforme a ley. Y como quiera que en estas Mesas el escrutinio es hecho por sus miembros, elegidos por sorteo, con la presencia de personeros de los partidos políticos, y esto simultáneamente en más de 40,000 mesas de sufragio a lo largo de todo el país, se comprende perfectamente cómo un fraude en estas condiciones es prácticamente imposible, por lo menos, en dimensiones mayores.

Dos aspectos finales debemos resaltar: a) en 1963 se introdujo la cédula única, esto es, un documento único de sufragio en donde estaban

consignados todos los candidatos, preparado y distribuido en el ámbito del territorio nacional por el órgano electoral, con lo que se garantiza que ningún candidato quede sin llegar a manos de los electores al momento del sufragio, y b) desde 1978 se ha introducido la modalidad de distinguir a los candidatos (partidos, alianzas, etc.), con números o símbolos, empleados estos últimos sobre todo a partir de las elecciones de 1980, en la cual participaron los analfabetos.

9. Jornada electoral

La jornada electoral se realiza en un solo día, generalmente entre las 8 y las 15 horas, a través de las Mesas de Sufragio que están instaladas a lo largo de todo el país y son simultáneas para la elección del Ejecutivo y el Legislativo. De dichas mesas debe salir el resultado, con carácter irrevisible (salvo algunas impugnaciones, que siempre son menores), y elevados sus resultados al respectivo Jurado Departamental, para finalmente éste lo haga llegar al Jurado Nacional de Elecciones, quien en su momento reúne y publica los resultados oficiales generales.

El artículo 112 del Decreto Ley 14250, señala que dentro de los 30 días anteriores a la fecha de las elecciones, los Jurados Departamentales enviarán a las Mesas de Sufragio (a través de sus respectivos presidentes) dos ejemplares de la Lista de Electores, el ánfora y los paquetes que contienen las cédulas de sufragio, así como los formularios, carteles y útiles que se emplearán en la votación. El día de la elección se levantará el acta de instalación, que será firmada por los miembros de la Mesa y los personeros de los partidos, agrupaciones y alianzas presentes y que deseen hacerlo. Acto seguido, se preparará la cámara secreta, de manera tal que el elector proceda a votar sin interferencias y con plena independencia. Luego, el presidente votará, introducirá su voto en el ánfora, firmará la Lista de Electores, estampará su huella digital e introducirá el dedo mayor de su mano derecha en el recipiente de tinta indeleble que deberá hallarse en todas las Mesas de Sufragio. A continuación, harán lo mismo los demás miembros de la Mesa, y los electores inscritos en la correspondiente lista, conforme vayan llegando al lugar donde está instalada el ánfora, previa identificación de cada uno de ellos (art. 118 y 119). Cada elector, luego

de votar y depositar su voto en el ánfora, firma la lista de electores, estampará su huella digital e introducirá el dedo correspondiente en el recipiente de tinta indeleble, y se le sellará finalmente su respectiva Libreta Electoral, como constancia de haber sufragado. La votación terminará necesariamente el mismo día (art. 132). En la lista (o padrón) de electores, al término de la jornada, se pondrá la frase “no votó” al lado del nombre de los electores que no se hayan hecho presentes, firmando luego el acta correspondiente el presidente y miembros de la mesa, así como los personeros que lo deseen.

Firmada el acta de sufragio, la mesa procederá al escrutinio, en el mismo local en que se efectuó la votación, en un solo acto público e ininterrumpido. Para esto, el presidente lee, una por una, cada cédula de votación, anotándose los resultados, con la conformidad de los demás miembros de la Mesa, y en presencia de los personeros. En términos generales, todos los problemas que se presenten, tanto durante la votación, como durante el escrutinio, serán resueltos por la Mesa en ese mismo acto, y en determinados casos, podrán suspender un voto que sea impugnado, pero sin paralizar la votación ni el escrutinio (art. 140). Las cédulas contienen tres votos, i) para Presidente y Vice-presidentes, ii) para senadores, y iii) para diputados. Cada voto será analizado y computado separadamente, e igualmente se hará con los resultados finales.

El acta del escrutinio contendrá (art.146): i) el número de votos obtenidos por cada fórmula de candidatos para la Presidencia y las Vice-presidencias, ii) el número de votos obtenidos por los candidatos a senadores y a diputados, iii) el número de votos declarados nulos y en blanco, iv) los votos preferenciales, v) la constancia de las horas en que comenzó y finalizó el escrutinio, vi) el nombre de los candidatos y personeros presentes en el acto del escrutinio, vii) la relación de las reclamaciones u observaciones formuladas, viii) las firmas de los miembros de la Mesa, y de los candidatos y personeros que deseen suscribirla.

Terminado el escrutinio, se fijarán en el mismo local carteles con los resultados de cada Mesa, comunicándolo al Jurado Departamental en la forma más rápida. El escrutinio realizado en las Mesas de

Sufragio es irrevisable (art. 140). Del acta del escrutinio, se enviará dos copias al Jurado Departamental, uno dentro del ánfora y otro en sobre aparte; el tercer ejemplar se enviará directamente al Jurado Nacional de Elecciones, y el cuarto será entregado por la Mesa al miembro de la Fuerza Armada encargado de supervigilar el orden en el local del sufragio.

10. Del cómputo y de la proclamación

Hay que dividirlo en dos partes: a) el cómputo departamental y la proclamación de diputados, que se hace a través de los diversos Jurados Departamentales del país, y b) el cómputo nacional, que se hace en forma centralizada en el Jurado Nacional de Elecciones, en la ciudad de Lima, y tan sólo para Presidente, Vice-presidentes y senadores.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152, los Jurados Departamentales de elecciones se reunirán diariamente desde el día siguiente de las elecciones, en sesión pública, a la que deben ser citados los candidatos y sus personeros para iniciar el cómputo de los sufragios emitidos en su jurisdicción y resolver las reclamaciones que se hayan formulado contra las decisiones adoptadas por las Mesas de Sufragio. Para tal efecto i) comprobarán el número de Mesas de Sufragio que han funcionado en cada provincia de su jurisdicción, ii) comprobarán si han llegado a su poder las ánforas y sobres que les han remitido las respectivas Mesas, iii) adoptarán las demás providencias necesarias para el mejor funcionamiento del Jurado.

El Jurado iniciará el cómputo tomando como base las "Actas Electorales" de las Mesas, sobre la base de las actas recibidas, y en su defecto, las que les proporcionarán las Fuerzas Armadas, debiendo antes resolver las apelaciones que existieran.

Luego se iniciará el cómputo, procediendo a sumar todos los votos vertidos a favor de los diversos candidatos, tal como se desprendan del acta firmada por la Mesa de Sufragio. Este cómputo, podrá durar varios días, pero cada vez que finalice una jornada se asentará y firmará un acta con los resultados parciales.

Finalizada la votación, se procederá a establecer cuál es la "cifra

repartidora", para asignar a cada lista el número de Diputados que le corresponde, y luego procederá a proclamar a los Diputados elegidos observando los votos preferenciales emitidos. Acto seguido (art. 162) comunicará telegráficamente, o por cualquier otro medio al Jurado Nacional de Elecciones, los resultados obtenidos en su circunscripción para cada una de las fórmulas para Presidente y Vice-presidentes así como para Senadores. Al día siguiente de la proclamación, el Jurado Departamental levantará un acta del cómputo del respectivo distrito electoral, copia de la cual será remitida al Jurado Nacional de Elecciones, y será publicada en el diario de mayor circulación de la capital del Departamento, o en su defecto por carteles. Los diputados proclamados recibirán la Credencial del respectivo Jurado Departamental, y luego con dicha Credencial se presentarán al Jurado Nacional de Elecciones, quien encontrándola conforme, lo comunicará oficialmente a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados, para los efectos administrativos de la incorporación del nuevo parlamentario (art. 166)

En cuanto al cómputo nacional que lleva a cabo el Jurado Nacional de Elecciones, lo hace de manera similar, en sesiones públicas, a contar los resultados de los Jurados Departamentales, a resolver los recursos de nulidad interpuestos y a realizar el cómputo entre los candidatos a Presidente, Vice-presidentes y senadores.

Luego proclamará Presidente y Vice-presidentes a los que entre los candidatos hubiesen obtenido la más alta votación salvo que no hubiesen obtenido el mínimo porcentaje de ley, en cuyo caso se procederá a la segunda elección, como ya se ha indicado.

El Jurado Nacional de Elecciones extenderá credenciales a quienes resulten proclamados Senadores, Presidente, y Vice-presidentes de la República.

11. Comentarios finales

La normatividad electoral reseñada demuestra en sus lineamientos generales, que ella contiene las suficientes garantías para permitir la libre expresión del voto ciudadano, y que tiene además tres características. a) por un lado, el cuidado del proceso electoral está confiado en

sus bases a las Mesas de Sufragio, que están formadas por ciudadanos comunes y corrientes, que hacen además un escrutinio en mesa el cual es irrevisable, b) el cuidado del proceso está confiado en segunda instancia a los Jurados Departamentales, formados también por sorteo, con presencia de candidatos y personeros, y c) la organización general del proceso está confiada a un organismo como el Jurado Nacional de Elecciones, de naturaleza administrativa y además jurisdiccional, que goza de un amplio reconocimiento a nivel ciudadano, y que ha conducido procesos electorales intachables desde 1963.

Hay que mencionar finalmente que nuestra exposición ha querido detenerse tan sólo en los lineamientos generales, y no en todos los detalles que en forma pormenorizada contempla la legislación electoral, tanto la contenida en la ley principal que hemos utilizado preferentemente, como en la multitud de legislación complementaria de todo orden (como es el caso de decretos y resoluciones dictados en los últimos años). Es importante también destacar que no ha sido objeto de nuestra atención el caso de las elecciones municipales, que si bien tienen otra estructura en cuanto a los órganos intermedios, cumplen en lo esencial con las características contempladas para las elecciones generales.

Un comentario final puede desprenderse, y es que el hecho de que exista pureza electoral desde hace tantos años, y una legislación tan prolija sobre la materia, es producto no sólo del esquema creado en 1931, sino también de que durante todo el siglo XIX, y varios lustros del actual, hubo procesos electorales viciosos y fraudulentos, que hicieron que los dirigentes políticos, los intelectuales y en general el profesional y el ciudadano interesado en la marcha del Estado, se preocupase de consagrar a nivel normativo pautas claras y precisas que garanticen la libre expresión del voto popular. (1).

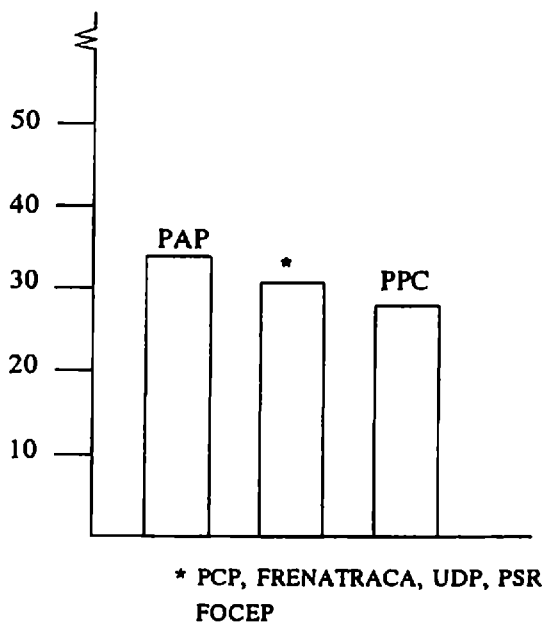
Lima, octubre de 1986.

(1) Aun cuando no está dentro del objetivo de este trabajo, no está demás dejar constancia que la participación en elecciones periódicas es la única de las formas de participación popular que ha introducido la vigente Constitución de 1979, tan meritoria por lo demás en otros aspectos.

APENDICE I

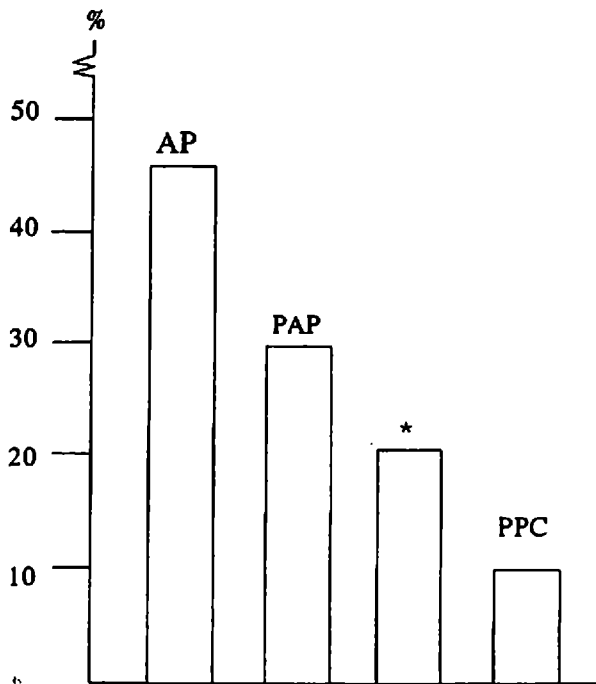
Ultimos resultados electorales (1978 - 1985)

(Fuente: Sonia Goldenberg, editor, **Decidamos nuestro futuro**. Universidad del Pacífico - Fundación Ebert, Lima 1985 y **El Peruano**, junio de 1985).

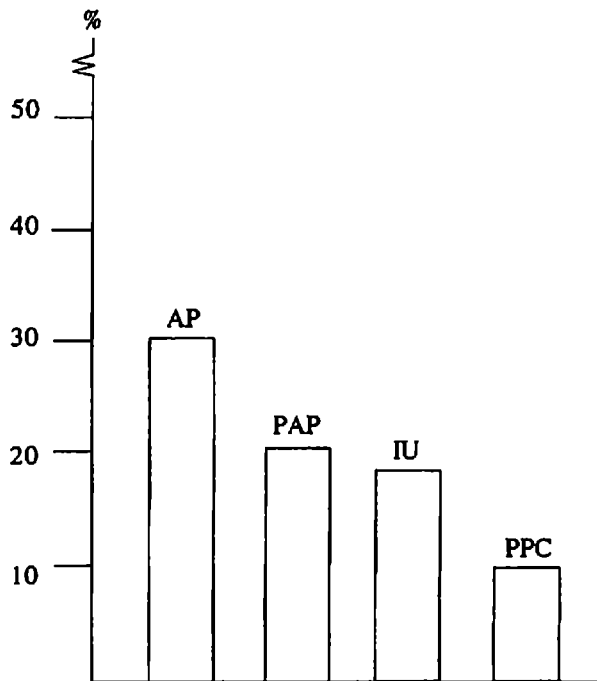
ASAMBLEA CONSTITUYENTE
1978

Cuadro 1. Elecciones Asamblea Constituyente 1978

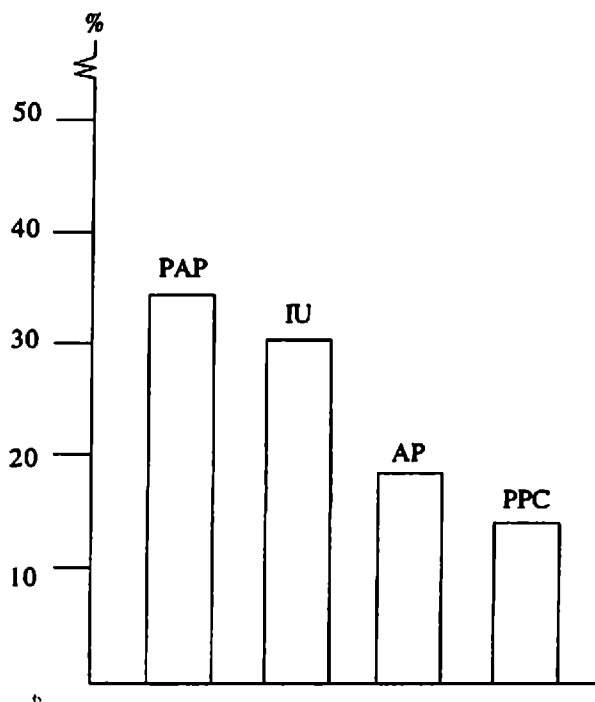
Ante la ausencia de AP, el PPC logra niveles que no ha repetido o superado en los procesos posteriores. La Izquierda y el Apra aparecen con un tercio del electorado que recién consolidarán en las municipales del 83.

PRESIDENCIALES 1980*** PRINCIPALES PARTIDOS DE IZQUIERDA**

Cuadro 2. Elecciones Presidenciales 1980
Diversos factores, como el carisma y la identificación de Fernando Belaunde con el retorno a la democracia, así como el aparente voto anti-aprista, determinaron la avalancha electoral en favor de AP.

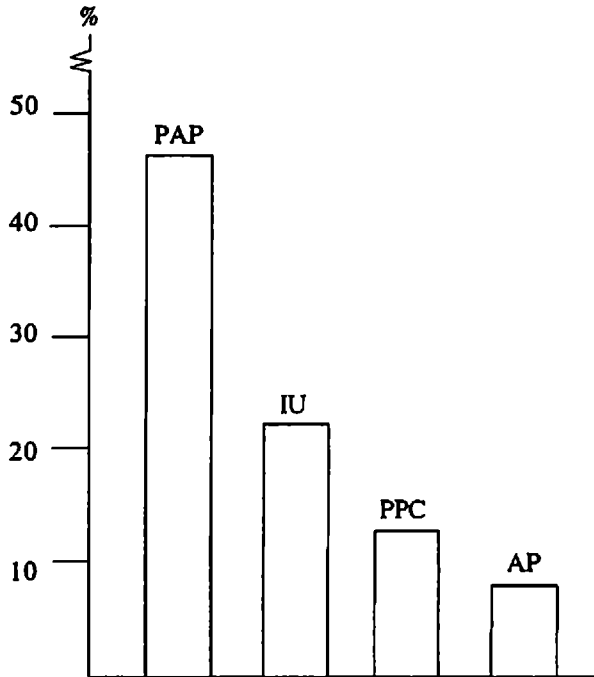
MUNICIPALES 1980**Cuadro 3. Elecciones Municipales 1980**

Todavía existen rasgos de las tendencias mostradas en las elecciones presidenciales. El Apra sigue sin recuperar su tercio histórico y la derrota de mayo está aún cerca. AP mantiene las preferencias pese a descender en relación al porcentaje obtenido por Belaunde; IU empieza a perfilarse como fuerza importante y el PPC conserva los mismos resultados obtenidos en las presidenciales.

MUNICIPALES 1983

Cuadro 4. Elecciones Municipales 1983

El desgaste del gobierno se manifestó en estas elecciones que tuvieron un carácter casi plebiscitario. Los resultados obtenidos por el APRA y la IU son el reflejo de un electorado ansioso de cambios.

PRESIDENCIALES 1985

Cuadro 5. El deterioro del régimen de AP, con su aliado de 4 años el PPC, refleja los resultados, que favorecen al APRA (PAP), por su cohesión, campaña articulada, nuevo mensaje y nuevo líder.

APENDICE II

POBLACION ELECTORAL (1985)

Departamentos	Número de Electores	Distribución Porcentual
Amazonas	94,146	1.14
Ancash	351,350	4.24
Apurímac	113,914	1.37
Arequipa	372,377	4.49
Ayacucho	182,019	2.20
Cajamarca	358,333	4.32
Cusco	352,217	4.25
Huancavelica	140,865	1.70
Huánuco	215,710	2.60
Ica	236,477	2.85
Junín	423,093	5.10
La Libertad	475,760	5.74
Lambayeque	327,233	3.95
Lima	2'877,940	34.71
Loreto	173,021	2.09
Madre de Dios	18,404	0.22
Moquegua	50,255	0.61
Pasco	84,048	1.01
Piura	431,429	5.20
Puno	384,995	4.64
San Martín	152,296	1.84
Tacna	72,115	0.87
Tumbes	43,891	0.53
Ucayali	89,783	1.08
Callao	269,170	3.25
TOTAL	8'290,841	100.00

Fuente: J.N.E.

APENDICE III

Ley 23903

(Reformas sustanciales a la legislación electoral)

El Congreso de la República del Perú;
Ha dado la ley siguiente:

Artículo 1º.- El Presidente de la República convoca a elecciones generales con anticipación no menor de ocho meses a la fecha en que deben efectuarse. Las elecciones serán simultáneas para Presidente y Vicepresidentes de la República y para Senadores y Diputados.

En el Decreto Supremo de convocatoria se señalará la fecha de la segunda elección de Presidente y Vicepresidentes de la República en el caso y dentro del plazo referido en el artículo 203º de la Constitución y la Ley 23628.

Si el Poder Ejecutivo no hiciere la convocatoria a que se contrae este artículo, la hará el Presidente del Congreso, dentro de los diez días siguientes.

Artículo 2º.- Las elecciones generales para Presidente y Vicepresidentes de la República y para Senadores y Diputados se realizarán el segundo domingo del mes de abril del año en que deban renovarse los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Artículo 3º.- La solicitud de inscripción de los candidatos a Presidente y Vicepresidentes de la República y de Senadores y Diputados no está sujeta a la consignación de suma alguna de dinero.

Artículo 4º.- El plazo para la inscripción de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República es el mismo que corresponde a la de los Partidos Políticos.

Artículo 5º.- La norma del artículo 80º del D.L. 14250 es aplicable a los casos de inhabilitación sobreviniente.

Artículo 6º.- Para los efectos del artículo 203º de la Constitución,

se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco.

Para el caso de segunda elección será proclamado Presidente de la República el candidato que obtuviere la mayor votación.

Artículo 7º.- Las inscripciones de los Partidos Políticos ante el Jurado Nacional de Elecciones, continúan vigentes en caso de que sus candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República hayan alcanzado no menos del cinco por ciento de los votos válidamente emitidos en las elecciones políticas generales anteriores.

Artículo 8º.- Las figuras o símbolos registrados por los Partidos Políticos en las elecciones precedentes sólo pueden ser usados, con las mismas características, por los mismos Partidos. La sustitución de sus figuras o símbolos debe ser comunicada al Jurado Nacional de Elecciones por los personeros respectivos con la anticipación legal que corresponda.

Si dos o más Partidos constituyen una Alianza, en la cédula sólo se imprimirá el símbolo de ésta, excluyéndose los de los Partidos que la conforman.

Artículo 9º.- Los ciudadanos inscritos en un Partido Político pueden postular a cualquier cargo en Partido distinto o como Independientes si han renunciado en forma escrita ante su Partido, dando cuenta al Jurado Nacional de Elecciones, hasta 30 días antes del cierre de la inscripción de las candidaturas correspondientes.

Artículo 10º.- Hay representación proporcional en la elección pluripersonal de Senadores y Diputados, mediante el método de "cifra repartidora".

La elección de Senadores y Diputados, se hace con voto preferencial opcional.

Artículo 11º.- El acta de escrutinio contiene el número de votos emitidos, el número de votos obtenidos por cada lista, así como los votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado.

Artículo 12º.- Los cómputos se hacen sobre el número total de votos emitidos, sobre el número total de votos obtenidos por cada lista de candidatos y sobre el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado.

Los resultados del cómputo de votos preferenciales se agrupan de mayor a menor.

En el caso que dos o más candidatos a Senador o Diputado obtuvieren el mismo número de votos preferenciales, el orden se decide por sorteo.

Los candidatos sin votos preferenciales se ubican después del que tenga la menor votación preferencial, siguiendo el orden de la inscripción.

El orden así establecido rige para la proclamación, con arreglo al procedimiento a que se refieren los artículos 56º y 57º del Decreto Ley 14250, modificado por los artículos 21º y 22º, respectivamente, del Decreto Ley 22652.

Artículo 13º.- Si como consecuencia de la aplicación de la "cifra repartidora" corresponden a una sola lista de candidatos la totalidad de los cargos y se produce la vacancia de uno o más de los respectivos Senadores o Diputados, se convocará a elecciones complementarias, salvo si la vacancia es en el último año del periodo correspondiente.

Artículo 14º.- El Jurado Nacional de Elecciones sólo puede declarar la nulidad total o parcial de las elecciones en los casos previstos en los artículos 290º y 292º de la Constitución Política.

Artículo 15º.- Son aplicables a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones las disposiciones de los artículos 183º y 184º de la Constitución Política del Perú.

Artículo 16º.- El Jurado Nacional de Elecciones queda autorizado para dictar las disposiciones relativas al sufragio de los ciudadanos peruanos que se hallen en el extranjero.

Artículo 17º.- Autorízase al Jurado Nacional de Elecciones para

inscribir en el Registro Electoral del Perú a todos los ciudadanos, para cuyo efecto queda derogado el Decreto Ley 22379, que crea el Registro de los ciudadanos que no sepan leer ni escribir.

Artículo 18º.- Adiciónase al primer párrafo del artículo 35º del Decreto Ley 14250, modificado por la Ley 16152, lo siguiente:

“Este mismo personal sin necesidad de nuevo sorteo, actuará en el caso de convocatoria a una segunda elección para Presidente y Vicepresidente de la República”.

Artículo 19º.- Sustitúyase el artículo 60º de la Ley 14250, modificado por el artículo 26º del Decreto Ley 22652, por el siguiente texto:

“El Jurado Nacional inscribirá a los Partidos Políticos que reúnan los siguientes requisitos:

1. Presentar una solicitud de inscripción en el Registro de Partidos Políticos con indicación del nombre del Partido, su domicilio legal, la nómina del personal que constituye su órgano representativo nacional y el nombre de su personero legal.
2. Presentar relación de sus adherentes en número no menor de cien mil, con la firma autógrafa de cada uno de éstos y la indicación del número de su Libreta Electoral.
3. Presentar, por duplicado, sus Estatutos y su Ideario o Programa de Partido.
4. Acreditar la instalación y funcionamiento de Comités Departamentales en, por lo menos, la mitad del número de Departamentos de la República; y,
5. Solicitar su inscripción, por lo menos, hasta ciento ochenta días antes de la fecha señalada para las elecciones.

Artículo 20º.- Adiciónase al artículo 106º del Decreto Ley 14250, modificado por el artículo 62º del Decreto Ley 22652 el párrafo siguiente:

“En las secciones de la cédula de sufragio correspondientes a

Senadores y Diputados figurará, además, dos cuadriláteros en los cuales el elector anotará los números que corresponda en la lista respectiva a los candidatos a Senadores o Diputados de su preferencia.

El voto de preferencia es opcional y el elector puede votar por uno o por dos de los candidatos. La no emisión del voto preferencial, o el error que se cometa al marcarlo no anula el voto, pero sí la preferencia”.

Artículo 21º.- En cuanto no hayan sido modificadas por esta ley, mantienen su vigencia las disposiciones de la Ley 14250, sus modificatorias y ampliatorias.

El Jurado Nacional de Elecciones publicará una edición concordada de dicha Ley con las disposiciones de la presente.

Artículo 22º.- La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación sólo podrá efectuarse hasta 15 días antes de la elección.

Disposiciones Transitorias

Artículo 23º.- De conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, el Senado se elige en distrito único, en el proceso electoral de 1985.

Artículo 24º.- El Jurado Nacional de Elecciones, con su actual integración, tendrá a su cargo el proceso electoral 1984-1985.

Artículo 25º.- Mantienen vigente su inscripción para las elecciones de 1984-1985 los Partidos inscritos para las elecciones políticas de 1980 ante el Jurado Nacional de Elecciones, siempre que hayan alcanzado representación parlamentaria.

Disposición Final

Artículo 26º.- La presente ley regirá al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación. Casa del Congreso, en Lima, a los veinticuatro días del mes de

Casa del Congreso, en Lima, a los veinticuatro días del mes de agosto de mil novecientos ochenticuatro.

MANUEL ULLOA ELIAS
Presidente del Senado

ELIAS MENDOZA HABERSPERGER
Presidente de la Cámara de Diputados

CARLOS MANCHEGO BRAVO
Senador Secretario

ERNESTO OCAMPO MELENDEZ
Diputado Secretario

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA:

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, 24 de Agosto de 1984.

FERNANDO BELAUNDE TERRY, Presidente Constitucional de la República.

LUIS PERCOVICH ROCA, Ministro del Interior.

III
ASPECTOS METODICOS

§ 1

COMO ESTUDIAR DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

I

El tema que se propone este artículo puede parecer ocioso. En efecto, a quien pregunte cómo se debe estudiar una rama jurídica determinada, podríamos contestarle simplemente: estudiando y nada más. En este sentido, si queremos saber algo de contabilidad, lo más simple sería tomar un libro de introducción a la contabilidad y empezar a leerlo. Adicionalmente, trataríamos de seguir algún curso sobre el tema, conversar con entendidos y hacer alguna práctica profesional. Lo mismo podría aplicarse a otras ramas del saber, y salvando los casos de difícil intelección que nunca faltan, en principio cualquier disciplina puede estudiarse, más o menos fácilmente, aun cuando siempre sea necesario un mínimo de lecturas, de información y de trabajo sosegado.

Sin embargo, surge la pregunta de por qué es necesario decir esto sobre el Derecho Constitucional. La respuesta es simple: porque en nuestro medio, y en general en vastos sectores de América Latina, el Derecho Constitucional se da por sabido, generalmente por ósmosis o por ciencia infusa, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre la materia. Sucede así porque el Derecho Constitucional parece a primera vista muy sencillo, ya que es lo que todos podemos apreciar (cuando no hay gobiernos de facto) pues sin cortapisas vemos cómo funcionan los poderes del Estado, la maquinaria judicial, el aparato legislativo, los partidos políticos, el Ministerio Público, etc.; se adquiere así la sensación de lo fácil. Esta no sólo es una característica del hombre común y corriente, sino también del político, ya que la

(*) Publicado en *Derecho (Lima)* N° 39, diciembre de 1985.

Constitución es, recordémoslo, un texto que regula jurídicamente fuerzas y relaciones políticas, que permiten que el político se sienta autorizado, diremos mejor investido de autoridad, para hablar si es posible *ex cathedra*, sobre problemas constitucionales. La curul parece otorgar una sabiduría que podríamos llamar adhesiva: sentarse en el escaño es adquirir conocimientos. Claro que siempre existen excepciones, y nunca faltan parlamentarios que tratan de ir más allá y obtener un mejor conocimiento sobre el problema; pero no es lo más frecuente. Esta tarea por lo general es dejada a las asesorías del Parlamento y de sus Comisiones, con el agravante de que si se carece de tales asesores, el problema queda sin resolver. Tema aparte es la utilización política de la Constitución, es decir, su instrumentalización, de la que no tratamos ahora, pues nos alejaría de nuestro propósito.

Adicionalmente, el hombre de derecho en general (jueces, abogados, notarios, estudiantes, etc.) incursiona con facilidad en el tema constitucional. Es interesante advertir que en nuestro medio -no tanto a nivel profesional sino a nivel académico- existe un cierto respeto por las áreas. Así, si bien en principio cualquier abogado podría atender simultáneamente problemas de orden civil, mercantil o industrial, al momento de abordar tales temas en dimensiones mayores (políticas, académicas, etc) tiene un cuidado especial, pues advierte que existen especialistas en diversas áreas cuyas opiniones es conveniente tener presente. Pero si ello no fuera posible, queda siempre el recurso de que el abogado acometa la tarea de estudiar él mismo el problema y buscar una solución a su inquietud. Pero, como repetimos, lo que se observa en las diversas ramas del derecho, no sucede en el Derecho Constitucional, en donde no se toman estas precauciones, sino que de frente nos lanzamos a emitir opinión. Si de aquí pasamos al mundo periodístico, es decir, a los periodistas especializados en la crónica política o parlamentaria, la cosa se agrava pues el desconocimiento es aún mayor.

II

Ahora bien, ¿a qué se debe este fenómeno? ¿qué es lo que motiva en la gran mayoría de los casos, al hombre de derecho y al hombre común a hablar con desenfado, sobre temas y problemas constitu-

cionales, sin base ni fundamento alguno...? Intentemos alguna explicación:

a) **Presencia de gobiernos de facto:** El gobierno más largo de nuestra historia, en sentido amplio, ha sido el gobierno militar (con sus dos fases incluidas) y que duró doce años (1968-1980). Por otro lado, si hacemos un recorrido histórico de nuestras instituciones, llegamos a la conclusión de que salvo algunos contados periodos (sobre todo la llamada República Aristocrática que dura de 1895 a 1919) no hay tradición de estabilidad institucional. Sin entrar por ahora al detalle de si tales gobiernos fueron eficaces o no, lo cierto es que nuestra historia republicana representa formalmente una discontinuidad y un desconocimiento de la legalidad vigente. En consecuencia, si esta legalidad está representada en su ápice, por la vigencia de la Constitución, ésta, desde un punto de vista histórico, no tiene mayor trascendencia. Y de aquí derivan varios hechos: desconocimiento de la realidad constitucional, actitud desvalorativa frente al texto constitucional, falta de hábitos y de manejo político-constitucional, etc.

b) **Sistema educativo:** Entre los múltiples problemas que afronta la educación en el país, la insuficiencia del elemento humano y lo exiguo de los recursos materiales (aulas, gabinetes, libros de texto, etc.) son los más apremiantes.

Desde esta perspectiva, podemos decir que la mala educación y los textos deficientes del curso de Educación Cívica que se imparte en los colegios, contribuyen a que el alumnado no tenga ni siquiera una noción de cuál es la estructura jurídica del poder en el Perú. Caso patente de lo que se afirma, son los manuales de Educación Cívica que para los dos últimos años escolares preparó, divulgó y promovió el destacado filósofo Augusto Salazar Bondy, que no obstante su sobria presentación, eran sumamente deficientes en la exposición y comentarios, pues carecía de información legislativa y de una perspectiva jurídica adecuada. Similar problema se advierte en la Universidad, pues un curso sobre la Constitución debería enseñarse en todas las Facultades, y no sólo en las de Derecho.

c) **Ausencia de libros especializados:** Durante épocas de crisis

(pensamos sobre todo en el docenio militar) se dictaron severas restricciones en las cuotas de dólares para importaciones, y fueron reducidas tajantemente las partidas destinadas a libros. De esta suerte, la escasa cuota de los librerías fue destinada a libros de rápida venta, sobre todo **best sellers**. En materia constitucional no se pasó de uno que otro manual, de manera tal que cuando se convocó a la Asamblea Constituyente en 1977, los futuros miembros de dicha Asamblea no pudieron encontrar nada en librerías. Esta misma limitación tuvieron durante años los alumnos de Derecho y sólo a partir de 1980 se ha ido salvando paulatinamente este vacío, aun cuando no de la manera como sería de esperar (sobre todo por el alto costo de los libros extranjeros). Por otra parte, en materia de doctrina general sólo existen dos libros nacionales, uno el de Raúl Ferrero R. (1975) y otro de Darío Herrera Paulsen (1970) que no obstante sus méritos, no han sido suficientes para cubrir esta carencia.

‡

d) **Contorno de la crisis:** Aun cuando no vinculada estrechamente con la materia, es importante destacar el aspecto muy grave de la crisis por la que atraviesa el país, y de la que parece no nos libraremos en muchos años. Esto se refleja en una actitud realista en los estudiantes, que tratan de buscar asidero y apoyo en temas y cursos de orden "práctico", como pueden ser laboral, civil o tributario. Es decir, hay un primado de la práctica sobre la teoría, lo constitucional no reporta dividendos, y en épocas de crisis no hay tiempo para lujos (**primum vivere, deinde philosophare**).

III

Las dificultades anteriores no son insalvables, pero son aspectos muy concretos y sirven para explicar muchas cosas. Indudablemente en el futuro próximo tales limitaciones no van a desaparecer, por lo que bien podríamos estar haciendo una simple digresión sobre un consejo inútil. Pero ello no nos priva de pensar en su paulatina superación, exponiendo algunas cuantas ideas que nos han surgido del contacto con la experiencia universitaria, tanto nacional como extranjera.

Por de pronto señalemos algo que es elemental pero que no lo es para nuestro medio: no hay que confundir la Constitución con el

Derecho Constitucional, como tampoco se pueden identificar el Derecho Civil con el Código Civil. Esto que es evidente, no siempre se respeta. Se lee la Constitución y se cree saber Derecho Constitucional, lo cual es no sólo una idea errónea sino incluso dañina, pues de aquí brotan un sinnúmero de errores.

Hay que tener presente que el Derecho Constitucional, como cualquier otra disciplina jurídica, tiene su propio origen y su trayectoria, y maneja diversos conceptos fundamentales o categorías que tienen un significado preciso, que no pueden ser modificados arbitrariamente. Así, por ejemplo, la interpelación que hace la Cámara a un Ministro es un concepto que refleja una institución con matices muy concretos, que obedece a una historia y una estructura muy definida. Podrá discutirse las formas de presentación, el tipo de preguntas en el hemiciclo y otros detalles más, válidos sólo desde la perspectiva previa del concepto o categoría en cuestión. Igual podría decirse de la casación que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales en materia de Habeas Corpus y Amparo...¿cómo puede entenderse sus alcances ignorando el origen francés de la casación y su posterior desarrollo europeo? Y los ejemplos podrían multiplicarse, lo que demuestra que el núcleo o cuerpo central de una Constitución (y del Derecho Constitucional) hay que entenderlo desde estos esquema o categorías. Sólo a partir de ellos es posible comprender el fenómeno constitucional y afrontar los delicados problemas de su interpretación y aplicación.

Ahora bien, el conocimiento de estos conceptos fundamentales se obtiene a través de una bibliografía que presente un panorama de la disciplina (1). En este sentido, lo más aconsejable es un texto o manual introductorio, lo que no es fácil, no sólo porque existe una gran cantidad de textos de iniciación, sino porque muchos de ellos son parcelarios o tendenciales, cuando no excesivamente localistas (como casi todos los franceses).

(1) Indudablemente que el conocimiento del Derecho Constitucional supone un previo contacto con el mundo del derecho, y éste a su vez, presupone un mínimo de cultura humanista (sobre todo sociología, historia, política, filosofía), que lamentablemente en muchos centros de estudios, no se desarrolla con amplitud en los primeros años de humanidades, e incluso en otros (caso de la Universidad de San Marcos), han desaparecido.

En lo personal, me permito recomendar dos manuales que considero excelentes: el de P. Biscaretti di Ruffia (**Derecho Constitucional**) y el de André Hauriou (**Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**). El de Biscaretti tiene la ventaja de ofrecer un gran panorama sobre la democracia constitucional europea, con algunas referencias a otros países, con gran manejo de fuentes y un cabal sentido de las instituciones. En cuanto al texto de Hauriou, es de gran valor pues combina, en nuestra opinión equilibradamente, la problemática no sólo jurídica, sino también política y tiene además un amplio tratamiento de los países en desarrollo. Si bien no existe manual perfecto y ambos son susceptibles de críticas, consideramos que aquél que lea cualesquiera de ellos, de principio a fin y sin saltarse páginas, tendrá una excelente perspectiva y podrá hablar con propiedad de esta materia.

Naturalmente que estos manuales no son los únicos ni los mejores, pero los mencionamos porque cubren un panorama amplio, son extensos sin llegar a ser excesivos, son fáciles de encontrar en nuestro medio, y adicionalmente están bien redactados y presentados (2).

Muy difundido entre nosotros y en general en el mundo hispanohablante es el famoso manual de Duverger (**Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**) que ha tenido innumerables ediciones tanto en francés como en castellano (en francés 17 ediciones y en dos tomos, en castellano, un solo volumen y 6 ediciones). Siendo excelente el manual de Duverger, no lo encontramos adecuado como texto de introducción, ya que es una aproximación politológica al fenómeno constitucional. Muy útil para los politólogos y los científicos sociales, e incluso para el jurista que previamente ha hecho una introducción jurídica al tema, puede dar una falsa impresión al que recién se inicia.

Para aquel que desea buscar otros manuales, sea como introduc-

(2) Teniendo el presente trabajo un fin fundamentalmente didáctico, nos hemos limitado a señalar obras escritas directamente en nuestro idioma, así como aquellas que se encuentran traducidas (con una sola excepción, que se justifica dentro del contexto). Aclaremos que por ventura el castellano es idioma privilegiado en materia jurídica, ya que para sólo remitimos al área constitucional, tenemos traducido el 90% de la obra básica publicada en otros idiomas.

ción o como complemento, les señalamos algunos criterios que le pueden orientar en su elección. Ellos son:

- i) debe ser un solo volumen;
- ii) debe tener una perspectiva jurídica, y no social o política (que en todo caso es un complemento, pero no un punto de partida);
- iii) debe ser posterior a la Segunda Guerra Mundial y de preferencia con una antigüedad no mayor de quince años.
- iv) debe mostrar un panorama general, estudiando sobre todo los conceptos claves y los principales tipos de gobierno (URSS, Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Suiza).

Si tenemos presente estos criterios, al lector le será fácil escoger un texto jurídico que le suministre los rudimientos necesarios para adentrarse en el mundo jurídico-constitucional.

IV

El estudio de la Constitución no puede estar alejado del avatar político, ya que todo texto fundamental regula o pretende encauzar los fenómenos políticos, motivo por el cual debe acompañarse la perspectiva jurídica con el necesario complemento político.

Ahora bien, en materia política la variedad, los diversos puntos de vista, las líneas tendenciales, la ideologización del análisis, es aún mayor que en el Derecho, ya que en éste tenemos al menos la norma como elemento referencial. De ahí la dificultad y el riesgo de señalar una bibliografía mínima, que debe ser cautelosa. Teniendo presente estas limitaciones, nos permitimos señalar la siguiente:

a) Para una aproximación teórica: Eduardo Andrade Sánchez **Introducción a la Ciencia Política**; Marcel Prélot **La ciencia política**; Robert A. Dahl **Análisis político moderno** y W. Abendroth y K. Lenk **Introducción a la ciencia política**.

b) Para los problemas políticos cotidianos: Maurice Duverger

Introducción a la política y T. Bottomore Sociología política.

Lo anterior está relacionado con el aspecto general, que como ineludible correlato, debe aparejar igual criterio para la realidad constitucional peruana. Es decir, es necesario que nuestro constitucionalismo lo confrontemos con nuestra historia política reciente, para lo cual pueden ser útiles: Julio Cotler (**Clases, Estado y Nación en el Perú**) y Enrique Chirinos Soto (**Historia de la República**). Si bien ambos cubren un panorama muy amplio, debe tenerse presente que la realidad político-social que nos interesa es aquella que surge a partir de la caída de Leguía, es decir, en pleno inicio de la década del treinta.

Por último, un análisis del desarrollo histórico del sistema constitucional, enmarcado dentro de coordenadas políticas, sociales y económicas, puede verse en el libro de Maurice Duverger **Las dos caras de Occidente**.

V

Volviendo al plano constitucional, y ya en la ruta de conocer nuestro constitucionalismo, debemos pensar en un buen texto legal y en un buen comentario.

Lo primero es tener un texto fidedigno de la Constitución Política del Perú. Ediciones hay muchas (sobre todo de carácter popular), pero no todas son acertadas ni cuidadas. Una edición útil es la preparada por el Ministerio de Justicia, que es la oficial. Entre las realizadas por los particulares, es altamente recomendable por su fidelidad, índice y documentos insertados, el **Índice analítico de la Constitución Política del Perú**, debido a Jorge Power Manchego-Muñoz.

En cuanto a los comentarios sobre la nueva Constitución, hay varios y algunos de gran valía. Retengamos por nuestra parte tan sólo los de José Pareja Paz-Soldán (**Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**, edición de 1984, completamente revisada) y la conjunta debida a Enrique Bernales y Marcial Rubio (**Constitución y sociedad política**). Si bien ambas obras presentan perspectivas y métodos distintos, ofrecen en conjunto un excelente panorama que enriquece la visión de nuestro constitucionalismo.

VI

Para quien superando el nivel del texto o manual de iniciación, quiera tener una visión más profunda de los mismos problemas, nos permitimos recomendarle algunos de los siguientes libros: Germán J. Bidart Campos **Derecho Constitucional**, 2 tomos; Segundo V. Linares Quintana **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**, 3 tomos; Carlos S. Fayt **Derecho Político**, 2 tomos; Pablo Lucas Verdú **Curso de Derecho Político**, 4 tomos, César Enrique Romero **Derecho Constitucional**, 2 tomos; Mario Justo López **Introducción a los estudios políticos**, 2 tomos; Hermann Finer **Teoría y práctica del gobierno moderno**; Juan Ferrando Badía **Estudios de Ciencia Política**.

Desde un punto de vista comparado, Manuel García Pelayo **Derecho Constitucional Comparado**; P. Biscaretti di Ruffia **Introducción al Derecho Constitucional Comparado** y Giuseppe De Vergottini **Derecho Constitucional Comparado**. Un complemento político puede encontrarse en Juan Ferrando Badía (coordinador) **Regímenes políticos actuales**.

VII

Dejamos constancia que aquí estamos tocando únicamente los aspectos generales y no los temas específicos del Derecho Constitucional, que exigen un tratamiento aparte. Temas concretos como el de los derechos humanos, regionalismo y centralismo, unicameralismo y bicameralismo, jurisdicción constitucional, entre otros, no son tocados aquí y tienen su propia bibliografía, aun cuando aparezcan en la exposición de todo manual o texto universitario.

Por otro lado, cuando del plano general pasamos a un nivel de sofisticación, el problema se complica, pues es preciso recurrir a monografías y libros especializados generalmente de difícil acceso.

Destaquemos que en ese estadio superior de la investigación, cuando se abordan temas muy concretos en donde es necesario recurrir a la doctrina general y al derecho comparado, son imprescindibles las revistas y poder leer en otros idiomas. En materia constitucional son

idiomas útiles el inglés, y sobre todo el francés y el italiano (a este último idioma se traducen gran cantidad de textos alemanes, que de otra suerte serían inaccesibles)

VIII

Un paso posterior que debe realizar sólo aquél que desea dedicarse a la docencia o a la investigación seria y prolongada, es meditar y estudiar los grandes libros escritos en materia constitucional. Como se sabe, cada disciplina tiene sus clásicos que siendo en rigor viejos por lo que contienen, son nuevos por los problemas que suscitan y sobre todo por la forma como abordan los problemas. Nos enseñan además a trabajar con humildad, en forma seria y pausada, y generalmente nos dan información de primera mano que no se encuentra en otras partes, o que otros han repetido en forma incompleta o errónea. El Derecho Constitucional tiene también sus clásicos y su lectura atenta y meditada es siempre fructífera, aun cuando a veces sea fatigoso hacerlo. Ellos son:

1) Georg Jellinek, **Teoría general del Estado**. Publicada en 1900 y traducida casi de inmediato al castellano en España, ha tenido sucesivas reediciones en la Argentina, a cargo de la editorial Albatros. Puede decirse en rigor que el Derecho Constitucional como disciplina autónoma, si se quiere como ciencia, se configura recién con Jellinek. Antes había constitucionalismo y constitucionalistas (en la misma Alemania es ejemplar el caso de von Gerber), pero es Jellinek el que da armazón teórico adecuado a la disciplina, sienta las bases de su estudio y presenta un vasto cuadro histórico-jurídico que recogiendo todo lo válido del siglo XIX lo proyecta sobre el nuevo siglo. A fe cumplida, Löwenstein ha dicho de esta obra que no ha tenido digna sucesora ni dentro ni fuera de Alemania. Un segundo tomo dedicado a la "Teoría particular" del Estado no llegó a ser publicado por su autor; sólo han quedado algunos fragmentos, valiosos, pero sin el nivel de la *opera magna*.

2) Hans Kelsen, **Teoría general del Estado**. Publicada originalmente en Alemania en 1925, fue traducida por Luis Legaz Lacambra en 1933 en España, y desde entonces reeditada numerosas veces en

México. A fin de divulgar esta obra, el mismo Kelsen escribió un resumen que con el título de **Compendio...** circuló ampliamente precedido por un estudio preliminar de Luis Recaséns Siches. La obra significó en su momento, si bien siguiendo la huella trazada por Jellinek, la primera exposición orgánica y de conjunto de la Teoría Pura, aun cuando aplicada al Estado. Años después, el autor hizo un balance y recuento de su pensamiento en su obra **Teoría General del Derecho y del Estado** publicada en inglés en 1945 y traducida al poco tiempo por Eduardo García Máynez.

3) Harold J. Laski **El Estado Moderno**. Publicada por vez primera en 1925 con el título **A grammar of politics**, es la obra más representativa de este autor, teórico del laborismo inglés, que ejerció una gran influencia en la década del 30 y que se considera un clásico en su género. El mismo Laski resumió su obra años más tarde en un opúsculo intitulado **Introducción a la política**.

4) León Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel**. Obra maestra en cinco volúmenes, editada entre 1921 y 1925, sigue teniendo actualidad. De Duguit puede verse su **Manual de Derecho Constitucional** que contiene sus aportaciones básicas, traducido y publicado en Madrid en 1921 y 1926. Junto con Maurice Hauriou son los más destacados representantes de la llamada Escuela sociológica del Derecho Constitucional.

5) Maurice Hauriou, **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Padre de André Hauriou, autor del manual ya citado, es constitucionalista y administrativista de renombre, creador de la teoría de la Institución que fue luego ampliamente desarrollada por el gran jurista italiano Santi Romano. Su obra en castellano es una adaptación de dos trabajos suyos (de 1923 y 1925) de gran interés.

6) Carl Schmitt **Teoría de la Constitución**, Libro clásico publicado originalmente en 1928, fue traducido en 1934 por Francisco Ayala y reimpresso innumerables veces. Si bien Schmitt ha sido muy cuestionado por su posterior adhesión al nazismo, lo cierto es que estamos ante un autor muy riguroso y de gran originalidad en todos sus escritos. Al

igual que Hermann Heller, ha estado vinculado con España, lee y habla el castellano, y su única hija casó con un jurista español.

7) **Hermann Heller, Teoría del Estado.** Publicado póstumamente en alemán en 1934, este autor murió en España huyendo de la persecución nazi. Aun cuando notable por la concisión con que trabaja los conceptos, es sólo una primera parte, muy teórica y elaborada, de un trabajo inconcluso. Representa la presencia del marxismo y del enfoque sociológico en el ámbito de la comprensión del Estado.

8) **Karl Löwenstein, Teoría de la Constitución.** Publicada originalmente en inglés en 1957 y traducida al castellano poco tiempo después, Löwenstein, un emigrado alemán discípulo de Weber que acabó sus días en los Estados Unidos, representa la unión feliz de la tradición europea con el método sajón. De gran originalidad, ha creado conceptos y esquemas de vasto alcance explicativo. Aun cuando su lectura es algo densa, se ve recompensada por el interés que despiertan sus ideas generales.

9) **Carl J. Friedrich, Gobierno constitucional y democracia.** La primera edición de esta obra se hizo en los Estados Unidos y en 1937; la cuarta y última edición totalmente revisada es de 1968 (un solo volumen) de la que procede la última versión castellana en dos tomos.

Su autor logra una visión armoniosa entre el Derecho Constitucional y la política, que enriquece con datos históricos y filosóficos, amén de los correspondientes a otras ramas jurídicas. Es además publicista destacado en Ciencia Política y Filosofía del Derecho.

IX

Y con esto ponemos término a nuestro recorrido. No hemos querido -que quede claro- hacer observaciones, sugerencias o comentarios dogmáticos, sino simplemente volcar una experiencia de muchos años en el trato con la disciplina y con el modo de enseñarla. Presentamos además una guía de carácter abierto, que puede orientar al interesado en el torbellino de publicaciones existentes.

He pensado muchas veces que quizá lo que aquí he escrito era innecesario y seguramente era mejor no hacer nada y dejar las cosas como estaban. Pero como es mi deseo evitar que otros pierdan el tiempo en lecturas insustanciales como yo mismo lo hice en mis inicios, y como adicionalmente nadie en nuestro país -ni tampoco fuera de él- ha escrito lo que pretendo (3), es que he decidido poner en circulación estas cuartillas.

Lima, enero de 1985.

(3) Notable para su época es la obra de Adolfo G. Posada (Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América, Librería de Victoriano Suárez, Madrid 1894) que comprende textos constitucionales, comentarios y valiosas referencias bibliográficas. Sin embargo, el maestro español no roza los temas que son el objetivo de este artículo, sin contar por cierto su inactualidad, como consecuencia natural del paso de los años.

IV
CRONICAS, SEMBLANZAS

§ 1

UNA VISITA A BISCARETTI DI RUFFIA (*)

Fuimos especialmente a Milán para conocer a Paolo Biscaretti di Ruffia, uno de los más eminentes constitucionalistas de la Europa actual, y quizá el más conocido de los juristas italianos del período de la segunda post-guerra. En este peregrinaje me acompañaba Humberto Quiroga Lavié, profesor de la Universidad de Buenos Aires y uno de los más distinguidos constitucionalistas de la nueva hornada argentina.

Todo empezó cuando con Quiroga Lavié decidimos encontrarnos en Bogotá a mediados del mes de abril de 1978, mientras él atendía una invitación que le había cursado Alvaro Tafur Galvis, Decano de la Facultad de Derecho del Colegio Mayor del Rosario, en donde daría un curso sobre enseñanza y metodología del derecho y al cual me cupo asistir en su fase final, prestando mi muy modesta colaboración, sobre un tema al cual Quiroga Lavié le había dedicado largas y extensas meditaciones. En la misma Bogotá tuvimos oportunidad de visitar la novísima Universidad de Santo Tomás en donde fuimos gentilmente atendidos por el R.P. Vicente Becerra Reyes, Decano de la División de Filosofía y Derecho. De Bogotá, con sus grandes inquietudes y también con sus graves problemas sociales, pasamos a la ciudad de México, en donde estábamos invitados a participar como observadores extranjeros, conjuntamente con Germán Bidart Campos, Jorge Reynaldo Vanossi y Afonso Da Silva, al II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, que en cuatro diversas comisiones congregó a las más eminentes figuras del constitucionalismo mexicano, así como a diversos profesores

(*) Publicada en la Revista de la Universidad Católica (Nueva Serie) N° 6 diciembre de 1979.

que por variados motivos están asentados en la importante ciudad azteca (me referiré solamente a los argentinos Marcos Kaplan, politólogo y a Roberto Vernengo, jusfilósofo).

Las sesiones de este Segundo Congreso, contaron con las conocidas figuras de Ignacio Burgoa, Alfonso Noriega, Antonio Martínez Báez, así como los agrupados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma, Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés y Rolando Tamayo y Salmorán, entre otros, quienes dieron sin lugar a dudas brillo y prestancia a las actividades de tan importante evento.

De México conjuntamente con Quiroga Lavié, partimos a Roma, en donde el Instituto ItaloLatinoamericano (IILA) situado en la confortable Piazza Marconi en el Eur, había dado su auspicio a un encuentro con diversos constitucionalistas italianos, el cual fue patrocinado también por la Associazione di Studi-Sociali Latino Americani, cuyo dinámico secretario era nuestro viejo amigo Pierangelo Catalano, profesor de la Universidad de Sássari. Se había programado como agenda del Encuentro dos temas fundamentales: a) aspectos peculiares del constitucionalismo latino, y b) descentralización e integración en el derecho comparado italo-latinoamericano. Presidió el evento el profesor Gaspare Ambrosini, un juvenil nonagenario inspirador de la fórmula del Estado Regional que plasmó la Constitución vigente de 1947 y que es además Presidente Emérito de la Corte Constitucional; el ya mencionado profesor Catalano de Sássari, el prof. Antonio De Stefano, Juez de la Corte Constitucional, el prof. Giuseppe Ferrari, Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, el profesor Jorge Mario García Laguardia, de las Universidades Autónomas de México y San Carlos de Guatemala, el profesor Antonio de La Pérgola, de la Universidad de Bari, prof. Giorgio Lombardi, de la Universidad de Turín, prof. Antonio A. Martino, de la Universidad de Buenos Aires y de Pisa, prof. Massimo Panebianco, de la Universidad de Salerno, prof. Mario Patrono, de la Universidad de Roma, prof. Giorgio Recchia, de la Universidad de Roma; prof. Antonio Scocozza, de la Universidad de Salerno, entre otros. En la reunión contamos con la coordinación y asesoría del prof. Carlos Fernández

Sessarego, de la Universidad de San Marcos de Lima ahora residente en Roma como Vice - Secretario de Cultura del IILA.

A dicho encuentro fue invitado Biscaretti di Ruffia, el cual se excusó de asistir por haber tenido que concurrir a una invitación que le hizo previamente una Universidad italiana. Pero aprovechando esa coyuntura y las conexiones que ahí tenía Carlos Fernández Sessarego, es que acordamos una cita para visitar a Biscaretti, en la lejana e industrial Milán, al norte de la península italiana. Viajamos pues a tan distante ciudad, y partimos a fines de abril, haciendo escala en Florencia, en donde brevemente pudimos visitar a nuestro amigo el prestigiado constitucionalista Paolo Barile y admirar esta hermosa ciudad renacentista, y luego a Venecia, un pedazo de cielo que se había desprendido a la tierra, según nos dijo un común amigo que había vivido admirando la belleza de esta ciudad italiana. Nuestra jornada final era entonces cubrir Venecia-Milán en tren, y para ello es que el sábado 6 de mayo decidimos tomar un nocturno, para llegar a Milán el día siguiente a las siete de la mañana. La experiencia de viajar en un tren nocturno europeo, fue realmente fascinante. A Milán llegamos ese domingo 7 de mayo muy temprano, y después de tomar desayuno en la misma estación del tren y visitar el Duomo y la Scala, llamamos por teléfono al profesor Biscaretti, quien nos dio cita a la diez de la mañana.

Tardamos poco en llegar al elegante departamento que en la Vía del Gussano N° 26 ocupa el ilustre jurista, quien con la puerta abierta y los brazos extendidos nos recibió ese día con una cordialidad y sencillez que no es habitual en personajes de tanto prestigio. Biscaretti es un hombre de talla mediana, de piel muy blanca y de pelo totalmente cano, bordeando los sesenticinco años, pero con gran agilidad y demostrando un magnífico estado de salud; luego nos condujo a su biblioteca, pasando por una sala tachonada de libros desde el piso hasta el techo. En un extremo de la habitación pude notar una sección dedicada a libros en castellano, de los cuales apreciamos rápidamente algunos españoles y argentinos, entre estos últimos, obras de Bidart Campos y Vanossi. Permanecimos casi dos horas con Biscaretti hablando de diversos temas. Quiroga Lavié le transmitió el encargo que recibiéramos en México de

parte de Héctor Fix-Zamudio, de invitarlo a los coloquios del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el próximo de los cuales (el tercero) se realizaría probablemente en México. Biscaretti agradeció el gesto pero no quiso comprometerse a nada. Según nos contó, y en parte intuimos, el reciente fallecimiento de su esposa lo había dejado conternado y no quería por el momento salir de viaje. Además según nos indicó, como quiera que la jubilación en Italia se realizaba a los 70 años, le quedaba todavía algún tiempo de compromisos académicos que cumplir, con sus inevitables fechas y compromisos, uno de los cuales era, aun cuando le otorgaba grandes satisfacciones, la reedición de su manual de derecho constitucional, que era uno de los más solicitados por los estudiantes italianos. Nosotros aprovechamos la oportunidad para decirle que la excelente traducción que de dicho texto había realizado Pablo Lucas Verdú en Editorial Tecnos, se había convertido en un texto de gran influencia en América Latina, que en el caso argentino y peruano podíamos constatar.

Nos habló también de sus recientes preocupaciones intelectuales que estaban enfocadas al lado del derecho público de los países socialistas, tema en el cual tenía una extensa colaboración y producción, fruto de lo cual era entre otros, un recentísimo trabajo sobre la Constitución china de 1975, y otro en preparación sobre la Constitución soviética de 1977. Entre otros temas que conversamos con Biscaretti, estuvieron los relativos a su trayectoria académica y su relación con algunas de las grandes figuras jurídicas italianas, en especial V.E. Orlando y sobre todo de quien fuera su maestro, Santi Romano, de quien acababa de prologar la versión brasileña de sus "Principios de Derecho Constitucional General". Por último nos obsequió algunos trabajos y ensayos suyos recientes, tras lo cual y muy a pesar nuestro, dimos término a nuestra visita a tan eminente jurista.

Ese mismo día partimos al aeropuerto internacional de Milán para continuar nuestro viaje a Madrid.

Lima, setiembre de 1978.

ENTRAÑABLE PEÑISCOLA (*)

Es muy posible que el lector de estas líneas se pregunte sorprendido que es Peñíscola; pues bien, esta hermosa ciudad española, de no más de 4,000 habitantes, fue nada menos que sede del Papado en la época del cisma con Benedicto XIII, en pleno siglo XIII. Situada a 107 kilómetros de Valencia, en el corazón del país valenciano (que lo forman la misma Valencia, Alicante y Castellón, en donde precisamente se encuentra Peñíscola), ha alcanzado en los últimos años un fervor turístico que no ha escapado al ojo avizor del europeo medio; así, entre junio y setiembre, la discreta población de Peñíscola se ve de pronto rodeada por más de 160,000 personas de todas las lenguas que tratan de beneficiarse de todo el sol y la paz de esta gigantesca roca sobre el Mediterráneo, que no tiene más de un kilómetro de diámetro, y cuyo casco antiguo se pierde en los siglos. Más allá de esta parte antigua, se erige la parte nueva de la ciudad, poblada de edificios y hoteles, así como modernas playas desde las cuales puede verse a la ciudad vieja, cercada de altas murallas que levantó la paciencia de los templarios. Pues bien, aquí en este oasis alejado de todo, se llevó a cabo el Primer Simposium Internacional de Derecho Constitucional Autonómico, organizado por el Departamento de Derecho Político de la Universidad de Valencia, y con el auspicio de la Presidencia de la Generalitat Valenciana y la Asociación Española de Ciencia Política, del 18 al 22 de noviembre último. Fue alma y motor del encuentro Juan Ferrando Badía, quien hizo posible juntar en tan distante lugar y por tan pocos días, no sólo a los más conspicuos constitucionalistas españoles, sino a un pequeño grupo de latinoamericanos. Entre los primeros estuvieron

(*) Dominical Suplemento de "El Comercio", 26 de enero de 1986

representadas varias promociones: Ignacio de Lojendio, Fernando Murillo Ferrol, Pablo Lucas Verdú, Manuel Jiménez de Parga, Manuel Ramírez Jiménez, Francisco Fernández Segado, Javier Pérez Royo, Enrique Álvarez Conde, Pablo Lucas Murillo, Antonio Rovira, sin contar por cierto con el mismo Ferrando y sus colegas de Cátedra: Mateo Pastor López, José Francisco Lara Romero, Remedios Sánchez Férriz, entre tantos otros. Se hicieron presente también participantes extranjeros, de los que recordamos a A. Lepas, Luciano Vandelli. Carl Schwartz, Wolfgang Hirs-Weber, Alfredo de Baracho... Estuvo presente también Emilio Gonzáles López, supérstite de las Cortes Constituyentes del 31, quien narró las experiencias de aquella época. No pudieron asistir a última hora algunos juristas destacados, como es el caso de A. La Pégola; profesores argentinos (Vanossi, Bidart), y mexicanos (Fix-Zamudio, Carpizo, etc).

El tema del encuentro no podía ser más sugestivo: qué era y cómo opera el modelo regional en España, que funciona, como se sabe sobre la base de Comunidades Autónomas, motivo por el cual también se conoce el modelo como autonómico, cotejado a su vez con algunas experiencias extranjeras, de las que se apreció la norteamericana, la alemana, la italiana, la francesa, la argentina y la peruana (no nata) que me cupo exponer.

Indudablemente para los peruanos la experiencia española es aleccionadora, por cuanto hay muchos puntos de contacto (empezando por la lengua) que hacen útil su conocimiento, y por cierto sin olvidar que nuestro texto constitucional tomó prestado, prácticamente *in integrum*, la parte regional de la carta española de 1978. Como contrapartida, hay que tener presente que nuestra historia política ha sido unitaria (dejando a salvo el problema de si existe o no una identidad nacional), lo cual no ha sucedido en España, en donde las Comunidades Autónomas utilizan incluso banderas distintivas, y en donde existe o ha existido separación no sólo histórica o cultural, sino lingüística.

El Congreso, como era de esperarse, se desarrolló en un ambiente de gran cordialidad, y en lo que a mí respecta fue altamente estimu-

lante. En España es quizá el único lugar de Europa en donde no nos sentimos incómodos y estos encuentros logran un acercamiento entre nosotros y ellos, que debe ser continuado.

Una palabra final de agradecimiento debe ser dicha sobre Juan Ferrando Badía, autor prolífico y eminente maestro, una de las primeras autoridades en materia de Autonomías y, quien, al organizar este evento pensó no sólo en los juristas españoles sino en los latinoamericanos. Y es que Ferrando conoce como pocos en España, la realidad política y constitucional de nuestros países, a los que ha visitado y visita con frecuencia. Nada se ha hecho en España desde que Fraga Iribarne editó la larga serie de constituciones de América, hoy más que nunca necesitada de actualización (no sólo en los textos, sino en el análisis político- jurídico). Y es de esperar que esta tarea sea reiniciada por Ferrando Badía. De su talento, su sólida formación, su gran capacidad de trabajo, y su simpatía por nuestros problemas, podemos esperar magníficos frutos.

§ 3

TIERNO, UN BUEN MARXISTA (*)

El cable nos trajo, en enero último, la noticia del deceso de Enrique Tierno Galván, a los 68 años y en plena actividad intelectual y política. Era, como todos sabemos, alcalde de Madrid, pero antes que nada fue, durante toda su vida, un profesor y escritor infatigable, animador permanente de una pléyade de discípulos que se encuentran hoy repartidos por toda la península española.

Aún cuando le conocí personalmente, no tuve oportunidad de tratarlo, y me hubiera gustado hacerlo, pues al fin y al cabo podía reclamarme frente a él como su colega en los mismos afanes académicos (Tierno fue, hasta su muerte, catedrático de Derecho Político, y no abandonó la docencia ni aun en los peores avatares de la alcaldía madrileña). Y como ha pasado con otras personas, en Tierno existen dos obras, la escrita y la no escrita; ambas son fecundas, pero esta última quizá es más duradera.

Si bien anclado en el Derecho Político (nombre con que en España aún se conoce al Derecho Constitucional, salpicado de ciencia, historia y filosofía políticas), Tierno no tuvo un solo escrito orgánico sobre esta disciplina, sino más bien se desperdigó en materias tan variadas como Duns Scoto, Bodino, razón mecánica y razón dialéctica, religión, historia de las ideas, marxismo, etc. Fue, en gran parte, el responsable de la introducción de la filosofía analítica en la España franquista, cuando los viejos folios escolásticos eran la *summa* de todo saber, y tradujo, en esfuerzo hercúleo el *Tractatus* de Wittgenstein, de por sí toda una hazaña.

En el ámbito propio de su disciplina, nos ofreció una tersa versión

(*) Expreso, 1 de Marzo de 1986

de un libro estupendo sobre el gobierno moderno debido a Hermann Finner cuyo vigor aún nos impresiona. Y como si esto no fuera suficiente, se dedicó a reflexiones religiosas en sus últimos tiempos (su ensayo sobre el agnosticismo acaba de ser reeditado), y a sus memorias, que las vitrinas de las librerías madrileñas presentaban hace pocas semanas, con el sugestivo título de **Cabos sueltos**.

En esos mismos días, pude leer en los diarios de Madrid el extracto de un texto de Tierno, que lamentablemente no pude adquirir, pero que de por sí es muy significativo. En la versión que tengo (tomada del diario *Levante*, del 21 de noviembre último) dice así: "Enrique Tierno Galván, marxista que dejó de creer en Dios a los quince años, está convencido sin embargo que Dios no abandona nunca a un buen marxista". El alcalde de Madrid, continúa el texto, afirma que no es ateo, porque no niega la existencia de Dios sino agnóstico por no entender y no poder resolver racionalmente algunos problemas de fe. También dice que los agnósticos no tienen ningún problema para admitir a las personas de fe, e incluso "reverenciarlas" porque "la fe es un hecho inaudito, extraordinario". Finalmente, dice el diario que tras señalar que el agnóstico "siente un enorme respeto hacia la fe", agrega que "la fe profunda, sólida, auténtica, es uno de los fenómenos más interesantes que se producen en la mundanidad, en donde estamos en el mundo de lo que hay".

Esto fue lo que escribí en síntesis, Tierno poco antes de su muerte. No diremos, frente a esta ejemplar confesión, lo que leímos en un desafortunado comentarista español; que no podía decirse que Dios había abandonado a Tierno, sino que por el contrario era Tierno el que había abandonado a Dios. Diremos, más bien, que se trata de una declaración ejemplar, realmente conmovedora, en un hombre de la altura intelectual de Tierno. Frente a estas declaraciones del alcalde marxista de Madrid, qué primarios nos parecen algunos de nuestros marxistas criollos.

En el fondo, lo dicho por Tierno pone en evidencia algo que muchos saben pero que pocos dicen: que el marxismo no ha resuelto ni el problema de Dios, ni el problema de la muerte. Y mientras esto sea así, el cristianismo tiene un ancho campo en el porvenir.

§ 4

CARL SCHMITT(*)

Muy tarde me enteré de la muerte de Carl Schmitt. Su vida se apagó en el mes de abril de 1985, hace un año, y la noticia me la dio Jorge Reinaldo Vanossi, en un congreso al que asistimos en México, en noviembre último. La información había sido publicada en el diario *La Nación* de Buenos Aires y, como es habitual, aquí no se supo nada.

Schmitt es una de las figuras más interesantes del derecho público europeo en el presente siglo. Había nacido el 11 de julio de 1888 y, al momento de su muerte, rondaba, si mis cálculos no son erróneos, los 97 años. La lista de sus escritos es tan larga, que seguramente, corre pareja con sus años de vida.

Si bien con publicaciones menores, la figura de Schmitt se hizo conocida en 1928, cuando publicó su soberbia *Teoría de la Constitución*, que muy pronto, en 1934, fue traducida al castellano, y desde entonces reeditada sucesivamente, primero en México y luego en España, la última de las cuales tiene un breve pero significativo epílogo de Manuel García Pelayo, hasta hace poco presidente del Tribunal Constitucional español.

El libro, ha hecho su propio camino, y su influencia ha sido y es muy amplia. Luego vino su famosa polémica con Kelsen en torno a quién debe ser guardián de la Constitución; si una corte especial, como quería el jurista austriaco, o el presidente del Reich, como sostenía Schmitt. Por encima del acierto de las tesis de ambos pensadores, lo constatable es que los hechos han dado la razón a Kelsen y no a Schmitt (como lo demuestra la expansión de los tribunales constitucionales en la segunda post-guerra).

(*) *Expreso*, 23 de mayo de 1986.

El problema de Schmitt es que, en vez de concretarse a hacer un trabajo científico, volcó en sus obras académicas toda su carga afectiva y política. De esta suerte, vació de contenido al régimen democrático instalado con la República de Weimar y preparó a nivel jurídico, el advenimiento del nazismo, a cuyas órdenes se puso. Luego de la guerra, fue privado de su cátedra, y pasó largas temporadas en España, en donde casó su única hija con un profesor español, y aprovechó su tiempo investigando el pensamiento de Donoso Cortés, y cuyos frutos no fueron bien recibidos por la crítica especializada (no obstante el clima espiritual imperante en la España franquista). Se dedicó además a trabajar diversos temas, en especial los vinculados con la problemática internacional, pero sin renegar aparentemente de su pasado ideológico.

Schmitt ha muerto alejado de toda actividad, y al parecer olvidado de todos. Su sino fue no estar a la altura de los tiempos. Por eso es que sus obras se leían con recelo, o no se leían. Pero con independencia de ello, y sabiendo espigar la paja del trigo, es evidente que, con todas sus limitaciones, el pensamiento de Schmitt sigue siendo altamente estimulante, por el vigor de su concepción, por la originalidad de sus propios planteamientos y por la leal consecuencia con ellos.

Con las precauciones del caso, la lectura de Schmitt es algo que no puede esquivar el interesado por el Estado y el gobierno contemporáneos.

§ 5

EN MANAGUA(*)

El día 9 del mes en curso, el Presidente Alan García realizó un corto viaje a Managua, para asistir al acto solemne de la promulgación de la nueva Constitución de Nicaragua, la primera desde la instauración del proceso sandinista, que derrocó a la férrea dictadura somocista, rectora del destino de ese país durante varios lustros.

El viaje puede ser enfocado desde muchas perspectivas, y ha sido objeto de diversas críticas. Desde un punto de vista internacional, ello tenía su explicación en la actual política del régimen, que como toda política, obedece a diversos enfoques y valoraciones en las que aquí no entramos. En realidad, la política exterior de un país es constante en algunos puntos, pero variable en otros. Es constante cuando se trata de defender derechos o posiciones indiscutibles y que están arraigados en el contexto histórico del país; así lo fue la política que durante décadas absorbió a la Cancillería, -y en parte hoy todavía la tiene preocupada-relacionada con la defensa de sus límites territoriales. Es también constante cuando ella afecta aspectos que concitan el respeto y la adhesión nacionales, como es el caso de la política marítima de las 200 millas, aun cuando en este punto haya habido algunas discrepancias que no han permitido todavía al Perú adherirse a la Convención sobre el derecho del mar. En fin, en esta clase de políticas, es difícil mostrar desacuerdos. Son, si se quiere, los intereses permanentes del país. Pero existen otras, que no siendo sustanciales, pueden ocupar a los gobiernos durante mucho tiempo, en función de diversas ideologías políticas, que cambian conforme cambian los gobiernos. Aquí sí pueden surgir, y de hecho surgen, criterios discrepantes, en relación con el viaje del Presidente

(*) *Visión Peruana*, 18 de Enero de 1987.

García a Nicaragua, como lo atestiguan los comentarios de la prensa local.

En estas materias, lamentablemente, todo se mueve en el reino de lo opinable. Buscar un acuerdo o un entendimiento es casi imposible, porque las valoraciones que existen detrás de ellas, no son como las matemáticas que pueden mensurarse o las verdades de la física que se imponen por sí mismas. No entraremos por eso, en estas disquisiciones.

El segundo punto de la agenda, era el relativo a la promulgación de la nueva Constitución. Indudablemente se trataba de un acto solemne y en efecto revistió esas características. Tuve la suerte de integrar la comitiva oficial y quiero por eso dejar constancia de algunas impresiones personales. En primer lugar, la importancia del hecho y sobre todo la oportunidad de cumplir lo pactado. La Constitución, es una camisa de fuerza, y por eso el hecho de promulgarla es algo muy importante. Eso lo comprendió no sólo el Presidente García, sino delegaciones de trece países que se hicieron presente. Se trataba por lo demás de un acto de gran trascendencia, pues, pase lo que pase posteriormente, la Constitución será un punto de referencia con el quehacer político del gobierno sandinista.

El acto central se llevó a cabo, como se sabe, en la Plaza de la Revolución, en medio de un país convulsionado todavía, y con una capital que no demuestra haber salido de los estragos de la guerra y del terremoto último. La figura central, como era de esperarse, fue el Presidente García. El interés que despertó en los observadores extranjeros, fue enorme. Me atrevo a pensar que su figura llamaba más la atención que la del mismo Ortega. Y es que García, querrámoslo o no, es una figura de talla excepcional. A su desbordante simpatía personal, añade su sencillez en el trato, la fluidez de su oratoria, la precisión de los términos empleados. El discurso que leyó en la plaza fue realmente una pieza magistral. Es realmente raro que alguien sea buen orador leyendo un pedazo de papel; pero García logró superar ese escollo con largueza. Esa pieza puede ser calificada, sin aspavientos, como digna de antología. Después vino un discurso, aparentemente improvisado, que dijo al momento de ser condecorado con la más alta orden del país; aquí no

coincidi con él; creo que en algún momento García se dejó arrastrar por su facilidad expresiva. Cuerdo y sensato, amén de bromista, se desenvolvió muy bien en la rueda que ofreció a los periodistas extranjeros.

En cuanto a la Constitución misma, ella es espléndida desde el punto de vista formal. Llama la atención que conserve y consagre los principios clásicos de todo país democrático. Aún más, no tiene ni por asomo el aire de familia de las constituciones de los países comunistas, que se parecen como una gota a la otra, a la de la URSS. Nada tiene que hacer la Constitución sandinista con la cubana (a nivel de comparaciones formales). Creo que el texto merece un estudio detenido, que deberá hacerse en otra oportunidad.

Lo malo de esta Constitución es que se decretó el estado de emergencia, tan sólo a tres horas de su promulgación. Allá en Managua, no supimos nada, aún cuando lo intuí por lo que dijo Ortega en su discurso. Pero no pensé que la emergencia declarada fuese tan pronto y tan contundente. Por cierto, sabemos todos que los estados democráticos utilizan estas armas, pero dentro de una lógica interna que es propia de los regímenes de excepción (es decir, observando plazos cortos, focalizándolo en las áreas de disturbio o conflicto, respetando ciertos derechos, etc.) Esto no lo ha hecho Nicaragua, y creo que es un error.

Nicaragua vive un proyecto difícil, es cierto. Pero no tenía porqué meterse en pleitos con la Iglesia católica, ni menos aún censurar a la prensa, como lo hace actualmente. Esto último es típico de las dictaduras, sean de derecha o de izquierda. Quien le teme a la crítica, es que no se siente muy seguro. Y a decir verdad, no creemos justificada, sean cuales sean los pretextos, la toma de este tipo de decisiones. Si Nicaragua quiere adquirir credibilidad en el contexto democrático de Occidente, debe empezar por enmendar rumbos. Si no lo hace, su Constitución pasará pronto al museo de antigüedades, junto a la rueda y el hacha de bronce.

V

LA CONSTITUCION PUESTA A PRUEBA

§ 1

LAS VICISITUDES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL (*)

Rara vez se han dado tantos problemas para la puesta en forma de una Constitución, como en el caso de la nuestra de 1979. Como se sabe, si bien la Asamblea Constituyente (y así lo repiten algunos constituyentes) “promulgó” solemnemente el texto vigente, la verdad es que no promulgó nada sino que simplemente se limitó a aprobar un texto en forma solemne, el cual fue realmente promulgado y puesto en vigencia por el régimen constitucional el 28 de julio de 1980. La promulgación pues, coincidió con su puesta en vigencia y no antes, por más que muchos así lo proclamaron, en forma por demás candorosa.

Ahora bien, no sólo la Constitución ha tenido esta azarosa existencia, sino también el mismo texto que la consagra. En efecto y hasta donde recordamos, la historia es más o menos como sigue: el Ministerio de Economía y Finanzas por encargo de la Asamblea Constituyente imprimió la Constitución aun antes que la misma Asamblea la promulgase (sic) y fue distribuida el mismo 12 de julio de 1979 entre los convencionales. Ahora bien, este primer texto no sólo está lleno de errores (lo que obligó a una larga fe de erratas), sino adicionalmente incurrió en algunas gaffes imperdonables: nada menos que hizo venir a Víctor Raúl desde su lecho de enfermo en Villa Mercedes al mismísimo Palacio Legislativo para firmar el mencionado texto. Aprobado así el texto fue enviado para su publicación a todos los diarios de Lima, pero al parecer hubo orden tajante de la OCI para evitar su publicación; quedó así inédito, si por tal se entiende la sanción oficial (por lo menos no apareció en el diario oficial “El Peruano”). Pero por cosas del destino la orden llegó tarde al diario **Expreso** y en él fue publicado el 13 de julio de 1979; de aquí

(*) Correo, 14 de agosto de 1981.

lo tomaron las numerosas editoras que existen en nuestra capital para difundirlo en ediciones no siempre bien cuidadas y que son las únicas que han manejado los abogados e interesados en el periodo 1979-1980. La Constitución entró así en el invernadero. Días antes de la transferencia de poder -26 y 27 de julio de 1980- "El Peruano" publicó por fin el texto de la Constitución, incluyendo las observaciones del General Morales Bermúdez que no aparecían, como es natural, en la edición preparada por la Asamblea. Posteriormente en "El Peruano" de los días 30 y 31 de julio de 1980, aparece el texto completo de la Constitución incluyendo esta vez el cúmplase del Presidente de la República con las firmas de los integrantes de su Gabinete Ministerial. La Constitución entró así recién en plena y total vigencia y con promulgación en regla y no la ficta realizada por la Asamblea. Además el hecho de aparecer por vez primera, completa en el diario oficial, le daba sin lugar a dudas, una mayor prestancia respaldada por el cúmplase del régimen constitucional (¿Cómo un régimen de facto iba a poner en marcha un texto constitucional?)

Este mismo texto de "El Peruano" fue posteriormente editado en folleto por la imprenta del diario oficial en agosto de 1980 y vendido al cómodo precio de 100 soles. Posteriormente en marzo de 1981, empieza a circular el mismo texto pero en formato mayor y mejor papel, esta vez a un precio de 470 soles, producto de la mejor presentación y de la inflación galopante existente a raíz del desembalse de fin de año. Hasta aquí todos los textos, si bien conservaban lo esencial de la Carta aprobada, adolecían de diversos errores impropios de una edición oficial.

A fin de subsanar todo esto, se encargó al Ministerio de Justicia una edición final y de ser posible definitiva: esto es precisamente lo que se ha hecho recientemente.

El nuevo texto constitucional preparado por el Ministerio de Justicia, supera los errores antes anotados; y aparece en principio, completo. Es una lástima que no haya circulado entre el público, aun cuando hemos visto que ha sido regalado profusamente a diplomáticos y funcionarios que muchas veces no han hecho más que guardarlo en una ruma de papeles o quizá echarlo al tacho de basura por la poca utilidad que a veces tiene. Hubiera sido recomendable que en lugar de

regalar tan pródigamente y sin criterio el texto oficial, se hubiera puesto a la venta a través de una buena distribuidora.

Pero este texto no es lamentablemente todo lo perfecto que se quisiera. Por lo pronto es desde ya inferior al impreso por Editorial Desarrollo, pues no tiene anexados el Convenio de la OIT ni los Pactos sobre Derechos Humanos que fueron expresamente consagrados por la Constitución. Olvida también esta edición oficial, el acuerdo sobre Fondos Marinos que sí aparece en la edición de El Peruano de agosto de 1980 y que tanta importancia tiene ahora que está en su etapa final la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que consagra precisamente el mismo criterio que adoptó la Asamblea. A todo esto se agrega un grave error histórico, y es el haber considerado presentes y firmantes a los cien constituyentes cuando es una verdad a gritos que esto no es cierto: o sea que los cien no firmaron la carta; y que incluso los que firmaron el 12 de julio no necesariamente firmaron el 13, y que algunos que firmaron el 13 ratificando la inalterabilidad del texto constitucional, negaron inexplicablemente su firma el 12.

Es decir, se trata de un error historiográfico cometido por el Ministerio de Justicia al igualar a todos los constituyentes en un acto en el que no todos coincidieron. Recordamos haber visto en las ediciones oficiales de otras constituciones, únicamente los nombres de los firmantes y por eso no entendemos que aquí se haya seguido un criterio distinto, que en realidad llega a ser deformante.

Falta pues todavía una edición definitiva de la Constitución de 1979; realmente completa, sin omisiones ni alteraciones. Tenemos entendido que un joven estudioso, el Dr. Jorge Power Manchego-Muñoz se ha dedicado a esta tarea; de así hacerlo tendríamos recién -por obra de un particular y no del Estado- una edición fidedigna y completa de la Constitución que nos rige.(1)

(1) El libro apareció poco después: Índice analítico de la Constitución Política del Perú de 1979. Ed. Andina, Lima 1981 (nota de 1987)

§ 2

INCONSTITUCIONALIDAD DE EJERCICIO (*)

Es muy conocida la clasificación de los gobiernos por su origen: son de facto o son de jure. Son de facto cuando la razón de su presencia está en los hechos, sin respaldo normativo alguno. Son de jure, cuando quien ocupa las altas posiciones del Estado, lo debe a una legalidad pre-existente, a la cual se obliga y con la que debe regir sus actos. En este sentido nuestra época hace distinción entre gobierno constitucional y gobierno de facto; fórmula esta última tan desprestigiada que nunca nadie ha querido usarla. De ahí que se hayan utilizado eufemismos tales como Junta Militar, Junta Transitoria o más modernamente Gobierno Revolucionario.

Evidentemente que juzgar a los gobiernos de facto es una tarea ardua que aquí no vamos a emprender. Pero en lo que respecta a los gobiernos constitucionales, existe una especie de consenso, en señalar que son aquéllos que tuvieron su origen en una constitución previa, la cual canalizó una votación popular libre que consagra a los gobernantes. Esto es lo que se acepta de modo general, y con tal criterio se califica a los gobiernos de constitucionales o de inconstitucionales sin importar por ahora la valoración ideológica que demos a cada uno.

Lo que nos interesa resaltar en esta oportunidad es que la inconstitucionalidad no sólo existe por el origen, sino también por el ejercicio. Existen gobiernos de facto que en grandes tramos de su actividad pueden ajustarse a la Constitución vigente; incluso hay movimientos revolucionarios que pretenden precisamente restaurar la constitucionalidad, lo que los juristas franceses llaman "romper la legalidad para entrar en el derecho". Igualmente, hay regímenes

(*) El Comercio, 25 de enero de 1982.

constitucionales que no ajustan sus hechos a la Constitución y por eso devienen en inconstitucionales en su ejercicio, lo cual sin lugar a dudas empaña el título constitutivo de un régimen.

Entre nosotros, después de doce años se instauró un régimen constitucional, cuya legitimidad nadie discute. Pero ese origen legítimo debe reafirmarse en forma continua, dando testimonio con sus actos. Algunos de ellos son realmente saludables; así la restauración de las clásicas libertades públicas; hoy todos podemos dormir tranquilos con la seguridad de que no amaneceremos en Panamá con cien dólares en el bolsillo. La prensa se desenvuelve libremente; no existe interferencia en el Poder Judicial, el Parlamento, se mueve libremente. Esto es realmente importante, pero no basta. Es necesario que el actuar mismo del régimen se enmarque en la constitucionalidad, que el aparato jurídico que ha puesto en funcionamiento y del cual es productor, se ajuste a la Constitución, que los términos de ella se respeten con pulcritud, si no por omisión -lo cual sería explicable- por lo menos en la acción. Y esto es lo que lamentablemente no sucede. Dicho en otras palabras: desde el 28 de julio de 1980 se ha sucedido una legislación frondosa, casi caótica, que en muchos aspectos se ha llevado de encuentro a la Constitución. Veamos algunos a guisa de ejemplos:

a) La Ley del Presupuesto de 1981, N°23233, violó la Constitución varias veces, entre ellas al artículo 199 que establece que en las leyes presupuestales no pueden constar materias ajenas a la misma. Así por ejemplo, el artículo 133 de la Ley 23233 dispuso la liquidación de EPAPRODE.

b) En el primer semestre de 1981, el entonces Ministro de Justicia Felipe Osterling (por quien, además, guardo un alto aprecio) dictó diversos dispositivos legales mediante los cuales creaba comisiones de estudio y preparación de leyes, integradas por magistrados de primera y segunda instancia. Se violó aquí el artículo 243 de la Constitución que prohíbe a los jueces toda actividad pública o privada, que no sea la docencia universitaria.

c) Decreto Supremo N°136-81-EF, mediante el cual se modificaron tres artículos del Código Civil, dos artículos de la Ley de Títulos-

Valores, un artículo de la Ley de Sociedades Mercantiles y un artículo del Código de Comercio. El Directorio del Banco Central de Reserva dijo que el Decreto era constitucional -facultad interpretativa que se desconocía hasta ese momento-. El referido decreto violó el artículo 87 de la Constitución que establece la jerarquía normativa.

d) Los Decretos Legislativos; gran parte de ellos violatorios de la Constitución y en todo caso con trámites festinados. Entre lo aprobado en el Consejo de Ministros y lo que salía publicado en "El Peruano" hay gruesas diferencias. Más de 50 páginas de fe de erratas siguieron a tan voluminosa legislación; fe de erratas que en realidad no corregían nada, sino cambiaban, añadían, quitaban y modificaban (curiosa manera de legislar).

Esto indudablemente no es todo, pero no pretendemos cansar al lector. Quienes creemos en la democracia constitucional esperamos que situaciones como las reseñadas no se repitan. De no ser así, bien podríamos llegar al 85 con un balance en rojo en materia constitucional.

§ 3

SOBRE EL PRIMER PODER DEL ESTADO (*)

Un buen día de 1964, se lanzó al aire la teoría de que el Parlamento era el primer poder del Estado. Dentro de la coyuntura política del periodo 1963-1968, tal tesis tenía indudables puntos de apoyo, si no en la teoría, por lo menos en la práctica de todos los días. La tesis se ha mantenido y ha vuelto a ser esgrimida en días pasados.

Creemos que es tiempo de hacer un análisis de la misma, y ver si realmente la tesis, hoy en 1982 o ayer en 1964, es real y verdadera, y si responde a la doctrina y realidad constitucional de aquellos días y los de ahora.

Punto preliminar que merece ser aclarado, es el referente a los poderes del Estado. Admitida su existencia, es fácil o plausible señalar cuál es el primero, y como consecuencia de ello, se desprende de manera indubitable que existe un poder que es el segundo y otro que es el tercero. Ahora bien, el planteamiento de los poderes del Estado es, como dice el eminente Karl Löwenstein, una teoría anticuada. En efecto, si bien en principio nadie niega que el poder del Estado deba estar dividido, y así se practica en las democracias contemporáneas, ya no se acepta de que se trate de poderes, sino de funciones. De acuerdo a este planteamiento, no existen poderes del Estado, sino funciones del mismo. En otras palabras, el poder, al igual que Dios, es uno y trino, pero con diversas funciones.

Si no existen poderes del Estado, sino funciones, fácil es colegir que todas son igualmente válidas y respetables y siendo todas ellas parte, de un solo poder, no tiene sentido cuál es primera, cuál segunda

(*) El Comercio, 7 de febrero de 1982.

y cuál tercera. Lo que sí es legítimo es tratar de precisar cuál de las funciones del Estado actúa con preeminencia en la marcha del Estado; es decir cuál tiene una mayor capacidad de decisión y entonces podremos decir que en tal país determinado, el Parlamento o el Ejecutivo tiene la mayor importancia desde un punto de vista político y jurídico. Esto se aprecia sobre todo en los sistemas de gobierno clásicos, que todavía tienen vigencia, cuales son el parlamentario y el presidencial. Así en Inglaterra, cuna del parlamentarismo, es indudable que la preeminencia y mayor importancia radica en el Parlamento, o para ser más exactos en el Gabinete. En Estados Unidos por el contrario la autoridad más relevante y preponderante es el Presidente de la República. El planteo de que existe un primer poder del Estado, es pues, absolutamente anacrónico y totalmente reñido con la realidad y la doctrina constitucional contemporánea.

A fin de entender un poco más lo que hemos expuesto, conviene señalar un dato de importancia; y es que históricamente el poder se concentraba en una sola mano: así en la Europa absolutista del siglo XVIII (nos referimos a la Europa continental). El triunfo de la Revolución Francesa y de otras similares que se dieron por entonces, fue simplemente dividir el poder, para evitar que éste fuese arbitrario. Es decir, dividir las funciones para que ninguna de ellas se excediese.

De esta suerte, un órgano se encargó de la legislación, otro de la administración y ejecución, y un tercero de la administración de justicia. Este nivel de igualdad dio preferencia, como hemos visto, a diversos órganos, según la experiencia política e histórica de cada país determinado. Surgió así una preeminencia pero no un primer poder por encima de los otros.

Se ha dicho que no hay un solo autor, desde John Locke en adelante, que deje de reconocer que el Parlamento es el primer poder del Estado. Esta aseveración es totalmente inexacta. En realidad la tesis del parlamento como primer poder del Estado no ha sido formulada en esos términos prácticamente por nadie; y quisiéramos decir que por nadie en realidad. Lo que ha existido es teóricos del parlamentarismo, que han abogado por las prerrogativas y preeminencias del cuerpo legislativo, característico de dichos regímenes y no otra cosa; como *mutatis*

mutandi, ha ocurrido lo propio con los teóricos de los regímenes presidencialistas.

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, hay que destacar que el siglo XIX es de predominio del Parlamento, y que el siglo XX lo es por el contrario del Poder Ejecutivo. Así lo reconocen todos los constitucionalistas modernos, quienes incluso, yendo más lejos, llegan a decir como lo hace Duverger, que salvo en Inglaterra, el parlamentarismo se encuentra en plena decadencia. De esto no se infiere que el Parlamento deba desaparecer sino que debe remodelarse y actuar a la altura de los tiempos. Esta idea también ha tenido acogida en el Perú; y en la primera mitad del siglo en curso, nuestros principales constitucionalistas (Victor A. Belaunde, Manuel Vicente Villarán, Raúl Ferrero, Darío Herrera y José Pareja Paz-Soldán) todos han abogado por esta tesis con mayor o menos intensidad. No es exacto pues, que la doctrina constitucional sostenga la teoría del Parlamento como primer poder, porque lo que sucede es precisamente lo contrario.

§ 4

LOCKE Y EL PRIMER PODER (*)

Una de las más frecuentes afirmaciones que han circulado en nuestro ambiente político, es que todo el derecho constitucional, desde Locke en adelante, no ha hecho otra cosa que consagrar al Parlamento como primer poder del Estado. Esta tesis no es cierta y a demostrarlo dedicaremos las próximas líneas.

Afirmar que en John Locke se encuentra expresada y consagrada la tesis del Parlamento como primer poder del Estado, es, sin lugar a dudas, una infidelidad histórica. Hemos revisado con todo detenimiento su obra **Two treatises on Government** que ha publicado la Universidad de Cambridge, al cuidado de Peter Laslett, y no hemos encontrado semejante afirmación. Lo que dice muy claramente Locke, con la ortografía propia de la época es que existe un poder supremo (**supream power**) que es encarnado por el Poder Legislativo; pero "supremo" no es equivalente a "primero". Tan es así, que en el parágrafo 149 dice el mismo Locke que en última instancia el poder supremo radica en el pueblo mismo.

Ahora bien, conviene ahondar un poco más en este tópico, teniendo en cuenta sobre todo la realidad constitucional británica. Antes que todo, hay que tener presente que Locke publica su obra en 1690, y es considerado como el teórico de la monarquía parlamentaria, que es precisamente lo que se implanta en esa época, bajo la denominada, Revolución Gloriosa. Por otro lado, en Inglaterra el Parlamento tiene tres componentes: El Monarca, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes. Por eso toda la tratadística emplea el término **The King in parliament** (El Rey en el Parlamento). Esto ha permitido a muchos

(*) El Comercio, 21 de febrero de 1982.

como a Jellinek, por ejemplo, afirmar que el Parlamento es soberano, pero que el titular de la soberanía es el Monarca. La división de poderes sólo existe en forma muy flexible en Inglaterra aun cuando en los últimos tiempos y en forma estricta, quien ostenta el Poder es la Cámara de los Comunes o mejor dicho el Gabinete salido de ésta. Se trata pues de un gobierno parlamentario es decir, de preeminencia del legislativo, del cual es teórico eminente John Locke como lo reconocen todos.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta con la teoría de Locke, es el factor tiempo. Su tesis fue elaborada hace casi trescientos años y como es fácil advertir, el tiempo pasa para todos. El mismo Locke afirmó en su célebre libro, que como quiera que el Parlamento recibía delegación de poderes de parte del pueblo. no podía a su vez delegar los poderes recibidos. Pero esto que era cierto en el siglo XVII, en el siglo XVIII e incluso en el siglo XIX, hoy ya nadie lo acepta. En todas partes funciona la llamada legislación delegada o si se quiere la habilitación legislativa. Si se quiere ser un lockeano consciente habría que aceptar su pensamiento como una totalidad y no sólo parte de ella.

Hoy, si bien se afirma que el Parlamento inglés es soberano y que todo lo puede, en realidad tiene muchas limitaciones. Aun más, se admite que quien manda en realidad es el Gabinete y que la Cámara de los Comunes sólo aprueba lo que previamente ha decidido el Gabinete, que es en verdad el Ejecutivo dentro del sistema británico. Esto lo aceptan hoy todos los constitucionalistas británicos a tal punto que algunos en la década del 50 propiciaron el reemplazo del actual sistema político, lo que obligó a Harold Laski, en un libro que al final resultó póstumo, a defender el sistema parlamentario adecuándolo a las necesidades del momento.

Si en Inglaterra, considerada la madre del Parlamento suceden estas cosas, no vemos porqué en países como el nuestro tengan que aventurarse teorías que no sólo no están acordes con los tiempos sino que ni siquiera guardan fidelidad a un pasado histórico y a una realidad doctrinaria.

§ 5

PRIMER PODER: PRO Y CONTRA (*)

Los sostenedores de la teoría del Parlamento como primer poder del Estado, han hecho adicionalmente una defensa en detalle de esta aparente superioridad, apoyándose en algunas prácticas o dispositivos constitucionales. Este recurso nos parece en realidad bastante endeble, pues con cabos sueltos no puede hacerse una teoría como lo demostraremos con el análisis de estos argumentos. Veámoslo:

1) Es el primer poder por su investidura y porque representa a la nación, mientras que el Presidente representa a sólo una parte del electorado: En lo referente a la investidura lo dejamos de lado porque todos tienen igual investidura; en cuanto al segundo argumento, responderemos con García Pelayo hoy Presidente del Tribunal Constitucional español diciendo que el verdaderamente democrático es el Presidente, porque ha sido elegido por las mayorías en tanto que el parlamento es un conglomerado de opiniones de la más diversa ralea, que no tiene una identidad común (esto sin desmerecer la presencia de la oposición, que es precisamente la razón de ser del Parlamento).

2) Por sus funciones, pues la más eminente es legislar; realmente interesante, pero la función ejecutiva es también importante y quizá lo es más la judicial. Además, una ley sin ejecutor no llega en realidad muy lejos; adicionalmente, hay muchas maneras de legislar; el Ejecutivo también legisla con el dictado de diversos dispositivos legales o legisla expresamente cuando tiene las facultades para ello.

(*) Este texto y el que le sigue son inéditos pero se escribieron como continuación de los dos que los preceden (nota de 1987).

3) Por su control del Ejecutivo: hay que añadir, que el Ejecutivo controla también al Legislativo con la disolución; y el Tribunal de Garantías Constitucionales con la nulidad de las leyes.

4) El Presidente de la República reconoce la supremacía del Congreso porque jura ante él: es un argumento retórico y de impacto, pero sin valor; señalemos que en Inglaterra la Reina nombra al Primer Ministro y éste jura ante ella (virtualmente, le besa las manos, según dice el ceremonial) y en Estados Unidos, el Presidente de la República jura ante el Presidente de la Corte Suprema. Esto no involucra reconocimiento alguno; es simplemente un uso protocolar.

5) El Congreso declara la vacancia del Presidente: También problema procesal pues la vacancia de la curul parlamentaria la declara el Poder Judicial. En otras partes lo hace el Tribunal Constitucional.

6) Es el Primer poder porque aparece el primero en la Constitución: este argumento no vale la pena discutirlo pues en otras Constituciones aparece al final; se trata de un simple orden que no altera la naturaleza de la función.

7) Es el primer poder porque sus miembros son inmunes; esto tiene su contrapartida, pues el Presidente tampoco responde prácticamente por nada, bajo el principio parlamentario de que el Rey nunca puede equivocarse. Los que responden por los actos del Presidente son los Ministros; por el contrario, los que responden por los actos del parlamentario son ellos mismos.

8) Porque el Parlamento es el único que puede interpretar las leyes: verdad a medias; el Ejecutivo interpreta las leyes al reglamentarlas; también las interpreta el Poder Judicial e incluso los Tribunales Administrativos (por ejemplo, el Tribunal Fiscal).

9) Porque Haya de la Torre sólo ha ocupado en toda su vasta vida, la función parlamentaria. Hecho cierto, pero sin dejar de aclarar que antes postuló cinco veces a la Presidencia de la República (1929,1931,1936,1962 y 1963); aun cuando sólo actuó en tres de las campañas.

Agreguemos ahora algunos cuantos argumentos, además de los ya señalados, que demostrarían precisamente la preeminencia del Poder Ejecutivo en nuestro sistema constitucional.

a) El Parlamento tiene legislaturas, dos al año, luego entra en receso; el Ejecutivo nunca está en receso.

b) El Parlamento puede delegar sus funciones en el Ejecutivo; por el contrario el Ejecutivo no puede delegar sus funciones en el Parlamento.

c) El Presidente puede actuar sin Congreso; el Congreso sin Ejecutivo no puede funcionar, ya que el Ejecutivo es el que implementa la legislación mediante Decretos y Resoluciones.

d) El Presidente es el Jefe de Estado y representa a la Nación, según reza la Constitución; el Parlamento representa al electorado, que es muy distinto.

e) La representación del Estado en el país y fuera del país la tiene el Ejecutivo, no la tiene el Parlamento.

En fin, no queremos abundar más en las diferencias, pues lo que importa no es tanto tal o cual detalle, sino la mirada de conjunto. Y ella es clara en el sentido no sólo de que no existe un primer poder del Estado, sino que adicionalmente cuando existen preeminencias, ellas no favorecen al Poder Legislativo.

§ 6

LA TRAYECTORIA DEL “PRIMER PODER”

En nuestros artículos anteriores, hemos visto el alcance histórico y doctrinario de la teoría del Parlamento como primer poder del Estado; hemos concluido que no sólo es inexacta sino adicionalmente insostenible. Creemos que la argumentación expuesta es de por sí suficiente, y no conviene alargarla más. Pero tratándose de una teoría que no nació del cerebro de Zeus, sino de un partido político muy concreto, con una decisiva gravitación en los últimos cincuenta años, conviene hacer un análisis de esta trayectoria, para ver en dónde la entroncamos y qué relación guarda con toda su praxis política. Claro está, que esto podría ser calificado como un argumento *ad hominem*, pero sin lugar a dudas que tratándose de un partido político conviene observar cuál es el grado de correspondencia entre lo que se dice y lo que se actúa y éste pasará sin lugar a dudas como un elemento adicional -aun cuando no decisivo- para descartar esta teoría del “primer poder”.

Veamos en primer lugar la conducta política del Apra y del Partido Aprista Peruano (pues ambos no son sinónimos). En primer lugar, Haya de la Torre sale deportado en 1923, y en el exilio, lanza su candidatura a la Presidencia de la República con motivo de las elecciones de 1929. Repárese en el hecho de que no postuló al Senado o a Diputados sino a la Presidencia y bajo el nombre de un Partido Nacionalista Libertador. Esta fue la primera experiencia política, que por cierto no prosperó. Con posterioridad, los historiadores apristas nos dicen que esta candidatura no fue en realidad tal; que fue simplemente un señuelo, una estrategia; casi diríamos una broma. Es posible que esto sea así, pero en todo caso fue una broma muy cara, pues un hombre tan lúcido como Mariátegui se la tomó en serio, y ello le ocasionó al Apra un enfrentamiento con marxistas y comunistas, que dura hasta la fecha. La segunda oportunidad que Haya candidateó fue en 1931, en la cual perdió por razones que ahora no analizamos. En 1936 se presentó como candidato, pero fue rechazada su fórmula presidencial. Luego viene un largo periodo de persecuciones y luchas, que hacen posible su reaparición

sólo en 1962 en elecciones que pierde, y por último en 1963, que también pierde. Recién al año siguiente (1964) apareció la teoría del Parlamento como primer poder del Estado, cuando el Partido Aprista con las huestes del General Odría, dominaba el Poder Legislativo.

Posteriormente, Haya candidateó y obtuvo la primera votación en las elecciones para la Asamblea Constituyente que después pasó a presidir. Se trata pues del único cargo público que ejerció, pero aclaremos que no lo fue por propia voluntad, ya que antes había intentado infructuosamente la Presidencia de la República. Aún más, en pleno proceso constituyente fue lanzada su candidatura a la Presidencia y de ello corre expresa constancia en los Debates de la Asamblea (véase por ejemplo el **Diario de los Debates**, de 1978, tomo II, páginas 204, 218, 273). A mayor abundamiento, los voceros del Apra señalaron en la campaña electoral de 1980, que el candidato aprista al salir vencedor (lo que no ocurrió) se dirigiría como primer acto público, a la tumba del fundador del Aprismo, para depositar sobre ella la banda presidencial.

Veamos ahora el aspecto doctrinario. Es sabido que el problema ideológico del Apra está contenido en dos libros sustanciales. El **antiimperialismo y el Apra** (de 1928, aun cuando publicado en 1935) y **Treinta años de Aprismo** (de 1956). Todos los apristas estarán de acuerdo en que en estos dos libros está contenida la suma ideológica del Partido; unos se inclinarán por el primero, otros por el segundo, pero nadie negará que en ambos o por lo menos en uno de ellos, se encuentra la esencia del aprismo. Pues bien, en ninguno de los dos se menciona esta teoría del Parlamento como primer poder del Estado. Aún más, en las **Obras Completas** editadas por Mejía Baca en siete tomos, no pasan de tres a cuatro las referencias, todas ocasionales, a esta teoría, y siempre en textos posteriores a 1964.

De lo que se desprende que ni a nivel de teoría partidaria, ni menos de praxis política, existe una confirmación de la teoría tantas veces citada. Fue enunciada dentro de una determinada coyuntura política, sin otro ánimo que satisfacer posiciones partidarias.

El Parlamento, como el Poder Ejecutivo, tiene su propia misión, en especial en tiempos como el presente. Es conveniente realzarla y sobre todo sostener su necesidad dentro de todo régimen verdaderamente democrático. Y todo esto puede hacerse sin recurrir a teorías exóticas, fruto de estrategias políticas o de aspiraciones frustradas.

§ 7

EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (*)

Acaba de finalizar el debate sobre la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la cual se pondrá en marcha -así lo esperamos- el funcionamiento de este Tribunal, consagrado por la nueva Constitución del Estado, sancionada en 1979 y puesta en vigencia recién en 1980. Constituye quizá la novedad más radical que trae el nuevo texto constitucional. ¿Cuál es exactamente el alcance de este Tribunal, cuyo mismo nombre puede y de hecho está llamando ya a error?

Antes que nada hay que resaltar que, en cuanto a la nomenclatura, -esto es, en lo referente al nombre- su origen está tomado de la Constitución española de 1931, que lo crea con tal nombre y que posteriormente recoge el borrador de la Constitución española que aprobaron las Cortes en 1977. No obstante, con posterioridad a dicho debate, el proyecto español adopta el nombre moderno de Tribunal Constitucional, y no el clásico de Tribunal de Garantías Constitucionales. Nosotros como se ve, nos aferramos al nombre clásico y no al moderno que es empleado en la misma España, en Italia, en Alemania, en Austria e incluso en algunos países del área socialista, como Checoslovaquia. ¿A qué se debe este aparentemente inofensivo cambio de nombre?

Cuando estuve en Madrid en abril de 1980 con el eminente jurista y politólogo Manuel García Pelayo -hoy Presidente del Tribunal Constitucional Español- me manifestó que, desde su punto de vista personal, prefería utilizar el nombre clásico de Tribunal de Garantías, y no el moderno de Tribunal Constitucional. Diversos críticos y comentaristas de la nueva Constitución, como es el caso de Oscar Alzaga, diputado a Cortes que estuvo recientemente en nuestra ciudad,

(*) Expreso, 18 de abril de 1982.

nos manifestaron igual criterio. Sin embargo, las razones que tuvo la Constituyente española para cambiarle de nombre, si bien dejó de lado una tradición y un título sumamente sugestivo, tuvo indudables razones de orden técnico. Y es que la palabra "garantía" tiene, en la actualidad un sentido restringido, mientras que por el contrario, hablar de Tribunal Constitucional no sólo es más escueto sino que adicionalmente es más preciso, pues es la defensa no sólo de las garantías (habeas corpus y amparo) sino de toda la Constitución. Pero dejemos la cuestión de nombres y vayamos al fondo del problema.

Aparte de su novedad,-producto de la constancia y amplia cultura jurídica de Javier Valle-Riestra- lo que hay que destacar es que el Tribunal surge en nuestro país como clara muestra de desconfianza frente al Poder Judicial, así se ve en forma clara, en las actas y los debates publicados. En su forma primigenia, que nos tocó criticar a través de los diarios, se planteó como facultad del Tribunal la revisión incluso de las sentencias firmes, lo que hubiera causado el caos total del mundo jurídico. A diferencia de Europa, en donde los tribunales constitucionales (creación doctrinaria y práctica del gran jurista Hans Kelsen) fueron creados para superar el dogma de la soberanía del parlamento, aquí, entre nosotros, ha sido creado para superar el descontento que existía en aquel momento sobre el Poder Judicial; sobre todo, durante la época militar que todavía recordamos. Pero, aparte de este origen, y con independencia de éste, es indudable que la idea es buena y hay que poner nuestro empeño en que realmente funcione.

Uno de los problemas serios que se achacó al Poder Judicial en el docenio militar, fue estar dominado por la política; aspecto que en parte es cierto, pero en parte no, y que no afecta ni mucho menos a la totalidad de los magistrados, aunque sí a algunos que no fueron políticos, sino obsecuentes, que es algo peor. Creemos que esto es importante deslindarlo, pues también el Tribunal de Garantías es un ente político; o por lo menos va a ejercer una función política. Recordemos que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido grandes presidentes (Marshall, Hughes, Warren) que fueron políticos profesionales; y eso no les impidió ser excelentes magistrados.

En términos generales, el texto de la ley es satisfactorio por encima de ciertos tecnicismos que no alteran su sentido esencial. Nos hubiera gustado que los legisladores tuvieran a la mano el anteproyecto de habeas corpus y amparo que elaboró la Comisión que me tocó presidir, pues ahí se da un tratamiento orgánico a toda la tramitación de dichas instituciones, incluso de la casación ante el Tribunal de Garantías que tomamos de las comisiones parlamentarias. No existe razón constitucional alguna para que se separe en dos el trámite de habeas corpus y amparo, como lo que se pretende; pues el artículo 303 de la Constitución indica que la Ley Orgánica del Tribunal regula su funcionamiento, es decir, el funcionamiento del Tribunal y no el procedimiento de las acciones de garantía. De lo contrario, bien podría ser procedente con esta misma lógica regular el juicio de alimentos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

§ 8

CONOCER LA CONSTITUCION (*)

El artículo 22 de la vigente Constitución del Estado, señala que la enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos, es obligatoria en todos los centros de educación civiles y militares, en todos sus niveles. El precepto en realidad casi no tiene antecedentes, pues todo sistema educativo del moderno Estado de Derecho así lo contempla, por lo que a primera vista tal obligación parecería excesiva o quizá superflua. ¿Por qué, entonces, ha sido consignado en el nuevo texto constitucional, y aprobado sin observación alguna?

Hay que recordar que la Asamblea Constituyente fue convocada por el régimen militar en 1977, se instaló el 28 de julio de 1978, y discurrió en funciones durante un año, para entrar en receso en julio de 1979. Todas sus discusiones transcurrieron teniendo como telón de fondo el régimen de facto con el cual convivía y del cual se temía -en ese momento- cualquier cosa. Es decir, existía una presión externa, que no sólo era producto de diez años de gobierno castrense, sino de la convivencia con el mismo durante el año de sesiones. Esta es, quizá, una primera razón que nos explique el porqué de esta norma.

Pero, aparte de los hechos antes señalados, existen otros factores que lo explican. En primer lugar, porque -como ya ha sido hecho notar- nuestra vida republicana se caracteriza por la presencia de regímenes de facto, los que están en mayoría sobre los regímenes de jure; en segundo lugar, porque los últimos gobiernos constitucionales en lo referente a su origen (Bustamante, Frado y Belaunde) no culminaron sus respectivos mandatos y se estimaba como necesaria una difusión y aprendizaje del nuevo texto.

(*) *Expreso*, 25 de abril de 1982.

Si bien la simple enseñanza de la Constitución no garantiza a la larga nada, es -sin lugar a dudas- uno de los elementos necesarios para la formación de lo que denominamos "sentimiento constitucional", o sea, la sensación o la conciencia de que debemos vivir bajo un régimen constitucional, el cual puede servir de cierto control a las fuerzas que pretendan desconocerlo. Pero la enseñanza misma choca con diversos problemas, que no son de poca monta.

Un primer problema, que hay que destacar, es la necesidad de contar con una edición oficial debidamente cuidada, y que esté asequible al público en las librerías. La existente casi no circula, o en todo caso circula mal, y no obstante ser oficial, tiene algunas omisiones y erratas que no deberían existir. Más bien son los particulares, unos con más rigor que otros, los que se han lanzado a la empresa de editar textos de la Constitución, aun cuando no siempre los frutos sean realmente saludables.

El otro problema es buscar al personal que enseñe o difunda la Constitución; y aquí tocamos un problema realmente serio. Con frecuencia, vemos a ex-constituyentes, a políticos de prestigio y a parlamentarios, opinar con tanta desfachatez sobre la Constitución que nos hace pensar que el nivel de conocimiento de la Constitución es realmente muy elemental. En efecto, si destacados personajes cometen tales gazapos ¿qué queda para el ciudadano común y corriente?

Lo anterior nos demuestra la necesidad de poner en marcha, a través de los organismos pertinentes, todo un proyecto armónico que contemple no sólo la difusión del texto constitucional, sino adicionalmente los comentarios a la Constitución, que permitan una mejor comprensión de su articulado.

§ 9

SENADOR VITALICIO (*)

A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, ha salido a discusión nuevamente la figura del Senador Vitalicio, que la nueva Constitución contempla para el caso de todos aquellos que han sido Presidentes Constitucionales. La figura llama la atención a primera vista, ya que en una democracia, en donde existe consulta periódica al electorado y alternancia en los cargos, es inusual que se denomine vitalicio a un cargo o función pública. ¿A qué se debe la presencia de esta institución?

Los Estados modernos, siguiendo el ejemplo de los países europeos han creado diversas fórmulas para aprovechar la experiencia política de los ex-Presidentes o de determinadas figuras para incorporarlas en el aparato del Estado. No sólo para honrar al cargo que ocuparon o para ofrecerle un medio adecuado de subsistencia durante el resto de sus días, sino para aprovechar la experiencia de quien desempeñó altas funciones de gobierno. Esta es la explicación y el alcance que se le ha querido dar modernamente, y esto es lo que precisamente se ha incorporado en nuestra actual Constitución.

Pero existe otra razón más y es que, con el carácter de vitalicio, se da a entender que el cargo es de por vida, y sin posibilidad alguna de renuncia o postergación. Y esto es así, para que no se repita lo que sucedió en 1956, cuando el ex-Presidente Bustamente se quiso incorporar al Senado en su calidad de tal; lo que no prosperó por diversas razones que sin lugar a dudas hubieran desaparecido, si es que la Carta de 1933 (que establecía lo mismo, pero como algo facultativo) hubiera sido más precisa.

En la actualidad, en el Perú existen sólo dos senadores vitalicios:

(*) *Expreso*, 2 de mayo de 1982.

José Luis Bustamante y Rivero y Fernando Belaunde Terry, sólo el primero ha aceptado el cargo y se ha incorporado a la Cámara alta; el segundo, tiene en suspenso tal derecho, en tanto ejerza la Presidencia de la República.

La Ley del Tribunal, como decíamos, ha contemplado la posibilidad de que sus miembros puedan ser incluso los que ostenten el cargo de Senador Vitalicio, que a nuestro entender, es algo excesivo y reñido, si no con la letra, por lo menos con el espíritu de la norma fundamental. La incompatibilidad existe para los Senadores, y no cabe hacer una diferencia con los senadores vitalicios porque no es procedente distinguir donde la ley no distingue. El Senador Vitalicio tiene todas las prerrogativas, preeminencias, facultades y obligaciones de los demás Senadores, salvo en lo concerniente al quórum. Aún más, cuando se ausenta, debe solicitar licencia, como lo ha hecho el mismo Dr. Bustamante. Pero éste no es el único motivo.

De acuerdo a la Constitución (Art.297) para ser miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, esto es, entre otros, tener más de 50 años y menos de 70.

Como quiera que el Dr. Bustamante ha superado esa edad, tampoco estaría en condiciones de poder ser nombrado, no obstante, que le reconocemos los más altos méritos para ocupar tal cargo. Sabemos que el Dr. Bustamante ha declinado su candidatura, aun cuando sin hacer referencia a estos motivos (que bien conoce) sino que lo ha hecho, en forma por demás elegante, con una alusión al domicilio, que si bien es válido en su caso concreto, no lo creemos de alcance general (pues nada impide que los Jueces del Tribunal, viviendo en Lima, se trasladen a Arequipa, únicamente para concurrir a sus sesiones).

Sin lugar a dudas que el más grande límite que existe para ser miembro del Tribunal es el de la edad. Setenta años hoy no son impedimento alguno para desempeñar funciones que requieren reposo y sobre todo un sano criterio y vasta experiencia. Más aún si se tiene en cuenta que en el mejor de los casos el cargo dura seis años y no es, como en otras ramas de la administración pública, una carrera de ascensos, aumentos y proyecciones.(1)

(1) La interpretación oficial que ha permanecido es que los magistrados no tienen límites de edad (nota de 1987)

§ 10

¿ SUSPENSION DE GARANTIAS ? (*)

Durante años, se hizo común hablar de la suspensión de garantías, en especial en los ambientes académicos, financieros y políticos. Esto era así porque la Constitución de 1933 habla expresamente, en su artículo 70, de la suspensión de las garantías constitucionales, con lo cual derechos tales como entrar y salir del territorio nacional o la inviolabilidad del domicilio, quedaban en suspenso. Esta Constitución de 1933, concedía un amplio espacio a las garantías constitucionales que eran sobre todo las garantías individuales y sociales.

De acuerdo a nuestra tradición, las garantías constitucionales eran los derechos que tenían los ciudadanos por el hecho de ser tales; es decir, libertades de andar, ver, oír, transitar, publicar y expresar libremente sus ideas, que eran -por así decirlo- "garantías" que tenía una persona. Para defender estas "garantías" existía, en la Carta de 1933, un solo remedio procesal: el Habeas Corpus. En consecuencia, al darse una situación crítica, de emergencia, las "garantías" quedaban suspendidas e impropcedente la utilización del remedio procesal: el Habeas Corpus. Esto explica que se hablase de Suspensión de Garantías, y por tal se entendiese que quedaban sin efecto ni valor determinadas prerrogativas de los ciudadanos, aun cuando fuese sólo por un corto período.

Lo anterior, sin embargo, no tardó en ser cuestionado. En efecto, las nuevas escuelas procesales alemana e italiana, de principios de siglo, llegaron a la conclusión de que el término "garantía" debería quedar reservado a los instrumentos procesales que permitiesen la consecución de un fin. De lo contrario, se daría la paradoja de que una garantía

(*) Expreso, 30 de Mayo de 1982.

constitucional necesitase a su vez ser garantizada por el Habeas Corpus. Por otro lado, el amplio movimiento por los derechos humanos, que coincide con la Segunda Guerra Mundial, hace ver que el hombre en realidad tiene derechos, o sea, facultad o posibilidad de exigir al Estado determinadas prestaciones o protecciones. Acorde con este movimiento, las Constituciones europeas de la Segunda post-guerra consagran estos derechos a los que llaman “derechos fundamentales”.

Siguiendo este movimiento la Constitución peruana rechaza la expresión de “garantías constitucionales” y la reemplaza por la más correcta de “derechos fundamentales”. En cuanto a las “garantías constitucionales”, las destina a ser lo que en rigor deben ser: medios de defensa del ciudadano y así son calificados el Habeas Corpus y el Amparo.

Claro está que el Estado no podía dejar de contemplar la posibilidad de que estos derechos pudiesen ser suspendidos y así lo establece el artículo 231 de la Constitución. Pero hay que tener presente que con la nueva estructura de la Carta, lo que se suspende son los derechos y no las garantías; y esto es así, porque ahora las garantías constitucionales tienen otro significado y lo que importa es lo principal (los derechos) y no lo accesorio (las garantías: Habeas Corpus y Amparo).

Todo esto nos viene a reflexión con la reciente lectura de un valioso ensayo del constitucionalista trujillano Víctor Julio Ortecho, denominado “Las nuevas garantías constitucionales”, en donde hace éstas y otras precisiones de gran valor. Y también porque no dejamos de escuchar, de parte de encumbrados personajes que hay “suspensión de garantías”, cuando en realidad lo que se suspende son los derechos.

§ 11

ORDEN PUBLICO (*)

Por extraña paradoja, siendo las Constituciones el fundamento del orden jurídico, no son ellas un dechado de perfección formal. En efecto, los textos constitucionales son por lo general vagos, imperfectos y llenos de imprecisiones. Lo cual en parte, es fruto del contexto político y social en el cual son elaborados, tal como se aprecia en nuestra vigente Carta de 1979.

Si queremos analizar sólo un caso, nada más apropiado que la noción de "orden público", que está incluida en el Capítulo XIII del Título IV, dedicado a la estructura del Estado. Ahí, dicho término está relacionado con el "orden interno", que a la larga llama a confusión. El referido Capítulo XIII se titula "De la defensa nacional y el orden interno". En él se trata de las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina y Aviación) y las Fuerzas Policiales (Guardia Civil, PIP y Guardia Republicana).

De una ligera apreciación de esta estructura, se desprende que la defensa nacional está encomendada a las Fuerzas Armadas y el orden intrerno a las Fuerzas Policiales. Sin embargo, al precisar estas atribuciones, el artículo 277 señala que las Fuerzas Policiales tienen por finalidad, entre otras, mantener el orden interno y preservar y conservar el orden público. Con esto, se quiere significar, aparentemente, que el orden público es parte del orden interno, lo que a primera vista parece un sentido.

A fin de poner un poco de orden en este problema, recordemos dos puntos sustantivos: en primer lugar, que la ponencia que sirvió de

(*) Expreso, 6 de junio de 1982.

base a este capítulo constitucional estaba consagrada a la Fuerza Pública encargada en consecuencia del Orden Público -lo que en la versión final, desapareció- y en segundo lugar que existe en doctrina una distinción tradicional pero no menos útil entre "orden público interno" y "orden público externo".

Ahora bien, si el título genérico "orden interno" debemos entenderlo como "orden público interno" (esto es, conjunto de condiciones fundamentales para la vida social, que no pueden ser cambiados unilateralmente por los individuos), ¿Qué alcance debemos darle a la expresión "orden público", que aparece tan diferenciada en el artículo 277 de nuestra Carta Fundamental?

La Constitución peruana de 1860 (Art.18) la de 1920 (Art.4) y la de 1933 (Art.213) consagran un sentido muy definido y a la vez restringido de orden público, según el cual éste es entendido como sinónimo de tranquilidad, quietud o paz pública, que debe ser mantenido directamente por las Fuerzas Policiales. Así por ejemplo un incidente callejero.

De lo anterior, podemos concluir que lo que nuestra Constitución denomina como "orden interno" es, en realidad, el orden público interno, como conjunto de condiciones generales necesarias para la marcha de la sociedad y el "orden público" debe ser entendido, en sentido restringido y como parte del primero y referido a la mera tranquilidad y quietud de la población civil.

§ 12

LAS GESTIONES DE LOS PARLAMENTARIOS (*)

Las Constituciones señalan que los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo; es decir, que no responden directamente por sus actos ante sus electores sino -en todo caso- ante la Nación, el país o el pueblo en general. No obstante esto, el parlamentario se debe a sus electores, y es indudable que debe estar cerca de ellos y sobre todo auscultar sus necesidades.

Pero lo anterior, siendo perfectamente explicable, conduce al parlamentario, quiéralo o no, a gestionar, a tratar de obtener ventajas, sean legales o no, para terceros ante el órgano dador de esas ventajas que es en lo fundamental el Poder Ejecutivo. Esta ha sido la experiencia política del Perú, y por eso es precisamente que existe el artículo 174, inciso 2 de la Constitución del Estado, que establece que los senadores y diputados están prohibidos de tramitar asuntos particulares de terceros ante órganos del Poder Ejecutivo.

Como es claro advertir la prohibición está expresamente referida a asuntos de terceros, lo cual permite que el parlamentario pueda dedicarse a la tramitación de asuntos propios, esto es, asuntos de carácter personal o familiar. Repárese en el hecho de que no existe prohibición alguna para que los parlamentarios ejerzan su profesión -tratándose de abogados- ante el Poder Judicial, por lo que mal podría reprochárseles el ejercicio de la abogacía ante los estrados judiciales, cualquiera que sea el asunto materia del juicio.

Aclarado lo anterior, retengamos la idea de que la prohibición es de tramitar asuntos particulares de terceros; no obstante esta tajante prohibición o precisamente por ella, es que continuamente se la viola.

(*) Expreso, 13 de junio de 1982.

Conocemos muchos casos por referencias personales y otros a causa de nuestro propio ejercicio profesional, como uno muy reciente en que un senador de la mayoría gobiernista presionó a un ministro timorato para obtener la defensa de intereses particulares de terceros. Pero cuando no se es Fiscal de la Nación, todo esto queda un poco en la penumbra. Más aún, cuando no existen elementos probatorios válidos en un juicio. Pero existe conciencia en la opinión pública sobre estos hechos y creemos que esto es de por sí suficiente.

Pero lo anterior, que pertenece al marco de lo opinable y hasta de lo discutible, queda si se quiere confirmado por un testimonio escrito irrefutable, otorgado por don Gustavo García Mundaca, miembro de la Cámara de Diputados, elegido por las filas del Apra, y que en su curriculum cuenta el hecho de haber sido nada menos que miembro distinguido de la Asamblea Constituyente. Ahora bien, lo que señala García Mundaca es por demás sorprendente, y dice así textualmente: "Intervienen muchas veces en sus Cámaras (los parlamentarios), y más aún ante el Poder Ejecutivo, realizan gestiones de todo tipo a favor de sus gremios o representados..." (Carta publicada en "El Observador" del 10 de junio de 1982)

Dejando de lado el acierto o no de las gestiones que por cuenta de terceros realiza García Mundaca (según propia confesión) y sin poner en duda su honestidad, debemos manifestarle que está total y profundamente equivocado, y que es inexcusable que un ex constituyente aparezca nada menos que como violador de la Constitución. Lo cual demuestra, una vez más, la necesidad no sólo de conocer más nuestra Constitución, tan flamante como desconocida, sino adicionalmente de que el Parlamento ofrezca a sus miembros una asesoría jurídica de la que, al parecer, carecen.

§ 13

RETROACTIVIDAD TRIBUTARIA (*)

A fin de poner coto a diversos excesos cometidos durante el régimen militar fenecido, la Asamblea Constituyente consagró en el artículo 187 de la nueva Constitución, la retroactividad en leyes de orden tributario, cuando ellas favorecían al contribuyente. Se estableció así una norma constitucional casi sin precedentes, que ha venido a comentario en diversos círculos en fecha reciente.

En efecto, en diversas leyes promulgadas en los últimos meses, se han establecido normas tributarias, algunas verdaderamente beneficiosas que representan un verdadero alivio para el contribuyente, ya de por sí bastante agobiado por la carga tributaria. En muchos de estos casos, se ha señalado en forma expresa, que tal deducción o beneficio, será aplicable únicamente a partir del ejercicio gravable de 1983, con lo cual se da a entender, que recién el próximo año se podrá gozar de tal beneficio.

Ahora bien, lo anterior es aparentemente discordante con el citado artículo 187, que señala precisamente la retroactividad tributaria benigna, esto es, cuando ella realmente favorece al contribuyente. De aquí, se arguye, que si una disposición tributaria favorece realmente al contribuyente, no tiene sentido esperar hasta el próximo ejercicio, pues la retroactividad benigna haría que se aplique de inmediato y desde el principio del año en el cual la ley es promulgada.

Pero, la Constitución debe ser interpretada como un todo y en consecuencia de la simple lectura de un artículo, no pueden desprenderse conclusiones que no guarden armonía con el resto. Así, es necesario tener presente que el artículo 195 de nuestro texto constitucional es muy

(*) Expreso, 20 de junio de 1982.

claro al señalar que la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación, agregando que en el caso de leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual, rigen desde el primer día del siguiente año calendario. Encontramos, pues, que entre el artículo 187 y el 195 de la Constitución; existe discrepancia aparente, ya que lo que aparece permitido en uno, está negado en el otro. ¿Cuál es entonces la solución?

Indudablemente que no puede afirmarse que un artículo de la Constitución esté por encima de otro, ni menos aún el posterior es derogatorio del anterior, pues en la Constitución todos se encuentran en el mismo nivel. Sólo cabe entonces un criterio interpretativo, que mantenga intactas las dos disposiciones constitucionales, haciéndolas compatibles entre sí, y salvaguardando el principio de retroactividad benigna que la misma Carta consagra.

A nuestro criterio, la forma como debe salvarse este escollo, es observando que la norma general constitucional es la retroactividad tributaria, o sea, que rige para atrás en lo que favorece al contribuyente. Pero para dejar incólume el artículo 195, agreguemos que este dispositivo contiene una excepción a la norma, que precisamente consagra su validez; y es que esta famosa retroactividad tributaria (de por sí espléndida) no se aplicará para el caso de tributos de periodicidad anual; esto es, para aquéllos que como el Impuesto a la Renta, están dirigidos, en forma permanente a gravar las rentas netas que obtengan los contribuyentes en el ejercicio regular de sus actividades.

§ 14

¿ COMO LEGISLAR ? (*)

Una de las más importantes actividades del Estado moderno es legislar. Esto no quiere decir que la función más importante sea la legislativa, pues no se puede sin más identificar legislación con función legislativa. Esta última la ejerce el denominado Poder Legislativo o Parlamento. Pero legislar es un acto que también hacen, dentro de su ámbito, otros órganos del Estado (como lo es, por ejemplo, el Poder Ejecutivo). Y es que por legislación, y en consecuencia por legislar, no sólo debe entenderse dar leyes (formal y materialmente) sino también toda otra norma (como decretos y resoluciones) que son leyes en sentido material o de fondo.

Lo anterior viene a colación por dos aspectos que deseamos tocar en esta oportunidad, precisamente en referencia a la legislación: una por parte del Poder Legislativo; otra, por el Poder Ejecutivo.

En lo referente al Parlamento, si bien no se ha caracterizado precisamente por una labor excelente en los meses que está funcionando, es claro que en la segunda legislatura ordinaria de 1981, o sea la que acaba de fenecer, ha sido si no en el número, por lo menos en la calidad un hacedor de leyes; algunas excelentes y otras realmente importantes. Queremos mencionar aquí, solamente, la Ley General de Industrias (con independencia del contenido tan discutido sobre la participación de los trabajadores, que sólo es una pequeña parte de ella) y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (por más que muestre curiosas y hasta extrañas coincidencias con el modelo español)

Conviene recalcar, en esta oportunidad, que lo que importa en un

(*) Expreso, 4 de julio de 1982.

Parlamento no es hacer muchas leyes (pues eso es realmente fácil) sino hacer pocas y muy buenas. Por lo demás, la función legislativa hoy, no demuestra su excelencia haciendo muchas leyes (que en principio podrían aprobarse muy rápidamente mediante el sistema del carpetazo o del timbrazo) sino sancionando una buena legislación, aun cuando sea breve. Y, sobre todo, asumir un serio rol de fiscalización, que hasta ahora no vemos.

También el Poder Ejecutivo tiene la capacidad de legislar, y hoy es frecuente en el mundo contemporáneo, de clara preeminencia del Ejecutivo sobre el Parlamento (y esto, aun en los llamados regímenes parlamentarios). Nuestra Constitución, que en esto tiene un aire de modernidad, no escapa a la regla, y existen diversas situaciones en las cuales el Ejecutivo legisla, y muchas veces con fuerza de ley (por ejemplo, los Decretos Legislativos)

Un claro índice de esta capacidad legiferante del Ejecutivo, lo vemos en el artículo 211, inciso 20, de la Constitución, en donde se autoriza al Presidente de la República (previo referendo ministerial, que asume la consiguiente responsabilidad política) dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo de dar cuenta al Congreso. Bajo este rubro tan general, del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio ha salido gran cantidad de Decretos Supremos sobre las más diversas materias, en las cuales, muchas veces, se han trasgredido diversos artículos de nuestra Carta Fundamental.

Indudablemente, esta autorización constitucional no es puerta abierta a la irresponsabilidad, ni menos aún autoriza a hacer cera y pabito de la Constitución del Estado, como lo hemos visto en algunos casos. Sería bueno que, además de los excelentes asesores que ocupan algunos cargos en la avda. Abancay (veinte en economía pero cero en derecho) el premier Ulloa se preocupase de contar con asesoría letrada del más alto nivel, que impida nuevamente los excesos a los que nos tiene acostumbrados.

§15

¿ ALCALDE Y... PARLAMENTARIO ? (*)

En días pasados, ha surgido una polémica por demás interesante, en torno a la posibilidad de que un parlamentario (sea diputado o senador) pueda postular y, en su caso, ocupar el cargo de alcalde. Para ello, se han tejido diversas interpretaciones en torno al artículo 173 de la Constitución, que establece que hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, ya que, según se afirma, el alcalde no ejerce función pública, sino un mandato político otorgado por sus electores.

Indudablemente que el concepto de "función pública" no es pacífico, y no existe claridad conceptual en nuestras leyes, pues muchas veces es utilizado como sinónimo de otras; se emplea en forma tan amplia, que a la postre resulta ambiguo. Advertimos, por de pronto, que diversa legislación municipal reconoce y admite expresamente que el alcalde ejerce una función pública (así, el artículo 35 de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades) por lo que, a nivel legal, la incompatibilidad existe realmente.

Pero, si nos remontamos hasta la Constitución, que es lo más alto dentro del ordenamiento jurídico, podemos apreciar que el criterio se repite. Algunos comentaristas alegan, en su defensa, que el cargo de alcalde es fruto de la elección popular, y no del nombramiento, lo que en rigor descartaría la interpretación que hemos señalado anteriormente.

Pero lo que interesa señalar, como premisa fundamental, es que la función pública no es tal porque el nombramiento provenga de una elección, pues con tal criterio ni el Presidente de la República, ni menos aún los diputados y senadores, podrían considerarse funcionarios públicos,

(*) *Expreso*, 11 de julio de 1982

lo que contradice el artículo 60 de nuestra Carta Magna, que así los considera.

¿Qué criterio debemos emplear para determinar si una función es pública o no? La respuesta está dada en la misma Constitución: es pública la función que la misma Carta consagra, y cuando la persona que la ejerce -sea por elección o por designación burocrática- tiene que jurar el cargo (artículo 63). Queda, así esbozada la diferencia a nivel constitucional, entre los funcionarios públicos (que juran el cargo) y los que no lo son, y que deben ser catalogados como servidores públicos (art. 58)

Si el alcalde desempeña una función pública, si dicho cargo existe claramente configurado en la Constitución del Estado (artículo 253) y si por añadidura lo jura antes de asumirlo, estamos -sin lugar a dudas- frente a un funcionario público, al cual le alcanza la incompatibilidad del artículo 173 y, en consecuencia, no puede ser ejercido por un parlamentario, con riesgo de que se produzca la vacancia de su curul.

§ 16

LA COMISION PERMANENTE (*)

Una de las novedades de la Constitución actualmente en vigor es, sin lugar a dudas, la institución de la Comisión Permanente. Contra lo que muchos creen, no se trata de algo nuevo, sino en todo caso de algo muy añejo, cuya data precisa se pierde un poco en la noche de los tiempos.

De acuerdo a lo expresado por autorizados tratadistas, la Comisión Permanente tiene una ascendencia típicamente hispánica, que no habría encontrado mayores seguidores en otro ámbito, salvo por cierto el hispano-americano. Según parece nació en pleno siglo XIII, en el Reino de Aragón, y se trataba de una comisión compuesta por cada uno de los cuatro brazos o clases en que se dividía la asamblea parlamentaria de aquel Reino, según anota el constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez. Dicha Comisión reemplazaba a las Cortes fundamentalmente en la administración de subsidios y en velar por la observancia de los fueros (de tanta importancia en la historia española)

Con posterioridad, la Comisión reaparece en la famosa Constitución de Cádiz de 1812, que se elaboró con representantes peruanos (y que incluso fue jurada en Lima), con el nombre de Diputación Permanente de Cortes. Posteriormente, reaparece en la Constitución republicana española de 1931, y nuevamente en la vigente y democrática carta de 1978. En América, son pocos los países que la tienen (uno de ellos: México en su vigente Carta de 1917), y nosotros mismos la tuvimos el siglo pasado.

Las funciones de la Comisión Permanente -y, por ende, sus

(*) Expreso, 18 de julio de 1982

poderes- son en realidad bastantes limitados, y diríamos que hasta modestos. Se rige por la Constitución y por un Reglamento que aparentemente nadie conoce (pues no ha sido publicado oficialmente) y su objetivo fundamental es actuar cuando el Congreso se encuentra en receso, pudiendo, de ser el caso, promulgar algunas leyes y tomar conocimiento de los estados de excepción que decreta el Ejecutivo. Como contrapartida, no puede aplicar sanciones; ni menos ejercer las funciones legislativas propiamente dichas.

No obstante, el artículo 199 de la Constitución señala que “los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas, se tramitan ante el Congreso, o en receso parlamentario, ante la Comisión Permanente, y agrega que la decisión aprobatoria de ésta (o sea de la Comisión) requiere un voto calificado de sus miembros. Ahora bien ¿Cómo, en efecto, se puede tramitar y aprobar la tramitación si es que no se tiene facultades legislativas? La interpretación dada por el Congreso, en el sentido de que la Comisión Permanente puede tramitar, discutir y aprobar leyes, es en consecuencia correcta, pero restringida únicamente a los que el mismo artículo 199 indica: no hay excepciones.

En vista de lo expuesto, cabe una consideración de orden formal: en base precisamente al artículo 199, se ha sancionado y promulgado recientemente la Ley 23447, que autoriza un crédito suplementario, en donde, en su considerando, se indica erróneamente: “... Por cuanto: El Congreso ha dado la ley siguiente...”. Esto no es exacto y no debe repetirse. Quien ha dado la ley es la Comisión Permanente, que es algo distinto(1)

(1) Las facultades de la Comisión Permanente han sido inconstitucionalmente ampliadas por su Reglamento, y recientemente ha asumido incluso funciones que en exclusiva pertenecen al Congreso (nota de 1987).

§ 17

PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS (*)

En los últimos días se ha comentado en diversos sectores, los alcances de la inmunidad parlamentaria, con motivo de un caso vinculado con la liquidación de un banco local, lo que, a nuestro criterio, merece un pequeño análisis.

Como una primera referencia, señalemos que la figura jurídica existente es lo que en términos generales se conoce como prerrogativas parlamentarias. Al respecto, existen antecedentes históricos algo remotos, pero que en su versión moderna arrancan, por así decirlo, de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII. Si bien según las tradiciones históricas y jurídicas existentes, aquélla adquiere diversos nombres según los países en los cuales se aplica, debemos señalar que en el ambiente latino-americano, por herencia española, y en parte francesa, se utiliza el término genérico de prerrogativas parlamentarias, para señalar la protección que en el actual Estado de Derecho contemporáneo, se contempla para los funcionarios públicos por el rango de la función que desempeñan, y no por ninguna otra razón de índole personal o particular. Anotemos de pasada, que las prerrogativas parlamentarias han sido objeto de frecuente abuso, no sólo en América Latina, sino incluso en la Europa actual por lo que la figura como tal se encuentra algo cuestionada, no obstante lo cual, se la admite sin mayores restricciones en el mundo occidental y, por ende, también en nuestro medio.

Ahora bien, las prerrogativas parlamentarias envuelven en realidad dos conceptos afines pero diferenciables que aquí sucintamente vamos a reseñar, tal como aparecen en la Constitución peruana de 1979.

(*) Texto inédito, escrito en julio de 1982 (nota de 1987).

La primera es la **inviolabilidad** y como tal está contemplada, en el artículo 176 de la Constitución, segundo párrafo. Según ésta, los senadores y diputados no son responsables ante autoridad ni tribunal alguno, por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones. Si estos votos u opiniones se emiten en ejercicio de funciones que no son las propias, es evidente que no alcanza en este supuesto la inviolabilidad parlamentaria, que en la práctica produce para el parlamentario una protección total frente a terceros.

El segundo aspecto es la denominada **inmunidad**, en virtud de la cual los parlamentarios no responden penalmente ante nadie, salvo que previamente se les levante el fuero que constitucionalmente los protege. Este fuero puede ser levantado, pero puede suceder también que no lo sea, pues esto es atribución exclusiva e inapelable del respectivo órgano legislativo. La inmunidad a su vez, puede distinguir dos situaciones, que conllevan un tratamiento procesal distinto.

Un primer caso de inmunidad, está referido a acciones en que incurre el parlamentario por funciones que no son las estrictamente legislativas (por ejemplo, un robo, un delito común, etc). En este supuesto, opera lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución, tercer párrafo, mediante el cual, todo procesamiento a un parlamentario necesita el permiso previo de la Cámara a la que pertenece, o de la Comisión Permanente del Congreso, en receso de éste. Si la autorización para el procesamiento penal se produce, el afectado pasa al fuero común, dentro de la instrucción abierta mediante proceso regular (es decir, ante el Juez Instructor).

Un segundo caso lo encontramos cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este supuesto, lo que cabe es únicamente la autorización del Congreso (y no de la Comisión Permanente) mediante el ante-juicio o juicio político, el cual está contemplado en los artículos 183 y 184 de la Constitución. De acuerdo a estos numerales corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado, y a éste declarar si hay lugar o no a formación de causa. Si el resultado es positivo, corresponderá el enjuiciamiento a la Corte Suprema, constituida en tribunal ad hoc.

En todas las situaciones antes señaladas, corresponde al propio

órgano legislativo declarar la procedencia del pedido judicial, lo cual implica un alto sentido de responsabilidad de parte de sus miembros, que deben ser no sólo celosos guardianes de la autonomía del Poder Legislativo, sino también de su imagen ante la opinión pública.

§ 18

INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA(*)

Desde la Revolución Francesa se acostumbra rodear al representante ante la Asamblea (ente legislativo) de determinadas seguridades, que le permitan desempeñar su cargo sin las presiones que puedan ejercer contra él, el poder o terceras personas. Estas son comúnmente llamadas prerrogativas parlamentarias, que no significan una protección de la persona del parlamentario, sino de la función que éste ejerce, proveniente del mandato popular. Así ha figurado en todas nuestras Constituciones y así lo reitera la vigente Carta de 1979.

Estas prerrogativas están consagradas en nuestro texto constitucional en dos conceptos bastante claros: la inviolabilidad y la inmunidad. Analicemos, en esta oportunidad, la primera, y dejemos para un posterior artículo la segunda.

De conformidad con el artículo 176 de la Constitución (primer párrafo) los senadores y diputados representan a la Nación, y no son responsables ante autoridad o tribunal alguno, por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones (segundo párrafo). Esto es lo que se conoce como inviolabilidad.

Como es de verse, se trata del derecho de hablar u opinar sobre cualquier tema, lo que trae total irresponsabilidad para el parlamentario, en el entendido de que con ello se protege lo más importante de su función. Aclaremos, también, que este manto protector está referido a votos u opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones, y no cuando actúa fuera de ellas.

(*) Expreso, 1 de agosto de 1982.

Cabe un comentario sobre esta inviolabilidad; y es que, en el fragor de un debate, bien pudiera un parlamentario extralimitarse en sus aseveraciones u ofender a terceros, estén o no dentro del hemiciclo. ¿Qué hacer en este caso? Ante esta situación, queda a la misma Cámara, y sobre todo a su Mesa Directiva, llamar la atención al orador, de acuerdo al Reglamento interno y, de ser el caso, suspender a quien se considera que ha agraviado a terceros. Se trata, entonces de un control interno, que exige una alta dosis de serenidad de la Cámara pertinente.

Otra situación que podría presentarse es que un parlamentario emitiese opiniones ofensivas contra terceros, que eventualmente constituyese delito, y que sean hechos fuera de la Cámara (Por ejemplo, en los pasillos del Congreso o en una exposición televisada). En estos supuestos, entendemos que la inviolabilidad no alcanza al representante y, en consecuencia, debe responder de ello ante el presunto agraviado.

El trámite procesal, en el supuesto anterior, queda señalado en el mismo artículo 176, tercer apartado; esto es, que corresponderá a la respectiva Cámara, o a la Comisión Permanente en receso del Congreso, la autorización para el procesamiento de quien ha sido denunciado ante la justicia ordinaria.

§ 19

INMUNIDAD PARLAMENTARIA(*)

Hemos visto en nuestro anterior artículo, dentro de lo que se denomina "prerrogativas parlamentarias", el concepto de inviolabilidad, que protege los votos u opiniones efectuadas en el desempeño de las funciones legislativas. Queda por analizar la inmunidad parlamentaria, que es -por cierto- más problemática.

La inmunidad está referida a su vez a dos situaciones claramente diferenciadas en la doctrina, mas no así en nuestra Carta Constitucional. La primera es la situación en la cual se encuentra un parlamentario por la comisión (presunta o real) de un delito común (por ejemplo: robo, aborto, etc.), sin conexión alguna con el ejercicio de sus funciones o, si se quiere, fuera de ellas. En este supuesto, es también aplicable el tercer párrafo del artículo 176, según el cual el procesamiento debe ser autorizado por la Cámara a la cual pertenece el parlamentario o, en receso de ésta, por la Comisión Permanente. Producida la autorización, corresponde a la justicia ordinaria (Juez Instructor) continuar con las investigaciones correspondientes.

La segunda situación es más grave; o sea, cuando se infringe la Constitución o se cometen delitos en el ejercicio de sus funciones, esté actualmente en el cargo o haya cesado en él.

Cuando se da este supuesto, estamos ante lo que la doctrina llama juicio político o ante-juicio constitucional; y que está consagrado en el artículo 183 de nuestra Carta Fundamental, que señala que corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los altos funcionarios

(*) Expreso 8 de agosto de 1982.

de la República, el cual declarará si ha lugar o no a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados. Añade que, en este caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley. El juicio aquí es especialísimo, regido por la antigua Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, y se lleva únicamente ante la Corte Suprema, la cual se desdobra para salvar el principio de la instancia plural.

El antejuicio es una institución muy antigua, que nos viene como casi toda la materia constitucional de la experiencia histórica anglosajona. En Estados Unidos se denomina **impeachment**, y estuvo a punto de aplicarse a Nixon con motivo del escándalo de Watergate, si es que el referido mandatario no hubiera renunciado a su alto cargo.

El antejuicio en el Perú ha ocurrido muy pocas veces; en el presente siglo se cuentan casi con los dedos de la mano. En el pasado régimen constitucional (1963-1968) hubo dos casos muy sonados; uno a un diputado, otro a un ministro de Estado.

Como comentario final cabe hacer algunas apostillas: a) que tanto la **inviolabilidad** (que vimos en nuestro anterior artículo) como la **inmunidad** (que aquí hemos desarrollado) protegen a la función y no a la persona del parlamentario; b) que nadie, salvo el Congreso o en su caso la Comisión Permanente, puede autorizar el levantamiento del fuero de sus miembros, y c) que por esas mismas razones, existe grave responsabilidad política e histórica del Parlamento, por la forma como haga uso de estas prerrogativas.

§20

EL PELIGRO DE SER LEGISLADOR(*)

La complejidad del mundo moderno ha traído, en forma inevitable, el crecimiento del derecho positivo; esto es, el aumento desmesurado de la legislación que ahora pretende cubrir todos los campos, ya no sólo los tradicionales, sino los que antes se creían exclusivos del ser humano, como es la disposición de sus propios órganos, sea en vida, o después del fallecimiento. Por eso, se dice que una de las principales actividades del Estado moderno es la de legislar; sea para bien o para mal.

Dentro de la actividad legiferante, cumple un rol destacado -aun cuando no único el Congreso de la República, llamado simplemente Parlamento o las Cámaras. Por ella pasan todo tipo de inquietudes y en ella se reflejan todas las aspiraciones y demandas de una determinada colectividad. En este sentido, no se concibe democracia sin Parlamento en funciones, pues aun disminuido o mediatizado, su presencia es siempre importante.

Ahora bien, la vida moderna hace que la tarea de legislar sea cada vez más difícil, y que muchos campos tengan que ser necesariamente el coto de caza de los especialistas. Así, leyes sobre el agro no pueden darse a espaldas de los técnicos agrónomos, ni un código sanitario sin consultar a expertos en medicina. Ya no se espera que el parlamentario sepa de todo; sino que escuchando a los técnicos y entendidos decida lo que crea más conveniente. De ahí la importancia de las labores de asesoría que existe en todas partes, las que precisamente tienen a su cuidado la materia o sustento, dejando la forma, oportunidad y alcance, a los parlamentarios que tienen la sensibilidad política para ponerla en práctica.

(*) Expreso, 15 de agosto de 1982.

Lo anterior, que es algo bastante claro, no siempre es comprendido. Entre nosotros existe, si se quiere, un subdesarrollo político, que hace que determinadas personas por el solo hecho de ocupar un cargo, se crean con habilidad para desempeñar cualquier otro cometido. Esto se agrava en el caso de los parlamentarios(si no todos, por lo menos de la gran mayoría). Ser diputado o ser senador, los habilita para hablar con rotundidad sobre derecho, sobre economía, sobre sociología, sobre relaciones internacionales, sobre la productividad en el agro y cuanta más cosa cabe. Es decir, parecería que el cargo de parlamentario otorgase ciencia infusa, aligerando a nuestros representantes de soportar "esa larga paciencia" que es la cultura, según decía Bacon. Así, se habla sin pensar y se escribe sin leer sobre los más diversos temas.

Una muestra de lo que decimos es la forma como ha quedado aprobado (solamente en el Senado) el proyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo. La Comisión que lo preparó y estudió durante largos cuatro meses, y el Ejecutivo que lo revisó, presentó un proyecto maduro, con una sesuda exposición de motivos. La Comisión del Senado, confundiendo garantías con derechos y gatos con liebres, se vio en la necesidad de introducir algunas modificaciones, aun cuando no fuese más que para justificar su misma existencia. El Plenario, confiado en dicho trabajo, aprobó el proyecto de un sonoro carpetazo (ahora será timbrazo).

Este es sólo un ejemplo de varios que podríamos mencionar. Y esto sucederá mientras los parlamentarios, cual nuevos Leonardos, crean saber de lo humano y lo divino, en lugar de proceder con la humildad que siempre acompaña a la sensatez.

§21

INUTIL PRODIGALIDAD DE SUPPLICIOS....(*)

En días pasados, ha vuelto a estar sobre el tapete el tan debatido tema de la pena de muerte, lo que de suyo origina una modificación de nuestra flamante Constitución, que sólo la comtempla para el caso especialísimo de traición a la patria en caso de guerra exterior (o sea, guerra convencional con otro Estado). A diferencia de otras partes de la Constitución, aquí no hubo consignas ni órdenes de los partidos en la Constituyente, sino que más bien cada uno de los convencionales votó según su leal saber y entender, acorde con los dictados de su propia conciencia.

¿A qué se debe, en realidad, la pena de muerte? Si analizamos el pensamiento histórico-jurídico de la humanidad, vemos que éste es prácticamente partidario de la pena capital en forma abrumadora. Desde Platón hasta Hegel, la pena de muerte es proclamada como una necesidad. Todas las revoluciones de todos los signos son de hecho mortícolas, y quizá no puedan dejar de serlo. La revolución inglesa, la francesa, la mexicana, la rusa y la cubana, no son precisamente ejemplos angelicales. Por el contrario, los tiempos pacifistas, o con ansias de pacifismos como los nuestros, son abolicionistas.

La misma Iglesia Católica, tan sabia y tan notable como institución humana, no deja de ofrecer posiciones desconcertantes. San Agustín se opone a la penal capital, pero Santo Tomás de Aquino, proclamado por León XIII como suma autoridad, es feroz partidario de ella. El Código Canónico y la Ley de 7 de junio de 1929 contemplan la pena de muerte en el Estado Vaticano. Los pensadores católicos tampoco se ponen de

(*) Expreso, 22 de agosto de 1982.

acuerdo. Un eminente jurista conservador, Giorgio Del Vecchio, fue al final de sus días un abolicionista consumado. ¿Por qué estas diferencias?

Es evidente que estar a favor o en contra de la pena de muerte no es, propiamente, un problema de ideologías políticas, sino de "vientos" cambiantes de acuerdo a diversas conyunturas. Hoy, la tendencia occidental es abolicionista (no obstante que casi todas las legislaciones de la Tierra no lo son), pero nada impide que en dos décadas más los "vientos" soplen en sentido contrario. Nuestra misma Constitución, -hay que recalcarlo- no es abolicionista, sino partidaria de la pena de muerte, aun cuando la ha hecho aplicable para un caso gravísimo, como ya hemos mencionado.

Ponerse a discutir a estas alturas sobre la conveniencia o no de la pena de muerte es comenzar a llenar nuevas bibliotecas a favor o en contra. De por sí, nunca nos pondríamos de acuerdo. Nosotros mismos, en un principio partidarios de la pena capital, hemos tenido serias vacilaciones después de consultar algunas lecturas; así, nos hemos encontrado con algunos hechos desconcertantes: Beccaria, el iniciador del movimiento abolicionista, era nada menos que un aristócrata consumado, partidario de la monarquía; Rousseau, por el contrario, considerado como el padre de la democracia moderna, es partidario de ella.

Hay algo que sí está claro con respecto a la pena de muerte: es que ella debe ser considerada únicamente como una sanción y nada más. Durante mucho tiempo se consideró (entre ellos, el célebre Bentham) que la pena de muerte tenía efecto intimidatorio, y podía prevenir el delito. Esto es totalmente inexacto, como la experiencia reciente lo ha demostrado. Tan pronto el Ejecutivo anunció que extendería la pena de muerte para los terroristas, éstos empezaron a actuar de nuevo y con más bríos. Hay que recordar, pues, el célebre apotegma de Beccaria, expresado en pleno siglo XVIII: "Inútil prodigalidad de suplicios, en nada ha contribuido a hacer mejores a los hombres".

§ 22

¿MODIFICAR LA CONSTITUCION? (*)

El proyecto de extender la pena de muerte a la comisión de nuevos delitos tiene el obstáculo, como bien es sabido, de la Constitución del Estado, que contempla la pena capital solamente para los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Ampliar la pena significa modificar la Constitución dentro de un procedimiento algo rígido, propio de nuestra tradición constitucional y de la mayoría de las Constituciones del orbe. Se cambiará, pues, la Constitución...

Cuando recién fue sancionada la Constitución (no promulgada como dicen todavía algunos incautos, sino simplemente sancionada) y esto en julio de 1979, pronto advertimos que el nuevo texto tenía serias limitaciones; algunas de orden sustantivo (que podían no tocarse, pues son opciones ideológicas) y otras de orden técnico, que realmente eran clamorosas. Pensamos siempre que se imponía una revisión del texto que en lo esencial respetase su espíritu y, sobre todo, salvase algunas serias contradicciones escapadas al constituyente.

Esta inquietud se hizo llegar a algunos amigos muy estimables que tenemos en ciertas esferas gubernamentales. Se nos dijo que no era recomendable hacerlo: que, en todo caso, cualquier modificación o inconveniencia podía salvarse con una ley (como efectivamente se hizo) y, más aún, que siendo tan nuevo el texto constitucional, preferible era no tocarlo; por lo menos hasta el próximo periodo de gobierno. Es decir, era conveniente un cierto "asentamiento" de la nueva Carta, a fin de que la experiencia cotidiana se encargara de hacerla más viva para el común de los ciudadanos. Confesamos que los argumentos nos parecieron si no valederos, por lo menos interesantes y altamente sugestivos.

(*) Expreso, 29 de agosto de 1982.

Pero ahora resulta que es impostergable modificar la Constitución para incluirle a como dé lugar, la pena de muerte para el terrorismo, bajo la forma de "homicidio calificado". Se trata, como se ve, de una modificación única, sin otro propósito que amedrentar, y en su caso castigar, a los terroristas. ¿Es esto realmente posible? Los hechos, por de pronto, no avalan esta tesis.

Pensar que con la pena de muerte para los terroristas se va a detener, eliminar o quizá disminuir estos actos, es una clamorosa ingenuidad. El problema del terrorismo nunca se ha arreglado con la pena de muerte, y es lamentable que teniendo tantas cosas que cambiar en el nuevo texto, se hagan cambios sólo en los aspectos coyunturales y por qué no espectaculares. En lo personal, tenemos la impresión de que el Ejecutivo no tiene una clara conciencia del problema terrorista ni de los medios para combatirlo, y que ha recurrido al expediente más fácil: cambiar la Constitución (lo cual, en las actuales condiciones, lo encontramos realmente lamentable).

Los delitos no se eliminan con papeles y la Constitución, en este sentido, es un papel más, aun cuando de muy alto nivel. Son otros los medios de combatir al terrorismo y de dar nuestro más ferviente apoyo a las fuerzas policiales. Un cambio en la Constitución nada bueno va a traer cuando el cambio se realiza dentro de tan negras y agitadas aguas. Y esto sin descontar el hecho de que tal modificación constitucional va a significar la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica, lo que me temo puede ser un escándalo internacional.

§ 23

LAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS (*)

Una de las novedades más radicales de la nueva Constitución de 1979 es, sin lugar a dudas, el artículo 199, que prohíbe a los representantes a Congreso toda iniciativa para crear o aumentar gastos. Esto es lo que coloquialmente se llama "iniciativa parlamentaria", cuyos excesos todos recordamos en el último periodo constitucional.

De acuerdo a la Constitución de 1933, cada parlamentario (diputado o senador) tenía un determinado porcentaje del presupuesto para disponer una cantidad a su libre albedrío, incluso para regalarlo, como alguien pretendió alguna vez. De esta suerte, el parlamentario cumplía con sus electores y dentro de cada presupuesto anual se incluían partidas para una posta médica, un puente, el campanario de una iglesia, bancos para una escuela, y hasta una cancha de fútbol. Con esos favores, la reelección era casi segura.

Todo esto trajo, como era de esperar, presupuestos desfinanciados durante largas décadas. El parlamentario creaba el gasto, pero generalmente nunca daba los medios para cubrirlo. Como consecuencia de ello, el déficit crecía o, en su defecto, el columpio para la escuela de un caserío serrano no era comprado ni instalado. La escuela de esto fue funesta; a tal extremo, que una palabra tan autorizada como la de Basadre llegó a criticar lo que él llamó (en 1968) "el tremendo poder económico del Parlamento".

Toda esta situación desapareció felizmente en 1979, con la nueva Constitución. Ella ha encomendado tal labor al Ejecutivo y no al Parlamento, el cual de esta suerte se ve redimensionado y no limitado

(*) Expreso, 5 de setiembre de 1982.

a ser un maestro de obras de las provincias del interior. Acorde con los conceptos modernos de planificación, las iniciativas propias no hacen más que distorsionar el modelo global de desarrollo, cualquiera que éste sea.

Ahora bien, todo esto que fue logrado trabajosamente, amenaza a parecer con derrumbarse. Fuertes presiones de un sector de Diputados quiere modificar el artículo 199 para nuevamente recaer en el vicio de las iniciativas parlamentarias, que significan desorden y dispendio del área fiscal. Aluden, para ello, a la necesidad de obras en el interior del país... Pero ¿no podría esto encauzarse a través de los municipios y corporaciones hoy, y mañana las regiones?

Si prospera esta idea de otorgar a los representantes, iniciativa en los gastos, habremos dado varios pasos atrás, y con seguridad que nos colocaremos a la retaguardia de los países con democracia avanzada. Ni siquiera en Inglaterra, la madre del parlamentarismo, tiene la Cámara de los Comunes capacidad para el gasto ¿Por qué pues, debemos tenerla acá?

Piense el lector en la astronómica cifra que tiene el déficit fiscal, ahora sólo en manos (y bajo responsabilidad) del Ejecutivo. ¿A cuántos miles de billones aumentaría nuestro déficit con la restauración de las iniciativas parlamentarias?

§ 24

¿QUIEN AUTORIZA A QUIEN? (*)

En semanas pasadas han sido publicados dos dispositivos de real interés; las Resoluciones Supremas No. 083-82-JUS, y No. 297-A-82 RE; ambas firmadas por el Presidente de la República, pero en realidad preparadas e implementadas por sus Ministros. En el primer caso, el Ministro de Justicia; en el segundo, los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía, Finanzas y Comercio. En ambos se autoriza a viajar al Presidente de la Corte Suprema de la República a España, para específicos fines judiciales.

A decir verdad, fue para nosotros una verdadera sorpresa que el señor Presidente de la Corte Suprema, en rigor, Presidente de un Poder del Estado, necesitase que un Ministro de Estado (inferior en jerarquía) o el Presidente de la República (uno de sus iguales) lo autorizase a salir del país, como un simple burócrata.

A nivel constitucional sólo existe limitación para salir al exterior al Presidente de la República, por el simple hecho de que él representa al Estado, y tal permiso tiene que darlo el Congreso, o sea, otro Poder del Estado. Pero los congresales nunca piden permiso a nadie para ausentarse del país, salvo a su propia Cámara y hasta 1968 recordamos que los Presidentes de la Corte Suprema se ausentaban con el permiso de sus pares (esto es, la Sala Plena) y no pidiendo autorizaciones a terceros.

Algo ha quedado sin embargo del "compás" revolucionario; y en efecto, las indicadas Resoluciones Supremas citan en su apoyo el Decreto Ley 21571, así como diversos decretos supremos sobre viáticos.

(*) Expreso, 12 de setiembre de 1982.

A ellos habría que añadir el artículo 168 de la Ley 23350, haciendo la salvedad de que todos están referidos al Poder Ejecutivo, empresas estatales, semiestatales y para estatales, en terminología que no es muy adecuada pero que es muy clara. Nada dice del Poder Judicial ni tampoco del Poder Legislativo ¿Por qué entonces estos permisos?

Decididamente, los viajes de los vocales supremos, y aún más del Presidente de la Corte Suprema, no tienen por qué ser visados por el Poder Ejecutivo, no sólo porque la ley no les alcanza, sino porque ello no se concibe dentro de la autonomía que debe tener el órgano judicial.

§ 25

LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA I (*)

Del 23 al 27 de agosto último se llevó a cabo en la ciudad de San José de Costa Rica, la primera reunión regional de expertos a fin de tratar el tema de "la protección constitucional de los derechos humanos en América Latina a la luz de los instrumentos internacionales". Las sesiones se llevaron a cabo en la sede de la corte Interamericana de Derechos Humanos, y fue auspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, dentro de un plan de trabajo que considera como objeto de análisis la situación de doce países, entre los cuales se encuentra el Perú. Nos cupo la satisfacción de presentar el informe nacional correspondiente.

Indudablemente, tratar el problema de los derechos humanos en América Latina es un tema de por sí explosivo. Por lo pronto, habría que agregar que un primer problema surge cuando queremos indagar de cuáles derechos se trata, ya que como se sabe existen dos grupos de derechos humanos con sus respectivos textos internacionales: los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro. La tradición occidental ha privilegiado los primeros, y las denominadas democracias populares han optado por los segundos, según se afirma. En todo caso, lo cierto es que mientras el primer grupo es de fácil constatación (por ejemplo, comprobar si existe la libertad de tránsito), el segundo es problemático y hartó complejo (¿qué se entiende, por ejemplo, tener una vida digna y decorosa?)

El primer problema que existe es, pues, a este nivel. Estados Unidos acusó en la época de Carter a la URSS de violar los derechos humanos, probado en hechos tan saltantes como las clínicas para

(*) *Expreso*, 19 de setiembre de 1982.

disidentes políticos y la censura en la prensa; pero, por su parte, el Kremlin replicó que los derechos humanos también eran violados en el continente americano por la miseria existente en las grandes ciudades, y por la opresión a las minorías raciales, aparte de la existencia de un sistema que se consideraba de por sí expoliatorio. Estamos, pues, frente a un diálogo de sordos.

Aparte del problema de su interpretación y alcances, es evidente también que los derechos económicos y sociales son difíciles de exigir al Estado en forma imperativa, mediante la coacción legalizada (vía Poder Judicial); lo que es fácil cuando se trata de los derechos civiles y políticos (por ejemplo, la libertad de prensa o la libertad de reunión). Esta dificultad ha hecho que el segundo grupo de estos derechos (económicos y sociales) queden como una aspiración, como meta, o en todo caso como programa reivindicativo de las luchas políticas y populares.

En vista de esta dificultad teórica pero con enormes alcances prácticos, es que los documentos internacionales, así como los convenios y sobre todo los informes de agencias no gubernamentales (como la Cruz Roja y Amnesty International) se han centrado sobre el primer grupo de derechos, es decir los civiles y políticos, toda vez que ellos son más fáciles de detectar y, sobre todo, de exigir su cumplimiento. Así, los informes sobre violaciones de domicilio, mordaza a la prensa, exterminación de la oposición (los famosos "desaparecidos") son objeto de denuncia por parte de estos organismos y equipos de trabajo. Y, coincidiendo con esto apreciamos que tanto los Pactos de Naciones Unidas, como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, han centrado su atención, en cuanto a mecanismos de defensa y denuncia se refiere, en este primer grupo de derechos civiles y políticos.

II (*)

El problema de los derechos humanos envuelve muchas aristas y cabe estudiarlo desde distintas perspectivas. Una de ellas es el problema teórico de su fundamento, que es objeto de apasionados debates entre

(*) *Expreso*, 26 de setiembre de 1982.

juristas, filósofos y moralistas. Otro es el de la vigencia, que puede ser un análisis sociológico, y otro en fin es un análisis jurídicoconstitucional, que era precisamente el objeto de esta primera reunión regional de expertos a la que asistimos, y a la que nos referimos en nuestro anterior artículo.

El problema constitucional de los derechos humanos tiene a su vez varias facetas. Una es analizar el mismo texto constitucional, y ver la manera como él recoge los derechos fundamentales. Otras, complementarias e importantes son las siguientes: a) la existencia o no de tribunales de excepción, como los tuvimos aquí en la época de Odría; b) la competencia de tribunales militares sobre los civiles; c) la posibilidad de leyes de excepción que pongan en suspenso determinados derechos fundamentales; d) la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, sus métodos de incorporación y grado de vigencia, e) la existencia de situaciones de emergencia, que puedan enervar los derechos consagrados, f) la no interferencia de los poderes públicos en el poder judicial; g) la ratificación de los pactos internacionales y sobre todo el Pacto de San José de Costa Rica; h) la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros aspectos más.

Los anteriores tópicos son sólo algunos de los muchos que pueden plantearse en el aspecto netamente jurídico, que incluye lo constitucional, lo legislativo y lo jurisprudencial. Todo esto debe relacionarse con el sistema político que vive un país, y sobre todo con la conducta de los actores políticos, en relación con estos problemas, que si bien no es propiamente una labor jurídica, son hechos que no pueden escapar a la atención del jurista, en cuanto ellos en cierto sentido condicionan el aparato jurídico de Estado, por lo que hay que tomarlo como referencia.

Sobre lo expuesto anteriormente, se hicieron como queda dicho, diversos informes nacionales, que lamentablemente no cubrían toda América Latina; pero sí sus países más representativos. Todo esto está en procesamiento, y todavía no hay conclusiones finales a las cuales pueda llegarse válidamente, pero es indudable que cada uno de los participantes se forjó una idea sobre la problemática latinoamericana, y queremos en esta oportunidad adelantar algunas conclusiones, que extrajimos de nuestra participación en el referido encuentro, y que por

cierto no compromete a la institución ni a los demás participantes, como ritualmente se acostumbra decir.

A fin de tener una visión más ajustada de nuestra problemática, creemos necesario hacer algunas precisiones más. Hemos señalado ya que, por razones valorativas y jurisprudenciales, las organizaciones y los textos internacionales se inclinan por privilegiar desde el punto de vista de la **praxis** (pues no cabe ello en teoría) el aspecto de los derechos civiles y políticos, lo que en muchas partes de América Latina, y aquí todavía, se conocía como "garantías constitucionales" (y que ahora no existen como tales, no obstante que algunos parecen ignorarlo). Ahora bien ¿se violan estos derechos en América Latina o no? El problema no es fácil, y merece una explicación que será materia de nuestro tercer y último artículo.

III (*)

En nuestro anterior artículo, hicimos un planteamiento general sobre la eventual violación de los derechos humanos en nuestro continente y nos lo planteamos como interrogante. Frente a esta cuestión, nuestra respuesta tiene que ser afirmativa, en el sentido de que en América Latina, y dentro de ella por cierto el Perú, existe violación de los derechos humanos, y de esto ningún país se escapa. Pero precisemos aún más esta afirmación.

Cuando decimos que en toda América Latina se violan los derechos humanos, estamos diciendo que en países como los nuestros, los abusos y excesos existen y, por lo mismo que existen, es que se pregona tan insistentemente el respeto de los derechos humanos, pues éstos son objeto de violación. Pero salvando distancias, hay que decir que la violación de los derechos humanos existe en todas partes, e incluso en los países más avanzados y democráticos. Recordamos haber leído en semanas pasadas un informe sobre violación de derechos, nada menos que en Inglaterra.

Lo anterior merece algunas precisiones adicionales. Lo importante no es la violación de derechos humanos, que como decimos existe en

(*) Expreso, 3 de octubre de 1982.

toxa América Latina, fruto de abusos y excesos que pienso son insuprimibles. No obstante, este primer paso no es definitivo ni tampoco el que clarifica la cuestión. Lo importante no es que existan estos excesos, sino que la violación de derechos humanos en un determinado país, se dé como algo sistemático, reiterado y que cuente con la complicidad o el silencio del gobernante. Es decir, cuando nos hallamos no frente a violaciones que existen porque el hombre es hombre, sino cuando afrontamos violaciones que son parte de un sistema institucionalizado. Y esto es lo verdaderamente grave.

Desde este punto de vista, tenemos que replantearnos nuestro análisis y, en consecuencia, nuestras conclusiones. En efecto, la violación sistemática, consciente y con protección oficial es frecuente en América Latina, pero en esto no están todos los países, sino solamente algunos. Sólo cuando nos hallemos frente a una situación oficial reiterada y consciente que viola los derechos humanos, podremos decir que en un determinado país se dan estos hechos como parte del sistema. Los excesos cometidos por autoridades policiales, los errores en que incurran los jueces, la existencia de determinadas normas discutibles, si es que pueden ser subsanadas, si no hay voluntad oficial de perpetuarlas, y sobre todo si son la excepción y no la norma, no pueden ser rasgos definitorios de una violación de derechos humanos.

Bajo este criterio, podemos señalar, en términos generales, que son varios los países de América Latina en donde existe violación de derechos humanos. En términos concretos, en la región centroamericana y en el Cono Sur. En Centro América esto involucra a Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Panamá, con la solitaria excepción de Costa Rica. En el Cono Sur, Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile. Hacemos hincapié en que esta lista puede no ser exhaustiva pero en todo caso es representativa, y además, merece dos apostillas: una referente a Nicaragua y otra al Brasil. En cuanto a la primera, se trata de una experiencia revolucionaria todavía no definida, que afronta diversas amenazas, y de la que esperamos institucionalice su proceso con respeto a los derechos humanos (entre los cuales está, por cierto, el derecho de las minorías a discrepar). El otro es el relativo al Brasil, que aun cuando vive una dictadura desde 1964, está operando un proceso de apertura de gran interés, y que esperamos no se entorpezca.

§ 26

LAS VICEPRESIDENCIAS (*)

El tema de la Vicepresidencia ha vuelto a tomar repentina actualidad a raíz de dos viajes casi simultáneos, que ha programado el Presidente de la República. El primero es a la hermana república de Bolivia, vuelta ya a la constitucionalidad; el segundo lo es a los Estados Unidos. En ambos casos, el Presidente se ausenta del país, previa autorización del Congreso, y corresponde al Vicepresidente ejercer sus funciones. ¿Cuál es, sin embargo, la naturaleza de este cargo?

La Vicepresidencia es un tema que no es pacífico en nuestra historia constitucional. Ha habido vicepresidentes que han tenido fuerza y vigencia, como es el caso del general Diez Canseco, que en cuanto tal ocupó la Presidencia de la República hasta en tres veces (pero todas ellas juntas no llegaron al año), y otras en las que el Vicepresidente transitó sin pena ni gloria, y a veces en forma anodina. Aún más; épocas hay sin vicepresidentes (como es el caso de la Carta de 1933, en su versión original), y épocas también en que su existencia misma fue discutida y cuestionada (Mariano H. Cornejo la caracterizó como mueble de repuesto que nunca se usaba, salvo en caso de incendio). La Constitución actual, por el contrario al igual que otras anteriores, contempla no una sino dos vicepresidencias.

Ahora bien, ¿qué es un vicepresidente? Si analizamos el artículo 60 de la Constitución, en donde se hace referencia a los funcionarios del Estado, vemos que no aparecen mencionados, ni una sola vez los vicepresidentes (y sí menciona al Presidente, a los parlamentarios, ministros de Estado y magistrados de la Corte Suprema). Esto es, el vicepresidente no es funcionario público, según este dispositivo. Más

(*) Expreso, 10 de octubre de 1982.

ún, no tiene mando ni autoridad, no tiene oficina a su cargo ni despacho administrativo, ni pliego, ni programa presupuestal, ni menos ún cobra sueldo. Es decir, mientras es tal, no tiene potencialidad alguna, la que se hace efectiva sólo en caso de que concurra a reemplazar al Presidente de la República.

Lo anterior está reforzado por lo dispuesto en la segunda parte del artículo 166 de la Constitución: ella señala que los candidatos a la Presidencia y vicepresidencias pueden integrar las listas de candidatos a Senadores y Diputados. Esto es, si tienen la posibilidad de candidatear es indudable que se acepta que una sola persona reúna en sí misma, los dos cargos; esto es senador (o diputado) y vicepresidente. No cabría ser senador o diputado al mismo tiempo que presidente, pues aquí interviene la incompatibilidad señalada en el artículo 173, con lo cual el que ganó la Presidencia, al jurar el cargo pierde automáticamente la curul.

El caso que se ha planteado a raíz de estos sucesos es, concretamente, el de Javier Alva Orlandini, quien es como se sabe senador de la República y segundo vicepresidente. De acuerdo a la discrecionalidad que la misma Carta le otorga, el Presidente de la República viajará a los Estados Unidos acompañado por el embajador peruano ante ese país (por elemental regla de cortesía y uso protocolar) quien es, a su vez, primer vicepresidente de la República. El artículo 208 prescribe que, por falta temporal del Presidente, asume sus funciones el primer vicepresidente (o sea Fernando Schwalb); en defecto de éste, por el segundo (o sea, Javier Alva). Frente a esto, muchos comentaristas, algunos de ellos muy estimables (caso Manuel Tarazona) sostienen incompatibilidad, basándose en el artículo 173, que establece incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, salvo la de ministro de Estado. Según este raciocinio, Alva es Senador y no puede ejercer la función pública de la Presidencia.

En realidad, el artículo 173 debe ser interpretado en forma global. Por lo tanto, hay que advertir que los vicepresidentes que reemplazan temporalmente al Presidente, no ejercen la presidencia, sino que asumen las funciones interinamente, en tanto dure la ausencia del titular. Esto es, no se es Presidente, sino sólo vicepresidente encargado de la

Presidencia, si se quiere, es Presidente interino y no es titular (para quien sí alcanza el artículo 173 ya citado). Por otro lado ¿cómo se concibe que el mismo artículo 166 permita la postulación de los vice presidentes al Senado, si se sabe de antemano que un vicepresidente puede ser Presidente? No puede haber contradicción, si no queremos ir al absurdo. Si se permite ambos cargos, se permite ambos ejercicios, y la incompatibilidad sólo sobreviene si el vicepresidente reemplaza definitivamente al Presidente, con lo cual deja de ser vicepresidente y pasa a ser Presidente. En este supuesto, y sólo aquí, procedería la vacancia de la curul. Por tanto, la vicepresidencia de un parlamentario lo habilita para ejercer temporalmente la Presidencia de la República, sin que le alcance ninguna incompatibilidad.

§ 27

FF. AA. ¿SON DELIBERANTES? (*)

El artículo 278 de la Constitución establece que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no son deliberantes, añadiendo que ellas se encuentran subordinadas al poder constitucional. Nadie tiene un ápice de duda sobre la segunda parte del artículo, pero sí sobre la primera que ha despertado un cúmulo de opiniones tan grande, y en veces tan contradictorias que aquí, como en el viejo refrán alemán, los árboles no dejan ver el bosque. ¿Qué significa que no son deliberantes?

Desde la Revolución Francesa hasta el presente, se ha desarrollado un principio que casi tiene la categoría de dogma en la doctrina constitucional: la subordinación del poder militar al poder civil. Esto es así porque, en la teoría democrática, se tiene derecho a mandar en la medida que se es elegido; esto es, en cuanto se es reconocido como tal por la mayoría de la población. A diferencia de los métodos anteriores (basados en la herencia, el color o el derecho del más fuerte) la democracia representativa supedita el derecho a gobernar por el consentimiento que otorgan los gobernados. En tal sentido, el poder militar (entendido éste en su sentido más amplio) debe estar en función y como apoyo del poder civil, que es en rigor el poder legalmente establecido. Así lo establece nuestra Constitución, y así se observa en la tradición jurídica occidental.

Lo anterior no disminuye por cierto el rol que juega el poder militar en las sociedades modernas, tanto las desarrolladas como las subdesarrolladas. Nadie puede negar en nuestro medio el papel desempeñado por el poder militar (léase fundamentalmente ejército) sea para bien, sea para mal.

(*) Expreso, 17 de octubre de 1982.

En los países subdesarrollados como los nuestros, es indudable que las fuerzas armadas y policiales juegan un rol de creciente importancia, dentro de la marcha del Estado peruano, y por cierto dentro de la Constitución y las leyes. Recordemos que el Sistema de Defensa Nacional incumbe a todos los peruanos, y tiene el carácter de permanente e integral, tal como preceptúan los artículos 269 y 270 de la Carta Fundamental.

Esto podría, sin embargo, chocar a primera vista con el carácter no deliberante que la misma Constitución establece. En efecto, desde un punto de vista coloquial, no deliberante equivale casi a no pensar, con lo cual nuestros oficiales estarían reducidos casi al papel de una sombra, en actitud robotizante e indiferente al quehacer político tal como lo han declarado algunos políticos, y más de un constituyente (que por el hecho de ser tales, parecen autorizados para pontificar sobre la Constitución cada vez que les parece necesario). Pero ¿es esto realmente lo que se ha querido?

A fin de poder tener una clara idea de la situación, conviene dejar de lado el sentido corriente que tiene la palabra "deliberar", y restringirla a su sentido estricto, o mejor dicho, a su alcance jurídico. El carácter deliberante que tiene una asamblea, un cuerpo colegiado o una institución, está referido a la facultad de emitir opinión obligatoria en determinados puntos o agendas. Esto es, cuando existe un voto o una opinión deliberativa, significa que hay que contar con el permiso, autorización o aprobación previa de quien goza de esta facultad. Este es el sentido auténtico de la opinión deliberativa, y así aparecía en la derogada Constitución de 1933, al referirse al voto deliberativo del Consejo de Ministros, diferenciado del meramente consultivo. Esto significa que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales, no empujan algunos, tienen capacidad y derecho a pensar y expresar sus opiniones, pero ellas por más respetables que sean, no obligan al Presidente de la República, ni a los demás órganos del Estado.

§ 28

EJERCER LA PRESIDENCIA (*)

No obstante que la Constitución es un instrumento jurídico por excelencia y en consecuencia descarta toda posibilidad de un gobierno de facto, lo cierto es que esa eventualidad está prevista en nuestra carta constitucional. No sólo en sus partes finales, sino muy especialmente en lo concerniente al ejercicio de la Presidencia de la República, que ahora ha vuelto a la escena con motivo de los viajes (realizado uno y cancelado el otro) de Jefe de Estado. Vale la pena, pues, rescatar el sentido de lo que es ejercer la Presidencia, para ver sus alcances y consecuencias.

El artículo 204 señala que no pueden postular a la Presidencia de la República ni a las Vicepresidencias entre otros el ciudadano que por cualquier título ejerce la Presidencia de la República al momento de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes. El tenor del texto es similar al artículo 137 de la derogada Carta de 1933, pero como cosa nueva aparece el plazo de dos años, que antes no existía.

Creemos que haber añadido un plazo previo y considerable es importante. Sobre todo si tenemos en cuenta que sin tal plazo, Odría pudo "bajar al llano" en 1950, pocos días antes de la elección, y luego subir como candidato único triunfante a los pocos días. La Constitución de 1933 decía "al momento de la elección": o sea, ese mismo día, sabía interpretación jurídica a la que se prestaron los amigos del régimen. Lo bueno del actual texto constitucional es el plazo, pero ¿por qué dos años?

Un texto constitucional se explica de muchas maneras. Una de

(*) Expreso, 7 de noviembre de 1982.

ellas es saber las fuentes ideológicas que consultó el constituyente (Constituciones extranjeras textos doctrinarios, etc.); otra, ver los antecedentes políticos y la experiencia histórica reciente. Todos son elementos que deben ser analizados y ponderados según los casos. Para el tema que nos ocupa, es preciso retrotraerse al momento histórico en que este texto fue aprobado, para que veamos cómo tiene una lógica interna, que no es la de los lógicos aristotélicos y formales sino la lógica de la política que se caracteriza por no tener reglas.

Recordemos que la Constituyente se convoca en julio de 1977, y se instala en julio de 1978. Dos años después se instalaría el gobierno civil (como se anunció y efectivamente sucedió). Por ese entonces el correo de brujas anunciaba un pacto o acuerdo secreto entre el Apra y el general Morales Bermúdez para constitucionalizarlo, mejor aun, lanzar su candidatura dentro de un frente amplio en el mejor estilo de 1945. Frente a esto, sectores independientes de izquierda y el PPC (que ya por entonces había declarado su desengaño del APRA) propiciaron esta fórmula de los dos años para cerrarle la puerta al entonces presidente de facto. Se reconoció así, aun cuando indirectamente la existencia de situaciones anormales o de emergencia, que mucho más tarde han querido negar.

De lo anterior se desprende que la Presidencia de la República se ejerce sea por el titular constitucional, sea por un usurpador o de facto. Lo que queda por preguntarse es si la Presidencia de la República la ejerce el Vicepresidente que la ocupa cuando el titular se encuentra de viaje. ¿Es que acaso Gallo Porras, en el segundo periodo de Prado, o Seoane en el primer periodo de Belaunde, ejercieron la Presidencia?

La respuesta tiene que ser negativa. Ante la ausencia del Presidente de la República el Vicepresidente sólo se encarga de la Presidencia en forma interina pero no la ejerce. Esto es, se encarga del Despacho (art. 208) y no asume el cargo. Aún más, no jura cumplir el cargo de Presidente (art. 63) y en consecuencia no ejerce tal función. Por tanto, al Vicepresidente que ha reemplazado al Presidente en ausencias temporales, no le alcanza la prohibición de postular a que se refiere el artículo 204 de la Constitución del Estado.(1)

(1) Este criterio fue recogido con posterioridad por la Ley 23628 (nota de 1987).

§ 29

EL OCASO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS (*)

La carga más pesada que recibió el régimen actual del anterior fue, sin lugar a dudas, la relacionada con las empresas públicas. El Estado creció desmesuradamente durante el docenio militar; casi sin orden ni concierto. Anotemos, de paso, que no estamos en contra de la intervención del Estado en la economía, sino de la intervención desordenada como fue el caso que reseñamos. Agreguemos, por otro lado, que la existencia de la empresa pública es un fenómeno del mundo moderno que no podemos ignorar. El problema reside fundamentalmente en su manejo, su rendimiento y sus fines.

A fin de afrontar este problema, se diseñaron diversas políticas, las cuales -a su vez- se volcaron en varias leyes, una de ellas denominada Ley de la Actividad Empresarial del Estado, dictada al amparo de las facultades extraordinarias que dieron origen a interminables decretos-legislativos. Desde el punto de vista del diseño empresarial, las empresas estatales quedaron divididas, para los fines que aquí nos interesa, en dos: empresas estatales de Derecho Público y empresas estatales de Derecho Privado. Esta distinción, que parecía herejía a primera vista, está sugerida incluso en la Constitución del Estado en la parte concerniente al régimen económico.

La novedad de las empresas estatales de Derecho Privado fue sin lugar a dudas, radical y esperanzadora. Se les otorgó estructura similar a las sociedades anónimas, con directorio responsable de sus decisiones y con escasos controles, todos ellos posteriores a los actos mismos, y dentro de una política global de comportamiento empresarial, encuadrado

(*) Expreso, 15 de noviembre de 1982.

dentro de tales límites. Se impusieron asimismo, algunas limitaciones en el manejo -en especial, en materia de licitación-, que diseñaban un cuadro bastante armónico lo cual permitía esperar una administración audaz y hasta creadora de las empresas públicas de Derecho Privado.

Lamentablemente, como siempre sucede en el Perú, lo permanente pasó a ser provisional, y así, conforme se sucedieron los meses, se comenzó a dictar sucesiva legislación, casi toda a nivel de Decreto Supremo, que quitaba, ponía, y agregaba más recortes y limitaciones a las actualmente existentes. Es decir, con discutibles dispositivos legales, se empezaron a crear nuevos controles y cortapisas. A tal extremo, que la pretendida autonomía de las denominadas empresas estatales de Derecho Privado ha empezado a ser seriamente cuestionada. Hemos visto, incluso, que recientemente se ha pretendido establecer normas obligatorias mediante oficio, lo cual rebasa toda nuestra capacidad imaginativa. Recordábamos que, en el fenecido régimen militar, se legislaba mediante aviso, ahora se hace o se pretende hacer, mediante oficio. A este nivel, las cosas no han mejorado.

A todo lo anterior se suma, según se nos ha informado, la nueva Ley de Austeridad, que con tan pomposo nombre pretende crear más recortes y limitaciones a las ya asfixiadas empresas públicas de Derecho Privado. Se nos asegura que hasta para comprar un borrador será necesario concurso público de precios. Al parecer, la norma será observada por el Ejecutivo, ya que por austeridad no debe entenderse racionamientos efectivos, sino resultados concretos.

De todo esto parece desprenderse una conclusión: la interesante experiencia de las empresas estatales de Derecho Privado parece estar llegando a su fin. De nada vale que se rijan por la Ley de Sociedades Mercantiles si tienen que pedir permiso hasta para cambiar de domicilio, o si están prohibidas de atender directamente sus necesidades más elementales. Es de esperar que algo se haga al respecto y no se frustre esta interesante experiencia.

§ 30

LA INSTALACION DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (*)

Largo ha sido el proceso de implementación de la nueva Constitución y en veces también muy accidentado. Prueba de ello es el flamante como inédito Tribunal de Garantías Constitucionales, que acaba de instalarse en forma solemne en la ciudad de Arequipa. Primero fue su Ley Orgánica, luego su tardía composición por el Parlamento, previa prórroga del plazo que tenía dicho cuerpo legislativo y posteriormente, la habilitación de una partida especial para poder iniciar sus labores. Como se ve, la instalación del Tribunal se produce casi tres años después de puesta en marcha la nueva Carta Fundamental.

La excesiva lenidad aquí observada, es en realidad preocupante. Parece no haber existido interés alguno en apurar esta institución vital, cuyos objetivos señala la Carta y que son: cautelar la constitucionalidad de las leyes y otros dispositivos menores; y conocer en casación, las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo (ambos, pero sobre todo el primero, protector fundamental de los derechos humanos)

Puede alegarse, sin embargo, algunas excusas o consuelos. Una de ellas es que la Corte Constitucional italiana, empezó sus labores varios años después de que se promulgó la Constitución que la consagraba: la de 1947, todavía vigente. Pero el caso de Italia era especial; venía de terminar una guerra en la que precisamente no había tenido la mejor parte, y empezaba todo un nuevo sistema de gobierno: la democracia representativa, que reemplazó a la monarquía, dócil instrumento del Duce Mussolini.

Mientras que en España, salida de una larga dictadura, el Tribunal

(*) La República, 20 de noviembre de 1982.

Constitucional consagrado en la Constitución de 1978, ya ha sido instalado y se encuentra en pleno funcionamiento, aquí estamos en sus inicios. En España existen varias revistas especializadas que comentan y difunden la jurisprudencia constitucional del flamante tribunal, que ha apuntalado a la naciente democracia española.

La tarea que aguarda al Tribunal de Garantías Constitucionales, es sin lugar a dudas, delicada. Integrada por algunos hombres de derecho, inobjectables, es de esperar que cumplan sus funciones al margen, y de ser el caso, en contra del poder político. Es bien sabido que en los últimos meses se ha dictado una legislación muy frondosa, muy interesante en muchas de sus partes, pero también muy deficiente, y en algunos casos, violatoria del orden constitucional. En su caso, corresponderá al Tribunal la delicada tarea de derogar aquella norma que colisione con la Constitución del Estado, que es razón de ser y punto de partida de todo régimen constitucional.

Conviene aclarar un malentendido que circula en ciertas esferas, en relación con normas legales que atentan o violan la Constitución del Estado. Según algunos, la existencia de tal legislación inconstitucional, vicia, de por sí, todo el orden jurídico e invalida todo el sistema. Esto que a primera vista puede parecer cierto, no lo es en realidad. El orden jurídico, la normatividad general, pueden estar viciados aun cuando sólo sea en parte, de normas que afectan la Constitución del Estado, y ello no sólo es posible, sino incluso está previsto. O sea, la misma Constitución, no sólo la nuestra, sino la de otros países, prevé tal posibilidad, que consiste en que existan normas legales que contraríen la Constitución del Estado.

Precisamente, lo que caracteriza el sistema constitucional y que es su mayor mérito, es prever esta posibilidad y además, proporcionar los medios adecuados para atacar tales excesos. A diferencia de los regímenes dictatoriales en donde las órdenes y las leyes ni se discuten ni se impugnan, el régimen constitucional cuenta con la ventaja de establecer todo un mecanismo que puede ser accionado por los ciudadanos, para invalidar o dejar en suspenso normas que afecten la Constitución del Estado. Que se haga o no, es problema aparte, que no entra en el marco

del debate, como tampoco el hecho de que los jueces y tribunales amparen las pretensiones que les soliciten los interesados. Pero lo importante es que dicha posibilidad teórica existe, y está contemplada. Un segundo paso será cómo hacerla efectiva, y ahí juega un rol de importancia, no sólo el Poder Judicial, sino el novísimo Tribunal de Garantías Constitucionales.

Destaquemos, por último, una tarea que tendrá el nuevo Tribunal: la tramitación de las acciones de Habeas Corpus y de Amparo, para lo cual tendrá que realizar una verdadera labor creadora en materia jurisprudencial, ya que la legislación vigente está totalmente obsoleta. Y esto tiene que ser así, pues un excelente anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo, que hace tiempo remitió el Ejecutivo al Poder Legislativo, duerme todavía el sueño de los justos en la Cámara de Diputados.

§ 31

¿ ES RENUNCIABLE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA? (*)

A raíz del sonado caso Vollmer y de la presencia del Premier Manuel Ulloa en las Cámaras, se ha puesto de manifiesto, tanto por parte de él como del senador Luis Alberto Sánchez, que ambos estarían dispuestos a hacer renuncia a la inmunidad parlamentaria que los protege, a fin de someterse a una investigación de carácter judicial. La declaración de ambos personajes es, sin lugar a dudas, hermosa pero aparentemente ineficaz y quizás hasta contradictoria. Analicemos, pues, esta situación.

La inmunidad parlamentaria, en cuanto tal, está contemplada en los artículos 183 y 184 de la Constitución del Estado. Según ellos indican, 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, a los miembros de ambas Cámaras a los ministros de Estado, a los miembros la Corte Suprema y del Tribunal de Garantías Constitucionales y los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas. El artículo 184 agrega que corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados, agregando que en caso de proceder la acusación, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley (o sea, ante la Corte Suprema, como indica la antigua Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos)

A tenor de las informaciones periodísticas, tanto el premier Ulloa

(*) Expreso, 28 de noviembre de 1982.

como el senador Sánchez estarían involucrados en supuestos delitos o infracciones cometidas durante el ejercicio de funciones (Sánchez en cuanto senador, Ulloa en cuanto ministro). De ser así, es decir, de actos cometidos en funciones y a raíz de tales funciones, cabría aquí la acusación constitucional prevista en los referidos artículos constitucionales (183 y 184) y en ningún momento al simple permiso de la Cámara (artículo 176) que está referido a delitos comunes sin vinculación con la función pública.

Ahora bien, la situación antes descrita -que nos hemos limitado a reseñar, sin comentario alguno ni menos aún juzgando sobre la veracidad de los hechos en cuestión-, está vinculada con el ejercicio de funciones públicas, alcanzando en consecuencia a ellas la inmunidad parlamentaria, que está protegida por un fuero especial, denominado fuero parlamentario. Es decir, mediante el trámite antes referido se procede a levantar el fuero al presunto responsable, luego de la acusación que hace una Cámara a la otra, dentro de un procedimiento que se denomina "juicio político", porque tiene como objeto facilitar el acceso al fuero común que sí ejerce una función jurisdiccional, a diferencia del pronunciamiento de las Cámaras que es, como decimos, meramente político, y que en consecuencia bien podría terminar con una total absolución de las partes acusadas por el Poder Judicial.

El trámite contemplado en nuestra Constitución para el juicio político es imperativo y no admite disposición en contrario. Esto significa que nadie puede renunciar al fuero que le corresponde, ya que éste es irrenunciable, salvo que medie el proceso constitucional antes descrito de la doble acusación. Lo que, por cierto, no impide que el acusado (presunto o real) pida el levantamiento del fuero, pero en el entendido que ello no depende del interesado, sino del propio Congreso, siguiendo el ritual consagrado en la Constitución.

Anotemos, por último, una consecuencia más de este levantamiento del fuero, que deja de lado o en suspenso la inmunidad parlamentaria: dice el artículo 184 que en caso de que el Senado declare con lugar la acusación, el acusado que está en suspenso en el ejercicio de su función, esto es, en el caso bajo comentario, quedaría Ulloa sin Ministerio (aun cuando mantendría la curul parlamentaria) y Sánchez sin asiento en el Senado. Indudablemente, no es esto lo que tuvieron en mente quienes hicieron renunciar al fuero parlamentario.

UN ESTADO DEBIL (*)

El mejor gobierno es el que gobierna menos: tal el axioma que difundió Bentham y su escuela, y que dio campo al predominio, durante todo el siglo XIX del Estado liberal o también como algunos lo denominan liberal burgués o demoliberal. Bajo este principio, la vida del Estado discurrió en el siglo XIX sin mayores estridencias, es decir, sin más tarea que ocuparse de cuidar el orden de la calle, como decían los políticos y teóricos franceses de la pasada centuria. A este Estado anodino y sin iniciativa se le llamó, en ciertos círculos, Estado Gendarme, ya que su único objetivo era cuidar que nada pasase, y en el resto, en concordancia con el liberalismo económico, dejar hacer y dejar pasar.

Pero entrado el siglo XX el rol del Estado se modifica. La primera guerra mundial, la llamada Gran Guerra, rompe todos los esquemas previos, y se empieza a vivir peligrosamente, al decir de Nietzsche. Ya no se concibe que el Estado sea sólo un gendarme, ni que menos aún se preocupe únicamente del orden en la calle (tareas que, por lo demás, ya había culminado y perfeccionado). De lo que se trataba era de que el Estado interviniese en otros campos, y así fue entendido en la Europa de la entreguerra (con el nacimiento del llamado constitucionalismo social) y en los Estados Unidos (a partir del crac del año 1929, con Keynes y su escuela, quienes decretaron textualmente la muerte del liberalismo)

El Estado tiene hoy otras funciones, añadidas a las que el pensamiento clásico le encargó; es decir, se ha visto enriquecido con nuevas tareas que el tiempo exige, y que debe cumplir, en mayor o menor medida

(*) Expreso, 12 de diciembre de 1982.

según sus posibilidades, pero en el entendido de que el cumplimiento de sus nuevas tareas no debe conllevar el descuido de sus funciones elementales, tales como garantizar el orden en las calles y la seguridad del ciudadano.

Pero aquí viene precisamente el problema, y es que, si bien el Estado peruano, sobre todo, en la década del 60 ha tenido un rol cada vez más intervencionista, ello ha ocasionado un descuido de sus tareas tradicionales y por qué no decirlo, esenciales. Ello se aprecia sobre todo en la seguridad urbana y en el terrorismo como lo veremos a continuación.

En lo que se refiere a seguridad urbana, es ya un tópico afirmar que en Lima y en las principales ciudades costeñas ya nadie está seguro. Virtualmente se vive a merced de malhechores, que ya no respetan barrio ni capilla alguna. En las nuevas urbanizaciones no se conoce lo que es un Guardia Civil. Cuando de vez en cuando pasa un patrullero, los niños de barrio se reúnen para tomarle una foto y guardarla en el álbum de los recuerdos. Pueden pasar años sin que un custodio del orden aparezca por estas nuevas zonas, la gran mayoría de ellas pobladas por una numerosa clase media pujante que ha hecho realidad el sueño de la casa propia, sin saber los desvelos que esto le ocasionaría.

El terrorismo es otra muestra de lo dicho. Aun cuando se le niegue, lo cierto es que estas bandas han sentado sus reales en vastas zonas de influencia sin control de nadie y en donde no impera más ley que la que ellos mismos se imponen. Frente a esto no valen hermosas palabras sino crudas realidades. No se puede usar paliativos cuando el mal es tan grande.

De lo antes expuesto podemos concluir que el Estado peruano, por razones que ahora no importan, no sólo no cumple a cabalidad sus nuevas funciones, sino que ni siquiera lo hace con las antiguas. Es decir la seguridad de los ciudadanos no existe, y ya el Estado no es siquiera un guardián nocturno. El Estado se ha debilitado, ofreciendo gruesos flancos que muchos han sabido aprovechar muy bien. Es preciso, por ello, tener presente que es bueno tener libertad (que ahora gozamos) pero que el ejercicio de esta libertad requiere (entre otras cosas) de un mínimo de seguridad.

§ 33

¿ DEBE CONCURRIR EL NUEVO GABINETE A LAS CAMARAS ? (*)

Como se sabe, el nuevo gabinete presidido por Fernando Schwalb luego de la crisis del gabinete anterior, asumirá sus funciones en pocos días. Como aspecto curioso, cabe señalar que este nuevo gabinete se constituye en pleno receso parlamentario, con lo cual se produce o puede producir un inicial desentendimiento entre el nuevo gabinete y el Congreso. En tal virtud, se ha planteado como una necesidad la presencia del gabinete ante las Cámaras y como quiera que no hay Parlamento, la convocatoria a una legislatura extraordinaria para escucharlo. Según algunos, tal convocatoria es ineludible e imperativa; según otros, no es así. ¿Cuál de las dos posiciones es la correcta?

A fin de precisar más este tópico conviene tener como mar de fondo la Constitución de 1933, que nos precedió, así como la experiencia política surgida al amparo de ella. En efecto la derogada Carta Fundamental establecía en su artículo 167 que "El Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurrirá a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros y expondrá la política general del Poder Ejecutivo". Lo que se desprende de la situación antes vigente son dos aspectos. a) la obligación de concurrir al asumir sus funciones, y b) la necesidad de que el Parlamento otorgue un voto favorable al nuevo Consejo (lo cual fue siempre motivo de ardua polémica en el periodo 1963-1968)

Ahora bien, las cosas han cambiado en algo con la nueva Constitución. Decíamos en otra oportunidad que siendo presidencialista la Carta del 33, había introducido en su texto tantas características parlamentarias

(*) Expreso, 26 de diciembre de 1982.

que en la práctica podían dar una connotación distinta al modelo que algunos como Enrique Chirinos Soto calificaron de mixto (esto en 1964) y otros como Villarán, de presidencialismo atenuado. Precisamente, sobre la base del hibridismo que en la práctica significó el periodo 1963-1968, es que fue intención del constituyente reforzar al Poder Ejecutivo, y alejarlo en lo posible de las tormentas parlamentarias. Sólo así se explica que la fuerza del Parlamento aparezca tan disminuida en la Constitución vigente, hasta el extremo que ya no tiene la exclusiva para legislar (recuérdese los Decretos legislativos) y menos aún tiene capacidad de gastos (que fue precisamente el detonante de la crisis del último período constitucional).

Acorde con lo señalado, el artículo 224 de la nueva Constitución indica que el Presidente del Consejo concurre a las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiere su gestión. La exposición no da lugar a voto del Congreso.

El nuevo articulado antes transcrito, nos lleva a las conclusiones siguientes: a) existe obligatoriedad del Premier y del nuevo Gabinete de concurrir a las Cámaras, es decir, a las dos reunidas (lo que se llama Congreso) y no a cada una de ellas y por separado, como era anteriormente, b) no existe fecha ni plazo fijado para esta concurrencia: a diferencia de la anterior Constitución que lo exigía al asumir funciones, la vigente Constitución no dice nada: c) la exposición del gabinete no da lugar a voto con lo cual se evita los aspectos bochornosos que se vieron en el último periodo constitucional, y a su vez no se fuerza a emitir un voto a priori que puede ser errado o apresurado. d) Al no existir fecha ni plazo fijo para la presentación del Gabinete, tampoco existe obligación del Ejecutivo de convocar una legislatura extraordinaria para escuchar al nuevo gabinete, sino que por el contrario puede esperar tranquilamente al mes de abril próximo que corresponde a la segunda legislatura ordinaria de 1982.

Hasta aquí la parte estrictamente constitucional, que por cierto no agota el problema: en realidad, sólo lo araña y superficialmente. Podría

pues pensarse que, con independencia del aspecto jurídico, es conveniente una exposición al Congreso, que daría a conocer al más breve plazo el programa del nuevo gabinete y a su vez sería una muestra de cortesía para con las Cámaras. Se trata de argumentos muy respetables, sin duda, pero que no son objeto del presente artículo.

§ 34

¿ JEFE DE GOBIERNO ? (*)

En la década del 30, el eminente constitucionalista Manuel Vicente Villarán escribía lo siguiente: "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... Nada lo obliga a instruir al presidente del Gabinete 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... 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".

Hemos recordado estos conceptos, a raíz de recientes declaraciones formuladas por el ex-premier Ulloa días antes de dejar el cargo y que han sido recogidas por la prensa diaria. Según se informa, Ulloa habría manifestado que era conveniente un cambio de gobierno: que se produciría en los próximos días un relevo de gobierno, y que tales o cuales asuntos habían sido dispuestos o analizados por el gobierno que él presidía. De ser cierta esta información, estaríamos, a no dudar frente a la existencia en el Perú de un Jefe de Gobierno aparte e independiente del Jefe de Estado. Creemos en consecuencia, que es conveniente analizar este planteo, y ver si realmente se adapta al Perú o no; dilucidación que creemos conveniente precisar más aún ahora, que contamos con un nuevo premier.

¿ Es válida la afirmación hecha por Villarán, en la década del 30,

(*) Expreso, 2 de enero de 1983.

sobre la base de la Constitución de 1933, que fue sin lugar a dudas la que más melló la autoridad del Presidente de la República en toda nuestra historia republicana? Creemos que sí, y más aún con la Constitución de 1979 que, si se caracteriza por algo, es por haber reforzado, y si se quiere exacerbado, la autoridad del Presidente de la República. Nadie en su sano juicio puede afirmar seriamente que el Parlamento es hoy el primer poder del Estado. A veces, dan ganas de preguntarse si es todavía un poder del Estado, o si se porta como tal (con independencia, por cierto, al desempeño individual de sus miembros)

Las Constituciones peruanas, tanto la actual como las anteriores se han caracterizado por consagrar un presidencialismo muy marcado, variando los matices según las épocas y según los personajes. Así, si bien es cierto que hemos tenido presidentes férreos y personalistas que han asumido por sí y ante sí todos los poderes (caso Leguía), también es cierto que han existido casos contrarios, como Prado en su segundo período, en el cual dejó prácticamente el país en manos de sus ministros mientras él se dedicaba a viajar. Estos últimos podrían ser denominados, si cabe la expresión, presidentes "ministeriales". Es decir que se limitan a dar los grandes lineamientos generales, y dejan a sus ministros el manejo de la cosa pública. Belaunde en su primer período fue, sin lugar a dudas, un presidente que manejó directamente el aparato del Estado, en lo que tuvo destacada participación; en su segundo período, por el contrario, deja gran margen de libertad a sus ministros y bien podría ser calificado como "ministerial".

Dentro de este sistema presidencialista (ratificado por la historia política de los últimos cien años), se han insertado algunos elementos parlamentarios; entre ellos, el voto de censura que hoy ha sido tan notoriamente mediatizado. Pero estos elementos parlamentarios insertados en nuestra estructura constitucional son de menor cuantía y no alteran la naturaleza jurídica del sistema, que bien puede seguir llamándose presidencialista. La presencia de un gabinete y de un presidente del mismo, no han creado una figura independiente del jefe del Estado, ni menos le ha conferido un espacio político y jurídico propio. Que al presidente del Gabinete se le endosen algunas tareas (como lo hizo el gobierno militar al crear la Oficina del Primer Ministro) es algo

saludable y hasta recomendable, sobre todo, para aquello que no tiene adónde ir, y busca un refugio en alguna entidad, nueva o creada. Pero este crecimiento de atribuciones administrativas no modifica los alcances de la figura del premier, que es premier porque es ministro de Estado y no al revés.

Lo que ha pasado en estos días es, pues, no un cambio ni un relevo de gobierno, sino simplemente un cambio de gabinete, que es muy distinto. El gobierno está presidido por el Presidente de la República, y por nadie más. El resto, incluidos premier y ministros, son sus colaboradores y auxiliares, aun cuando sean de muy alto nivel. El gobierno no cambia, sigue hasta 1985. Las estaciones en el camino no alteran su sentido ni su trayectoria.

§ 35

HABEAS CORPUS Y AMPARO

I (*)

El 8 de diciembre último, dos días antes de la fecha conmemorativa de los derechos humanos, fue publicada en el diario oficial "El Peruano" la Ley 23506 que regula las acciones de Habeas Corpus y Amparo, acorde con los lineamientos de la nueva Constitución Política del Estado.

El texto, que durmió un año entero en las Cámaras, ha salido en forma tardía pero bastante oportuna, pues ha coincidido, sin quererlo, con la entrada en funcionamiento del flamante Tribunal de Garantías Constitucionales, que precisamente tendrá a su cargo la revisión en casación de las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo. Hagamos, pues, una breve historia de esta ley fundamental y destaquemos su importancia dentro de nuestra historia legislativa.

La primera ley de Habeas Corpus que existió en el Perú, fue promulgada en octubre de 1897, durante la administración de Piérola. Fue para nosotros grande la sorpresa el constatar (cosa en la que nadie había reparado), que el ilustre caudillo vetó la ley, y ésta tuvo que ser promulgada por el entonces presidente del Congreso, Manuel Candamo más tarde fugáz Presidente de la República* por el partido civilista (1903). Esta primera ley -tomada en realidad, de experiencias análogas e inspirada en la tradición jurídica anglosajona-, está destinada exclusivamente a la protección de la libertad individual, a la cual también y por comodidad podría llamarse, aun cuando conlleve equívocos, libertad física. Es interesante destacar que, si bien todas las Constituciones

(*) *Expreso*, 9 de enero de 1983.

del Perú consagran la libertad individual, desde el punto de vista práctico ésta se encontraba sin medio de defensa; esto lo proporcionó recién el Habeas Corpus que, como decimos, se consagra mediante ley expresa en 1897.

Posteriormente se promulgan dos leyes procesales, ambas referidas al Habeas Corpus (1916), y en 1920, la Constitución de ese año lo consagra al más alto nivel. El instituto de Habeas Corpus adquiere por vez primera categoría constitucional, pero limitado, de acuerdo al esquema inicial, a la protección de la libertad individual. Conviene rescatar este hecho, o sea, que el Habeas Corpus adquiere rango constitucional recién en 1920, porque muchos, incluso los constituyentes de 1978, pensaron que ellos eran los que por primera vez lo hacían (véase al respecto la Exposición de Motivos del proyecto constitucional publicado en "El Peruano" el 1 de abril de 1979). Normas procesales sobre el Habeas Corpus son luego incorporadas en el Código de Procedimientos Penales de 1920 y reiteradas en el vigente de 1940. Por otro lado, la Constitución de 1933 consagró también el Habeas Corpus, pero ampliándolo para la defensa de todos los derechos individuales y sociales. Por último el gobierno militar, mediante Decreto Ley 17083, estableció nuevas normas procesales para la defensa del Habeas Corpus, distinguiendo la vía civil de la penal, lo cual indudablemente constituyó un acierto legislativo.

Del rápido recorrido antes efectuado, se desprende lo siguiente; existe a fines del siglo XIX una primera ley de Habeas Corpus, minuciosa y precisa, que reglamenta la institución para la defensa de la libertad individual. Posteriormente el Habeas Corpus aparece reglamentado en leyes incidentales (como las de 1916) o dentro de Códigos sobre procedimientos penales (1920 y 1940) o en leyes parciales (Decreto Ley 17083). Frente a esto cabe resaltar, por su organicidad, la nueva Ley de Habeas Corpus y Amparo, que es una totalidad en cuanto a señalamiento de derechos y procedimientos, en forma acabada y coherente y que constituye de esta suerte, a nuestro criterio, la mejor ley que sobre la materia ha tenido la República; la primera en lo que va de siglo, y la segunda en toda nuestra historia republicana.

II (*)

En nuestro anterior artículo, hicimos una referencia a los antecedentes históricos y legislativos de la Ley de Habeas Corpus y Amparo recientemente promulgada por el Poder Ejecutivo. Conviene ahora hacer una reseña de las fuentes de la ley, para mejor comprensión de la misma.

Lo que nos proponemos contestar, en esta oportunidad, es la siguiente pregunta. ¿De dónde salió esta ley y cuáles fueron sus vicisitudes?

En agosto de 1981, recibimos la llamada telefónica del flamante Ministro de Justicia, Enrique Elías. Solicitaba nuestra colaboración para preparar un anteproyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo en la cual él tenía vivo interés. Se nos dio libertad para proponer el nombramiento de una comisión especial, y ella quedó finalmente constituida en setiembre de ese mismo año. Se trabajó intensamente durante varias semanas y se entregó las conclusiones al Ministro en diciembre de 1981. Sus integrantes, Pedro Armillas Gamio, Alberto Borea Odria, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María, supieron desplegar cada uno sus habilidades para que el texto del anteproyecto quedase a punto en la fecha prevista; se contó asimismo con la infraestructura del Ministerio de Justicia. Se trabajó teniendo en cuenta los antecedentes existentes en el país, la legislación y la doctrina extranjera, y dos valiosos proyectos que nos fueron de gran utilidad: el de Javier Valle-Riestra, referido al Habeas Corpus, y el de Alberto Borea, en lo relativo al Amparo. Nuestro anteproyecto, así como la meditada exposición de motivos que la precedió, fueron publicados en "El Peruano" durante el mes de febrero de 1982. Ahí tiene el lector una explicación más que suficiente de lo que se hizo y lo que se quiso, hoy más válido que nunca, pues la ley recién promulgada conserva, en lo esencial, los lineamientos de nuestro anteproyecto.

Las vicisitudes que tuvo el anteproyecto fueron, en realidad, varias y muy diversas. El trabajo de la comisión fue sometido, como era de esperarse, a una revisión metódica por los asesores del Ministro de

(*) *Expreso*, 17 de enero de 1983.

Justicia, el cual -a su vez- lo circuló entre todos los ministros. Esto obligó a algunas enmiendas, la mayoría de las cuales eran, sin lugar a dudas, acertadas; otras no lo eran tanto. Luego fue aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Parlamento. Ahí empezó, en realidad, su vía crucis. La Comisión de Constitución del Senado realizó un estudio prolijo del proyecto, sin modificarlo sustancialmente, y en nuestra opinión perdiendo el tiempo inútilmente. En primer lugar esta comisión preparó una exposición de motivos al proyecto de ley, lo cual era innecesario en esta clase de proyectos y, aún más, cuando se la hizo cometiendo graves errores conceptuales e históricos. Acto seguido, el proyecto venido del Ejecutivo fue sometido a una operación quirúrgica que consistió en una corrección del estilo de todo el proyecto que incluía hasta los puntos y comas y el cambio en el orden de las palabras. Es decir, se rehizo el proyecto diciendo lo mismo con otras palabras, y con un balance desfavorable, pues en la nueva versión se utilizaron barbarismos y anacronismos que pasaron desapercibidos para todos (lo que demuestra hasta qué punto necesita el Parlamento de una revisión radical de su método de trabajo).

El proyecto, luego de este maquillaje, fue aprobado sin debate por el Senado y remitido, de inmediato, a la Cámara de Diputados, donde durmió el sueño de los justos (y también de los injustos). Ahí no se hizo nada, lo cual confirma manera elocuente que la Cámara de Diputados, es la cámara política por excelencia. Al debatirse en el plenario -a tenor de las informaciones periodísticas- hubo serios problemas, y al parecer la bancada gobiernista se empeñó en bloquear el proyecto o, en todo caso, en desmantelarlo, con lo cual hoy tendríamos una ley autoritaria y no democrática. Felizmente la sangre no llegó al río y, con unas cuantas enmiendas, quedó aprobado formalmente, se devolvió el proyecto al Senado para lo no insistencia, y de ahí al Ejecutivo, que lo promulgó de inmediato.

Si quisiéramos sintetizar el contenido de la Ley, podríamos decir lo siguiente: protege o está destinado a la protección de todos los derechos fundamentales, sea la libertad individual (Habeas Corpus), sea los demás derechos fundamentales (Amparo). En el primer caso, se utiliza la vía penal; en el segundo, la vía civil. Ambos, pero más el

primero (libertad individual) que el segundo (demás derechos fundamentales) tienen un procedimiento rápido y expeditivo, bajo la idea central de que estas dos acciones deben ser rápidas, sin formalismos ni trabas, y que, de ser posible, tengan efectos fulminantes, en resguardo de los derechos de la persona. El propósito de la ley felizmente no frustrado, ha sido hacer un dispositivo legal claro, que cumpla un rol de eficiente pedagogía jurídica, dirigida no sólo al ciudadano común y corriente, sino a nuestros jueces, tan necesitados de información, sobre todo para los que ejercen sus funciones alejados de las grandes ciudades.

III (*)

Decíamos en nuestro último artículo cuáles eran las excelencias de la nueva ley de Habeas Corpus y Amparo, así como los propósitos que se tuvo al elaborarla; entre ellos, hacer un texto claro y preciso que, a la vez que reglamentase dos instituciones procesales básicas de la nueva Constitución, fuese un instrumento de divulgación que cumpliera un rol pedagógico entre jueces y abogados. Creemos que este rol lo puede cumplir, y esperamos que así sea: más aún cuando, repetimos, es una ley muy positiva para la defensa de los derechos fundamentales. Esto no significa que no tenga algunos defectos que, aun cuando no alteran su sentido, sin duda la desmerecen en algo. Y a eso queremos dedicar esta tercera y última entrega periodística sobre la nueva ley.

Aun cuando pueda parecer vanidad, lo cierto es que los defectos o errores de la Ley de Habeas Corpus y Amparo son precisamente aquéllos que se han introducido en el Congreso, y más exactamente, en la Comisión de Constitución del Senado, que trabajó y asumió, por sí y ante sí, la tremenda responsabilidad de revisar esta ley, careciendo, como los hechos lo demuestran, de la infraestructura y la competencia necesaria para ello. Si bien son a la larga peccata minuta, creemos que es nuestro deber señalar algunos de ellos.

Así, en lo referente a la libertad individual y a la procedencia del Habeas Corpus, la Comisión de Constitución del Senado eliminó la

(*) Expreso, 23 de enero de 1983.

referencia al plazo especial que regulan los tratados de extradición, tales como el llamado Código Bustamante, y que ha merecido reiterada jurisprudencia a favor; igualmente nuestro proyecto hablaba de la defensa frente a los que no "otorgasen o renovasen el pasaporte", recogiendo el expreso mandato constitucional, y la Comisión del Senado lo sustituyó por la fórmula "privación del pasaporte", la cual se totalmente inocua. En efecto ¿qué dictadura ha privado del pasaporte a nadie? Lo que ha sucedido es que éste no se renovaba por negativa del Cónsul, como sucedió durante el gobierno militar, que es distinto. Vemos, pues, que por el prurito de cambiar el estilo a las cosas, a la larga, se desfigura el mandato constitucional.

Otro aspecto que mereció la censura de la Comisión de Constitución del Senado fue el relativo a la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que debía estar en esta ley y no en la del Tribunal. En efecto, no sólo es más práctico que en una ley se encuentre toda la mecánica procesal, sino que la ley orgánica del Tribunal sólo se debe ocupar de su funcionamiento, y nada más (Art. 303 de la Constitución) ¿Ha pensado alguien que el juicio de alimentos puede regularse en la Ley Orgánica del Poder Judicial?

Un último punto importante, y que puede traer complicaciones, es el relativo a la intervención del Ministerio Público en la tramitación de las acciones de amparo. Fue propósito de la comisión redactora del anteproyecto que el Ministerio Público no interviniese para nada en estas acciones de garantía, toda vez que la experiencia demuestra que el previo dictamen fiscal lo único que hace es demorar la resolución del Juez. Aún más, no teniendo estas acciones de garantía la naturaleza de un juicio sino de un incidente, no tenía sentido esta intervención, que no hacía más que agravar la pesada carga que ya tiene sobre sus espaldas el Ministerio Público. Por eso, el artículo 45 de la ley, respetando el contenido del proyecto deroga el inciso 8) del artículo 89 del Decreto Legislativo No.52, que precisamente prescribe la participación del Ministerio Público en las acciones de Amparo.

Ahora bien, la Comisión de Constitución del Senado, por motivos

que nadie conoce, aunque todos respetamos, introdujo la intervención del Ministerio Público o sea del Fiscal para que dictaminase en todos los casos de amparo, y ante la Corte Superior (Art 34 de la ley). Pero al mismo tiempo que introducía o confirmaba la intervención del Fiscal en el artículo 34 de la ley, más abajo, en el artículo 45, derogaba precisamente esa intervención del Fiscal que antes propiciaba. Es decir, se borraba con la izquierda lo que se había hecho con la derecha ¿Qué hacer ante esto?

La contradicción antes señalada sólo se explica y se comprende dentro de la actual estructura legislativa que tiene el Parlamento, y que reclama a gritos una reforma. En efecto, en el caso concreto planteado ¿qué harán los jueces ante esta tremenda contradicción? Nuestra opinión, atendiendo al sentido de la propuesta, a la trayectoria de la misma y a la derogatoria expresa, es que el Ministerio Público no debe intervenir en la tramitación de las acciones de Amparo. Es lo que deseamos en bien del amparo mismo.

§ 36

EL CASO LIBERONA

I (*)

El reciente caso del ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk no sólo ha impactado a la opinión pública por lo que significa, sino que ha puesto seriamente en duda la sinceridad del gobierno en su defensa de los derechos humanos. En efecto, si bien nadie discute la potestad que tiene todo gobierno de aplicar una política determinada a los extranjeros que habitan en su suelo, es claro que en este incidente se ha actuado con torpeza y con ignorancia. Veamos cómo.

El 28 de diciembre de 1982, casi al filo de la medianoche, Hernán Liberona fue detenido por las autoridades policiales acusado de presuntas actividades terroristas, las que en términos policiales se conoce como sabo-terrorismo. Existe, además, la acusación de que estaba dedicado a actividades políticas, y como quiera que tiene la calidad de No Inmigrante Residente, se opta por cancelársele su respectiva Visa el 11 de enero de 1983; todo esto, en un período en el cual sigue detenido, aun cuando no siempre en el mismo sitio. El día 12 de enero se interpone acción de Habeas Corpus en su defensa. El día 13 de enero, se realiza la audiencia, estando presente tanto el Juez Instructor como el Ministro del Interior y se comprueba, en la misma sede del Ministerio, la detención arbitraria del ciudadano chileno. Al día siguiente, 14, el Juez emite el auto de Habeas Corpus ordenando la inmediata libertad del detenido. Esta resolución judicial es notificada recién el día 16 de enero, casi simultáneamente a cuando Liberona se embarca, dizque libremente, rumbo a la ciudad de Guayaquil.

¿Cuál es el argumento dado por el oficialismo para justificar la detención primero y la expulsión después, del ciudadano chileno? El

(*) Expreso, 31 de enero de 1983.

comunicado oficial del 19 de enero señala estos hechos saltantes: a) la detención de Liberona demostró que tenía en su poder propaganda política contra el actual gobierno de la República de Chile, por lo que fue puesto a disposición de Seguridad del Estado, por presuntas actividades de sabotaje, terrorismo y contra la Seguridad Nacional; b) el detenido ha reconocido haber participado en actividades políticas; c) en virtud de lo anterior, se le canceló su Visa de Residente, y se le invitó a salir del país, escogiendo el lugar de destino; d) no ha sido dictada ninguna orden de expulsión contra Liberona; e) su viaje a Ecuador lo decidió el mismo Liberona, en forma espontánea y libre. Hasta aquí el informe oficial.

La resolución judicial de fecha 14 de enero de 1983 tiene los siguientes puntos: a) que la detención del ciudadano chileno no ha tenido justificación alguna, y que en todo caso se habría infringido la legislación de extranjería b) que carece de toda justificación mantener detenido a Liberona por más de 15 días; c) que las autoridades no han tenido el propósito de trasgredir la Ley de Habeas Corpus y Amparo; d) ordena como conclusión la inmediata libertad del detenido Liberona.

Los hechos antes señalados, merecen un análisis detenido en torno a diversos supuestos fácticos y legales. En primer lugar, hay que señalar la resonancia política que ha tenido este incidente, como era de esperarse por la forma como se han conducido las autoridades responsables. Es muy loable, por cierto, el interés que han demostrado en esta ocasión algunas personalidades políticas. Pero ¿se ha procedido igual en situaciones análogas? ¿Qué se hizo en el caso del marinero soviético, del cual nadie ha dicho absolutamente nada?

Los derechos humanos pertenecen a todos y no sólo a algunos, y se sitúan por encima de las banderías y los intereses partidarios, prestando atención tan sólo al hombre y a las libertades que le pertenecen irrevocablemente.

II (*)

El segundo aspecto que hay que considerar en el caso Liberona, es si realmente, éste realizaba o no actividad política en el país, y que ésta fuese contra el actual gobierno de nuestra vecina nación sureña. Según se indica en el comunicado oficial, Liberona efectivamente hacía política; según afirma su abogado defensor, esto no es cierto. En todo caso, la documentación encontrada en su poder no es mérito suficiente para lanzar tal acusación.

Ahora bien, en el supuesto de que sí hubiese estado haciendo política ¿quién de los actuales gobernantes podría echar la primera piedra? ¿O es que acaso se olvidan de cuando ellos fueron también deportados políticos? Lo que interesa, en realidad, es saber si esa actividad política compromete o no la seguridad del Estado o las relaciones con nuestro vecino país Y, al parecer, esto no ha ocurrido o, por lo menos, no se ha demostrado. Los argumentos del Comunicado Oficial son débiles, y no resisten el menor análisis.

Vayamos más lejos en esta hipótesis, y admitamos que Liberona hacía política o, en su defecto, que su presencia no era conveniente para los intereses del gobierno. Nadie niega ni menos discute que el Estado tiene la facultad de cambiar un status migratorio; así lo establecen las leyes de la materia. Existe, como se sabe, todo un procedimiento en la Ley de Extranjería que contempla precisamente esta situación, señalando que la expulsión de un extranjero sólo procede con opinión previa del Consejo de Ministros. Cabía, pues, este recurso, o en su defecto era también procedente cancelar la Visa de Residente que tenía Liberona, y otorgarle el plazo de ley para abandonar el país. Aún más la cancelación de la Visa es parte de un proceso administrativo que conlleva apelación y fallo final y, luego de ello, un plazo entre 5 y 15 días para arreglar sus cosas e irse del país. Todo esto es válido y legalmente aceptado desde hace muchos años, y se podía hacer, pero sin detención física. Cabe preguntarse ¿por qué se detuvo a Liberona tantos días, cuando la cancelación de una visa es un procedimiento administrativo

(*) Expreso, 1° de febrero de 1983.

que no conlleva detención? Si realmente no se ha probado nada ¿por qué una detención prolongada y arbitraria, que terminó en la misma escalinata del avión?

¿Qué es en realidad, lo que ha sucedido aquí? Por los hechos reseñados, se desprende en forma bastante nítida que aquí hubo, efectivamente, una detención indebida, más allá del plazo de ley, y que las autoridades en lugar de enmendar los hechos, contribuyeron a agravarlo. En efecto, ¿es concebible que con un Habeas Corpus en trámite, perfectamente conocido, se proceda a la expulsión de un detenido? ¿se puede acaso concebir mayor torpeza que expulsar del país a una persona, cuando se sabe perfectamente que hay una acción judicial en curso? ¿O es que acaso no interesan los mandatos judiciales? Nadie en su sano juicio puede pensar que Liberona, por propia iniciativa, ha comprado un boleto de avión, concurre hasta el aeropuerto y sube también por propia iniciativa las escalinatas del avión. Lo que los hechos demuestran es que a la detención indebida se ha sumado el desconocimiento de un fallo del Juez y, adicionalmente, la expulsión inmotivada de un residente en el país, violando de esta suerte la Constitución del Estado, la Ley de Extranjería y la Ley de Habeas Corpus y Amparo. Al Ministerio del Interior le toca responder por esta triple violación de la Constitución que hace poco ha jurado defender.

Tampoco el proceder del juez instructor, ha sido muy saludable, por decir lo menos. Ha actuado con ostensible negligencia, a tal extremo, que debió haber ordenado la inmediata libertad del detenido en presencia misma del Ministro del Interior, y no esperar la notificación por escrito, llegada tardíamente. Falló también el juez al no ordenar abrir instrucción contra quienes resulten responsables, empezando por el Ministro del Interior. Todo esto ha sido felizmente corregido por el Tribunal Correccional, en un fallo que honra al Poder Judicial.

III (*)

La historia del Poder Judicial ha sido, por lo menos en los últimos sesenta años, bastante azarosa. Ha tenido periodos brillantes, ágiles, pero la mayoría han sido opacos, por no decir francamente oscuros. En esto, como en todo, ha habido notables excepciones: magistrados integérrimos que han asumido posiciones francas, tanto frente a los dictadores militares como a los gobiernos civiles. Pero así como una golondrina no hace verano, tampoco una excepción desvirtúa la regla, sino que por el contrario, la confirma.

Todo esto, por cierto, está enmarcado dentro de una problemática más amplia en torno a la denominada autonomía del Poder Judicial. Ella tiene, por cierto, diversas facetas, una de ellas, y quizá la fundamental, es la económica, y la otra, el problema de los nombramientos. Ambas no han sido solucionadas, y no creo que lo sean a corto plazo. En cuanto a la primera, es claro que ni siquiera en las actuales circunstancias, dispone el Poder Judicial del porcentaje presupuestal que manda la Constitución del Estado (y esto se comprueba con las diversas carencias que se notan en el aparato judicial, desde máquinas de escribir hasta la presencia de códigos y leyes). El otro, el problema de los nombramientos, todavía no se ha solucionado. Si bien es cierto que el Consejo Nacional de la Magistratura, ha logrado un alto nivel de eficiencia, con miembros libres de toda sospecha, lo cierto es que en la elección final, por lo menos en primera y segunda instancia, priman factores políticos o personales. Existen además otros factores que acosan no sólo al Poder Judicial, sino a todas las instituciones públicas y privadas, expresión del subdesarrollo que afecta al país.

Pero lo anterior, siendo cierto, no nos debe dejar paralizados. Constatadas tales carencias, no por eso debemos rendirnos, sino continuar el camino. Es decir, avanzar con lo que contamos, intentando hacer las mejoras, dentro de los marcos, aun cuando sean estrechos, en que vivimos actualmente. Dentro de este orden de ideas, algo fundamental para el ciudadano común y corriente y para los abogados en general, es la independencia del Poder Judicial. Y por independencia no entendemos

(*) Lu República, 8 de febrero de 1983.

algo abstracto, sino algo concreto y muy modesto: independencia de los otros poderes, independencia de las presiones, y respeto a la Ley. Se puede argüir que la ley es mala, o que la ley es expresión de intereses inconfesables. Pero aun siendo esto verdad, tenemos la ventaja de la previsibilidad. Esto es, que con sus defectos y limitaciones sabemos que existe una ley promulgada de antemano y podemos saber que contamos con reglas de juego previas. Podemos ir más lejos aún y circunscribirnos al campo de los derechos fundamentales, que como se sabe han sido recogidos tan generosamente por nuestra Constitución vigente. En este caso concreto, los derechos fundamentales o, mejor dicho, derechos humanos, por lo menos en su versión clásica, son aceptados por todos, de suerte tal que forman, por lo menos en Occidente, una especie de patrimonio cultural. Derechos tales como la libertad de pensar, de expresarse, de circular, de exponer libremente sus ideas, entre tantos otros, son hoy verdaderos principios inconcusos. Por eso frente a ellos, tan precisamente consagrados en nuestra Carta Magna, y regulados en cuanto a su procedimiento en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, de tan reciente promulgación, lo que se esperaba del Poder Judicial es su amplio amparo, sin escamoteos, como sucedió en anteriores oportunidades.

Esta es la situación precisamente del ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk indebidamente detenido por las autoridades durante un plazo excesivo, y posteriormente extrañado del país, no obstante que se encontraba en curso una acción de Habeas Corpus en su defensa.

El auto del Juez Instructor, si bien ordenó la inmediata libertad del detenido, fue, sin embargo, débil en muchos de sus puntos, e incompleto en otros. Aparte de algunas omisiones y la lenidad demostrada, no hizo referencia expresa, como era saludable, a los Pactos de Derechos Humanos aprobados por las Naciones Unidas, y plenamente vigentes para el Perú.

Apelada la resolución del Juzgado, ésta fue recepcionada por el Décimo Tribunal Correccional de Lima, que vio el caso en resonante audiencia pública, con la brillante intervención de Javier Valle-Riestra, vitalicio defensor de los derechos humanos. La resolución final del

Tribunal no se hizo esperar y fue contundente: confirma la inmediata libertad de Liberona, dejando expedido su derecho de retornar al país, ordena remitir copias de todo lo actuado a la Cámara de Diputados, observándose el conducto regular, para los fines de la acusación constitucional al Ministro del Interior, por haber incurrido en responsabilidad penal, y dispone se formule denuncia contra el Director de Migraciones, contra el Juez Instructor, multando al Secretario de Juzgado.

Con independencia de las consecuencias políticas de este fallo judicial, hay que felicitarse de la limpidez y prontitud con que se ha emitido, reafirmando así la libertad que todos tienen en suelo peruano, tanto nacionales como extranjeros. La resolución emitida por el Tribunal honra a sus miembros, y nos confirma no sólo las ventajas de vivir en una democracia (a la que se reafirma precisamente con estos gestos), sino la conveniencia de que el Poder Judicial no tenga limitaciones ni ataduras de ninguna especie con los demás órganos del Estado.

IV (*)

AL 14 JUZGADO DE INSTRUCCION

FERNANDO GRADOS LAOS, periodista, peruano. L.E. 3614480. L.M.2423702560, señalando domicilio legal en la Av. Arequipa 340 oficina 404, señas del Estudio Valle-Riestra, respetuosamente me apersono y digo:

QUE interpongo, conforme al art. 295 de la Constitución de la República y al inciso 8o del artículo 12 de la ley 23506 acción de HABEAS CORPUS a efecto, por vulnerarse la libertad individual del asilado político chileno Hernán Liberona, se le ponga en inmediata libertad por el Ministro del Interior, cuyo titular, Fernando Rincón Bazo, es responsable de la ilegal medida.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: En Chile desde 1973 impera una feroz dictadura militarista que luego de derrocar al régimen constitucional del Dr.

(*) Se insertan las piezas principales del expediente.

Salvador Allende G. impuso un sistema de terror con muertos, ejecutados, desaparecidos encarcelados y exiliados.

SEGUNDO: El súbdito chileno Hernán Liberona es un sindicalista de izquierda que se haya (sic) refugiado en el Perú desde hace años habiendo sido reconocido su status de refugiado el comisionado de Naciones Unidas competente.

TERCERO: A comienzos de la semana pasada, Liberona, tal como aparece de los recortes anexos, fue arrestado por la policía en posesión de octavillas, contra la dictadura chilena y conducido a los calabozos de la prefectura, donde permanece hasta hoy.

CUARTO: El súbdito asilado no ha cometido ninguna infracción punible que justifique su arresto policial por más de 24 horas ni por 15 días ya que no se le imputa terrorismo, espionaje o tráfico de drogas. No es concebible que esté arrestado con miras a expatriarlo hacia Chile porque su vida y su seguridad jurídica corren peligro. Tampoco es aceptable su exilio hacia un tercer país porque por los mecanismos extradicionales la Interpol-Santiago puede perturbarlo e intentar extraditarlo ya que por las autoridades del Mapocho se le imputan imaginarios delitos contra el orden público de esa República.

QUINTO: El Ministro del Interior está en una posición inflexible y antidemocrática, incluso se ha negado a conversar con autoridades de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“

I

Artículo 108° de la Constitución de la República: El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. Si se dispone la expulsión de un asilado político, no se le entrega al país cuyo gobierno lo persigue.

II

Artículo 12° de la Ley de Habeas Corpus No. 23506. Se vulnera o amenaza la libertad individual y en consecuencia procede la acción de Habeas Corpus, enunciativamente en los siguientes casos:

8) El del extranjero a quien se ha concedido asilo político de no ser expulsado al país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.

III

Esta acción es informal: no requiere de papel sellado, boleta única de litigante o firma de letrado estando a lo expuesto por el artículo 13.

Tampoco es necesario que el perjudicado firme el Habeas Corpus. Puede hacerlo un tercero, ése es mi caso. Así aparece del art. 13 supracitado.

No es necesario que sea ante el juez de turno; el art. 15 expresa "conoce de la acción de Habeas Corpus cualquier juez de instrucción del lugar donde se encuentra el detenido".

IV

Esa es la reacción democrática frente a los prevaricatos de los jueces de antaño que por miedo al Poder burlaron los Habeas Corpus con pretextos baladíes o exigiendo juramentos formularios. Para mayor abundamiento se le ha dado una nueva redacción al Art.355 del Código Penal.

Art. 355.- Cuando la conducta del juez fuese entorpecedora de las acciones de Habeas Corpus y amparo; o cuando no decretase la inmediata libertad del arbitrariamente detenido; o cuando no amparase los derechos de reunión o de prensa probada e inconstitucionalmente conculcados, será reprimido con prisión efectiva no menor de un año, pérdida del cargo y prohibición de reincorporarse o reingresar por cualquier medio al poder judicial.

Por lo expuesto:

AL JUZGADO DE INSTRUCCION SUPLICO:

Que habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y proveyéndolo disponer que el Ministerio del Interior presente en el día al detenido Liberona y explique su conducta y luego de comprobada la detención arbitraria ponerlo en inmediata libertad dando cuenta al Superior Tribunal.

OTROSI DIGO: Que por ser una acción que debe entenderse con el Estado se cite al señor Procurador General de la República encargado de los asuntos del Ministerio del Interior.

OTROSI DIGO: Que señalo domicilio legal en la Avenida Arequipa 340 -oficina 404. Lima, despacho del Estudio Valle-Riestra.

Lima, 12 de Enero de 1983.

FERNANDO GRADOS LAOS (una firma)

Señor: **FERNANDO GRADOS LAOS**

Domicilio: Av. Arequipa 340 Oficina 404

En el recurso de Habeas Corpus presentado por don Fernando Grados Laos a favor de Hernán Liberona, el señor Juez Titular del Décimo Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima, que despacha el doctor Aurelio Juan Almóguer S., se ha dictado la resolución siguiente:

Lima, doce de Enero de mil novecientos ochentitrés. - Por presentado en la fecha y de conformidad con el artículo dieciséis de la Ley número veintitrés mil quinientos seis: Constitúyase el Titular del Juzgado en el Despacho del señor Ministro del Interior don Fernando Rincón Bazo el día trece a las nueve y treinta de la mañana, oportunidad en la que deberá presentar al detenido Hernán Liberona y explicar los motivos de la detención y su conducta, notificándose a las partes y cursándose los oficios correspondientes, dándose aviso al Superior Tribunal. Al primer otrosí: Notifíquese al señor Procurador General de la República encargado de los asuntos del Ministerio del Interior doctor Nicolás de Piérola y

Balta el tenor del recurso y de la presente resolución.- Al segundo otrosí: Téngase presente por Secretaria.- Fdo. Aurelio Juan Almóguer Solano.- Juez Instructor.- Fdo. Raúl Espichán Tumay.- Secretario de Juzgado.

Lo que notifico a Ud. con arreglo a ley, en Lima, a doce de enero de mil novecientos ochentitrés.

RAUL ESPICHAN TUMAY

Secretario del Décimo Cuarto
Juzgado de Instrucción de Lima
(Sellos y firma)

DILIGENCIA DE HABEAS CORPUS

En Lima a trece de Enero de mil novecientos ochentitrés, siendo las once de la mañana, se constituyó el personal del Juzgado al Ministerio del Interior, para los efectos de la diligencia ordenada en el recurso de Habeas Corpus presentado por don Fernando Grados Laos a favor de Hernán Liberona.... Dándose comienzo a la diligencia el señor Juez se constituyó en el cuarto piso del edificio del Ministerio del Interior, siendo atendido por el personal de servicio, quien prestó el inmediato acceso y atenciones al señor juez, procediendo a ingresar al Despacho Ministerial, siendo recibido por el Señor Ministro en el Despacho, don Fernando Rincón Bazo, natural de Tacna, de cuarenticuatro años de edad. Fue presente el señor Procurador General de la República, encargado de los asuntos de los Ministerios del Interior y de Justicia, doctor Nicolás de Piérola y Balta, identificado con Libreta Electoral número veintisiete setenticinco dos treintisiete.- En este estado el señor Juez de conformidad con el artículo dieciséis de la Ley veintitrés mil quinientos seis, hizo de conocimiento del señor Ministro el tenor del recurso presentado a favor de Hernán Liberona, solicitándole diera las explicaciones necesarias sobre su detención.- El Secretario dio lectura al recurso, expresando el señor Ministro lo siguiente: Que no ha sido notificado por el Juzgado para la presente diligencia y que ha tomado conocimiento de ella a través del señor Procurador General de la

República, que ello no obstante, no tiene inconveniente en llevar a cabo la diligencia, pues tiene por norma dar todas las facilidades al Poder Judicial para el cumplimiento de sus altas funciones; que entrando al recurso presentado debo manifestar en primer lugar que dicho recurso se funda en el inciso octavo del artículo doce de la Ley veintitrés quinientos seis, referente al caso de asilados políticos y que no resulta pertinente, ya que el ciudadano chileno Liberona, ingresó al Perú como turista y luego solicitó y obtuvo la condición de no inmigrante residente, condición que ha mantenido hasta hace doce días, en que la Junta Calificadora de Extranjeros de conformidad con la legislación de Extranjería, le canceló la visa de no inmigrante residente en virtud de que el ciudadano chileno Liberona había realizado actividades políticas y por razones de seguridad y de conformidad con la Ley de Extranjería que prohíbe a los extranjeros el realizar todo tipo de actividades políticas, por todo ello, el ciudadano chileno Liberona se encuentra en el caso previsto por el inciso nueve del artículo doce de la Ley veintitrés quinientos seis, que establece que es derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes, ingresar, transitar o salir libremente del territorio nacional, en consecuencia de violarse este derecho, le correspondería los beneficios del Habeas Corpus, sin embargo la salvedad del inciso nueve, que establece que no procede este recurso en aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad, en el caso del ciudadano Liberona, la violación de la Norma de Extranjería ha determinado su detención, se le retira la condición de inmigrante no residente y que se le pida que abandone el país, pudiendo elegir el país hacia el que desea trasladarse. En este estado el señor Ministro puso a la vista del señor Juez la ficha de no inmigrante residente del ciudadano Hernán Liberona, así como el Parte Policial elaborado por la Policía de Investigaciones, fotocopias de cuyos documentos hizo entrega al Juzgado para que se agreguen a los autos.- El señor Ministro agrega: que el ciudadano chileno Liberona no tiene la condición de asilado político, porque no se le ha otorgado tal condición ya que como ha manifestado anteriormente ingresó al Perú como turista y luego solicitó y se le concedió la condición de no inmigrante residente.- Que Hernán Liberona fue detenido el veintinueve de diciembre por la Guardia Civil del Perú, al habersele incautado folletos en gran cantidad sobre asuntos políticos, habiendo permanecido

luego sujeto a investigación tanto por parte de la Guardia Civil, como de la División de Investigaciones Especiales, hasta el día diez de los corrientes en que se le puso a disposición de Extranjería para que determine su situación al haberse comprobado que ha incurrido en violación de las leyes de extranjería por dedicarse a actividades políticas; que el día once de los corrientes como ya se indicó, le ha sido cancelado el status de no inmigrante residente en el Perú, por lo cual debe abandonar el país. Sobre este particular debe precisarse que no es exacto lo indicado en la denuncia en el sentido de que el Ministerio del Interior tenga intención de expatriarlo hacia Chile, por el contrario, no existe tal propósito y se le deja en libertad para que escoja libremente el país, hacia el cual desea dirigirse, permaneciendo mientras tanto en calidad de detenido por razones de seguridad nacional; haciendo presente que la Resolución de la indicada Junta es de fecha once último, cuya copia oportunamente será remitida al Juzgado, así mismo el señor Ministro del Interior desea expresar que no es exacto lo indicado en el quinto párrafo del recurso de Habeas Corpus en el sentido de haberse negado a conversar con autoridades de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados; sobre el particular debe precisar que en ningún momento ha sido requerido o llamado por los señores diputados miembros de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados; sobre este particular, finalmente el señor Ministro expresó que durante el proceso de la investigación desde un primer momento se notificó a la Fiscalía Provincial de Turno y el mencionado ciudadano chileno ha tenido la asistencia de su abogado y la asistencia médica requerida por él mismo; que al respecto se ha completado la investigación, la cual ha concluido con el informe de la Junta Calificadora de Extranjería. En este estado se hizo entrega de la ficha de inscripción correspondiente a Luis Hernán Liberona Clerk y el oficio cero veintiuno de fecha doce de enero último relativo al informe formulado por la Oficina de Seguridad de la Dirección General de Migraciones, fotocopias en fojas dos que fueron agregadas al presente cuaderno.- En este estado el señor Juez solicitó la presencia del ciudadano extranjero Hernán Liberona, quien presente, dijo llamarse Luis Hernán Liberona Clerk, hijo de Ernesto y de María, de nacionalidad chilena, natural de Santiago, nacido el siete de mayo de mil novecientos veintisiete, de religión

católica de ocupación industrial, grado de instrucción estudios superiores, y domiciliado en la Avenida Petit Thouars novecientos noventicuatro, departamento seiscientos tres, Santa Beatriz, Lima - El señor Liberona expresa al señor Juez que no ha tenido conocimiento del recurso de Habeas Corpus, presentado a su favor por el periodista Fernando Grados Laos, procediendo el señor Juez a enterarle de su contenido, así como de la resolución dictada por el Juzgado. Una vez que dio lectura al recurso, expuso lo siguiente: que ingresé al territorio peruano el primero de diciembre de mil novecientos setentitrés, con visa de negocios, y después de año y medio en mérito a mi conducta irreprochable el Gobierno Peruano me otorgó la visa de no inmigrante residente en el país; que respecto al contenido del recurso cuyo tenor se ha dado lectura es exacto, que tras el derrocamiento del Gobierno del doctor Salvador Allende fui encarcelado por el nuevo Gobierno que impera en la República de Chile; que en mi país he sido dirigente nacional de la pequeña empresa y simpatizante de izquierda, y hace pocos días, estando detenido he sido visitado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, habiendo suscrito un documento en el que se menciona que tengo la condición de refugiado para fines legales, cuya copia no la tengo; que el día veintiocho de Diciembre alrededor de las once de la noche, aproximadamente fui intervenido por personal de la Guardia Civil, habiéndoseme incautado del interior de mi automóvil de marca Opel, año sesenticuatro, placa de rodaje GE-uno ocho uno ocho, lo siguiente: un afiche de alusiva de la OLP, un folleto de la OLP, relacionado con el acto realizado en el Teatro Segura, a favor de la Organización para la Liberación de Palestina, dos afiches alusivos al festival Víctor Jara en solidaridad con Chile efectuado en fecha dos de diciembre, en la Federación Gráfica del Perú, dos libros de poemas de Neruda, un libro sobre poemas del Ché, un boletín del Partido Comunista de Chile editado en el exterior, y documentos varios, siendo conducido detenido a la Segunda Región, se aclara a la Novena Comisaría, luego al día siguiente a la Segunda Región, y el día veintinueve fui puesto a disposición de Seguridad del Estado conforme, a la notificación de detención que en este acto exhibe al Juzgado, en el que aparece que al detenido se le notifica de estar detenido por presunta implicancia en actividades de sabo-terrorismo y contra la Seguridad Nacional, de fecha

veintinueve de diciembre último, suscrito por el Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Dirección de Seguridad Coronel PIP, Godofredo Grados Muchaipiña, documento que el señor juez lo tuvo a la vista, y fue devuelto al señor Liberona. Que tengo conocimiento que la Policía de Investigaciones ha realizado una investigación sobre mis actividades políticas y otras que se me atribuyen en el país, he tomado conocimiento en forma extra oficial del resultado, debiendo expresar que durante el tiempo de mi detención, no sé si será por mi edad, o por otro motivo, lo cierto que se me ha dado un trato adecuado y se me ha brindado todo tipo de atenciones debiendo expresar en este aspecto mi reconocimiento a las autoridades, debiendo expresar que en caso que el Poder Ejecutivo del Gobierno Peruano estimara extrañarme del país, no sabría qué país elegir para radicarme, debido a que en este momento me encuentro confuso, pero sí he manifestado a los funcionarios de la embajada de la República de Chile que me han visitado, **mi deseo de retornar a mi país**, lo que en este acto así lo expreso. Finalmente deseo expresar que durante el tiempo de mi detención he sido visitado por mi médico, doctor García Calderón, Jorge, mi abogado el doctor Edmundo Zegarra Niño de Guzmán, el Senador Jorge del Prado, y el Diputado Olivera Vila y la persona que hace compañía mía.- El señor juez deja constancia que durante un pasaje de la exposición que da el señor Hernán Liberona no se han recogido fidedignamente sus dichos, por lo que a continuación el señor Liberona expresa lo siguiente: Que no es exacto que me haya inmiscuido en la Política del Gobierno Peruano ni practicado acciones subversivas o de terrorismo que se me atribuyen pero sí es verdad que a través de conversaciones personales con amigos, refiriéndome a la situación chilena especialmente en el campo de la cultura, como es el caso del poeta mártir Víctor Jara y ver la manera de hacer algún tipo de solidaridad con Chile sobre el campo de la cultura, tal cual como se hace en el Perú con El Salvador, Nicaragua y OLP. Preguntado el señor Luis Hernán Liberona por el señor Juez para que diga si conforme a lo último que ha expresado, es verdad que ha realizado con ciudadanos peruanos propaganda política, a favor del Gobierno derrocado y en contra del actual Gobierno de Chile, dijo. Que la propaganda que he realizado es de tipo cultural, a favor de lo que existía hasta antes del Gobierno del General Pinochet. Con lo que se dio

por concluida la diligencia siendo las trece horas con diez minutos, leyéndose y firmándose después del señor Juez, ante mi doy fe.

Dom. Legal Av. Arequipa 340 Of.404

A. FERNANDO GRADOS LAOS.

En el recurso de Habeas Corpus presentado por don Fernando Grados Laos, el Señor Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima, doctor Aurelio Almóguer Solano, ha dictado la resolución siguiente:

“Lima, catorce de Enero de mil novecientos ochentitres.- Dado cuenta en la fecha; y atendiendo: A que de las investigaciones practicadas por este Juzgado, se desprende que el ciudadano chileno don Luis Hernán Liberona Clerk, fue detenido por personal de la Guardia Civil por haber sido sorprendido en posesión de documentos que han sido calificados de propaganda contra el Gobierno del General Pinochet; a que de esas mismas pesquisas, se llega a la conclusión que dicho detenido no ha incurrido en la comisión de acciones antijurídicas que requieren perseguirse con medidas de coerción personal, sino que ha infringido las leyes de extranjería, a que en la presente oportunidad, esta jurisdicción ha sido excitada con el único objeto de conjurar la detención arbitraria que, se dice, sufre el citado don Luis Hernán Liberona, por lo que no le corresponde esclarecer todo lo relacionado con su presunta transgresión de las normas sobre extranjería, tanto más, cuando no se ha acreditado que tenga la ealidad de asilado político; a que sin embargo carece de toda justificación la decisión policial de mantenerlo privado de la libertad durante más de quince días, pues ésta procedería en el caso de que hubiese rehusado abandonar el País en el plazo que se le hubiese señalado para este efecto, lo que no ha ocurrido en el presente caso; a que en el curso de este procedimiento no se ha probado que la libertad del citado detenido atente contra la seguridad del País, lo que corrobora la circunstancia de no habersele incriminado acciones ilícitas; a que la garantía inherente a la libertad individual rige tanto para los nacionales

como para los extranjeros, por lo que no cabe invocar las normas sobre extranjería para conculcar la que corresponde a don Luis Hernán Liberona; a que en esta ocasión, no se advierte una voluntad de las autoridades nacionales de trasgredir los derechos que consagra la Ley número veintitrés mil quinientos seis, pues de los documentos que se han puesto a disposición del Juzgado, se colige que el detenido estuvo sujeto al plazo que la ley establece para las investigaciones relacionadas con actividades terroristas y que recién el día doce de los corrientes, es decir, el mismo día que se interpuso este recurso fue puesto a disposición de la Dirección de Migraciones; a que por estas razones y en uso de la facultad que confiere el artículo dieciséis de la Ley veintitrés mil quinientos seis: Póngase en inmediata libertad al ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk dejando a salvo su derecho para que ejercite las acciones legales que le permitan impugnar la resolución que decreta su expulsión del País, notifíquese esta resolución, cursándose el oficio correspondiente.

Lo que notifico a Ud. conforme a Ley.
Lima, 14 de Enero de 1983.

AL DECIMOCUARTO JUZGADO DE INSTRUCCION:

LUIS HERNAN LIBERONA CLERK, súbdito chileno, hijo de Ernesto y de María natural de Santiago, nacido el 7 de Mayo de 1927, en los de Habeas Corpus seguidos por el periodista **FERNANDO GRADOS LAOS**, señalando domicilio legal en el Jr. Lampa 1139 - séptimo piso, respetuosamente me presento y DIGO:

Que hago mía la acción de Habeas Corpus interpuesta en mi pro por don Fernando Grados Laos, al amparo del artículo 295 de la Constitución y artículo 12 de la Ley 23506 ya que soy un asilado político, sindicalista y de izquierdas en entredicho con el régimen imperante en Chile; estoy bajo el amparo del ACNUR, entidad a cargo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, la medida de expulsión ha sido formulada sin mi audiencia y sin recurso, lo que está en colisión con el Protocolo de DERECHOS POLITICOS Y SOCIALES DE NACIONES UNIDAS, no he realizado ningún delito que justifique mi detención desde el 29 de Diciembre, más de quince días: no he realizado actividades políticas delictivas: no quiero volver a Chile... salvo cuando se restauren la Constitución y las libertades democráticas.

PIDO se revoque la medida de expulsión

PIDO se declare fundada la acción de Habeas Corpus decretándose mi inmediata libertad.

PROMETO mantener una línea respetuosa de las normas del asilo político y no causarle problemas al Gobierno del Perú.

Por lo expuesto:

AL JUZGADO SUPLICO que habiendo por presentado este escrito se me tenga por personado: se tenga presente lo expuesto y se declare fundada la acción de Habeas Corpus.

OTROSI DIGO: Que acompañe recortes de periódicos referidos al caso para que SS tenga presente la importancia nacional del caso.

Lima, 15 de Enero de 1983
(una firma ilegible)

Lima, 17 de Enero de 1983

MINISTERIO DEL INTERIOR

Of. N°045/83 - IN/SG.

Señor :Doctor
AURELIO ALMOGUER
Juez Instructor del 14° Juzgado
de Instrucción

Asunto :Comunica cancelación de calidad
migratoria (NIR) a ciudadano chileno
Luis Hernán LIBERONA CLERK

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., para remitir adjunto al presente fotocopia del Of. N°026-DIRMIG... la Dirección de Migraciones hace conocer que en reunión del 11 de Ene 83, la Comisión Unica Encargada de la Revisión de Expedientes de Extranjeros ha cancelado la calidad migratoria de no Inmigrante Residente (NIR) al ciudadano chileno Luis Hernando LIBERONA CLERK por haber realizado actividades políticas clandestinas atentatorias contra las buenas relaciones entre el Perú y Chile; habiéndose dispuesto se curse a la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad PIP la orden de salida correspondiente a afecto de que se proceda al extrañamiento del país del mencionado extranjero, en aplicación del art. 70° del Reglamento de Inmigración, medida que conlleva el impedimento de reingreso al territorio nacional.

Hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi consideración más distinguida.

Dios guarde a Ud.

MINISTERIO DEL INTERIOR
Dr. Rubén Darío Sanabria Ortiz
Vice Ministro
(Sellos y firma)

JSB/rsm

MINISTERIO INFORMO SOBRE SALIDA DEL PAIS DE CIUDADANO CHILENO (*)

LIMA, (ANDINA).- Con relación al ciudadano chileno Luis Hernán Liberona, el Ministerio del Interior emitió ayer el siguiente comunicado:

Ante las noticias aparecidas en diversos diarios de esta Capital relacionadas con la salida del país, del ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk en cumplimiento y respecto a las Normas Legales vigentes, el Ministerio del Interior hace de conocimiento público, lo siguiente:

1. El día 28 de diciembre de 1982 personal de la Guardia Civil intervino y detuvo al ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk por haber encontrado en su poder propaganda política contra el Gobierno de la República de Chile, por lo que fue puesto a disposición de Seguridad del Estado, por presuntas actividades de sabotaje, terrorismo y contra la Seguridad Nacional.

2. A través de la investigación policial, durante la cual estuvo asistido por su defensor, el Dr. Edmundo Zegarra Niño de Guzmán, así como por su Médico particular, el ciudadano chileno Liberona Clerk, reconoció haber participado en actividades políticas.

3. Durante su permanencia en el país, no ha tenido calidad de refugiado ni asilado político sino, la de no inmigrante residente.

4. Al haberse comprobado las actividades políticas a que se dedicaba el ciudadano chileno Liberona Clerk por razones de seguridad y de conformidad con lo dispuesto por el art. 70 del Reglamento de Inmigración, la Comisión Unica encargada de la revisión de expedientes de extranjeros le canceló la Visa de no inmigrante residente, siendo invitado a salir del país, previa elección de su país de destino, habiéndose dirigido a la República del Ecuador.

5. No ha sido dictada ninguna orden de expulsión del territorio nacional en contra del ciudadano chileno Liberona Clerk quien escogió

(*) El Peruano, 20 de enero 1983..

el Ecuador como país de destino y por sus propios medios económicos adquirió su pasaje para viajar.

6. De otro lado, resulta importante anotar, que el propio Liberona Clerk, ante el Juez Instructor encargado de sustanciar el recurso de Habeas Corpus, reconoció el buen trato de que había sido objeto, en todo momento, por parte de las autoridades policiales del país.

7. Asimismo ante la medida adoptada por la Comisión Unica encargada de la revisión de expedientes de extranjeros, de cancelársele la Visa de no inmigrante residente, el ciudadano chileno Liberona Clerk personalmente ni por intermedio de su abogado defensor, ha formulado algún reclamo contra dicha medida.

8. Habiendo recibido el Señor Ministro un pedido de la Comisión Permanente del Congreso a efecto de que se informe sobre el caso del ciudadano chileno Liberona Clerk y sin perjuicio de la amplia información que se proporcionará a dicha Comisión Permanente, el Ministro reitera a la opinión pública su absoluto respeto a la Constitución, a los Derechos Humanos y a las Normas Legales que las amparan, dando igual trato a los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros, conforme a la Política de Libertad y Democracia del Supremo Gobierno.

Lima, 19 de Enero de 1983

OFICINA DE COMUNICACIONES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

SENTENCIA DEL DECIMO TRIBUNAL CORRECCIONAL

Lima, veintiocho de Enero
de mil novecientos ochentitrés

AUTOS Y VISTOS, escuchados los informes de los abogados de las partes y atendiendo que, la libertad individual es un derecho ciudadano inalienable y irrenunciable, consagrado por la Constitución Política del Estado, que, precisamente, una de las manifestaciones de este derecho es la seguridad personal, ya que nadie puede ser detenido

sino por mandamiento escrito y motivado dictado por el juez o por las autoridades policiales en flagrante delito, conforme lo preceptúa el parágrafo g) del inciso vigésimo del numeral segundo de la indicada Ley Fundamental; que es necesario relieves que la plena vigencia de este derecho y la eficacia de la Acción de Habeas Corpus, se hallan plenamente aseguradas por la Ley veintitrés mil quinientos seis, vigente a partir del día veinticuatro de diciembre de mil novecientos ochentidós; que este novísimo dispositivo legal ha previsto un procedimiento sumarisimo y libre de toda formalidad, con el fundamental propósito de reponer las cosas en el más breve plazo, "al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", que se denuncia ante el Organó Jurisdiccional; que, entrando al análisis del asunto materia de la apelación, fluye de lo actuado por el Juez Instructor, en especial de la diligencia corriente de fojas once a catorce, un notorio apartamiento de las normas procesales las que por ser de Orden Público, son de obligatorio acatamiento; que, en efecto, no obstante haberse comprobado que la detención sufrida por el ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk era evidentemente arbitraria, el A Quo no dispuso la inmediata libertad tal como lo estipula el artículo dieciséis de la acotada Ley veintitrés mil quinientos seis; que, esta prerrogativa contemplada para el Juez Instructor se complementa con el numeral dieciocho de la citada Ley, la que establece que de comprobarse la clara violación del derecho a la libertad que cautela la Constitución, se encuentra obligado a "resolver de plano, en el término de un día natural, bajo responsabilidad", y no como ha ocurrido en el caso de autos que, después de dos días de haberse comprobado la detención arbitraria, se dictó el auto de fojas dieciséis, tardíamente notificado a los encargados de materializar la excarcelación; que, en armonía con lo anterior, tampoco se justifica la inmotivada dilación observada en el Instructor para dictar la resolución aludida, ya que del examen del expediente aparece el hecho incontrovertible que aquél no actuó medio probatorio alguno, con el que se descartase la arbitrariedad de la detención; que, igualmente se aprecie que el Secretario del Juzgado no cumplió con notificar, dentro del término que prevé el inciso octavo del artículo doscientos treintitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial la resolución impugnada, tal como puede advertirse de los oficios de fojas

diecisiete y diecinueve, que no guardan la formalidad de un acto procesal solemne y público, si se tiene en consideración la notoriedad de los funcionarios que debían ser emplazados con la resolución de libertad; que conviene destacar que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existen disposiciones que tengan por virtud enervar la prelación del numeral doscientos noventicinco de la Constitución Política del Estado y el artículo doce, inciso octavo de la Ley veintitrés mil quinientos seis, que sirvieron de fundamento a la presente acción, siendo aplicable en todo caso lo preceptuado por el cardinal veintidós del Título Preliminar del Código Civil, que señala taxativamente que cuando hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, el juzgador debe aplicar la primera; que en el informe emitido por la Dirección General de Migraciones que ha sido solicitado por el Tribunal Correccional, relativo a la situación legal del ciudadano chileno, en la parte conclusiva del mismo se señale la conveniencia, en opinión de dicha autoridad policial, de extrañarlo del país por estar incurso dentro de los alcances del inciso noveno del artículo ocho y el numeral treintidós del Reglamento de Inmigración; que, sin embargo, se nota que esta norma es de inferior jerarquía a la disposición constitucional antes puntualizada, puesto que el propio artículo ochentisiete de la Ley Fundamental preceptúa que ésta prevalece sobre toda otra norma legal; que, en armonía con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que el artículo cuarenticinco de la Ley veintitrés mil quinientos seis, en forma expresa deroga todas las demás disposiciones que entorpezcan la Acción de Habeas Corpus, así como las que se opongan a dicha ley; que, de lo precedentemente señalado, se infiere que nuestra Carta Magna debe estar por encima de todo ordenamiento jurídico y requiere contar con los medios necesarios para ser respetada y cumplida, sometiendo el control de la constitucionalidad al Poder Judicial, que se erige como el mejor baluarte y vigilante de la observancia estricta de los derechos ciudadanos, que alcanza tanto a peruanos como a extranjeros residentes en nuestro territorio; que, debe anotarse que la doctrina enseña que la interposición del Habeas Corpus, constituye una acción de garantía de la libertad personal frente al Poder Público, cuando éste la afecta en alguna forma y siempre que la conculcación u obliteración implique una ilegalidad (en caso submateria la supuesta aplicación del Reglamento de Inmigración

que no puede oponerse válidamente a la Constitución ni a la Ley que regula dicho recurso) debiendo entenderse que proviene de un acto o hecho que no tiene ningún respaldo en norma vigente; que las razones esgrimidas por el señor Ministro del Interior en la citada diligencia obrante de fojas once a catorce, en el sentido que la denominada Junta Calificadora de Extranjeros había cancelado la visa de No inmigrante residente a Luis Hernán Liberona Clerk, por haber realizado actividades políticas, por razones de seguridad y por haberse aplicado la Ley de Extranjería, siendo detenido, sometido a investigación policial y ordenándose que abandone el país, resultan inconsistentes toda vez que el artículo doscientos treintitrés de la Constitución Política del Perú, señala en su inciso primero que constituye una garantía de la administración de justicia “la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional” y agrega que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y la militar”; que, tampoco se explica que a pesar de haber conocido el Ministro del Sector del Interior, el día trece de enero de mil novecientos ochentitrés, que existía en pleno trámite una Acción de Habeas Corpus en favor de la citada persona, haya consentido que la autoridad policial procediese a extrañarle a pesar de encontrarse con residencia autorizada hasta el veinticuatro de abril de mil novecientos ochenticinco; que igualmente no se ha acreditado que Luis Hernán Liberona Clerk estuviese dedicado a actividades relacionadas con el delito de terrorismo durante su permanencia en el país, conforme se aprecia en el punto B) del informe obrante de fojas doscientos diecisiete a doscientos veinte, situación, que si hubiese justificado su detención preventiva por el término que señala el inciso a) del artículo noveno del Decreto Legislativo número cuarentiséis; que, de todo lo expuesto se concluye que el Titular del Ministerio del Interior, Ingeniero Fernando Rincón Bazo, ha incurrido en la responsabilidad penal prevista en los incisos primero y séptimo del artículo trescientos cuarenta del Código Penal, circunstancia que obliga a este Tribunal Correccional a dar cuenta de esta decisión a la Cámara de Diputados, en aplicación del numeral once *in fine* de la Ley veintitrés mil quinientos seis, que, de otro lado, la conducta funcional del Juez Instructor.

doctor Aurelio Almóguer Solano se enmarca dentro del supuesto a que se contrae el artículo cuarentiséis de la normatividad antes glosada, que añade un segundo párrafo al artículo trescientos cincuenticinco del Código Penal; que finalmente el Director General de Migraciones del Ministerio del Interior, General de la Policía de Investigaciones del Perú Teófilo Aliaga Salazar, también es pasible de la sanción señalada por la última parte del artículo once de la mencionada Ley veintitrés mil quinientos seis, que precisa que el hecho de haber procedido por orden superior no lo libera de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar. Por las precipitadas consideraciones: CONFIRMARON el auto recurrido de fojas dieciséis su fecha catorce de Enero del año en curso, en cuanto ordena la libertad del ciudadano chileno Luis Hernán Liberona Clerk, dejando expedito su derecho de poder reingresar al país en el momento que lo estime conveniente, oficiándose para tal efecto al Ministerio de Relaciones Exteriores ORDENARON se remitan las copias certificadas de todo lo actuado a la Cámara de Diputados, observándose el conducto regular, para que proceda con arreglo a sus atribuciones respecto al Ministro del Interior, al Fiscal Superior de Turno de esta Capital a fin de que instaure la acción penal correspondiente contra el Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima y al Fiscal Provincial respectivo para que a su vez formule la denuncia en contra del Director General de Migraciones e individualice a los demás responsables. IMPUSIERON la medida disciplinaria de multa ascendente a diez mil soles oro al Secretario Raúl Espichán Tumay por la irregularidad advertida: ENCOMENDARON la ejecución de esta resolución al Juez Instructor de Turno y, finalmente DISPUSIERON la publicación del texto de este fallo, dentro de los quince días siguientes, en el Diario Oficial "EL PERUANO".

Sres. José Rivas Juan Cabello, Otto Zuazo
Décimo Tribunal Correccional.

§ 37

JUICIO POLITICO (*)

Desde hace siglos se acepta, por lo menos en nuestra tradición jurídica occidental, que las personas responden por sus actos sean hechos conscientemente o no, de acuerdo a determinadas graduaciones. Se admite también que, en términos generales, podemos hablar de una diferenciación entre culpabilidad y responsabilidad.

Se puede ser culpable sin ser responsable, y viceversa. Si uno de mis menores hijos hace daño a un bien de terceros, no soy culpable, pero tengo que asumir esa responsabilidad. Esto mismo, que empezó en el ámbito de las relaciones privadas, se ha extendido a la esfera pública, esto es a la esfera de poder, de la administración del Estado.

En este orden de ideas, quienes ejercen la autoridad deben también responder por sus actos en la medida que ellos pueden ser atentatorios de las leyes o de la seguridad e integridad del Estado. Este desarrollo político que originó una tendencia doctrinaria, nació en la Inglaterra de fines del siglo XIII y principios del XIV. Los gobernantes debían responder por sus actos, y para ello se inventó un procedimiento especial: un determinado fuero que los cubría frente a los excesos de terceros, pero que también garantizaba un tratamiento especial, con las debidas garantías a los titulares del poder, teniendo en cuenta que éstos se encuentran más vulnerables a las críticas y a los ataques que los ciudadanos comunes y corrientes. Esto fue denominado *impeachment*; esto es juicio político o antejuicio según otras versiones.

Lo que nació en Inglaterra se expandió, rápidamente, a todo el mundo entonces conocido. Se trataba de una acusación contra determi-

(*) Expreso , 7 de febrero de 1983

nados funcionarios del Estado, a los cuales se acusaba y destituía de encontrárseles culpables. Esta acusación era canalizada a través de las Cámaras una de ellas acusaba ante la otra-, y este juicio adquirió, según los países, diferentes connotaciones y resultados, en cuyos detalles aquí no vamos a entrar.

Lo cierto es que esta institución fue acogida por Francia y de ahí, como de rebote, fue recibida por América Latina (en donde medió, por cierto, la influencia de los Estados Unidos, tan decisiva en algunas constituciones como la argentina, que hasta se copiaron párrafos enteros de la carta política norteamericana). La institución es hoy poco usada pero existe en estado de latencia. Recientemente, en los Estados Unidos fue esgrimida contra Nixon en el caso Watergate, y si no prosperó fue porque Nixon tuvo el tino de renunciar al cargo.

En el Perú el juicio político o antejuicio ha existido siempre. Recordemos el célebre discurso de Vigil que terminaba con su frase; Yo debo acusar, yo acuso.... que por cierto, no prosperó. En el último régimen constitucional, hubo dos casos muy sonados: uno a un diputado, otro a un ex-ministro, ambos condenados por la sala especial de la Corte Suprema encargada del enjuiciamiento de estos funcionarios públicos. La actual Constitución recoge esta tradición en sus artículos 183 y 184.

De acuerdo a los artículos antes citados, 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, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones aunque hayan cesado en éstas. Agrega que corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a la formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados (si la acusación prospera, el acusado queda en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley).

Durante la vigencia de la presente Constitución, el instituto ha

sido ya empleado. En la actualidad, el general Velit Sabatini, ex ministro del régimen militar, está sujeto a juicio correspondiente ante la Corte Suprema, actualmente en curso. Hay otros casos más, en los cuales están involucrados otros personajes pero hay que destacar cómo, en ambos casos, la Cámara de Diputados ha actuado con extraña negligencia: a tal extremo que pareciera que no tuviese interés en acusar a nadie ante el Senado.

Una de las acusaciones que más se trajinó en el segundo semestre del año pasado fue contra el ex ministro Ulloa, sobre la base de supuestas o reales irregularidades cometidas en el ejercicio de su cargo. Esto motivó que se presentase la acusación constitucional que entiendo no ha sido tramitada por razones obvias. Sin embargo, lo que aquí importa destacar es que la acusación constitucional generalmente está basada en indicios o presunciones sobre hechos irregulares o ilegales, y nada más. Esto es, el llamado juicio político no tiene el rigor ni la certeza de un proceso judicial, en donde hay pruebas que abonan a favor o en contra (por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico). Esto significa que no es necesaria la plena culpabilidad del acusado para que proceda la acusación. Aún más, puede decirse que la acusación, aun cuando se haga real o efectiva, no significa culpabilidad expresa, sino la simple afirmación o sospecha de que existe algo serio que da motivo a una investigación judicial, y en consecuencia, es procedente el levantamiento del fuero para que las autoridades judiciales decidan lo conveniente. Como consecuencia de esto, no debe llamarnos la atención que un juicio ante la Corte Suprema motivado por una acusación del Congreso, termine en absolución del acusado. Esto es factible y no tiene nada de extraño; aún más, en nuestro sistema, en donde las Cámaras (a diferencia, por ejemplo, de la Cámara de los Lores) no tienen ninguna atribución de orden judicial.

Pero existe otra posibilidad y es que la acusación se base, no ya en simples presunciones o indicios, sino en datos concretos de origen judicial que acrediten, fehacientemente la responsabilidad (aun cuando sea indirecta) de un alto funcionario del Estado. Es decir que en este caso y ante las conclusiones judiciales, ya la Cámara no tendría que investigar nada, sino solamente decidir si procede o no el levanta-

miento del fuero de la persona involucrada en el asunto. Se trata ahí en consecuencia, de saber si se acata la resolución o conclusión judicial o no se hace. Este es, por ejemplo, el recientísimo caso del Ministro del Interior, sobre quien pende una acusación constitucional basada en la resolución judicial del Décimo Tribunal Correccional de Lima, que tiene hoy la autoridad de cosa juzgada (definitiva y final) sin posibilidad de ser cambiada.

Ante este hecho y cuando la Cámara de Diputados analice una situación ya consumada, como es el reciente caso del Ministro del Interior con motivo del extrañamiento de Hernán Liberona, no tendrá posibilidad alguna de examinar su procedencia judicial o no porque ya existe un pronunciamiento previo y definitivo. Esto es, que en principio debería dar curso a esta acusación, con todas sus consecuencias políticas. Pero también cabe la posibilidad, admitida en la Constitución y reconocida en la doctrina y en la práctica parlamentaria, que decida postergar indefinidamente tal acusación para no pronunciarse sobre ella o, en su caso, desestimarla. Todo es factible, y está dentro de la competencia de las Cámaras. Estaríamos aquí ante una decisión de orden político, en la cual las Cámaras asumen su propia responsabilidad.

LA RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE (*)

Voces exaltadas, producto quizá del calor tropical que nos embara, han pedido la vacancia de la Presidencia de la República, por reales o supuestas faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, entre las cuales se encuentran no sólo los sucesos ocurridos en nuestra sierra central, sino también otros de orden económico, financiero, industrial, etc. Efectivamente, en un país presidencialista por tradición, es fácil y hasta frecuente la tentación, de acusar al Jefe de Estado de cualquier desatino, y ésa ha sido la costumbre de los últimos años. Aún más, políticamente, los gobernantes -es decir, los titulares del poder-, son los que cargan con lo bueno, lo malo y lo feo de todo periodo gubernativo. Todo esto desde una perspectiva política, dentro de la libertad sin límite que existe en nuestro país para la crítica, incluso para la malévola. Pero desde un punto de vista jurídico, y hasta estrictamente constitucional, las cosas no son así de simples. Veamos.

El constitucionalismo, se ha dicho hasta el cansancio, es fruto de Occidente y de su tradición intelectual. Todas las constituciones de otros ámbitos, incluso de cualquiera de las llamadas democracias populares o la recientísima china, son tributarias del constitucionalismo occidental en mayor o menor grado. Este constitucionalismo le debe casi todas sus figuras, sus ideas, y sus instituciones a la historia política y jurídica de dos pueblos: Inglaterra y Francia (más al primero que al segundo)

En Inglaterra, cuna del constitucionalismo, ocurren grandes paradojas; por lo pronto, no tiene una Constitución, o por lo menos una Constitución escrita; la Cámara está presidida por el Speaker (literal-

(*) Expreso 13 de febrero de 1983

mente el hablador), pero que curiosamente no habla nada; la Reina preside todos los actos, es dueña incluso de los aviones de la Gran Bretaña, (Real Fuerza Aérea, etc) pero no tiene ninguna capacidad de decisión, la oposición es la encargada de hacer feroz crítica al gobierno y, contra ello, recibe un jugoso estipendio. Pues bien, dentro de estas paradojas, crearon un Rey (o Reina) completamente irresponsable.

En Inglaterra, país sin constitución, regido por diversas leyes, gran cantidad de usos y costumbres e innumerables resoluciones judiciales que crean precedentes, son también importantes los aforismos o axiomas, que tienen peso indiscutido en el funcionamiento jurídico del país. Uno de ellos es el siguiente: **The King can do no wrong.** o sea, el Rey (o la Reina) no puede equivocarse. Con esto se establece que nadie toca al Jefe del Estado y que sus desaciertos, en caso de existir, corren a cuenta de los ministros. Esto, que sólo se explica como consecuencia de un largo proceso histórico, ha pasado a todo el constitucionalismo occidental; entre nosotros, esto ha sido una constante en todas nuestras constituciones. Por eso es que Manuel Vicente Villarán, ya en la década del 30. resumía el problema quizá muy rotundamente, diciendo que en el Perú el Presidente es, desde un punto de vista penal, inimputable, y desde un punto de vista civil, irresponsable.

De acuerdo a lo expuesto, los responsables de todos los actos del Presidente son los ministros y por eso en nuestro sistema es obligatoria la firma (o sea, el refrendo) del Ministro en todos los actos del Presidente. Cuando éste procede sin el visto bueno de un ministro o del Consejo de Ministros, debe entenderse que estamos ante opiniones personales, muy respetables sin duda, pero personales del Presidente de la República (ejemplo, las conferencias dominicales).

Hay, sin embargo, excepciones a esta regla general: y es la contenida en el artículo 210, que indica que el Presidente de la República, sólo puede ser acusado, durante su período, por : a) traición a la patria; b) por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; c) por disolver el Congreso, salvo que lo haga amparado en la Constitución misma, y d) por impedir la reunión o

funcionamiento del Congreso, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal de Garantías Constitucionales.

Salvo lo anterior, entendemos que el Presidente no puede ser acusado por nada más durante su período. Así se desprende de la segunda parte del artículo 221 de la Constitución del Estado que, a la letra, indica:—"Todos los Ministros son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente".

Queda un punto último por aclararse; es facultad del Congreso declarar la vacancia de la presidencia por incapacidad moral o permanente incapacidad física. Mientras lo segundo es fácilmente detectable, lo primero no lo es, y queda sujeto a infinitas controversias, por lo que debe ser utilizado con extrema cautela. Se aplicó una vez en un país vecino, cuando el Presidente de la República acudía borracho a las actuaciones públicas. Pero en nuestro país, ni éste ni otros hechos similares han sucedido, y menos aún ahora. Nuestras discrepancias con el gobierno no deben llevarnos nunca a tales excesos.

§ 39

MAS SOBRE LAS EMPRESAS PUBLICAS (*)

El tema de las empresas públicas, aun cuando en segundo plano por la presencia de noticias de mayor calibre, sigue siendo de enorme actualidad. Esto ha aumentado con la reciente y confusa legislación promulgada a fines del año pasado, (fundamentalmente, la Ley del Presupuesto General de la República para el año 1983) así como otros dispositivos menores de carácter reglamentario.

Todo esto ha originado un apasionado debate en los pasillos, que apenas aflora en los comentarios periodísticos, lamentablemente no siempre bien informados.

Si hacemos un breve excursus sobre la situación de la actividad empresarial del Estado, debemos tener presente que, en junio de 1981, quedó configurado el rol estatal al respecto, mediante la dación del Decreto Legislativo N° 216. Esta norma constituye un instrumento de gran alcance, sumamente novedoso, que entre otras figuras creó, al lado de la clásica empresa pública que proliferó, y en parte vegetó, en los últimos años, la empresa Estatal de Derecho Privado, regida en lo sustancial, por la Ley de Sociedades Mercantiles, en lo que no se opusiese a las características propia de su naturaleza estatal. Creemos que este dispositivo legal fue novedoso, creador y altamente positivo. Con ello, se ensayaba un nuevo estilo, sin precedentes, de una nueva forma empresarial para que el Estado ingresase al mercado de bienes.

Ahora bien, acorde con el Decreto Legislativo N° 216 que creó diversas formas empresariales para la actividad del Estado (previsto, por lo demás, en la propia Constitución del Estado) se le dio un margen

(*) Expreso 20 de febrero de 1983

grande de autonomía, y se consideró incluso (lo que posteriormente ha sido ratificado), que si bien los fondos de estas empresas eran públicos en su origen, debían ser privados en su manejo, pues esa era la única forma de permitir que actuasen con eficacia en un mercado altamente competitivo. Es decir, se les puso en igualdad de condiciones -por lo menos, al nivel de decisiones- que el sector privado goza a fin de que, compitiendo con él, venciesen la natural abulia que caracterizó por lo general el clásico sector público. Esto, por cierto, significaba liberarlo de una serie de trabas burocráticas que han sido siempre el escándalo y el hazmerreír de nuestra literatura costumbrista.

Entre los aspectos más saltantes que se otorgaron a las empresas estatales de Derecho Privado, no se les concedió la facultad de no dar cuenta a nadie (como alegremente se ha dicho) sino que simplemente: a) Se les liberó de determinadas trabas en lo referente a adquisiciones y decisiones que por naturaleza deben ser urgentes y b) en todos los casos introdujo para todas las decisiones el control posterior por parte de la Contraloría. Esto último resulta fundamental, de tal suerte que sin desligarse de responsabilidad (que recae sobre su Directorio) se agiliza la conducción de la empresa. Y esto tiene que ser así pues si se le somete al mismo rasero que a las clásicas empresas públicas ¿Cual sería entonces la diferencia entre las empresas de Derecho Público y las de Derecho Privado? O existen diferencias en los procederes, o simplemente tendremos que admitir una vez más que la diferencia radica en las etiquetas.

Ahora bien; el reglamento del Decreto Legislativo N° 216 ha precisado y perfeccionado el manejo de las empresas del Estado, y de preferencia el de las empresas públicas de Derecho Privado a las que otorgándoles las facilidades necesarias no las libera de ser dirigidas por la Junta de Accionistas (que maneja el Estado) ni el control posterior (que ejerce la Contraloría General de la República). Esto lamentablemente, es lo que ha levantado las iras de ciertos sectores burocráticos que, al parecer, todavía se resisten en las oficinas de la Contraloría.

Evidentemente, no se trata de negar el rol constitucional que compete a la Contraloría, ni menos aún negar las altas calidades

morales del titular. Pero sí señalar que por una especie de designio misterioso, fuerzas ocultas parecen querer volver a las etapas de controlismo obsesivo que creíamos superadas. Esto se manifiesta no sólo en ese afán de revisar todo lo que hacen las empresas estatales de Derecho Privado (lo que llega hasta la obsesión) sino que además ese control sea previo, cuando en realidad debe ser posterior. Aún más, debe llamarse muy seriamente la atención que la Contraloría esté incurriendo en los vicios del gobierno militar en su primera etapa en donde se llegó el extremo de legislar por aviso.

La cosa es muy clara: o se da agilidad suficiente a las empresas estatales de Derecho Privado para que operen dentro de los marcos abiertos del mercado, con cargo y responsabilidad de sus directivos, o simplemente se les recarga de controles previos, y serán iguales que un Ministerio con sus pesadeces burocráticas. Si esto último es lo que se quiere, mejor que no se les llame "empresas estatales de Derecho Privado" pues esto puede parecer una broma de muy mal gusto.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERU(*)

La importancia de los derechos humanos y su protección, es uno de los temas recurrentes desde las postrimerias de la Segunda Guerra Mundial. En París, en diciembre de 1948, se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos, meses después que los países miembros de la OEA estamparan su firma al pie de la Declaración Americana de Derechos Humanos, finalizada poco antes. Desde entonces, el vértigo por el tema ha ido creciendo, y buena muestra de ello son las numerosas convenciones aprobadas por organismos internacionales y por las constituciones europeas de la postguerra, con ámbito de irradiación en la América Latina, como lo demuestra nuestra reciente Carta de 1979, que los recoge en forma por demás detallada.

Por norma general, los países de América Latina son mal vistos en lo que a protección y defensa de derechos humanos se refiere, y es difícil afirmar que efectivamente ellos se encuentran protegidos aun cuando en algunos países se nota un intento de mejorar las cosas. Sobre esto es, precisamente, lo que versa un reciente informe evacuado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, lamentablemente no muy difundido o, en su caso, parcial e interesadamente expuesto. Ahí se dedican unas páginas al caso del Perú, que conviene traer a colación por la precisión y exactitud con que expone el problema.

El informe citado señala que el mayor acontecimiento de 1982 para el Perú fue la continuación de la consolidación de las instituciones democráticas aun cuando señala que el reto del terrorismo es todavía muy serio para nuestro país. Agrega que aumentaron las actividades del

(*) Expreso 27, de febrero de 1983.

terrorismo político efectuadas por el grupo denominado Sendero Luminoso y que, en respuesta a la violencia terrorista, el gobierno declaró intermitentes y limitados estados de emergencia. Esto conllevó la suspensión de determinados derechos constitucionales en algunas provincias, especialmente en el Departamento de Ayacucho y el área metropolitana de Lima.

Ampliando el cuadro señala que "en algunas ocasiones ha habido lugar para que la policía, reaccionando a las acciones terroristas, fuese responsable por violaciones de los derechos humanos (hecho que, por lo demás, ha sido tenaz, como insistentemente denunciado por los grupos de oposición)

Como comentario aparte agrega que el mayor problema en lo concerniente al respeto a los derechos individuales es el lento sistema judicial y la superpoblación de las cárceles. Se pondera también la libertad de prensa existente en el país, mediante la cual la expresión de ideas circula, incluyendo la crítica al gobierno (aun cuando no hace mención a la denominada Ley de Desacato, que es una sanción posterior a los hechos)

Es difícil discrepar de estos lineamientos del informe que, lamentablemente, no hemos podido tener en su totalidad, pero sí podemos extraer de ello un hecho clave: el grave problema que existe para los derechos humanos en situaciones de guerrilla o perturbación pública, en donde la violencia es ejercida por ambas partes, sin saberse en qué momento irá ésta a terminar, o cuales serán los resultados de esta violencia desatada.

Lo que sí es cierto es que con la excepción de las situaciones de normalidad, en situaciones de emergencia es difícil, y en veces imposible, el respeto de los derechos humanos, en lo cual se incurre frecuentemente por ambas partes en perjuicio de ellas y también de terceros ajenos al cuadro de violencia. Es claro que, en todo momento, incluso en épocas de guerra, la comunidad internacional trata de que aun en los peores conflictos se observen normas mínimas de respeto a los derechos humanos (como en el caso de la Convención de Ginebra sobre guerra, Cruz Roja entre otros), pero en la práctica su cumplimiento tropieza

con serias dificultades. La experiencia demuestra que, en situaciones conflictivas, por más precauciones que se adopten, al final los atropellos se realizan y se pierden entre el conjunto de acciones de orden bélico. Y así ha sido en todas partes, en todas las guerras, en todos los conflictos. Lo que no impide, por cierto, que quede en pie la tesis y la necesidad de defender estos derechos aun sabiendo que estamos a contrapelo de los hechos (1)

(1) Cuando este artículo fue escrito, no estaban claros para su autor los excesos en que -en su combate al terrorismo- incurría la fuerza pública. Estos fueron más tarde objeto de una exposición y una denuncia dentro del Forum sobre Derechos Humanos, realizado en la Universidad de San Agustín y en el que participamos (Cf. Correo, Arequipa, 16 de noviembre de 1984, pág 3) (nota de 1987)

§ 41

LA CONSTITUCION Y SUS LIMITES (*)

La Constitución en nuestro medio tiene una vida ancilar y pendular; lo primero, porque vive condicionada por la existencia de gobiernos democráticos, lo segundo, porque oscila entre su total desconocimiento o en su obsesivo cumplimiento.

En épocas como la nuestra de claro origen democrático constitucional, con poderes legalmente constituidos, con un período gubernamental en curso hasta 1985 (Dios mediante) es normal que se espere de la Constitución todos los bienes y beneficios, como esos viejos remedios caseros que tenían la virtud de curar todas las dolencias. Lamentablemente, la cosa no es tan sencilla como parece.

Por de pronto, los estudiosos han llamado la atención, y esto hace años, de que la constitución no es el eje ni menos el centro del quehacer socio-político, esto es, que el orden constitucional, como deber ser, no se sostiene sobre sí mismo sino sobre otros condicionantes de orden político, social, económico, cultural, etc. En efecto sabemos perfectamente que al Poder Judicial se le han asignado constitucionalmente el 2% de los gastos corrientes del Presupuesto, y esto no se cumple. Aquí la culpa es, indudablemente, del Parlamento, que no observa este mandato constitucional; por lo menos, desde que entró en funciones. Y, si bien existe aquí una responsabilidad política, hay otras veces en que la causal del divorcio entre la norma y la realidad es la situación cultural, social o económica del país. Así, cuando la Constitución dice que todos tienen derecho a una vivienda decorosa, estamos ante una imposibilidad para la gran mayoría de peruanos, que tiene una base estructural que no se va a corregir con declaraciones líricas.

(*) Expreso, 6 de febrero de 1983.

La Constitución es, qué duda cabe, un documento fundacional y soporte del ordenamiento jurídico del país. Pero, repetimos no se sostiene sola ni es auto operativa; por el contrario, tienen diversos condicionamientos que la hacen realista, vigente, o simplemente utópica. La nuestra, la Carta de 1979, es un verdadero espejismo, por lo menos en la parte de los derechos fundamentales, en donde el Estado aparece nada menos que como un mercader de ilusiones (hasta derecho a la tumba gratuita existe....)

Aparte de estas limitaciones existen -sin embargo-, otras provenientes del mismo aparato formal que es toda Constitución y que conviene no olvidar. Esto es, que la Constitución (la nuestra, la del prójimo o la de quien sea), no tiene porqué ser necesariamente la salvación para nuestros males, ni tampoco contener un inacabable venero de sabiduría. Aún más, no podemos caer tampoco en el prurito positivista de pensar que todo lo que está en la norma es de por sí justo y viceversa. Tampoco pensar que no hay vacíos o incongruencias porque como en toda obra humana, éstos existen.

Veamos, un caso concreto de limitación que ha surgido en estos días, y es el referido a la Ley denominada de desacato, en la cual los periodistas, con el apoyo de algunos parlamentarios, han planteado su inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. En efecto en esta ley (en realidad, simple modificación del Código Penal), existen dos elementos, la ley en sí misma y su relación con la Constitución del Estado. En cuanto ley, puede ser mala o buena, puede ser objeto de crítica o no, podemos estar en desacuerdo con ella o al contrario apoyarla. Los periodistas ven en ella un atentado contra la libertad de expresión, un peligro máximo; los políticos, expuestos a los filos de la crítica, la ven como arma necesaria para defender el ejercicio de la función pública. No entraremos en esta discusión.

El otro problema es la relación entre la ley de desacato y la Constitución del Estado. En efecto ¿Existe contradicción entre la llamada Ley de Desacato y la Constitución del Estado? A nuestro entender no: ambas calzan perfectamente y, en consecuencia, nos parece totalmente innecesaria la acción de inconstitucionalidad que están promo-

viendo los periodistas (así, por lo demás, se lo hice saber al Decano del Colegio, mi docto amigo Mario Castro Arenas, cuando requirió mi opinión sobre la materia). Y esto por cierto (que en mi opinión tendrá un resultado negativo, con la consecuencia que se atacará injustificadamente al Tribunal de Garantías Constitucionales), es el resultado de analizar la constitucionalidad de las normas, acto típicamente formal que nada dice sobre el contenido de la misma. Esto es, una norma que podemos conceptuar como dañina e innecesaria, puede no estar en contradicción con la Constitución del Estado.

No podemos, pues, vivir bajo la ilusión constitucional, abrigando la esperanza de que nuestro texto fundamental no sólo contenga la sabiduría de los siglos, sino que se convierta en instrumento eficaz de gobierno en todos los campos del bien y del mal. La Constitución es un instrumento valiosísimo para la marcha democrática de un Estado, pero aclarando que es un elemento necesario pero no suficiente. Y esto es lo que hay que tener siempre en cuenta.

DESORDEN TRIBUTARIO (*)

A diferencia de épocas pasadas, en la actualidad se reputa que el tributo es un elemento fundamental del moderno Estado administrador, mediante el cual los ciudadanos contribuyen con la carga pública que haga posible la prestación de los mínimos servicios que la colectividad exige, y adicionalmente las demás obras de bien y seguridad social que se han impuesto como necesidad después de la Primera Guerra Mundial. Existe, aquí, una doble relación: por un lado, la del Estado de fijar una política en materia de tributación; por otro, la del ciudadano de contribuir al pago de esa contribución, sin la cual el Estado, en rigor, no puede subsistir.

La política tributaria es lo que está por debajo, como orientación de todo un aparato legal destinado a fijar los tributos en diversas materias, que gravan los bienes y servicios, las transferencias, las rentas, determinadas contraprestaciones, etc. Nuestra Constitución establece, en su artículo 139, que la tributación se rige por los principios de legalidad (o sea, sólo por ley se crean, modifican y exoneran tributos); uniformidad (lo mismo es para todos, salvo las excepciones por la naturaleza de las cosas); justicia (término amplio y flexible, que entendemos pero cuya explicación es difícil); publicidad (esto es, que los tributos deben ser conocidos y debidamente divulgados, para que su pago no constituya una carga para el contribuyente); obligatoriedad (que ya hemos mencionado); certeza (o sea, que se sepa exactamente qué impuestos hay que pagar y cuándo ello debe ocurrir) y, economía en la recaudación (para que el Estado no desperdicie esfuerzos inútilmente). Agrega que no hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria. Nadie puede negar que, como principios genera-

(*) Expreso, 4 de abril de 1983.

les, nos encontramos en el mejor de los mundos. La realidad, lamentablemente, es otra, como intentaremos demostrar.

El principio de legalidad en materia tributaria no se cumple. Hemos visto que, sin ton ni son, se crean impuestos, ya sea por simple decreto supremo (como acaba de hacer Economía y Finanzas con la famosa sobretasa del 10% a las importaciones, decreto de por sí irrito e inconstitucional), o los Municipios, que por simple acuerdo de Concejo crean impuestos para todos los gustos (esto, por cierto, se ha agravado en provincias, en donde se crean impuestos para determinadas fiestas u ocasiones o para ponerle la mano a un notable de la localidad). De acuerdo a un viejo principio que se remonta a la Carta Magna de 1215, los tributos sólo se crean por ley expresa, lo que entre nosotros, lamentablemente, no sucede.

¿Existe uniformidad en la tributación? Lo dudamos. Los regímenes exoneratorios van cada día creciendo y llegará un momento en que cada sector tendrá su propio régimen y el régimen general sólo se aplicará a los incautos. Es decir, un retroceso a la Edad Media en donde los zapateros tenían su gremio, los sastres el suyo, y así sucesivamente. En cuanto a la publicidad -que es otro de los requerimientos constitucionales- se da, pero a medias, y en forma tan enredada que muy pocos la entienden.

Quedan por ver la certeza y la economía en la recaudación. Certeza no existe: ¿o es que alguien puede decir, a ciencia cierta, que sabemos qué impuestos nos corresponde pagar, qué podemos deducir y qué no, y en qué fecha exacta debemos presentar nuestras declaraciones? ¿Existe economía en la recaudación o no? Aparentemente sí, pero esto es algo que debe responder la autoridad responsable y no nosotros.

En fin, lo que sí podemos decir es que, en la actualidad, existe un gran desorden tributario; una pésima divulgación de los alcances de la norma tributaria; un gran desconcierto en cuanto a las obligaciones que competen al contribuyente. Ni siquiera las orientaciones que se ofrecen personalmente en el Ministerio respectivo son de fiar, pues en caso de duda la respuesta es "pague, y después reclame", (manera elegante de decirle a uno que eche el dinero en saco roto).

De la sumaria exposición que hemos hecho se desprende que, en la actualidad, este desorden tributario que vemos (ni siquiera hay formularios en venta al momento que escribimos estas líneas) es fruto de la total ausencia de una política tributaria. La tributación es un arma de gobierno y de control, que tiene fines muy concretos. Aquí, por el contrario, por política tributaria se entiende la improvisación, el desorden, la falta de control, la arbitrariedad legal, la violación de la Constitución. Política tributaria no significa crear un nuevo impuesto cada vez que hay un forado en el presupuesto, pues con ese criterio se podrían crear impuestos todos los días, a costa de los sufridos contribuyentes. Falta una política tributaria y, sobre todo, dar seguridad al contribuyente de que un caos como el actual no se repetirá. Todos debemos pagar impuestos, pero exigimos una política tributaria coherente, sólida, permanente y constitucional.

§ 43

CULTURA Y ESTADO (*)

El último número de la prestigiosa revista "Debate" ha dedicado su parte principal a estudiar la problemática de la cultura y la política cultural del Estado peruano. Acude, para ello, a una encuesta entre diversas personalidades del mundo artístico, histórico, arqueológico, periodístico, etc.

Los temas están centrados en torno a si existe una idea central que desarrolle en el Perú una política cultural, si el Estado ha tenido o no un papel promocional en el mundo de la cultura, y -por último- cómo se deben canalizar los esfuerzos culturales que debe realizar el Estado.

El balance de la encuesta realizada sobre la base de idénticas preguntas, pero contestadas desde ángulos e intereses distintos, es casi unánime. No existe política cultural actualmente (aun cuando, como alguno anota, el no tener una política cultural definida es ya tener una), y la cultura no importa dentro del complejo burocrático del Estado. La cultura es la quinta rueda del coche; el Estado no hace nada o casi nada por la cultura y por la promoción cultural. Como consecuencia de esto, se hace un largo listado de todo lo que hay que hacer o falta por hacer, y todo esto incumbe, por cierto, al Estado y nada más que al Estado.

En lo referente a la política cultural y su no existencia formal en la actualidad, es algo que debe admitirse. En efecto, el único esbozo de política cultural del Estado se llevó a cabo durante la primera fase del gobierno militar, dentro de las limitaciones propias de aquel periodo (o sea, limitaciones provenientes del esquema ideológico que le dio vida y de los dogmatismos que caracterizaron su acción en el ámbito cultural,

(*) Expreso, 18 de abril de 1983.

lo cual se refleja por cierto, en la caprichosa ordenación de cuadros en el Salón de Actos del INC, en donde muchos sobran y otros tantos faltan). Pero esta carencia, no resuelta tampoco en 1980 con el nuevo régimen, entendemos que se está perfilando ya, y ojalá tengamos un bosquejo antes de fin de año. En todo caso, estamos ante un tema que requiere buenas intenciones y mucho trabajo.

Lo grave no es lo anterior, que es subsanable, sino el segundo punto relativo a la acción del Estado en el mundo de la cultura. Esto es, todo lo que el Estado no ha hecho y todo lo que debe hacer. El balance es pasmoso y acaba en rojo en la cuenta del Estado. En efecto, durante toda nuestra mal llamada vida republicana, es poco o nada lo que se ha hecho, aun cuando hayan menudeado actos públicos y ediciones de libros de diversa índole, y alguna que otra reconstrucción monumental o los inevitables subsidios o pensiones de gracia.

En efecto, hay que repetir, como el poeta, que hay muchísimo que hacer. Nadie duda en el mundo actual, tramontado ya el abstencionismo estatal decimonónico, del papel que corresponde al Estado en diversas áreas, y con mayor razón en el campo de la cultura. Desde este punto de vista teórico y del deber ser, el papel del Estado aquí debe ser promocional y rector, dentro del ambiente de libertad que debe caracterizar la vida cultural.

El problema que surge no es al nivel mencionado, sino en el mundo de la práctica. Hay que preguntarse sinceramente ¿tiene en la actualidad el Estado fondos suficientes para acometer tal enorme tarea? La respuesta es evidente: no los tiene y no los tendrá durante varios años más. El hecho reciente de que, para atender los desastres naturales del Norte, se tenga que recurrir al ahorro interno forzoso mediante Bonos de Reconstrucción, nos pone en la pista del problema: el Estado no tiene dinero y no lo tendrá por muchos años. Entre editar a un joven poeta y dar más bancas a una escuela, preferirá esto último. **Primum vivere, deinde philosophare** dijeron los antiguos. Primero es necesario vivir, se filosofa después.

Ortega recordaba que la economía es la ciencia de la escasez, y que esta ciencia tiene por objeto administrar esa escasez. Nosotros necesitamos hacer lo mismo: Tenemos que priorizar las labores del Estado en materia cultural, postergando para un segundo acto (que puede durar quizá varios años) aquellos que no son estrictamente necesarios. Así, prioritariamente, el Estado debe atender museos, bibliotecas, archivos, conservación del patrimonio monumental (ruinas, etc.), y quizá nada más. Sobre el resto de actividades (ballet, coro, orquesta, etc.) debe crear -en forma temporal y mientras no desaparezca el actual estado de cosas- dos tipos de medidas (sin descartar que puedan haber otras); subsidios y régimen tributario promocional (es decir, fomentar a la actividad privada para que invierta en el sector cultural con beneficio tributario). Como sabe el lector, el sector privado puede invertir con beneficio en la industria, en la agricultura, en COFIDE, en pesquería, etc., pero no puede invertir con beneficio en áreas concretas de cultura...tiempo es ya de remediar esta inmensa carencia.

Sólo si adoptamos una actitud realista sobre la situación actual del Estado peruano, sobre sus inmensas limitaciones, y sobre las prioridades que hay en la vida (más importante es la luz en un pueblo que todo un programa de la sinfónica) es que podemos tener una visión razonable del rol del Estado en la cultura.

LIBERTAD DE PRENSA (*)

En días pasados, ha concluido un seminario sobre el régimen jurídico de la prensa en el Perú, auspiciado y organizado por el Colegio de Periodistas, gracias al tesón y entusiasmo de su decano, Mario Castro Arenas. En él, se dieron cita no sólo un selecto auditorio, sino que también fueron invitados a disertar diversas personalidades que cubrieron la amplísima gama de la problemática materia del evento.

Claro está que, en estos casos, no puede hablarse de soluciones, sino más bien de planteamiento de problemas y sugerencias.

El problema de la prensa envuelve, como se sabe, varias aristas. Una de ellas es el relativo a su fundamento; otro, a sus alcances, supuestos y condicionamientos. Sin lugar a dudas, creemos que la libertad de prensa no es otra cosa que una subespecie del derecho a la libertad de expresión, derecho humano clave y fundamental; tanto o más que la libertad física para el ser humano. Si en el orden de los hechos lo más importante es el derecho ambulatorio, -es decir, entrar, ver, y salir sin cortapisa alguna-, en el mundo del pensamiento lo más importante es, sin lugar a dudas, el derecho a expresarse libremente.

El derecho a la libre expresión es, a su vez, un gran postulado jurídico que tiene, por así decirlo, un claro fundamento filosófico; la libertad de pensamiento. En efecto, la libertad de pensamiento propiamente dicha no es una categoría jurídica, pues para ello le falta la característica de la alteridad, es decir, la posibilidad que exista un "otro" en la relación. Robinson Crusoe en su isla nunca tuvo derecho porque estaba solo; cuando aparece Viernes, sólo ahí surge el derecho

(*) *Expreso*, 30 de mayo de 1983.

y nada más (no interesa para estos efectos qué derecho surge en esa peculiar situación insular)

La libertad de expresión tiene, como queda dicho, varias modalidades. La forma clásica es la libertad de prensa, antes llamada libertad de imprenta. ¿Por qué este nombre? En lo referente a nuestra América, esto tiene una clara explicación; durante todo el Virreinato y para todo el Perú, sólo existía la imprenta en Lima y en donde todo se imprimía mediante previo permiso. Al advenir la República, se decretó la libertad de imprenta, es decir, la capacidad de cualquiera de tener su propia imprenta, y usarla para los fines que considerara convenientes.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología advierte pronto que la libertad de prensa no es la única forma de libertad de expresión, ésta también se manifiesta en la radio, el teléfono, la televisión, la publicidad, la correspondencia, los dibujos, los signos y símbolos, y hasta en el silencio. En alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha llegado a afirmar que esto incluye incluso la libertad de no ser molestado.

Concatenado con la libertad de expresión, y en íntima conexión con él, se encuentra el denominado derecho de información que, a su vez, incluye dos posibilidades, el derecho a informar, esto es, la facultad de transmitir a terceros un hecho, una noticia o un dato, a través de cualquier medio (incluyendo por cierto la prensa) y el derecho a ser informado. Esto último es algo muy reciente, sobre lo que existe una ardua polémica.

En el mundo moderno, en donde reina la informática, se cuenta con una masa considerable de información que es utilizada generalmente por el Estado, pero también por el sector privado. Lo que nos interesa aquí es el derecho a la información, es un derecho que a todos nos asiste de saber qué pasa con el funcionamiento del Estado y el derecho que tenemos a reclamar y exigir información a los organismos estatales, en tanto ellos no sean reservados (sea por motivos de defensa nacional, discreción tributaria o por estar en curso investigaciones judiciales)

Pero, salvando los contados casos de reserva, es un hecho que,

como norma general, los interesados que acuden al aparato administrativo en busca de información se sienten defraudados. Como quiera que el derecho a la información está consagrado en los textos internacionales de Naciones Unidas (que tienen categoría constitucional en nuestro ordenamiento jurídico) cabe, ante este hecho, ejercitar la acción de amparo por omisión de un claro mandato constitucional.

§ 45

EL DIA DE LA CONSTITUCIÓN (*)

Antes de dar por terminada la última legislatura, las Cámaras aprobaron un proyecto de ley que declara el 12 de julio de cada año como el día de la Constitución, proyecto que al parecer fue elaborado por la mayoría gobiernista, en el entendido que era necesario resaltar la fecha antes citada. En efecto, el 12 de julio de 1979, y en forma solemne, la Asamblea Constituyente, que por entonces estaba al final de su mandato, sancionó formalmente, y en acto público, la nueva Constitución del Estado, que entró en vigencia recién el 28 de julio de 1980, con el advenimiento del régimen constitucional.

Según dijeron ingenuamente los constituyentes, lo que sucedió aquel 12 de julio de 1979 fue nada menos que la promulgación de la Constitución, es decir, no sólo la ratificación y sanción pública, sino además, como por añadidura, la promulgación de tan solemne texto...¿es esto exacto?

Para sostener que la Asamblea promulgó la Constitución actual, muchos han esgrimido -aparte de razones políticas de menor calibre que estuvieron en juego- que tratándose de una Asamblea Constituyente, ésta estaba en capacidad de hacer todo sin límite alguno. Es decir, como quiera que era una Asamblea Constituyente nada le estaba vedado, y dentro de sus facultades podían hacer todo lo posible. Esta tesis no sólo es absurda, sino que descansa en un error de perspectiva. Absurda, porque las asambleas constituyentes tienen límites, y a veces son éstos muy notorios. El primer límite que tuvo nuestra Asamblea fue el que le impusieron los militares: sesionar durante un año y limitarse a dar la nueva Constitución, límite que cumplieron al pie de la letra, aun cuando

(*) La República, 27 de junio de 1983.

con algunos aspavientos. En segundo lugar, porque existen razones históricas que una Asamblea no puede alterar, como por ejemplo el hecho de que el Perú cedió definitivamente parte de su territorio con el Tratado de 1929; en tercer lugar, razones de orden político, como por ejemplo, la Asamblea no podía reinstaurar la jornada laboral de 12 horas; razones de orden internacional, razón por la cual el Perú no puede desconocer sus compromisos internacionales y menos aún desconocer negociaciones en curso (lo que explica que rechazara la introducción literal del concepto de mar territorial de 200 millas y prefiriera la más amplia y flexible de dominio marítimo), y así sucesivamente. Es decir, afirmar que una Asamblea Constituyente por el hecho de ser tal puede hacer todo, contrariando o tergiversando los hechos, las situaciones adquiridas y las limitaciones de orden fáctico y jurídico, es caer en una robinsonada.

Bajo este punto de vista, cabe advertir en consecuencia, que el hecho de que una Asamblea sea Constituyente, no la habilita para hacer de todo sin orden ni control. En consecuencia no le tocaba a ella "promulgar", ya que la promulgación, según señala la doctrina constitucional dominante, es "el acto por el cual el Presidente de la República (o quien haga sus veces), afirma, por la fórmula consagrada, que la ley o la norma legal ha sido bien dada por el órgano legislativo, y ordena que sea aplicada por las autoridades administrativas y judiciales, imponiéndose a todos su observancia". Esto en realidad no sucedió. Por un hecho insólito, luego de promulgada (sic) la Constitución, fue observada por el Presidente Morales Bermúdez, y a su devolución a la Asamblea, ratificada por ésta en todos sus extremos. Ahora bien, en virtud de este hecho, el texto constitucional no circuló, no se hizo edición oficial alguna y no fue publicada por el diario oficial El Peruano, y menos aún fue observada por las autoridades, salvo en lo referente a las disposiciones transitorias, que dicho sea de paso, entraron en operatividad sólo en virtud de normas complementarias que se dieron en aquella oportunidad (en concreto, decretos leyes y demás normas legales). Es decir, no estuvo en vigencia ni siquiera la parte transitoria de la Constitución sino nuevas normas que se dieron expresamente para implementar la transferencia del poder, según eufemismo que se usó reiteradamente en aquellos días.

La Asamblea Constituyente pues, no obstante todos los pataleos que se hagan, no promulgó nada; se limitó (y ya es bastante) a estudiar y sancionar el nuevo texto constitucional, que en honor a sus autores, se conoce precisamente como Constitución de 1979. Pero la promulgación vino después, precisamente el 28 de julio de 1980.

Ahora bien, según decíamos, está lista para su promulgación por el Poder Ejecutivo, una ley que consagra el 12 de julio como día de la Constitución. En un principio pensamos que se trataba del día de la Constitución de 1979, pero nos han precisado que no es así: que se trata simplemente del día de la Constitución en general, y no de ninguna Constitución en particular.

Si el 12 de julio se consagra como día de la Constitución de 1979, la que actualmente nos rige, y la que permitió la restauración del régimen constitucional, ya habríamos hecho mucho, y tendríamos sobrados motivos para celebrarlo. Pero declarar el 12 de julio como el día de la Constitución en general, cualquiera que ésta sea, nos parece una tremenda ingenuidad y un grueso error histórico.

En efecto, el Perú constitucional no nace el 12 de julio de 1979. La prehistoria de nuestro constitucionalismo se remonta nada menos que a principios del siglo XIX, cuando las Cortes de Cádiz, con la presencia y eventual presidencia de un peruano, Vicente Morales y Duárez, sanciona el texto de 1812 que aquí en Lima jura Abascal y la sociedad de entonces. Al advenir la independencia en 1821 (no importa que sólo sea independencia política, porque ella es el supuesto de todas las demás), se inicia un largo proceso ideológico por definir la estructura del nuevo Estado; es decir, su nueva Constitución (largos fueron los debates entre monárquicos y republicanos, sin contar con experiencias cesaristas como Bolívar, verdadero emperador sin corona). Todo esto fue definitivamente zanjado por las llamadas "Bases de la Constitución Política del Perú", que en 24 artículos expuso los puntos básicos sobre los cuales se edificaría jurídicamente el nuevo Estado, consagrando los derechos fundamentales entonces vigentes (en su más pura estirpe liberal) la representación parlamentaria, la alternabilidad de los cargos, la independencia de los poderes, etc, que precisamente sirvieron de

referencia para la elaboración de nuestra primera Carta Constitucional, la de 1823, y que con variantes, ha signado todo nuestro proceso histórico. Las "Bases" fueron juradas el 19 de diciembre de 1822 por los pueblos del Perú (entiéndase esto dentro del contexto de la época), fecha en la cual definitivamente se asentó en el Perú la democracia representativa y el sistema constitucional. Este es pues el día de la Constitución, pues en ese momento, queda descartada toda pretensión restauradora que aún alentaba San Martín, dejándose establecida la democracia representativa, los derechos individuales y políticos, la presencia de Poderes del Estado y el sistema constitucional.

A partir de entonces se inicia un largo proceso histórico con sucesivas Constituciones (en total, contando la actual, once) con altas y bajas y con una suerte de vigencia restringida del texto constitucional, confrontado no sólo con la realidad histórico-económica, sino con las contiendas que polarizan buena parte del siglo XIX y aun del XX. Si bien en rigor no puede hablarse entre nosotros de vigencia histórica del constitucionalismo, ésta ha existido como aspiración, como necesidad y hasta como un irresistible llamado histórico (dentro del contexto de lo que Basadre llamaba la promesa de la vida peruana). El Perú, pues, no ha nacido en 1979, sino que es un viejo territorio que se pierde en la noche de los tiempos y que es producto de su historia, con todos sus claros y oscuros que sabemos existen, pero que no pueden ser desconocidos. Por eso, pretender que el 12 de julio de 1979 sea el día de la Constitución no sólo constituye una impropiedad, sino que es desconocimiento de una realidad histórica y de un proceso en el cual no todo es negativo (1).

(1) La ley ha sido finalmente sancionada con el número 23403 (Nota de 1987).

§ 46

SOBRE LA PENA DE MUERTE (*)

La pena de muerte es uno de los temas más discutidos que registra la historia del pensamiento, y de hecho, se debate sobre ella, en forma más o menos intensa, hace por lo menos ochocientos años. Existe una fuerte tradición, que se remonta desde antiguo (incluyendo el Antiguo Testamento) que se muestra favorable a ella, y en el mismo sentido se han pronunciado en la Edad Media, algunos notables representantes del pensamiento católico. Los argumentos a favor y en contra, son en realidad demasiado extensos y complejos como para tratarlos en esta oportunidad, pero de hecho es claro que un artículo periodístico no puede zanjar la cuestión de una vez para siempre y, tampoco es pretensión nuestra hacerlo. Digamos únicamente que el tema es debatido, y que por ambas partes hay argumentos serios, sea en favor o en contra, y que incluso la misma Iglesia Católica ha sido firme partidaria de ella (por lo menos, analizado el punto desde una perspectiva histórica)

No obstante lo señalado, nuestro siglo tiende hacia un abolicionismo, o al reemplazo de la pena capital por otras que no lleguen al extremo de quitar la vida. Así se aprecia en los círculos académicos de diversos foros del mundo, aun cuando a contrapelo de esta opinión, más de cien países mantienen la pena capital con modalidades sumamente diversas (fusilamiento, garrote, cámara de gas, ahorcamiento, etc.)

En el sistema americano, en el cual nos movemos inevitablemente, algo de ello está recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en 1969 en San José de Costa Rica, y que en homenaje a dicha ciudad se conoce también como Pacto de San José. En

(*) La República, 6 de octubre de 1983.

dicho Pacto se dice (art. 4.3) que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido; y más adelante, para salvar situaciones preexistentes, aclara que en los países que no han abolido la pena de muerte, ella no se podrá extender a otros delitos que no tengan dicha pena, con lo cual el Pacto permite la pena capital para quienes la estaban aplicando pero les prohíbe extenderla a nuevas figuras delictivas. Esta es la situación de este texto regional de derechos humanos, que rige plenamente para el Perú, y que igualmente está en vigor en todo el continente americano. Ahora bien, ¿cuál es la situación de nuestro país?

De acuerdo a información recogida en medios oficiales, el Perú suscribió el Pacto el 27 de julio de 1977, y depositó el instrumento de ratificación el 28 de julio de 1978. El Pacto entró en vigor (a nivel americano) el 18 de julio de 1978 cuando se cumplieron los requisitos de la firma y aceptación del mínimo de once Estados, con la aceptación de Grenada; para el Perú, el Pacto entró en vigor el 28 de julio de 1978; días antes, había sido sancionado expresamente por el Decreto Ley 22231.

Cuando esto sucedió, en el país se encontraba en vigor la Constitución de 1933, que en su artículo 54 establecía la procedencia de la pena de muerte por los casos de traición a la patria, homicidio calificado y los demás que señale la ley, con lo que en la práctica se disponía de un gran margen de libertad para fijar la pena de muerte, en cualquier tipo de delitos (anotemos, de paso, que sólo una minoría, encabezada por Víctor Andrés Belaunde, se opuso a este texto, como consta en las actas del congreso constituyente de 1931)

Tiempo⁴ después, el Perú entra en un proceso constituyente, y en él ocurren cosas muy novedosas en relación con nuestro tema, cual es a) eliminación de la pena de muerte en tiempos de paz; b) mantenimiento de la pena de muerte para sólo un caso, como es la traición en tiempo de guerra exterior. La misma Constituyente por otro lado, ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, y se sometió expresamente a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus disposiciones finales, sin que en aquel entonces nadie haya pensado que existía una reducción de soberanía (que en rigor no la hubo).

Ahora bien, en lo referente a nuestro tema, es evidente que estando ya en vigencia el Pacto de San José, durante dicho lapso habían regido dos constituciones que en principio eran diferentes. La primera (1933) era receptiva de la pena de muerte; la segunda (1979) no lo era. En rigor, la vigente Constitución no es abolicionista, pues mantiene la pena de muerte, aun cuando sólo sea para una especialísima situación extrema. En todo caso, si alguien quisiera sostener que es abolicionista, no lo es por lo menos en su sentido fuerte. Las pocas constituciones que rechazan la pena de muerte, son muy claras, y en su redacción son tajantes en cuanto a la no existencia de la pena capital. En la nuestra, por el contrario, se reconoce la existencia de dicha pena, pero se la restringe a un único caso. Estamos, pues, ante una Carta que no es abolicionista o, por lo menos, no lo es en su sentido franco y fuerte.

Aclarado lo anterior, veremos en un próximo artículo cuál es la situación que surge de estos dos textos constitucionales.

DERECHOS HUMANOS Y PENA DE MUERTE (*)

Hemos señalado que en nuestro concepto la vigente Constitución de 1979 no es abolicionista, que admite la pena capital, pero sólo en grado extremo, como es la traición a la patria en caso de guerra exterior. Cabe preguntarse entonces ¿cuál es la situación actual frente al Pacto de San José de Costa Rica?

La primera respuesta que puede darse es la siguiente: la Convención de Derechos Humanos fue firmada por el Perú y entró en vigencia, cuando estaba en vigor la Carta del 33, y en consecuencia, el Estado peruano tiene reservado el derecho de ampliar la pena de muerte a otros delitos, previa modificación constitucional. Por tanto, no habría roce alguno entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento internacional.

Nosotros no participamos de esta tesis. En primer lugar, si bien es cierto que el Estado peruano firmó la Convención cuando tenía un marco muy amplio de posibilidades de aplicar la pena de muerte, lo concreto es que con la nueva Constitución, en forma expresa, limitó y circunscribió la pena de muerte sin que nadie se lo pidiera, sino más bien como fruto libérrimo de la decisión soberana de la Asamblea Constituyente (recordemos que en esa oportunidad los partidos dejaron en libertad a sus miembros y propiciaron el voto de conciencia). Es decir, luego que el Estado peruano tuvo ese amplio margen discrecional para aplicar la pena capital, se autolimitó, en forma consciente y soberana, y así consta en el texto sancionado en julio de 1979, y puesto en vigencia en julio de 1980 por el nuevo régimen constitucional. A ello

(*) La República, 12 de octubre de 1983.

agreguemos que en la nueva Constitución se hizo expresa ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, y esto en todas sus cláusulas, y aún más, sometieron al Perú a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de San José de Costa Rica. Abundando en lo anterior, la Cancillería, por expresa autorización del Dr. Javier Arias Stella dispuso una nueva ratificación de la Convención de Derechos Humanos, y así el 9 de setiembre de 1980, el Perú depositó, por segunda vez, el instrumento de ratificación de dicho Pacto, con lo cual precisó los alcances de su adhesión, dentro de su nuevo ordenamiento constitucional. Esto es, no se trató de un acto precipitado, sino expresamente previsto, cautelado y ejecutado. Es decir, el Perú, asumiendo sus compromisos internacionales, no puede extender la pena capital más allá del único caso contemplado en la vigente Constitución.

Ahora bien, podría ser que el Estado peruano se haya arrepentido de tal decisión, y vista las circunstancias actuales, decidiese reconsiderarla; esto es, volver a ampliar la referida pena capital, considerando el nuevo fenómeno subversivo que antes se desconocía. En tal supuesto, puede proceder a efectuar una modificación constitucional, la cual, como se sabe, debe ser aprobada en dos primeras legislaturas ordinarias. Si esto se hiciese en este momento, la ratificación se tendría que hacer en octubre de 1984 para regir a partir de esa fecha y para los delitos que se cometan en aquel entonces, pues no cabe la retroactividad en este supuesto. Ahora bien, el Pacto de San José dispone que en este caso, es decir, cuando un Estado adopta medidas opuestas a la Convención, debe plantear la correspondiente denuncia, esto es, su apartamiento. Para tales efectos, remite expresamente a la Convención sobre Derecho de los Tratados de Viena de 1969 y en donde se regula la forma de hacer estas denuncias. Para decirlo brevemente, la denuncia nos apartaría en cuanto país, de la totalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no sólo de parte de ella, pues así lo establece el Convenio de Viena. Así, el Perú se marginaría del sistema regional de derechos humanos y, en consecuencia, se mantendría en el TIAR, la OEA, ALADI y otros, mas no en el sistema de derechos humanos. Por otro lado, el mismo Pacto de San José dice que después de la denuncia hay que esperar un año para que el Estado pueda aplicar la nueva legisla-

ción objeto de la denuncia, con lo cual en la práctica la pena de muerte recién se aplicaría en octubre de 1985, o sea, con el próximo gobierno.

Si bien este procedimiento es lógico y, en parte, legítimo, hay otros aspectos que los internacionalistas han puesto de relieve, cual es, que en materia de derechos humanos los Estados no pueden adoptar medidas que signifiquen regresión de lo que la Comunidad Internacional conoce como **jus cogens**, esto es, como los principios del orden público internacional. En este supuesto, el Estado peruano podría, pero no debería, hacer la denuncia del Pacto de San José, pues sin lugar a dudas, al apartarse del sistema americano de derechos humanos estaríamos dejando de lado los principios básicos que posibilitan el orden público internacional.

Una última reflexión, aunque sucinta, debe ser destinada al concepto de soberanía. Y es que todo lo dicho no atenta contra la soberanía de los Estados, por lo menos a la soberanía actual, tal y como la entiende la comunidad internacional. En materia de derechos humanos, no funciona la soberanía ni la no intervención. Estos son principios cuestionados, que están en franco declive ante el avance cada vez más vigoroso del nuevo derecho internacional.

SOBRE LA FISCALIA Y ALGO MAS (*)

Grave deterioro para el sistema democrático lo constituye el show que a consuno han montado en días pasados varios actores de la escena nacional. En primer lugar un Fiscal de la Nación aferrándose a un cargo, vencidos los setenta años de ley, que todos vieron claro menos él; en segundo lugar unos fiscales, todos ellos tan respetables como el anterior, declarándose en rebelión frente al rebelde, es decir, más sobre lo mismo; a continuación un alud de opiniones a favor y en contra, en las cuales la oposición está a favor y el oficialismo (llamémoslo así) en contra. En medio de este *mare magnum* al final de cuentas no interesa dónde está la razón, sino al lado de quién estamos. Todo esto por cierto matizado de anécdotas y otros cuentos que dejamos para una mejor oportunidad.

Pero, ¿es en realidad Cavero Egúsquiza Fiscal de la Nación? Si hacemos caso a las apodícticas opiniones de ciertos políticos -que fungen hoy de constitucionalistas- resulta que el mandato de Fiscal de la Nación dura dos años, por expresa disposición constitucional, y sobre esto no hay nada que hacer. Aún más, ley que se dicte en otro sentido no hará otra cosa que vulnerar seriamente la Constitución del Estado, y será nula y falsa, susceptible de nulidad por acción expresa ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Y en consecuencia, la ley sería inaplicable desde el momento mismo de su promulgación y publicación, perpetuando así la bicefalia que estamos viendo hace ya varios días.

Hay varias cosas que conviene destacar; la primera de ellas, es que la Constitución no tiene por qué decir expresamente todo y de todo. Los defensores de Cavero Egúsquiza alegan que la Constitución no dice

(*) La República, 21 de mayo de 1984.

expresamente que los Fiscales de la Nación cesan por límite de edad a los 70 años. Esto es cierto, pero tampoco la Constitución dice que hay que respetar el semáforo rojo ni tampoco dice que nadie tiene derecho de matar al prójimo. No obstante estas ausencias, es evidente que nuestro texto constitucional dentro de una lectura concordada y comprensiva, dice eso que precisamente no está a la letra. O sea, de la lectura misma de la Constitución se desprende que nadie tiene derecho de matar a su vecino. Es igual en el caso del Fiscal de la Nación que, como se sabe, no es una prerrogativa especial, sino un cargo al cual se accede, por mandato de la ley. Es como el presidente de la Cámara de Diputados, que es elegido en tanto y en cuanto es Diputado. Igual, el Fiscal de la Nación es elegido así por cuanto primero y antes que nada ha sido Fiscal Supremo; esta es precisamente su condición previa. Si esta condición previa o supuesto de hecho falla, cesa entonces la consecuencia, que es la Fiscalía de la Nación precisamente. Aún más, la Constitución dice que los fiscales se turnan en la Fiscalía de la Nación; no existe pues duración ni mandato improrrogable. Si como la misma Carta señala los fiscales tiene las mismas incompatibilidades que alcanzan a los magistrados del Poder Judicial, una de las cuales es no poder permanecer en el cargo más allá de los 70 años, entonces cae por su base que cumplidos los 70 años cesa en el cargo el Fiscal Supremo y lo accesorio, que es la Fiscalía de la Nación. Si se hubiera querido que el Fiscal de la Nación durase en su cargo en forma inflexible por dos años o más allá de los 70 años, lo ha debido decir la Ley Orgánica del Ministerio Público, que no dice nada al respecto, sino que por el contrario reafirma el tope existente.

Lo anterior -que no es sino una simplificación algo excesiva de un problema mucho más complejo- nos hace ver que en rigor, Cavero Egúsqüiza ya no es Fiscal de la Nación, que ocupa el cargo como funcionario de facto y que por cierto, tampoco es procedente otra fiscalía mientras exista uno de facto que está en su puesto, con toda la apariencia de legalidad. El problema que ahora se está presentando -y que debió haber sido resuelto por el Ejecutivo desde tiempo atrás- parece ser solucionable por ley expresa que dé el Parlamento, que en rigor era innecesaria, pero que tendrá el saludable efecto político de precisar un problema jurídico que ya no era jurídico sino político. En

tal sentido, la ley zanjará el problema, y esperemos que lo haga para siempre.

El impasse surgido a raíz de la vacancia legal de la Fiscalía de la Nación nos debe llevar a algunas reflexiones; pues ella trasunta algunos males del país y de nuestras incipientes instituciones: burdo manejo del problema a nivel legal; desconocimiento flagrante de la Constitución por un grueso sector de la opinión pública; manejo político por la oposición de un problema sin trascendencia alguna. Es de esperar que aprendamos la lección.

§ 49

UNA MUESTRA RETROSPECTIVA DE NUESTRAS CONSTITUCIONES (*)

Por feliz iniciativa de Esther Muzurrieta de Nieva, en su calidad de prosecretaria bibliotecaria de la Cámara de Diputados, se inauguró el 24 de julio último una "Exposición Retrospectiva de las Constituciones Políticas del Perú", en el Museo de Sitio del Santo Oficio, en la misma Plaza Bolívar, al frente de la actual sede legislativa. La muestra abierta al público, recogía en forma ordenada los textos originales de las once constituciones que ha tenido el Perú, así como de otros documentos que durante algunos momentos de nuestra agitada vida republicana, hicieron las veces de texto fundamental, tal como por ejemplo los pactos confederados del periodo 1836-1838: o estatutos dictatoriales como el de Piérola de 1880. Lo interesante de esta muestra, desde un punto de vista histórico, es poder apreciar los textos que, en excelente forma caligráfica, sancionaron los constituyentes de épocas pretéritas así como la firma de los mismos, los que quizá por vez primera se exhiben en público.

Contra lo que muchos creen, en realidad el Perú no ha tenido tantas constituciones; sobre todo si pensamos en otros países como Venezuela que ha tenido 25 (no obstante gozar hoy en día de una estabilidad institucional de más de 25 años) o el caso de Francia, con quince textos constitucionales en su larga historia republicana. Y aún más, dentro de ese periplo de once cartas políticas, no todas tuvieron igual peso ni la misma vigencia. La primera es como se sabe la Carta de 1823, totalmente irreal y que no tuvo vigencia, pues la presencia de Bolívar la hacía imposible de permanecer como tal. La segunda es la de 1826, fruto del genio político de Bolívar, llamada también "vitalicia",

(*) La República, 11 de agosto de 1984.

y que contrariando su nombre, fue la más fugaz de todas ellas (no duró ni dos meses). La tercera, la de la restauración, es la de 1828, la que fija el Estado unitario, la separación de poderes, el bicameralismo, los clásicos derechos constitucionales, y que por su arraigo y permanencia, por lo menos en cuanto a su espíritu, es que Manuel Vicente Villarán la ha llamado "la madre de todas nuestras constituciones". La siguiente de 1834 tiene también poca vigencia, y es reemplazada por la de 1839, indispensable, tras el fracasado experimento confederado. Sigue la de 1856, también breve, a la que continúa la de 1860, el texto de vida más largo en nuestra historia política, sólo interrumpida por breve término por la de 1867 (derogada antes de cumplir el año) y en vigor con los inevitables eclipses de nuestra historia, hasta 1920, en que es reemplazada por la Constitución de la "Patria Nueva". Si aquí nos detenemos para analizar la perspectiva trazada, veremos que hay nueve constituciones hasta 1920, de las cuales, seis en total, se dan en los años siguientes a la independencia política, coincidente con la etapa caudillesca, y a partir de 1860, existe una cierta estabilidad institucional, quebrada por la Guerra del Pacífico, y restaurada a partir del gobierno de Piérola el 95. El vértigo empieza en 1920, con la nueva Constitución dada por Leguía ese año, de gran elaboración doctrinaria y modernísima, pero que sólo sirvió para cohonestar la violencia del régimen nuevo y las sucesivas reelecciones en las que se embarcaron sus dirigentes. De tal suerte, esta Carta de 1920, una de las mejores desde el punto de vista formal, no sólo fue incumplida, sino que cayó en descrédito, y corrió igual suerte que el régimen que la propició: entró en revisión en 1930, y fue reemplazada por la de 1933, cuyas peripecias todavía recordamos. La vigente de 1979, sancionada por la Asamblea Constituyente en 1979, pero realmente promulgada en 1980 por el nuevo régimen constitucional (la Asamblea como se sabe, dijo haberla promulgado, pero esto, conceptual y realmente no sucedió) cierra este ciclo, que no sabemos todavía si será el último. Once constituciones en total, de las cuales realmente interesantes y vigentes fueron las de 1860 y las de 1933, las más largas de toda nuestra historia constitucional.

De las constituciones peruanas se han hecho varias ediciones muy estimables; recordamos entre las recientes, la de José Pareja Paz-Soldán

(1954) y la de Vicente Ugarte del Pino (1978). Pero existiendo éstas y otras ediciones, falta una edición facsimilar, que recoja tal cual, los textos auténticos de las once constituciones políticas peruanas, labor que no pueden hacer los particulares, sino el órgano legislativo que las conserva. A ello se comprometió en forma pública Dagoberto Lainez al inaugurar la “exposición retrospectiva de nuestras constituciones” en días pasados, y es de esperar que así suceda. La cultura jurídica del país lo espera.(1)

(1) El Proyecto espera todavía su realización (nota de 1987).

§ 50

UN IMPUESTO CON NOMBRE PROPIO(*)

Es principio generalmente aceptado, que las normas tributarias, que gravan determinados hechos o actividades, deben ser generales, dejando de lado distinciones de carácter personal, y dentro de principios tales como la exactitud, la precisión, la legalidad, la justicia tributaria. Existen como excepción las denominadas leyes especiales, que hoy como ayer, se toleran tan sólo cuando se dictan “por la naturaleza de las cosas”, y no por la diferencia de las personas.

El principio antes indicado está contenido en el artículo 187 de la Constitución del Estado, el cual, textualmente dice que “pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas”.

Esto viene a cuento en relación con la ley que crea la Universidad Nacional del Santa, que lleva el número 24035, y que en su artículo 4 crea una sobretasa (sic) del 1% calculada sobre el valor de las ventas que de sus productos haga Sider-Perú, y cuyos fondos financiaran el funcionamiento de la flamante universidad.

No sabemos cuándo funcione esta universidad y cuál sea su destino final, creada al parecer con inocultables fines políticos, aun cuando lo más probable es que termine tal mal como otras que tuvieron igual comienzo.

Pero con independencia de este hecho, conviene analizar esta situación, que brevemente es la siguiente:

(*) La Noticia, 14 de enero de 1985.

a) La denominada sobretasa, es a todas luces, un tributo más, que grava a un consumidor, de manera tal que todo el fierro que vende Sider-Perú, resulta gravado, además del 11% del Impuesto General a las Ventas, con un 1% adicional, que pagan sólo los que compran a Sider-Perú. Es claro que de esta suerte no sólo resultan aumentados todos los productos de la famosa empresa estatal, sino que se crea un raro privilegio para quienes no compran en Sider, la que resulta gravada innecesariamente.

b) El denominado tributo es, sin lugar a dudas, inconstitucional, porque ha violado la garantía establecida en la Constitución, toda vez que no se pueden crear tributos que gravan a las personas, en este caso, una persona jurídica como es Sider-Perú, que a la larga es impuesto que traslada a los usuarios.

Como si esto fuera poco, resulta totalmente irregular que una ley que crea una universidad, contenga disposiciones de carácter tributario, ya que el artículo 139 de la Constitución, exige para la creación de todo nuevo tributo, leyes expresas, léase leyes tributarias, y no leyes marginales, que ni remotamente tienen que ver con la economía y hacienda del Sector Público.

Casos como éste, no son los únicos que han ocurrido en los últimos tiempos; pero no hacen más que confirmar la desaprensión con la que nuestros parlamentarios manejan la cosa pública (1).

(1) Con posterioridad, este impuesto fue derogado (nota de 1987).

LAS ERRATAS DE EL PERUANO (*)

Todo gobierno moderno tiene una gaceta oficial que recoge, en forma ordenada, limpia, bien presentada y fidedigna, las leyes, resoluciones, decretos, avisos y demás documentos que emiten los poderes del Estado, y sus numerosas dependencias. A tal publicación se remiten, necesariamente, todos aquellos que quieren saber de buena fuente, qué pasa a nivel de documentación oficial, y de él se toman tales documentos para luego recogerlos -quienes así lo hacen-, en publicaciones privadas.

Pero esto, que es a todas luces una realidad en otros pueblos -sin ir muy lejos, en los boletines oficiales de nuestros vecinos Chile y Ecuador se observa esta fidelidad- en el nuestro no sucede lo mismo. Veamos cuál es nuestra situación.

En primer lugar, nuestro diario oficial El Peruano, el más antiguo de los que circulan (lo fundó Bolívar en 1825) tiene una presentación deplorable; todo en él está mal; desde el papel y la tinta hasta la presentación; leyéndolo, uno se ensucia físicamente, pues la tinta es de tan mala calidad que se adhiere a las manos al más simple tacto. De ahí podemos pasar a su presentación y las cosas se agravan: ni las fotos son buenas ni claras ni los titulares son los adecuados. Una página cualquiera -y sobre todo la editorial- da la impresión de desorden, de caos y de desconcierto. Esto es, cualquier cosa menos un diario oficial.

Pasemos ahora al contenido, es decir, a lo que publica, y encontramos algo más grave, cual son las numerosas erratas que aparecen día a día en el diario oficial. En efecto, debemos consignar que aquí hay dos

(*) La Noticia, 9 de marzo de 1985.

tipos de erratas, unas sustantivas y otras adjetivas. Las sustantivas son aquellas que cambian total o parcialmente el sentido de una ley, un decreto o un reglamento. Es, como se sabe, la nueva forma de legislar que se inventó en el Perú en el primer semestre de 1981, cuando por un úcase del Ejecutivo, se cambió casi todo el rostro jurídico de nuestro país. Recordemos que durante semanas salían publicadas largas fe de erratas que convertían la noche en día y lo blanco en negro. Estas son fe de erratas sustantivas, que tienen un claro origen político, y sobre las que no entramos ahora, pues temo que no tienen solución.

Pero existe otro tipo de fe de erratas, que son las adjetivas, o sea, las erratas que constituyen realmente un error del diario, o mejor dicho del corrector que tuvo a cargo el control de la edición. Esto es fácil de apreciarlo, pues viendo la fe de errataas y el texto que se corrige, se desprende que se trata de un error que es fácilmente detectable, que proviene de una mala transcripción o mal acomodo de los plomos (que es todavía lo que usa El Peruano, pues ahí no ha llegado la Composseser). Esto sí es grave, desde un punto de vista administrativo, que sumado a todo lo anterior, hacen de nuestro diario oficial un verdadero desastre.

Si bien es cierto que en los actuales momentos reorganizar El Peruano y darle una fisonomía moderna y adecuada a los tiempos, no es tarea prioritaria frente a los graves problemas que nos acosan, también es cierto que no es algo tan costoso como para dejarlo pasar, pues con muy poca inversión de tiempo y dinero se puede cambiar la pésima imagen que hoy todos tenemos del diario oficial, sin contar por cierto que ganará en algo nuestro tan abatido sentimiento de seguridad jurídica.

EL HABEAS CORPUS EN PELIGRO (*)

En los últimos tiempos hemos tenido una verdadera marea legislativa, que incluye precipitadas leyes de financiamiento -que nos amenazan con "imprevistos" los diciembres de cada año- hasta textos orgánicos y pensados durante largo tiempo, como es el caso del Código Civil.

Continuando con esta racha, se nos ha prometido, en días pasados un nuevo Código Penal, que curiosamente, ha pasado casi entre bambalinas, pues no ha despertado ni seguimiento ni entusiasmo. Aún más, no se cuenta ni siquiera con el interés de los medios involucrados y no conocemos forum alguno que se haya realizado sobre esta materia. Ahora bien, existe otro proyecto en el orden procesal en el cual se introduce en el Perú el juicio por jurados, al mejor estilo de los Estados Unidos, en donde, como reza el título de una famosa película, nos encontramos con doce hombres en pugna.

La tesis a favor de la introducción del jurado en el Perú, no es nueva, y suscitó una ardua polémica a mediados de la década del diez, que libraron por un lado Mariano H. Cornejo, sociólogo de nota que pugnaba por su introducción, y Manuel Vicente Villarán, renombrado jurista, que la combatió. Al final la victoria fue de Villarán, por lo que podríamos llamar la sensatez y la prudencia que son las características de toda sabia política jurídica. En un país de analfabetos, sin cultura política ni jurídica, sin recursos económicos, sin facilidades de infraestructura, introducir los jurados era realmente una quimera, por más que se alegase que ello constituía la introducción de la democracia en el aparato judicial.

(*) La República, 11 de marzo de 1985.

Lo curioso del caso, y éste es el dato importante a la altura de nuestros días, es que el jurado ha ido cada vez más en retroceso. Y esto es así, porque mantener jurados es hartamente complicado y es falso que ello sea plenamente democrático, ya que existen sistemas judiciales que nada tienen que ver con la institución del jurado. Lo que la sociedad desea no es un origen democrático del aparato judicial, sino que dicho aparato sea eficiente, honrado y administre justicia de acuerdo al derecho vigente. Tan sencillo como esto. Pero ahora, por no sé qué pruritos, resulta que nos convertimos en resucitadores de una vieja teoría, que como decimos, se encuentra en retirada y no ha despertado entusiasmo entre nosotros (1)

Si volvemos al proyecto de Código Penal, vemos que se ha eliminado un artículo muy importante, introducido por la Ley de Habeas Corpus y Amparo, y mediante el cual se imponen severas sanciones a los jueces que no amparen debidamente las acciones de garantía en defensa de los derechos humanos. Se nos informa que precisamente esta mutilación se habría introducido por pedido expreso de los jueces, que consideran esta norma demasiado draconiana.

Y esto sí que lo consideramos grave, porque si eliminamos esta sanción para los jueces prevaricadores, entonces el Habeas Corpus y el Amparo han muerto. La historia del Habeas Corpus en el Perú (que antes protegía los mismos derechos que el Amparo) es la historia de la claudicación del Poder Judicial frente al poder público (con las inevitables excepciones que nunca faltan). Es decir, por arte de birlibirloque, los jueces se las han ingeniado para no contrariar al poderoso de turno, burlando o escamoteando los Habeas Corpus interpuestos. Sólo en los últimos años es que merced al nuevo texto penal introducido por la Ley de Habeas Corpus y Amparo, se ha conseguido un funcionamiento decoroso de ambas instituciones. Pero si esto se elimina, volveremos atrás; a la época del escamoteo judicial, del cual existen abundantes ejemplos. Es de esperar que tal proyecto no prospere. De ello depende en gran parte la vitalidad de nuestro sistema democrático.

(1) Hoy en día replantearía esta parte general en torno al jurado, aun cuando mantenga la idea de su inaplicabilidad en nuestro medio (nota de 1987).

DECRETOS DE URGENCIA (*)

El crecimiento del Poder Ejecutivo es una de las características del presente siglo, que empieza en realidad tras la primera post-guerra, y con el fin de la llamada *belle époque*. El siglo XIX puede calificarse, sin más, como siglo del Parlamento, pero el siglo XX es, con toda seguridad, el siglo del Poder Ejecutivo. Ello explica que se hayan dado amplias facultades al Ejecutivo para mejor gobernar, pero también grandes controles a los otros órganos del poder y a los ciudadanos mismos.

Entre los instrumentos de que goza el Poder Ejecutivo en las modernas democracias, está lo que en términos generales se denomina "decretos de urgencia" o, mejor aún, "decretos con fuerza de ley". En algunos países, como es el caso de Colombia y la Argentina, se denominan decretos de necesidad y urgencia; en otros, como en Italia y España, Decretos-Leyes; pero, en general, se admite que su fundamento reside precisamente en la necesidad inapelable que la guía, cual es la urgencia de adoptar decisiones, motivo por el cual se concede esta facultad al Ejecutivo, poder que no toma vacaciones (el Congreso, como sabemos, tiene periodos de inactividad, más o menos largos, según las diferentes constituciones)

Lo que es claro con los decretos de urgencia, es que tienen, sin lugar a dudas, fuerza de ley, pero en todas partes se hallan sumamente restringidos. Por lo pronto, en muchos países se exige la posterior ratificación parlamentaria, y en otros un pronunciamiento de la Corte Suprema. Además, se limita a legislar únicamente sobre materias imprevisibles y no sobre cualquier tópico. Esto es, está dirigido a

(*) *Expreso*, 27 de mayo de 1986.

conjurar situaciones imprevistas e inevitables, como pueden ser guerras, incendios, inundaciones, catástrofes, invasión exterior, epidemias, etc.

Estos decretos tienen, pues, ciertas características que conviene no olvidar; cuales son: a) su urgencia, b) su posterior conocimiento y ratificación por algún órgano constitucional calificado, c) su carácter transitorio, d) su fuerza de ley, y e) su ámbito no debe afectar lo que se denomina "reserva de la ley" (o sea, no puede pronunciarse sobre temas para los que expresamente la Constitución exige ley formal, como son los presupuestos, la deuda pública, etc.

Todo lo anterior, que aquí ha sido expuesto en forma por demás sumaria, ha sido consagrado en el famoso inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, que autoriza al Ejecutivo a dictar medidas extraordinarias, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso. Este enunciado tan genérico, debe ser interpretado como es fácil de verse, dentro de un contexto histórico y doctrinario adecuado.

Lamentablemente, la práctica del Estado peruano en relación a la aplicación de los decretos de urgencia, es de por sí lamentable. Ya en el régimen pasado se empezó a utilizar indistintamente para los asuntos más variados, y tal corruptela ha continuado con el actual régimen constitucional, hasta el extremo de hacerse tan notorio, que ha dejado al Parlamento casi sin iniciativa de legislar. Esto, por cierto, no es saludable ni constituye una práctica escrupulosa del gobierno central. Es evidente que en algunas situaciones -quizás en muchas- se ha hecho un uso atinado y hasta beneficioso de tales atribuciones -como cuando se ha dejado sin efecto algún impuesto que gravaba a las personas naturales- pero no es menos cierto que en un Estado de Derecho hay formas y canales que deben observarse. Recordemos que un gobierno es constitucional no sólo por su origen, sino también por su ejercicio. Lo primero se mantiene, pero lo segundo puede deteriorarse, y afectar la legitimidad del sistema.

SOBRE LOS VOTOS NULOS Y BLANCOS (*)

Aunque ya nadie lo recuerda, el problema de los votos nulos y blancos, así como el nebuloso concepto de "votos válidamente emitidos", tuvo en jaque a la República, hace poco más de un año.

De su interpretación dependía nada menos que la segunda vuelta, el pronunciamiento en una acción de inconstitucionalidad interpuesta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y, en última instancia, la continuidad de nuestra incipiente democracia. Felizmente, y no obstante todos los esfuerzos que se hicieron, la sangre no llegó al río, y nuestra democracia pudo continuar.

Todo empezó en la Asamblea Constituyente, cuando en el artículo 203 de la Constitución fue introducido un término sin precedentes: votos válidamente emitidos. Tiempo después, se estableció, por ley expresa, que aquí se incluía los votos nulos y blancos, con lo cual el espectro electoral cambiaba sustancialmente.

El problema, que fue objeto de debate, es si la ley pertinente era o no constitucional. Como se sabe, el Tribunal, en forma por demás desconcertante, no dijo ni sí ni no, pues al no reunirse un mínimo de votos, no se llegó a formar sentencia. Hubo aquí, sin lugar a dudas, intereses políticos en juego o, si se quiere cálculos electorales, pero también desconocimiento de la problemática constitucional, ya que no puede hacerse una interpretación normativa con la sola utilización de la Historia ni, menos aún, empleando categorías del Derecho Civil, como lo denotan los votos singulares de los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

(*) *Expreso*, 3 junio de 1986.

En mi opinión, el problema más serio que aquí existe, es que el concepto de "votos válidamente emitidos" es lo que Karl Engish denomina "conceptos jurídicos indeterminados", pues es una unidad lingüística totalmente distinta a las que están consagradas en el texto constitucional, sin precedente en nuestra tradición electoral y que tolera varias interpretaciones. Poco importa la interpretación dada por algunos constituyentes, pues es bien sabido que las normas, una vez aprobadas, se independizan de su creador. Así como el Quijote no pertenece a Cervantes, tampoco la Constitución pertenece a quienes la sancionaron. La ley tiene su propia voluntad, que puede incluso ser distinta a la voluntad del legislador.

Argumento interesante, esgrimido durante el proceso, fue el referido al carácter de "ley orgánica" atribuido a la ley cuestionada, y a la inconstitucionalidad de la norma que eliminaba el requisito del 50% más uno, en la segunda vuelta. En cuanto a lo primero, cabe alegar que en nuestro Derecho Constitucional no ha quedado precisado qué se entiende por ley orgánica, y en la práctica ha devenido intrascendente. Recuérdese que leyes orgánicas (como la del Ministerio Público) fueron sancionadas por decretos legislativos (tremenda inconsecuencia) y que existen varias leyes orgánicas de ministerios. En cuanto a lo segundo, téngase presente que en Francia la segunda vuelta no requiere más que la mayoría relativa; y eso se explica dentro de la lógica del sistema (que no es fortalecer al Presidente, sino formar mayorías estables y eliminar el multipartidismo)

Toda esta historia, debidamente sistematizada, está reunida por Javier Valle-Riestra en un primoroso volumen que ha puesto a la circulación en estos días denominado precisamente "El Tribunal de Garantías Constitucionales, el caso de los votos nulos y blancos". La obra tiene una estupenda presentación de Heriberto M. Benítez, y contiene documentos de gran interés: las intervenciones de Valle-Riestra en la Asamblea Constituyente, que demuestran que fue el introductor, a nivel de derecho positivo, de la jurisdicción constitucional concentrada en el Perú; sus puntos de vista sobre la Ley Orgánica del Tribunal y, luego en forma ordenada, el escrito de demanda ante el Tribunal de Garantías Constitucionales en torno a la constitucionalidad

de la ley que declara a los nulos y blancos como votos válidamente emitidos, así como la respuesta del apoderado del Congreso, las dúplicas y réplicas, los informes orales de las partes, la resolución (o no resolución) del Tribunal de Garantías, así como los votos singulares de los magistrados (los mejores son, sin lugar a dudas, los de Silva Salgado y Aguirre Roca), así como una documentación pormenorizando el íter constituyente y legislativo sobre el concepto jurídico en cuestión, que demuestra, por demás, el manejo político que se dio al tema (inevitable, tratándose de una Constitución).

Para decirlo en pocas palabras, se trata de una obra fundamental y de gran valor para el estudio de nuestros problemas constitucionales, aporte que -sin lugar a dudas- justifica largamente la trayectoria constitucionalista de Valle-Riestra. Al publicarla, ha hecho un inmenso favor a todos los que, como él, creen en la constitucionalidad, pues la obra tiene el enorme mérito de ofrecer material suficiente como para extraer conclusiones incluso distintas a las que sostiene Valle-Riestra; lo que demuestra que ha presentado los hechos con enorme objetividad y con alcance didáctico. Por todo esto, y por haber enriquecido nuestra literatura constitucional, Valle-Riestra merece nuestro más cordial reconocimiento.

**CONSTITUCION Y SISTEMA
FINANCIERO (*)**

1. La propuesta

El 28 de julio de 1987, el Presidente de la República Alan García Pérez, anunció en su mensaje desde el Congreso, que presentaría un proyecto de ley para nacionalizar la banca, las empresas de seguros y las financieras. En forma paralela, y mientras el proyecto de ley se discutía en las Cámaras, se disponía -mediante específico Decreto Supremo- la intervención de tales empresas mediante Comités de Administración, dejándose en suspenso la competencia de sus directorios y juntas de accionistas. El propósito era, según se decía, democratizar el crédito, romper uno de los grupos más poderosos existentes en el contexto de la economía del país, y transferir dicho sector financiero al Estado, para que se convirtiese en el único dispensador y distribuidor del crédito, con el ánimo de que éste llegue a todos los segmentos de la sociedad, y no sólo a algunos grupos de privilegiados.

Como era de esperarse, la noticia cayó como una bomba. Reiteradamente el Jefe de Estado, tanto en su campaña electoral de 1985, como en sucesivos pronunciamientos realizados en diversos actos públicos (el último de los cuales fue el mensaje presidencial del 28 de julio de 1986)

(*) Estando en prensa este libro, se produjo un gran debate nacional cuando fue remitido al Parlamento un proyecto de ley de nacionalización de la banca, aseguradoras y financieras, el que más tarde fue convertido en ley (la núm 24723, publicada en el diario oficial El Peruano de 11 de octubre de 1987). Por tal motivo ahora se reproduce este texto, que fue escrito especialmente para la "Revista Peruana de Derecho de la Empresa" (núm. 25, noviembre de 1987). Si bien este artículo fue terminado antes de la sanción final de la ley, logra recoger los aspectos más salientes y constitucionales del proyecto, que han sido mantenidos en la ley. (Nota de 1988).

se había pronunciado en contra del estatismo en la banca, que precisamente ahora era presentado como la panacea. Desde entonces, han pasado dos meses exactos; el país ha vivido un gran debate que ha cubierto todo lo ancho del territorio nacional y cuyo eco aún no termina en los momentos que escribimos estas líneas.

2. Este debate y los anteriores

Si hacemos un pequeño recorrido histórico, podemos constatar que han sido muy pocos los debates nacionales de carácter constitucional que se han suscitado en las últimas décadas. En efecto, si dejamos de lado los momentos constituyentes que dieron como resultado la Constitución de 1933 y la vigente de 1979, han sido muy pocos los debates de envergadura similar al que ahora estamos viviendo.

Partiendo de 1930, podemos constatar que el primer debate público de interés, aun cuando con no mucha trascendencia en la opinión pública, fue en 1939, cuando Benavides modificó, vía plebiscito, la Constitución del Estado. Los puntos que fueron materia del plebiscito, fueron varios y de valor intrínseco, pero se hicieron sobre la base de recurrir a un camino vedado y al margen de la Constitución. Con todo, los efectos del plebiscito -como por ejemplo restablecer las vicepresidencias y alargar al período presidencial de cinco a seis años-, se respetaron hasta 1945, en que fueron derogados.

El segundo gran debate se inició en 1945, cuando se puso en tela de discusión la existencia del veto presidencial, con lo cual se quería neutralizar al Presidente Bustamante. En realidad, el veto fue eliminado de la Carta de 1933, y técnicamente no existía, pero ha sido ejercido desde entonces, por razones que podríamos llamar consuetudinarias (hoy ha sido restablecido formalmente en la Carta de 1979)

El tercer gran debate se inició en 1963, cuando se discutió la ley de reforma agraria y el Ejecutivo de entonces pretendió pagar a los expropiados con bonos de larga redención, que no estaba permitido en aquel entonces. Como consecuencia de ello, se modificó la Constitución para permitir, en ciertos casos como la reforma agraria, el pago en bonos de largo plazo, aserto que igualmente ha sido recogido en la Carta vigente.

El cuarto gran debate nacional fue en 1974, a raíz de la firma de los contratos petroleros con el Japón y del sometimiento de las controversias que pudieran surgir, a tribunales extranjeros. La lección extraída de esos hechos, que tuvieron honda repercusión en su momento, ha sido recogida en la vigente Constitución que permite lo que tanto se censuró en 1974.

El quinto gran debate nacional, aun cuando no tan duradero como los anteriores, es el de la reelección presidencial (1986) que al final fue declinada por el mismo Presidente de la República. La iniciativa, cuyo objeto era permitir la reelección del actual Presidente, no prosperó felizmente. La no reelección inmediata es parte de lo que podríamos llamar nuestro constitucionalismo histórico.

El problema que actualmente vive el país es así el sexto gran debate de alcance constitucional de las últimas décadas y sus consecuencias sólo podrán medirse con el transcurso del tiempo.

3. El falso dilema

La propuesta de nacionalizar el sistema financiero provocó una gran reacción. Esto porque como se sabe, mediante esta medida el Estado se volvía monopolístico de todo el crédito, quedando en manos del Estado, o si se quiere del partido de gobierno, el control del crédito, instrumento del cual nadie puede prescindir. Aún más, las razones técnicas que se esgrimieron no eran en realidad ni sólidas ni contundentes y más parecía, a primera vista, una solución política que una respuesta económica. En efecto, los defensores de la medida no han sido ni persuasivos ni definitivos en sus argumentos y más se han refugiado en slogans. Por otro lado, los que han criticado la medida, lo han hecho también sobre la base de supuestos, y de peligros más potenciales que reales.

En todo este debate no ha habido lamentablemente ni *sindéresis* ni argumentación discursiva coherente. Por el contrario han sobrado la retórica y la pasión. Como consecuencia de esto, la opinión pública se polarizó, se azuzaron pasiones y un anti-aprimismo que parecía enterrado, parece haber vuelto por sus fueros.

En realidad, toda la polémica ha girado sobre la base de dos extremos, que en última instancia son falsos. Por un lado, los voceros del gobierno han proclamado a los cuatro vientos que de lo que se trataba era de despojar del poder económico a cuatro banqueros o a cuatro grandes grupos económicos, es decir, arrasar los privilegios de un puñado de personas o de unos cuantos grupos. Por otro lado, los críticos de la medida han sostenido que con esto se pone en peligro la libertad y la estabilidad del sistema democrático, poniendo al país al borde de un gobierno totalitario.

La cosa en realidad no es tan simple, pero nadie se percató de ello durante las primeras semanas. Julio Cotler fue el primero en llamar la atención sobre esta situación; y al mismo tiempo, Javier Silva Ruede (ambos en la revista *Caretas*, N° 968 de 17 agosto de 1987), demostró que existían otras vías fáciles, democráticas y gratuitas para llegar a lo mismo sin tener que pasar por la estatización de todo el sistema financiero.

En realidad, si bien es cierto que el poder financiero existe y que la democracia no debe tolerar la existencia de dichos grupos o mejor dicho, su influencia política, lo evidente es que había otras maneras de disolver tales grupos sin llegar a extremos. En países como el nuestro en donde la banca encierra tanto poder y en donde existe un aparato burocrático ineficiente y corrupto, la estatización no parecía ser la llamada a resolver ningún problema; más aún si se tiene en cuenta que a la fecha, el 82% del patrimonio del sistema financiero, está en manos de la banca estatal y asociada (o sea, dependiente del Estado). Para controlar ese 18% restante, tanto en su accionar como en la acumulación de excedentes, existían otras medidas alternativas.

Aspecto importante es el relativo a quién hacía la nacionalización del sistema, o mejor aún, la estatización. En efecto, es conocido que el Partido Aprista es una agrupación de tradición y conocida disciplina, y en su pasado más o menos reciente, se da una conocida trayectoria de agresividad e intolerancia, que podría aplicarse al manejo del aparato financiero. En tal sentido, era motivo de preocupación que tal medida estuviese a cargo del Partido Aprista, del cual en cierto sentido se desconfiaba.

En fin, el asunto es que si bien el poder económico concentrado existe, ello no quiere decir que la estatización sea la única solución ni quizá la más acertada en los actuales momentos. Aún más, cabe afirmar de acuerdo con la experiencia histórica, que ni siquiera pueda ella calificarse como revolucionaria, pues en cuanto tal, ha sido usada por estadistas y gobernantes de todas las tendencias políticas.

4. Antecedentes ideológicos

A lo largo de todo el debate, han menudeado multitud de citas, muchas de ellas vinculadas con las posiciones que Víctor Raúl Haya de la Torre sostuvo a través de su larga vida. El problema a nuestro entender es doble; por un lado no se puede seguir usando a Haya como si fuese el libro rojo de Mao. Haya tiene su puesto en la historia política del Perú y no es dable seguir trajinándolo como si todavía estuviese vivo y pensase a las alturas de 1987. El segundo punto y quizá el más importante, es que en la obra de Haya existen recetas para todos los gustos. Aun cuando los apristas, por razones obvias, señalan que existe un solo Haya, la verdad es que Víctor Raúl a lo largo de su vida navegó en aguas muy diversas. Existe un Haya radical hasta mediados de los años 30, y luego otro Haya más conservador que arranca de la segunda guerra mundial, y termina defendiendo a la derecha y al imperialismo en la década del 60. Por último, existe el Haya de sus últimos años, que se plantea remozar sus enfoques de los años cuarenta, sin volver en ningún momento al de la década del 20. Evidentemente no es malo cambiar ni menos evolucionar; en tal sentido, no encontramos nada de censurable en la posición de Haya, sino en la forma como ha sido utilizado.

Ahora bien, cabe la pregunta ¿es la estatización o nacionalización del sistema financiero un postulado del aprismo y de Víctor Raúl? Para eso tendríamos que precisar a cuál Haya nos referimos. No al Haya de los años 40, pues tales temas ni los toca. En todo caso habría que revisar al joven Haya para ver si tocó o no tales temas. Nuestra respuesta es negativa. En efecto, y salvo una que otra referencia tangencial, el enfoque de Haya estaba centrado en la nacionalización de la tierra y de la industria, como puntos claves del poder de esa época. Es decir, no estaba dentro de la mira aprista, por lo menos en forma

clara, la estatización del sistema financiero. Haciendo una lectura atenta e interpretativa de los textos primigenios podría sostenerse que tal medida es una consecuencia deducible de los postulados generales de esa época auroral, lo que creemos posible. Con todo, queda en pie la interrogante, si es que Haya en circunstancias como las actuales hubiera apostado por la estatización, como sostienen sus más entusiastas corifeos.

5. Nacionalizar, estatizar o estatificar

El discurso presidencial de 28 de julio de 1987 al plantear la medida, habló de la “nacionalización” de las empresas bancarias, financieras y aseguradoras. Dicho en ese contexto, nadie supo a ciencia cierta qué significaba nacionalizar. Luego se empezó a hablar de “estatizar” y “estatificar”.

El lenguaje utilizado por el Presidente García es “nacionalización”, y dentro de la terminología aprista tiene una connotación y una trayectoria bastante clara. En efecto, el lenguaje utilizado por Haya de la Torre en los años treinta (o sea, en el aprismo de las primeras horas) era nacionalizar, entendiéndose por esto, la facultad que tenía el Estado de tomar para sí, en propiedad, determinados bienes y servicios. Esto fue así porque de acuerdo a la filosofía y usos políticos de la época, la “nacionalización” dicha dentro de ese contexto, tenía un significado inequívoco. La Constitución de 1920, que es el telón de fondo sobre el cual podrían hacerse algunos comentarios, introdujo por vez primera, dentro de las facultades del Estado, la de “nacionalizar”, esto es, la de reservar para el Estado determinados bienes y servicios. (véase artículo 44)

Existe otra razón mayor aún para abonar a favor de tal tesis, y es que dentro del idioma castellano, no existía otra palabra para designar lo que se perseguía. Esto lo comprobamos cuando apreciamos que en las sucesivas ediciones de los Diccionarios editados por la Real Academia de la Lengua, se consigna la palabra nacionalizar con un doble sentido: a) asignarse al Estado en propiedad determinados bienes; y, b) hacer que determinados bienes en manos de extranjeros pasen a propiedad de nacionales. (véase, por ejemplo, el Manual de la Real Academia

correspondiente a 1950). Más tarde, y recién en la edición de 1984 (2 volúmenes) el Diccionario de la Academia incorpora la voz *estatificar*, como aquella destinada a designar uno de los significados que antes era propio de nacionalizar, como ya hemos visto.

El tercer término que ha sido utilizado en esta amplia polémica ha sido el de *estatizar*, como equivalente a *estatificar*. Voces autorizadas han señalado que ésta y no aquélla, es en realidad la palabra pulcra y castiza que debe ser usada, pues *estatizar* no pasa de ser un galicismo inaceptable. Si bien es cierto que tal afirmación es válida, también lo es que es mucho más fácil el empleo del galicismo que el pulcro vocablo académico, motivo por el cual a la larga terminará imponiéndose y siendo aceptado por la Academia.

En síntesis, lo que ha estado en juego es la *estatización* del sistema financiero, y el empleo indebido, aun cuando explicable de la expresión *nacionalización* debe ser entendido en ese contexto (y es dable aceptar si entendemos a qué nos estamos refiriendo).

6. La intervención

El primer acto del gobierno fue, como ya hemos dicho, la intervención del sistema financiero. Esto está contenido en el Decreto Supremo N° 158-87-EF de 28 de julio de 1987, que dispuso el nombramiento de Comités de Administración y suspendió las competencias de los órganos de la sociedad. Todo ello, en virtud del famoso inciso 20 del artículo 211 de la Constitución Política del Estado, que permite la dación de decretos con fuerza de ley, más conocidos como Decretos de Necesidad y Urgencia o Decretos de Urgencia (y no Decretos de Emergencia, como suelen sostener algunos medios de expresión)

Ahora bien, el primer problema que se presenta, es que si una medida de tal naturaleza era dable promulgarla mediante un decreto de urgencia. Nuestra respuesta es negativa. Ni existían situaciones de emergencia que lo justificasen, ni menos aún se trataba de medidas de naturaleza económico-financiera *stricto sensu*, ya que los bancos con la sola excepción de una sucursal norteamericana, habían cerrado el ejercicio de 1986 con cuantiosas utilidades.

En segundo lugar, la intervención fue decretada invocando el artículo 132^º de la Constitución que permite la intervención de la actividad económica en casos de crisis grave y con medidas extraordinarias de carácter transitorio. Ninguno de estos supuestos se daba en el caso del sistema financiero. No estaba en crisis, ni se trataba de una medida transitoria, pues se pretendía expropiar, que como medida es definitiva. Además fue hecha a través del Ministerio de Economía y Finanzas, y no de la Superintendencia de Banca y Seguros, y cometiendo la torpeza de dejar de lado los directorios y órganos de la empresa. En síntesis, la intervención era en realidad un despojo disfrazado de Decreto Supremo.

Una posterior y casi inmediata Acción de Amparo interpuesta por la Asociación de Bancos, obtuvo del Vigésimo Juzgado en lo Civil de Lima, la suspensión de la medida. El Gobierno, después de varias vacilaciones, decidió acatarla. Los interventores fueron retirados de las empresas bancarias, aseguradoras y financieras, en tanto no quedase aprobada la ley de la materia. (Decreto Supremo N^º 089-87-PCM de 12 de agosto de 1987)

7. ¿Monopolio estatal?

Uno de los grandes temas del debate, era que con el proyecto se creaba un monopolio estatal, reñido con la Constitución del Estado. El argumento era impactante, pero sin duda falaz. Nuestra Constitución, cuando fue objeto de amplia discusión en la Asamblea Constituyente de 1979, adoptó frente al monopolio, criterios muy dispares. Es decir, no fue ni monopolista ni antimonopolista, sino que dejó criterios y orientaciones generales, que permiten concluir que en este punto se aprobó un texto conciliador. Así en ciertas partes prohíbe tajantemente el monopolio de la actividad industrial y mercantil (art. 133); y, en otro -y en forma inequívoca- el monopolio de los medios de expresión (art. 134). Pero en lo que respecta al sistema financiero, sólo ha sido prohibido el monopolio privado, mas no el público (art. 153). Aún más, en los debates en el pleno, quedó en claro no sólo que la propuesta de prohibir el monopolio público en la banca fue eliminado, sino que el líder del Partido Popular Cristiano acató en pleno debate, que en caso

de emergencia, el Estado podría estatizar la banca (con lo cual el principio quedó aceptado, aun cuando supeditado a casos muy especiales). En consecuencia, no vemos por qué no pueda existir un monopolio estatal de la banca o un monopolio de los transportes, cuando éstos expresamente no han sido prohibidos. Aún más, el artículo 114^º sostiene claramente que el Estado puede reservar para sí determinadas áreas o servicios, lo que tiene su explicación en la situación monopólica existente en el gobierno militar, que coexistió con la Constituyente, y que ésta no pudo ignorar. En consecuencia, sostenemos que el monopolio estatal del sistema financiero no está prohibido constitucionalmente (lo cual no significa en absoluto, que la medida sea buena o inconducente)

8. Pluralismo económico

Uno de los argumentos centrales esgrimidos contra la ley expropiatoria es que ella produciría un monopolio -como ya hemos visto- que rompería el pluralismo económico consagrado por el artículo 112 de la Constitución. Analicemos el argumento.

El mencionado dispositivo constitucional señala como característica del pluralismo, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresas privadas, estatales, autogestionarias, cooperativas, etc. Pero debe precisarse que el pluralismo está referido al sistema económico y no a los sectores de la economía. Esto es, determinados sectores de la economía pueden ser de propiedad estatal, sin que ello afecte necesariamente al pluralismo. En consecuencia, estimamos que la estatización de la banca, en principio, no rompe el pluralismo económico consagrado en la Constitución, desde el momento que siguen existiendo empresas privadas en otros sectores.

Durante el debate se ha tenido otro tipo de argumentos, tales como que ésta es tan sólo la primera de una serie de estatizaciones que vendrán más adelante, y que además en la práctica, el control, a través de la banca será absoluto sobre el resto de los demás sectores, convirtiendo así al régimen en una especie de PRI mexicano.

Tales puntos de vista están referidos, por cierto, a un futuro que aún no ha sido realizado y que no puede descartarse sin más. Como

posibilidad existe y habrá que estar atento al desarrollo de este nuevo experimento.

En todo caso, mientras exista libertad de información y de prensa, estamos seguros que habrá el clima necesario para el debate y la oposición a medidas políticas que pretendan quebrar el texto o el espíritu de la Constitución.

9. Previo pago en dinero de indemnización justipreciada

Otro de los grandes temas ha sido el relacionado con el previo pago en dinero de indemnización justipreciada que habría que hacer a los expropiados. Esto, de acuerdo al artículo 125 de la Constitución es, como se sabe, un punto incontrovertible.

Desde un principio se ha discutido la forma y el modo como se pagaría. Evidentemente, el Estado no cuenta con dinero suficiente para hacer ese pago al contado, más aún en épocas como la presente en que es necesario buscar dinero para inversiones o recuperar el flujo del crédito externo.

Sobre esta base, se han barajado varias soluciones que permitan un pago diminuto, lo que como se sabe, al final puede ser enervado impugnando la tasación oficial.

Pero lo que se ha querido a nivel parlamentario es crear un mecanismo que permita al Estado tomar físicamente las empresas expropiadas, con independencia de la tramitación del juicio de expropiación, con lo cual primero existiría la posesión física, y sólo más tarde el pago y la correspondiente transferencia de propiedad.

El primer argumento que se ha esgrimido para poder perfeccionar esta transferencia, es calificar al sistema financiero como servicio público, lo cual realmente es un despropósito. Si bien el concepto de servicio público está hoy día cuestionado, indudablemente y mientras así se use en nuestro derecho positivo, hay que darle un uso ajustado. Pensar que todo servicio que se ofrece al público, es de por sí servicio público, es un ingenioso juego de palabras; con tal criterio cualquier tienda de abarrotes podría ser considerada como un servicio público. Lo

importante es distinguir el uso fuerte de "servicio público", esto es, la categoría clara y precisa del derecho público (aun cuando en revisión) y el significado coloquial de "servicio público", que abarca en realidad cualquier cosa.

Un segundo argumento ha sido recurrir a la capacidad del Estado para limitar la posesión de determinados bienes, por razones de interés nacional al amparo del artículo 127. Pero este artículo, interpretado en forma aislada y asistemáticamente consagra una situación determinada que es distinta a las anteriores: está referido a situaciones excepcionales que permitan posesión o transferencia de bienes, por su naturaleza, ubicación o condición. Esto puede estar referido a las cosas, y a su relación con los extranjeros, o a la capacidad de enajenarlas, o a los modos de usarla, o limitaciones a la posesión (por ejemplo, cuando no hay propiedad sino concesión como es el caso de las minas). En fin, se trata de situaciones expresas, que surgen de la naturaleza de las cosas. Pero esta situación no se puede extrapolarla (y acoplarla al instituto de la expropiación) y hacerla operante tan sólo durante un breve período, (en el cual la banca estaría intervenida) y luego hacerla desaparecer por ensalmo cuando culmine el período expropiatorio. Es decir, o el artículo 127 se aplica en forma permanente o no se aplica, pues usarlo sólo por los meses que dura el trámite expropiatorio es desnaturalizar su ejercicio. Dicho en otras palabras, usar el subterfugio del artículo 127, para entrar a las empresas del sistema sin pagar, es distorsionar la Constitución mediante la Constitución misma.

Digámoslo claramente: si se trata de expropiar, es dable hacerlo, pero hay que hacerlo bien.

10. Una ojeada retrospectiva

Si queremos analizar retrospectivamente cómo se ha comportado el actual régimen desde el punto de vista constitucional, podemos decir que en términos generales ha observado la institucionalidad consagrada en la Carta de 1979, con las inevitables alzas y bajas que existe en el diario vivir de todo ordenamiento constitucional. Creemos sin embargo, que no obstante que el gobierno se ha mostrado respetuoso del orden jurídico, y ha sabido reordenar rumbos en determinadas oportunidades,

en más de una -en tres concretamente- ha rozado temas de implicancia constitucional con poco tino.

El primer problema fue el de los penales, ocurrido en junio de 1986. Todos recordamos cómo el Consejo de Ministros ordenó el debelamiento de un motín de presos en forma enérgica, sin medir las consecuencias. Se desconoce hasta ahora el número de las víctimas, pero no es dudoso que haya habido entre 400 y 600 personas liquidadas a mansalva. Si bien el Estado debió tomar medidas enérgicas para afrontar esta situación de amontinamiento de los penales, la forma como se hizo no fue sin lugar a dudas la más adecuada.

El segundo problema constitucional que se ha creado el gobierno innecesariamente, fue en noviembre de 1986, cuando se planteó la reelección presidencial inmediata. El Presidente García rechazó la propuesta, pero tan sólo cuando el proyecto se tornó inviable.

Una reelección inmediata es sin lugar a dudas un desacierto, y contra este principio existe toda una tradición en nuestro constitucionalismo histórico. En América Latina la reelección inmediata sabe a dictadura y así lo ha sido también en el Perú, motivo por el cual este tópico no pasa de ser un desatino. Lo que pueda suceder en los Estados Unidos o en Europa es algo que no es aplicable a nuestra realidad.

El tercer problema constitucional que se ha creado el gobierno, es el de la estatización del sistema financiero. Si bien los objetivos finales de la propuesta no son discutibles, y aún más, merecen nuestro respaldo, la forma y el modo como se plantearon demuestra improvisación y desconocimiento. Por lo pronto, el gran debate nacional que provocó esta medida paralizó al país; los mismos voceros del gobierno se encontraban desconcertados y nadie sabía a ciencia cierta cuál sería la alternativa. Improvisación, desconocimiento de la problemática, dar marchas y contramarchas, excesos verbales, campañas de intimidación, tales han sido los hechos que hemos visto en estos dos meses. Lo mismo pudo haberse hecho bajo otras circunstancias y mediando seguramente una mejor asesoría (el primer Vice-presidente de la República, Luis Alberto Sánchez, declaró que se enteró de la medida en el hemiciclo cuando fue anunciada públicamente al país; esto es, ni el mismo Vice-presidente estaba noticiado de la propuesta.

11. Consideraciones finales

Pocas veces un problema ha interesado tanto a la opinión pública como el actual; el gobierno pensó erróneamente que sólo se trataba de cuatro banqueros, y que el problema se resolvería en pocos días. En realidad, el problema era más complejo. Los banqueros no gozan de simpatía en ninguna parte, y menos aún entre nosotros. Pero lo que estaba en juego era algo más que eso. Más que la libertad o el futuro del sistema democrático, estaba en juego la posibilidad de una eventual manipulación del crédito con fines políticos o de su utilización para sus propios fines. Evidentemente, a largo plazo esto podía llegar muy lejos. Con todo, si la medida hubiera sido propuesta en distinto ambiente y en otros términos o incluso se hubiera conversado para afectar tan sólo a los grandes bancos y no necesariamente a todos, la reacción de la opinión pública hubiera sido seguramente otra.

La misma reacción ha surgido contra las tentativas de no pagar, pagar a medias o pagar luego de entrar en posesión de los bienes. No se ha querido, por lo menos hasta ahora, hacer bien las cosas.

Aspectos positivos que se han observado en estos días, son entre otros, los siguientes: a) la amplitud democrática en la discusión del problema, con el concurso de la opinión pública; b) el interés demostrado por la población en conocer y discutir nuestro texto constitucional, lo que ha sido extensivo también a los parlamentarios, pues casi todos ellos han aprendido algo de nuestra Constitución; c) la saludable reacción del Poder Judicial frente a los amparos interpuestos, que en un primer momento protegieron a los recurrentes, cuando las medidas de despojo (sobre todo la intervención), fueron ejecutadas; d) la larga discusión realizada en el Senado, que demuestra que en ciertos casos, contra lo que generalmente se cree, la segunda Cámara puede servir de algo (de hecho, el comportamiento de la Cámara de Diputados fue genuflexo, irreflexivo y demagógico) (1).

(1) Hay dos puntos que no hemos tocado, y que aquí mencionamos muy brevemente: a) el que la ley al reservar la actividad bancaria para el Estado, permita sin embargo la presencia, aun cuando limitada, de la banca extranjera, y b) la modificación, inconstitucional sin duda, del procedimiento del Amparo regido por la Ley 23506.

Un punto final debe ser anotado: la medida expropiatoria no es ni ha sido nunca en los países donde se ha implantado, una medida irreversible. El texto que se promulgue los próximos días y el desarrollo político futuro, nos permitirá una apreciación más exacta de los hechos, que en los actuales momentos tiene que ser necesariamente provisional.

Lima, 28 de setiembre de 1987.

ANEXOS

Como un complemento del texto transcrito, reproducimos a continuación un artículo periodístico que publicamos en octubre de 1987, así como el texto íntegro de la Ley de Estatización del Sistema Financiero (D.G.B)

EL PRINCIPIO DEL FIN ... (*)

El 12 de junio de 1970, sorpresivamente, un contingente de rangers tomaba por asalto el local central de una centenaria institución bancaria. Adentro se encontraba el autor de tan feroz resistencia. Mariano Ignacio Prado, un anciano de 80 años, a quien poco después se vejaria en forma pública e innecesaria. Lo que vino luego, todos lo sabemos, y no es el caso recordarlo aquí.

Esta escena se me vino a la mente hace unos días cuando, cómodamente instalados en el vestíbulo de un viejo hotel madrileño de la calle Mesonero Romanos, un grupo de peruanos comentábamos el asalto policial a un banco local, en impactantes tomas difundidas por la TV española. El espectáculo, desde lejos, era realmente impresionante. ¿A qué se debió esto...?

El 28 de julio el Presidente García comunicó a la nación que

Tales puntos fueron materia del proyecto del ejecutivo y del que sancionaron las Cámaras, y así han quedado en la versión final de la ley. Factores de espacio nos impidieron desarrollar en aquel momento tales tópicos, de cuya importancia queremos dejar aquí expresa constancia.

(*) Expreso, 29 de octubre de 1987.

enviaba un proyecto de nacionalización de la banca, aseguradoras y financieras. Desde entonces hasta el momento que escribo estas líneas (con la inminente toma del Banco Mercantil) hemos vivido al compás de la noticia. En efecto, con independencia del acierto o desacierto de la medida, de su necesidad o de la falta de ella, lo claro y cierto es que la estatización (prefiero llamarla así) era realmente factible, por lo menos constitucionalmente.

Aun más, pienso que ello no atentaba contra el pluralismo económico consagrado en la Constitución del Estado, ya que hasta el doctor Bedoya Reyes, líder del partido Popular Cristiano, la aceptó en su momento como salida frente a situaciones de grave crisis o emergencia nacional. En consecuencia, si bien limitada a casos muy concretos, la posición del líder pepecista admite en principio la expropiación del sistema financiero, y para los fines que nos interesa esto es suficiente. Aún más, el pluralismo constitucional está referido al conjunto del sistema económico y no a los sectores en cuanto tales, que bien podrían ser estatizados. Repetimos que aquí no hacemos un análisis de la medida en sí misma, sino únicamente de su procedencia constitucional.

Otro tanto podríamos decir de la expropiación. Ella en principio es procedente, ya que, desde hace más de un siglo, está considerada como una de las facultades eminentes que surge del dominio del Estado, y contra ella no procede nada, salvo la discusión del justiprecio. Por cierto que esto no impide la interposición de amparos, si es que la expropiación, en cuanto tal, es aplicada arbitrariamente.

El problema que vemos es que si bien la medida, en un principio, era clara y perfectamente viable, lo cierto es que al poco tiempo empezaron los traspiés. Todo fue de mal en peor; desde el nombramiento de los interventores hasta el asalto policial a ciertos bancos. Todo esto era realmente innecesario, como ilegal e inconstitucional estas medidas y otras más, que no se compadece con la seriedad del problema en cuestión como la toma de posesión inmediata y provisional sin pagar nada. El haber considerado a la banca como servicio público, es una leyeyada más. En síntesis, si bien es factible la expropiación y estatización del sistema financiero, ésta ha sido -y lo está siendo- tan

mal, llevada que por lo menos judicialmente debería -si es que no median presiones ni golphizas de por medio- ser declarada inexecutable. Dura labor le espera al Poder Judicial, no sólo en defensa de la Constitución, sino de sus fueros e independencia.

A casi tres meses del mensaje presidencial de julio último, el panorama dista mucho de haberse aclarado. Por cierto, que no anhelamos otra cosa que el actual régimen acabe su periodo en plena normalidad en 1990. Pero como está la situación, pienso que lo acabará muy magullado. Hay muchas cosas que se han perdido definitivamente, y otras que están en camino de perderse. Hasta ahora no logro comprender cómo un gobierno que se inició bajo tan buenos auspicios, y sobre todo con medidas tan positivas, haya llegado a los niveles a donde ha llegado. No desechamos la rectificación de rumbos...pero debe ser aquí y ahora.

**DECLARAN DE INTERES SOCIAL LA
ACTIVIDAD DE SERVICIO PUBLICO DE
EMPRESAS BANCARIAS, FINANCIERAS Y DE SEGUROS**

LEY N° 24723 (*)

El Presidente de la República del Perú

POR CUANTO:

El Congreso ha dado la Ley siguiente:

El Congreso de la República del Perú.

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1°.- Declárase de interés social la actividad de servicio público de las empresas bancarias, financieras y de seguros, reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones que señala la presente Ley.

Artículo 2°.- Declárase de interés social la expropiación de las

(*)El Peruano, 11 de octubre de 1987.

acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en actual funcionamiento, con las excepciones que se señalan en esta Ley.

El Estado es beneficiario de la expropiación y el Ministerio de Economía y Finanzas el sujeto activo de la misma. Para tal efecto debe seguirse el procedimiento señalado en la presente Ley, y en lo no previsto y que sea aplicable, el procedimiento del Decreto Legislativo N° 313 y su Reglamento.

Artículo 3°.- La expropiación se inicia mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. Simultáneamente el Estado consigna en el Banco de la Nación el valor de lo expropiado que es el patrimonio que resulta del balance auditado al 31 de diciembre de 1986 y presentado a la Superintendencia de Banca y Seguros.

Esta valor se considera preliminar y sujeto a reajuste, luego que culmine el proceso de calificación de activos y pasivos.

Artículo 4°.- El precio de las acciones a expropiarse se determina de acuerdo con el valor final de la acción según el último balance auditado presentado a la Superintendencia de Banca y Seguros, el que se ajusta según la calificación de activos y pasivos y la actualización de su valor a la fecha de inicio del proceso de expropiación, sobre la base de los índices oficiales de precios que resulten aplicables.

Si el patrimonio resultase negativo por actos ilegales o dolosos de los responsables de la gestión de las empresas materia de la presente Ley, aquéllos quedan personal y solidariamente obligados a su reposición o a asumir la parte del pasivo que no alcance a ser cubierta por los activos.

Artículo 5°.- El valor que así se determine constituye el importe final de tasación que sustituye al valor preliminar y será pagado a los accionistas en dinero, en moneda nacional, según la lista oficial de accionistas existente a la fecha de la resolución de expropiación.

Artículo 6°.- Las acciones sujetas a la expropiación materia de la presente Ley se consideran transferidas en su titularidad en la fecha en

que se verifique el pago de la indemnización justipreciada que se determine conforme a la legislación vigente, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Legislativo No. 313.

Del justiprecio que debe pagarse a los accionistas expropiados, se efectuarán deducciones en compensación de pagos, en los siguientes casos:

- a) Por deudas tributarias cuyo pago ya es exigible de cada uno de los accionistas, incluyendo intereses, moras y multas.
- b) Por deudas contraídas por los accionistas sin garantía suficiente en las empresas que comprenden esta Ley; y,
- c) Por deudas contraídas y vencidas de los accionistas con la banca asociada y de fomento.

Artículo 7°.- Por razón de interés nacional y habiéndose provocado situaciones de emergencia que afectan la actividad económica bancaria, financiera y de seguros, y estando a lo dispuesto en el artículo 132° de la Constitución Política del Perú, el Poder Ejecutivo como medida de carácter extraordinario toma a su cargo provisionalmente y en forma directa la gestión y administración de las empresas dedicadas a dichas actividades.

El Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Suprema, designa a los Comités de Administración que asumen las facultades, atribuciones y funciones que la Ley y los estatutos sociales confieren al Directorio, de lo que se deja constancia en acta levantada con participación de la Superintendencia de Banca y Seguros, copia de la cual se remitirá a la Autoridad Judicial que conoce el procedimiento de expropiación.

Mientras dure la situación de emergencia queda en suspenso el funcionamiento del Directorio y la Junta General de Accionistas de cada empresa bancaria, financiera o de seguros.

Las funciones de los Comités de Administración cesan al término del procedimiento de expropiación.

La Superintendencia de Banca y Seguros, ejerce sus atribuciones de control, mediante la designación de sus representantes, ante los

Comités de Administración hasta que culmine el proceso de expropiación.

Artículo 8°.- El procedimiento expropiatorio al que se refiere la presente Ley se regirá en todo por lo dispuesto en el Título Séptimo del Decreto Legislativo N° 313 -Ley General de Expropiación- con las modificaciones siguientes:

a) La demanda de expropiación se presenta ante la Sala Civil de la Corte Superior quien designa a uno de los Vocales para que la diligencie:

b) El término para allanarse u oponerse a la tasación y designar peritos de parte, es de ocho días, a partir de la notificación. La pericia de parte será presentada en un término de 20 días.

c) Los peritos dirimientes presentarán su tasación dentro del término de 20 días útiles contados a partir de la fecha de su designación;

En caso de no presentarla, la notificación a que se refiere el artículo 37° del Decreto Legislativo N° 313, se efectuará dentro de las 24 horas de vencido el término.

d) El recurso de nulidad contra la Sentencia de la Corte Superior puede interponerse dentro de los cinco días de notificada;

e) Los autos serán elevados a la Corte Suprema dentro de los cinco días de interpuesto el Recurso de Nulidad; y,

f) Los términos dentro de los cuales deben emitir sus dictámenes los peritos son improrrogables.

Artículo 9°.- El Presidente y los miembros del Directorio de cada empresa bancaria, financiera o de seguros son elegidos por la Junta General de Accionistas, conforme a lo previsto en la Ley General de Sociedades. El Ministerio de Economía y Finanzas, designará a los representantes del Estado en dicha Junta General.

Al Directorio se incorporan, además de los elegidos por los accionistas, los siguientes:

- Un representante de los trabajadores estables de la empresa.
- Un representante de los pequeños y medianos empresarios.
- Un representante de los depositantes en los casos de las empresas bancarias y financieras.

El Director Representante de los trabajadores es elegido por sufragio directo, secreto y universal de los trabajadores permanentes de cada empresa. Los Representantes de los depositantes y de los pequeños y medianos empresarios son elegidos según el procedimiento que establezca el Reglamento de la Ley. Los Directores durarán un año en el ejercicio de sus funciones pudiendo ser elegidos.

Artículo 10°.- Las empresas bancarias, financieras y de seguros, a las que se refiere el artículo 2° de la presente Ley, continúan en la condición de empresas de derecho privado sin más limitación que la de sus estatutos y la de las disposiciones legales que rigen al sector privado.

Artículo 11°.- Los trabajadores de las empresas a que se refiere el artículo anterior, conservan la estabilidad laboral y demás derechos, beneficios y obligaciones que señalan la Constitución, las leyes y los convenios colectivos correspondientes.

Artículo 12°.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53° de la Constitución, el Estado propicia la creación del Banco de los Trabajadores, así como de empresas bancarias, financieras y de seguros de régimen cooperativo y autogestionario. Encárgase al Poder Ejecutivo dicte, en el plazo de 180 días, las medidas conducentes a proponer y concertar las normas que regulen su estructura y funcionamiento, quedando autorizada la Superintendencia de Banca y Seguros para ejercer sus funciones de supervisión establecidas en la ley, creadas que sean estas instituciones.

Artículo 13°.- Con el fin de fomentar el accionariado difundido, el Estado ofrecerá a personas naturales hasta el 30% de las acciones representativas del capital social de los bancos comerciales que operen a nivel nacional; así como de las empresas financieras y compañías de seguros.

Ningún accionista podrá poseer, en cada institución de las mencionadas en este artículo, un número de acciones cuyo valor total supere al de 40 unidades impositivas tributarias. Para este efecto se consideran como un solo accionista a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Artículo 14°.- Los efectos de la presente Ley no les alcanzan a los actuales accionistas de las entidades a que se refiere el artículo 2°, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo precedente, siendo opcional para ellos mantener sus actuales acciones o venderlas al Estado o a otros particulares que reúnan las mismas condiciones. El plazo para la opción es de 90 días. Vencido éste, la compra de dichas acciones es obligatoria para el Estado.

Tampoco son objeto de esta Ley las acciones que directa o indirectamente pertenezcan al Estado ni las de propiedad de instituciones de carácter social.

Artículo 15°.- En las regiones que se constituyan de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Bases de Regionalización, se establecen Bancos, Financieras y Compañías de Seguros Regionales, con accionariado mayoritariamente privado, en los cuales el Estado participa en una proporción no menor al 30% del capital social. Tales bancos efectúan sus colocaciones preponderantemente dentro del ámbito de la correspondiente región, en la forma que establezca la Superintendencia de Banca y Seguros.

Podrán tener oficinas de captación de depósitos, ahorros y corresponsalía en la capital de la República.

En estos bancos participan como accionistas las personas naturales residentes en la región, las que pueden suscribir como máximo hasta el 1% del capital social. Para este caso, se consideran como un solo accionista a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

El Estado apoya a la banca, financieras y seguros regionales, con el establecimiento de un régimen especial de incentivos.

En el Departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, no se autoriza el funcionamiento de bancos regionales ni de financieras ni compañías de seguros.

Artículo 16°.- Efectuada la transferencia de acciones a favor del Estado, se podrán ofrecer públicamente en venta, tendiendo preferentemente al accionariado difundido, y dando preferencia a sus trabajado-

res, las acciones de las empresas que no siendo bancarias, financieras, ni de seguros formen parte de éstas por inversiones realizadas con anterioridad a la expropiación.

Artículo 17°.- De conformidad con el artículo 188° de la Constitución, delégase en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar mediante Decretos Legislativos y por 180 días, sobre el Sistema Bancario, Financiero y de Seguros, con el propósito de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país, en armonía con los principios básicos de la presente Ley.

Artículo 18°.- Autorízase al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas a concertar endeudamiento interno con el Banco de la Nación para solventar el pago en dinero de la indemnización justipreciada de las acciones expropiadas.

El monto del crédito en moneda nacional puede ser concertado hasta por el equivalente del 1% del producto bruto interno para 1987 y un porcentaje igual del producto bruto interno para 1988, devengando una tasa de interés de 1% y es pagado en un plazo de 10 años.

El Ministerio de Economía y Finanzas cancela el o los préstamos que le otorgue el Banco de la Nación, con los siguientes recursos:

- a) El producto de la venta de las acciones a que se refiere el artículo 13° de la presente ley;
- b) Los ingresos que perciba por la emisión de Bonos de Desarrollo Bancario, que se crean por el presente artículo; y
- c) El importe de los dividendos que correspondan al Estado, en su condición de accionista de las empresas a las que se refiere el artículo 2° de esta Ley, por el tiempo que sea necesario para la cancelación del saldo del crédito.

El Poder Ejecutivo queda autorizado a emitir Bonos de Desarrollo Bancario hasta por la suma necesaria para atender el préstamo a que se refiere el presente artículo determinándose mediante Decreto Supremo lo referente al importe de la emisión y condiciones, los cuales serán suscritos por los contribuyentes de acuerdo al monto de pago del impuesto a la renta.

Artículo 19°.- Con excepción de los casos previstos en la legislación vigente, así como de las normas que rigen el funcionamiento de los bancos multinacionales establecidos en el país, y lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18351, no podrá funcionar en el Perú banca extranjera.

Las sucursales de los bancos con sede en el extranjero, de conformidad con el Decreto Ley N° 18351, mantendrán líneas de crédito a favor de la banca estatal.

En ningún caso las sucursales a las que se refiere el Decreto Ley mencionado en el párrafo anterior, podrán captar ahorros ni ser accionistas en empresas nacionales. Sólo están autorizadas a aceptar depósitos vinculados a las líneas de crédito mencionadas.

Artículo 20°.-Lo dispuesto en la presente Ley es extensivo a las empresas bancarias y financieras en liquidación, en lo que fuera aplicable.

Artículo 21°.-Derógase la Ley N° 23510 y demás disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Artículo 22°.- Los bancos, financieras y compañías de seguros crean un fondo permanente destinado a la capacitación y perfeccionamiento de su personal en universidades y centros especializados del país, y del exterior. Cada institución elabora un Plan General de Capacitación de acuerdo a sus necesidades en recursos humanos.

Artículo 23°.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 154° de la Constitución, el Estado garantiza el ahorro privado; y en consecuencia, los efectos de la presente Ley no les alcanzan al dinero y valores de propiedad de los usuarios del servicio público de banca, financieras y seguros, cajas de seguridad, ni a los fondos o fideicomisos administrados por el sistema a que se refiere este artículo.

Artículo 24°.-El Estado propicia la creación del Banco de la Provincia Constitucional del Callao. El Poder Ejecutivo en el plazo de 180 días de la publicación de esta Ley, dictará las disposiciones pertinentes para su conformación y funcionamiento. El Estado participa en una proporción no menor del 30% del capital social; la diferencia será suscrita como accionariado difundido preferentemente por los trabajadores del Callao. Ningún accionista privado podrá tener más del 1% del accionariado.

Este Banco efectúa sus colocaciones únicamente en la Provincia Constitucional del Callao.

Artículo 25°.- Para cumplir con los fines del accionariado difundido a que se refieren los artículos 13° y 14° de la presente Ley, El Poder Ejecutivo puede optar en el caso de las Compañías de Seguros, por la siguiente alternativa:

a) Por lo establecido en los artículos 13° y 14° de la presente Ley; o

b) Por expropiar no menos del 51 por ciento del número total de las acciones. El saldo de 49 por ciento puede ser retenido por los actuales accionistas de modo que ninguno de ellos podrá tener en acciones más de 40 unidades impositivas tributarias. En el 51 por ciento de las acciones que se expropia, están incluidas las acciones de las empresas extranjeras.

El plazo para vender los excedentes, es no mayor de 90 días, contados a partir de la fecha de publicación de la presente Ley, vencido el cual, la compra es obligatoria para el Estado.

DISPOSICION TRANSITORIA

Los bancos que a la fecha de promulgación de la presente Ley tengan su sede central fuera de la capital de la República, se adecuarán a lo dispuesto por el artículo 15° de esta Ley, dentro de los 180 días de publicada.

El Poder Ejecutivo, por Decreto Supremo, determina las condiciones de la adecuación.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA

Son de estricta aplicación los artículos 45° y 57° de la Ley General de Expropiación o Decreto Legislativo N° 313. Si pese a esto, se intenta una Acción de Amparo contra lo dispuesto por esta Ley o por Resoluciones Supremas dictadas en virtud de la misma, la acción se interpone por ante la Sala en lo Civil de Turno de la Corte Superior del lugar donde se afectó el derecho. Si la Sala admite la acción, designa al Juez Civil de Turno para el Trámite.

Una vez cumplimentado, la Sala señala día y hora para los informes orales si se hubiese pedido la palabra.

Contra el fallo de la Sala las partes podrán interponer recurso de nulidad, dentro del plazo de 3 días.

Si se solicita la suspensión del acto reclamado, la Sala resuelve lo conveniente y su resolución es recurrible por ante la Segunda Sala en lo Civil de la Corte Suprema.

En todo lo no previsto en esta disposición, rige la Ley N° 23506.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley rige a partir del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial " El Peruano".

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

Casa del Congreso en Lima, a los veintinueve días del mes de setiembre de mil novecientos ochenta y siete.

RAMIRO PRIALE PRIALE, Presidente del Senado.

LUIS ALVA CASTRO, Presidente de la Cámara de Diputados.

JUDITH DE LA MATA DE PUENTE, Senadora Secretaria

CARLOS DE LA FUENTE CHAVEZ. GONZALES, Diputado Secretario.

Al Señor Presidente Constitucional de la República.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los nueve días del mes de Octubre de mil novecientos ochentisiete.

ALAN GARCIA PEREZ Presidente Constitucional de la República

GUILLERMO LARCO COX, Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de la Presidencia.

GUSTAVO SABERBEIN CHEVALIER, Ministro de Economía y Finanzas.

**Este libro se terminó de imprimir en
marzo de 1993 bajo la coordinación
y supervisión de Alfredo Alpiste
Bazalar. Calderón de la Barca 139
San Miguel - Telf. 632934**

