

DERECHO

Constitucionalismo en las Américas: una perspectiva bicentenaria

ROBERT S. BAKER

Constitución para un Brasil nuevo

DALMO A. DALLARI

El constitucionalismo peruano en la presente centuria

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional

FRANCISCO JOSE EGUIGUREN PRAELI

Las relaciones entre los órganos del Gobierno en la Constitución del Perú

FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO

Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979

CESAR OCHOA CARDICH

Balance constitucional de la Regionalización

CESAR LANDA ARROYO

Constitución, Derecho y principios penales

VICTOR PRADO SALDARRIAGA

Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral

JAVIER NEVES MUJICA

Régimen de los recursos naturales en la Constitución de 1979

GUILLERMO FIGALLO A.

Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de Derecho en el Perú

GUILLERMO FERNANDEZ MALDONADO

La medida cautelar en la acción de amparo

SAMUEL ABAD YUPANQU

Libertad de cátedra: ¿monopolio docente?

RICARDO LEÓN PASTOR

FACULTAD DE DERECHO/PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU



DICIEMBRE 1989

DICIEMBRE 1990



Suscripciones

Para las tarifas de suscripciones véase la última página de la revista.

El contenido de los artículos publicados en *Derecho* es responsabilidad exclusiva de sus autores.

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 1991
Derechos Reservados

ISSN 0251-3412

**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU**

DERECHO

NUMERO 42-43

DICIEMBRE 1989

DICIEMBRE 1990

CONTENIDO

Cuadro de las autoridades de la Facultad de Derecho.	5
Editorial	11
SECCION: DECIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCION PERUANA	
Robert S. Baker	
Constitucionalismo en las Américas: una perspectiva bicentena- ria.	15
Dalmo A. Dallari	
Constitución para un Brasil nuevo.	49
Domingo García Belaunde	
El constitucionalismo peruano en la presente centuria.	59
Franciso José Eguiguren Praeli	
Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional.	103
Francisco Fernández Segado	
Las relaciones entre los órganos del Gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo.	161
César Ochoa Cardich	
Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979.	191
César Landa Arroyo	
Balance constitucional de la Regionalización.	215

Víctor Prado Saldarriaga	
Constitución, Derecho y principios penales.	265
Javier Neves Mujica	
Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral	283
Guillermo Figallo A.	
Régimen de los recursos naturales en la Constitución de 1979. .	311
Guillermo Fernández Maldonado	
Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de Derecho en el Perú.	337
Samuel Abad Yupanqui	
La medida cautelar en la acción de amparo	373
SECCION: <i>VARIA</i>	
Ricardo León Pastor	
Libertad de cátedra: ¿monopolio docente?	437
<i>CRONICA DEL CLAUSTRO</i>	461

CUADRO DE AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano	:	Dr. Jorge Avendaño V.
Jefe del Departamento	:	Dr. Marcial Rubio Correa*
Director de Estudios	:	Dr. Roger Rodríguez Iturri
Secretario Académico	:	Dr. César Landa Arroyo

MIEMBROS DEL CONSEJO DE FACULTAD (Junio 1987 a Junio 1990)

Dr. Jorge Avendaño V., Decano
Dr. César Landa Arroyo, Secretario Académico

Profesores:

Dr. Marcial Rubio Correa
Dr. Roger Rodríguez Iturri
Dr. Felipe Osterling Parodi
Dr. Guillermo Velaochaga Miranda
Dr. Alfredo Ostojá López-Alfaro (+)
Dr. Guillermo Gulman Checa
Dr. Enrique Lastres Berninzon
Dr. Carlos Cárdenas Quirós

Alumnos: (1989-1990)

Sr. Javier Ciurlizza Contreras
Sr. Guillermo González Arica
Srta. Giovanna Yataco La Fauci
Sr. Fernando Zuzunaga del Pino

* A partir del 27 de Junio de 1990 el nuevo Jefe del Departamento es el Dr. Armando Zolezzi Möller.

*MIEMBROS DEL CONSEJO DE FACULTAD
(Julio 1990 a Junio 1993)*

Dr. Jorge Avendaño V., Decano
Dr. César Landa Arroyo, Secretario Académico

Profesores:

Dr. Fernando De Trazegnies Granda
Dr. Enrique Lastres Berninzon
Dr. Guillermo Velaochaga Miranda
Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Dr. Baldo Kresalja Rosselló
Dr. Fausto Viale Salazar
Dr. Javier Neves Mujica
Dr. Carlos Cárdenas Quirós

Alumnos (1990-1991)

Sr. César Arbe Saldaña
Srta. Patricia Crosby Crosby
Sr. Oscar González Uría
Sr. Paul Sumar Gilt

PLANA DOCENTE 1989-1990

Profesores Eméritos:

Héctor Cornejo Chávez
Carlos Rodríguez Pastor
Jorge Avendaño Hubner

Profesores Principales:

Jorge Avendaño Valdez
Marcial Rubio Correa
Felipe Osterling Parodi
Fernando de Trazegnies Granda
Carlos Fernández Sessarego
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Guillermo Velaochaga Miranda
Guillermo Figallo Adrianzén

Enrique Normand Sparks
Miguel de Althaus Guarderas
Mario Pasco Cosmópolis
Fernando Vidal Ramírez
Humberto Medrano Cornejo
Domingo García Belaunde
Jorge Vega Velasco
Eduardo Ferrero Costa
Javier de Belaunde López de Romaña
Manuel de la Puente y Lavalle
César Fernández Arce
Carlos Espinoza Villanueva
Fernando Alvarez Ramírez de Piérola
Ricardo Váscones Vega
César Delgado Barreto
Armando Zolezzi Möller
Roger Rodríguez Iturri
Alfredo Ostojá López-Alfaro (+)
Juan Luis Avendaño Valdez
Enrique Lastres Berninzon
Enrique Elías Laroza
Francisco Interdonato Santisi S.J
Enrique Bernales Ballesteros

Profesores Asociados:

Federico Zegarra Garnica
Fernando Barco Saravia
Guillermo Gulman Checa
Francisco Moreyra García-Sayán
Rogelio Llerena Quevedo
Baldo Kresalja Rosselló
Julio Barrenechea Calderón
Delia Revoredo Marsano
Jorge Ramírez Díaz
Fausto Viale Salazar
J. Alberto Bustamante Belaunde
Carlos Blancas Bustamante
Miguel de la Lama Eggerstedt
Javier Neves Mujica

Jack Bigio Chrem
César Luna-Victoria León
Luis Hernández Berenguel
Francisco Eguiguren Praeli
César Valeza García
René Ortiz Caballero
Carlos Cárdenas Quirós
Beatriz Ramacciotti de Cubas

Profesores Auxiliares:

Shoschana Zusman Tinman
Luis Chirinos Segura
Pedro Arnillas Gamio
Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Rafael Rosselló de la Puente
Tomás Sobrevilla Enciso
Carlos Montoya Anguerry
Felipe Almenara Bryson
Jack Batievsky Spack
Enrique Becerra Palomino
Fabricio Medrano García
Jorge Muñoz Ziches
Víctor Ferro Delgado
Felipe Villavicencio Terreros
Aníbal Quiroga León
Humberto Jara Florez
Jorge Price Masalías
Diego García Sayán
Walter Albán Peralta
César San Martín Castro
Edgardo Mercado Neumann
Lourdes Flores Nano
Benjamín Aguilar Llanos
Raúl Ramírez Vásquez
Lizardo Taboada Córdova
Jorge Melo-Vega Castro
César Landa Arroyo
Julio Salas Sánchez

Víctor Prado Saldarriaga
Hugo Forno Florez
José Ugaz Sánchez Moreno

Profesores Contratados:

Valentín Paniagua Corazao
Oscar Ermida Uriarte
Jorge Basadre Ayulo
José Marcelo Allemant Muñoz
César Talledo Mazú
Mario Ferrari Quiñe
Ana María Bromley Guerra
Raúl Ortiz de Zevallos Ferrand
Patricia Bueno Chocano
Javier Tovar Gil
Javier Villa-García Vargas
Francisco Ruiz de Castilla y Ponce de León
César Pérez Vásquez
Mario Fernández Cruz
Raúl Canelo Rabanal
Ana Teresa Revilla Vergara
Jorge Danós Ordóñez
Francisco Avendaño Arana
Jorge Pando Vilchez
César González Hunt
Albert Forsyth Solari
Armando Arrieta Muñoz
Miguel Torres Méndez
Guillermo Boza Pro
Samuel Abad Yupanqui
Alfredo Bullard González
Nora Olivero Pacheco
Carlos Torres y Torres Lara
Alfredo Villanueva Ríos
María Eva Aštete Carbajal
Sara Mónica Benites Mendoza
Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Marietta Amézaga Zimmermann
María del Carmen Arana Courrejolles

María del Carmen Delgado Menéndez
Javier Aguirre Chumbimuni
Patricia Iturregui McLean
Ernesto de la Jara Basombrío
Adrián Revilla Vergara
Fernando Cantuarias Salaverry
Noemí Eling
Nelson Díaz
José Amado Vargas
Víctor Lazo Lainez Lozada
Elena Vivar Morales
Pedro Patrón Bedoya
Alejandro Solís Espinoza
Ana Velasco Lozada
Emilio Morgado Valenzuela
Ernesto Coz Ramos
Wilfredo García Noriega
Omar Noejovich Chernoff
Jean Deleplanque Imaz
Margott De la Cruz Huamán

EDITORIAL

El presente número reúne bajo el tema del X Aniversario de la puesta en vigencia plena de la Constitución Política del Perú, cumplido en 1990, los ensayos y artículos que profesores peruanos y extranjeros presentan con motivo de dicha efeméride.

La Revista se inicia con un estudio del profesor Robert Barker, desde una perspectiva histórica, acerca de las influencias de constitucionalismo norteamericano en algunos países latinoamericanos. En particular el profesor Dalmo Dallari hace una presentación de las nuevas instituciones que ha incorporado la Constitución del Brasil de 1988. En la línea histórica, Domingo García Belaunde hace una presentación del desarrollo político y constitucional peruano de lo que va del presente siglo XX. Francisco Eguiguren analiza, a través de la vigencia de los derechos y garantías consagradas en la Constitución de 1979, cual ha sido el grado de legitimidad del régimen político peruano.

Por otra parte, César Ochoa aborda el tema de los fundamentos y límites de las relaciones económicas entre el sector público y el sector privado, desde la óptica del Derecho Constitucional Económico, que reconoce a la norma constitucional como una norma flexible y no una cláusula estática. En la misma perspectiva constitucional interpretativa abierta, el suscrito analiza el mandato constitucional de la regionalización a partir del ordenamiento jurídico regional en creación y evalúa su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho. Víctor Prado desarrolla los principios que regulan el control penal dentro de la perspectiva constitucional del Estado democrático y social de Derecho, que se funda en el sincretismo de las ideas de libertad e igualdad.

Javier Neves realiza una sistematización de los principios constitucionales que deben orientar la aplicación de la normativa laboral. Por su parte Guillermo Figallo hace un análisis exegético de las disposiciones constitucionales, así como de las políticas públicas que regulan los recursos naturales. Guillermo Fernández Maldonado, con el mismo método exegético, reflexiona sobre las normas constitucionales referidas a los tratados internacionales en relación con el sistema de fuentes del Derecho. Samuel Abad aborda la problemática legislativa de la modificatoria de la medida cautelar en la acción de amparo. Asimismo, se publica el trabajo ganador del Primer Concurso de Ensayos Jurídicos para Estudiantes, cuyo autor es Ricardo León.

El Consejo Editorial de la Revista brinda con el presente número un homenaje a la memoria del Dr. Alfredo Ostoja López-Alfaro, fallecido el 30 de abril de 1990, quien fuera Profesor Principal del Departamento de Derecho de nuestra Universidad y miembro del Consejo Editorial de la Revista Derecho desde 1971 hasta 1981. Finalmente, el Consejo Editorial agradece a todos aquellos miembros de la comunidad universitaria que han hecho posible la edición de este ejemplar.

CESAR LANDA ARROYO
Director

**SECCION DECIMO ANIVERSARIO
DE LA CONSTITUCION PERUANA**

CONSTITUCIONALISMO EN LAS AMERICAS: UNA PERSPECTIVA BICENTENARIA*

Robert S. Barker**

Introducción

El bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos ha inspirado numerosas discusiones académicas y profesionales de su influencia sobre las repúblicas de Latinoamérica (1). Este énfasis sobre la constitución como un documento interamericano es muy explicable porque bajo cualquier método de evaluación, la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en Latinoamérica ha sido enorme. Los textos de la mayoría de constituciones latinoamericanas contienen numerosas disposiciones derivadas del documento redactado en Filadelfia en 1787. Por ejemplo: la Constitución Argentina comienza de la siguiente manera:

* Reproducción autorizada por la "University of Pittsburgh Law Review", Vol. 49, N° 3, 1988.

** Catedrático de Derecho. Escuela de Derecho, Universidad de Duquesne; Profesor Adjunto de Derecho. Escuela de Derecho, Universidad de Pittsburgh; B.A., 1963; M.A., 1974; J.D., 1966 Universidad de Duquesne.

- (1) Por ejemplo, la 26va. conferencia de la Asociación Inter-Americana de Abogados tuvo como tema central "Los Doscientos años de Constitucionalismo en las Américas". Las actas de la conferencia serán descritas en un próximo número de la revista University of Miami Inter-American Law Review. Puerto Rico, cuyo status único lo vuelve heredero tanto de las tradiciones legales latinoamericanas como de las Anglo-americanas, auspició un forum inter-americano titulado: "Derechos Humanos: Doscientos Años de Experiencia Constitucional en los Estados Unidos y su Influencia sobre Latino América". Los siete trabajos presentados en el forum van a ser publicados en un número especial de la Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico.

“Nosotros los representantes del pueblo de la nación argentina reunidos en Congreso Constituyente por la voluntad y elección de las provincias con el fin de establecer la unión nacional, asegurar la justicia, consolidar la paz, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, nuestra posteridad y a todas las personas del mundo que deseen vivir en suelo argentino; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia; ordenamos, decretamos, establecemos esta Constitución para la nación argentina.” (2)

La Constitución Mexicana contiene la siguiente garantía: “ninguna persona será privada de la vida, la libertad, la propiedad, posesiones o derechos sin un juicio ante una corte legalmente establecida, en la cual se observen los procedimientos esenciales en concordancia con leyes promulgadas con anterioridad al acto. (3)

La Constitución Venezolana señala lo siguiente: “la enunciación de derechos y garantías en esta constitución no será interpretada como denegando otros derechos los cuales siendo inherentes a la persona humana no son expresamente mencionados aquí.” (4)

Aunque estas y otras similitudes textuales son significativas, ellas son solamente las más obvias, pero no necesariamente los más importantes indicios del papel jugado por la constitución de Filadelfia en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano. Si el uso por parte de Latinoamérica de la Constitución de los Estados Unidos hubiese sido sólo un asunto de mera copia, los resultados habrían sido jurídicamente poco interesantes y prácticamente infructuosos. Como Juan Bautista Alberdi, el Padre de la Constitución Argentina escribió:

(2) Preámbulo de la Constitución (Argent.).

(3) Art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(4) Art. 50 de la Constitución (Venezuela).

“Todas las constituciones cambian o sucumben cuando ellas no son sino hijas de la imitación; la única que no cambia, la única que se mueve y vive con el país, es la constitución que el país ha recibido de los eventos de su historia, es decir, de aquellos hechos que forman la cadena de su existencia desde el día de su nacimiento. La constitución histórica, el trabajo de los hechos, es la unión viviente, la única (constitución) real y permanente de cada país, que sobrevive a los experimentos y sale a flote de cualquier naufragio.” (5)

Este ensayo considera algunas de las maneras en las cuales los juristas latinoamericanos han adaptado las ideas constitucionales norteamericanas para complementar y reforzar sus propias tradiciones. En el proceso, la Constitución de los Estados Unidos ha sido enriquecida y ampliada a través de su aplicación a otras culturas.

1. Consideraciones Preliminares

Cualquier discusión de constitucionalismo latinoamericano se encuentra muy pronto con la objeción de que las constituciones en esa parte del mundo son suspendidas, reemplazadas e ignoradas con tanta frecuencia que el constitucionalismo allá es o ilusorio o cosmético. La respuesta a esta objeción consta de tres partes. Para comenzar, muchos países latinoamericanos han disfrutado de periodos significativos de gobiernos constitucionales. Costa Rica tiene uno de los sistemas constitucionales más respetados del mundo. La actual constitución mexicana que data de 1917, ha demostrado ser extremadamente duradera. Argentina experimentó 7 décadas de gobierno constitucional ininterrumpido en este siglo y en el pasado. Los gobiernos en Venezuela y Colombia se han sucedido de una manera ordenada durante casi 30 años. Durante la mayor parte del siglo XX, Uruguay sirvió como un modelo de estabilidad constitucional; y la situación actual de Chile es una evidente excepción dentro de su larga tradición de democracia constitu-

(5) ALBERDI, J.B. *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina.*

cional. La tendencia a olvidar los éxitos del constitucionalismo latinoamericano es porque ellos no son tan sensacionales como sus fracasos.

En segundo lugar, aún durante periodos de dictadura, las constituciones latinoamericanas muestran una considerable vitalidad debido a la tenacidad de los abogados, que continúan haciendo valer principios constitucionales, y a la inventiva y coraje de los jueces que aplican normas constitucionales a pesar de la suspensión y subordinación de las garantías constitucionales por los gobernantes autoritarios. Estas cualidades se manifiestan en casos tales como el de Sánchez Sorondo (6) el que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en 1968, mientras el país se encontraba bajo un gobierno militar. La Junta Militar que había tomado el poder en junio de 1966 promulgó un Decreto Ley y un Estatuto de la Revolución Argentina. Estas declaraciones subordinaban las garantías constitucionales a los objetivos señalados de la revolución. En 1967 el gobierno militar promulgó un decreto prohibiendo la publicación del periódico Azul Blanco. La casa editora solicitó a la justicia que no se le aplique este decreto arguyendo que violaba la garantía constitucional de libertad de publicación sin previa censura. El gobierno arguyó que puesto que el periódico se había opuesto a los objetivos de la revolución se aplicaba el decreto ley y el estatuto revolucionario antes que la Constitución Argentina. Al confirmar la sentencia de primera instancia a favor del periódico la Corte Suprema dijo:

“5. Si el Art. 14 de la Constitución Nacional prohíbe la censura previa es correcto concluir que ciertamente no permite la clausura de la publicación. . .

6. Los propósitos anunciados en. . . el Decreto Ley de la Revolución no son inconsistentes con esta sentencia puesto que (el Decreto Ley de la Revolución) ratifica la salvaguarda de las libertades esenciales reconocidas por la constitución: (1) fijando como objetivo general el afianzamiento de “nuestra tradición espiritual inspirada en los ideales de libertad y dignidad humana que son la

(6) (1968) Jurisprudencia Argentina No. 4.56.

herencia de la civilización cristiana y occidental,” y (2) fijando como objetivo especial en el ámbito de la política interna, la restauración en el país del “concepto de autoridad, en el sentido del respeto por la Ley y dominio de la verdadera justicia, en un régimen republicano en el cual el ejercicio de las obligaciones, derechos y libertades individuales están en plena vigencia.” (7)

En Brasil, los militares que tomaron el poder en marzo de 1969 promulgaron una serie de “Leyes Institucionales” que pretendían subordinar la Constitución del Brasil a sus numerosas disposiciones e intentaban prohibir la revisión judicial de cualquier “Ley Complementaria” que pudiera ser promulgada por los militares con la finalidad de incrementar las “Leyes Institucionales”. En el caso de la Sociedad Metalúrgica San Antonio vs. Estado de Minas Gerais (8), el Tribunal Federal Supremo hábilmente brindaba elogios a las leyes institucionales a la vez que arribaba a la conclusión de que las Leyes Complementarias estaban sujetas a revisión judicial. “El precepto de una Ley Complementaria no es, con el debido respeto, un precepto constitucional. El primero complementa al segundo pero no es igual o equivalente. . .” (9). El Tribunal entonces concluye que permitir la aplicación de una Ley Complementaria Inconstitucional violaría las leyes institucionales, las cuales subordinan la constitución solamente a sí mismas. La lección que emerge de estos y otros casos es que las constituciones no necesariamente desaparecen cuando los dictadores toman el poder.

En tercer lugar, y lo más importante de todo, es que los escépticos pasan por alto el hecho de que un espíritu residual de constitucionalismo existe en Latinoamérica, el cual, aún en sus peores épocas hace que los abogados y los legos piensen en el orden constitucional como el estado de cosas normal y adecuado y

(7) Id. Esta traducción es de K. Karst & Rossenn. *Derecho y Desarrollo en Latino América* 220 (1975).

(8) Recurso Extraordinario (R.E.) 68.661, Tribunal Pleno (STF 3 Dic. 1969).

(9) Id.

vean a la dictadura del momento sólo como una desafortunada excepción. Este espíritu es mucho más que el simple deseo de un gobierno constitucional; es una clara conciencia de que la constitución es en todos los tiempos el punto de referencia jurídico y político y el patrón de evaluación así también como su objetivo legal y político. Un miembro del Tribunal Federal Supremo del Brasil, menos de cinco meses después del golpe militar de 1964 expresaba muy bien este espíritu en su opinión concerniente a la expedición de un mandato de Habeas Corpus librando a un profesor universitario que había sido arrestado por las autoridades militares por gritar un slogan político:

Decía: Yo desearía recordar aquí a un gran escritor brasileño, Eduardo Prado, quien decía que la historia de Brasil había sido tal que uno nunca sabe donde comienza la revolución y donde termina la legalidad... Y en esta natural confusión de nuestra historia... yo prefiero quedarme con la constitución: aunque durante muchos años puede no estar en vigencia, lo está para nosotros, puesto que un juez sólo puede razonar dentro de la Ley. Consecuentemente, estoy orgullosamente obligado a reconocer la libertad de pensamiento y la libertad académica (10).

Este profundo sentido de constitucionalismo explica la persistente demanda para la restauración del Estado de Derecho y el éxito de tantos países latinoamericanos en restablecer el constitucionalismo democrático durante los años 80.

II. Influencias Históricas y Filosóficas

Para apreciar la contribución que la Constitución de los Estados Unidos ha hecho a la jurisprudencia latinoamericana así como la correspondiente contribución que los juristas latinoamericanos han hecho al desarrollo de las ideas constitucionales norteamericanas, se hace necesario un examen de las razones por las cuales la Constitución de los Estados Unidos fue atractiva para los latinoamericanos, así como una revisión de los problemas que se crearon

(10) Sergio Cidade de Rezende, H.C. No. 40.910, 5 Os grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Braz. 1964).

por la adopción de disposiciones derivadas de la constitución norteamericana y los métodos desarrollados por las repúblicas latinoamericanas para adaptar los principios constitucionales a su propia situación.

A. *La Influencia de la Experiencia Colonial y Revolucionaria Americana*

Durante más de trescientos años, las tierras que llegaron a convertirse en las repúblicas de Latinoamérica fueron colonias de España y Portugal. Los colonos de América española y portuguesa tenían poca experiencia de autogobierno. Los estatutos y regulaciones de las colonias del Nuevo Mundo eran promulgadas en la Madre Patria por parte de consejos reales. En aquellos asuntos en los cuales no hubiese legislación especial para las colonias, se aplicaban las leyes de España o Portugal. La interpretación de todos los estatutos estaba expresamente reservada a la corona. Los virreyes y capitanes generales que ejercían la autoridad política y militar en las colonias eran casi siempre personas nacidas en la península Ibérica, las que después de completar sus períodos de gobierno retornaban a ella. Las Audiencias —cuerpos administrativos-judiciales que funcionaron en las más importantes ciudades coloniales— estaban igualmente compuestas por peninsulares que dejaban las colonias luego de cumplir con sus deberes oficiales. En las ciudades más grandes habían cabildos, o concejos municipales compuestos por los terratenientes de la zona; sin embargo, estos sólo se reunían en forma ocasional, trataban sobre temas puramente locales y no tenían la última palabra en asuntos de interés para la corona (11). Esta ausencia de instituciones políticas locales realmente efectivas volvió natural y necesaria la búsqueda en el exterior de modelos de gobierno por parte de los políticos de las recientemente independizadas naciones latinoamericanas. Aunque

(11) Para una visión general de la administración colonial española en América, véase por ejemplo, C. Gibson. *España en América* 90-100 (1966) y en lo referente a la administración portuguesa de Brasil, ver, por ejemplo, P. Jacques. *Curso de Derecho Constitucional* 46-50 (10a. edición, 1987). Para un resumen más positivo de la administración colonial en Latinoamérica, ver Clark, *Protección Judicial de la Constitución en Latinoamérica*, 2 Hastings Const. L.Q. 405, 406-13 (1975).

los libertadores de Latinoamérica carecían de experiencia en autogobierno ellos conocían bien la teoría política contemporánea y clásica y estaban muy al corriente de los desarrollos legales y políticos en Europa y Norteamérica (12).

En el primer cuarto del siglo XIX, cuando la mayor parte de Latinoamérica ganó su independencia, los Estados Unidos era un joven pero bien establecido país. Al igual que muchas de las nuevas naciones de Latinoamérica había soportado un largo período de gobierno colonial bajo una monarquía europea y había luchado exitosamente una guerra contra la Madre Patria en nombre de la libertad. La afinidad creada por experiencias coloniales y revolucionarias similares fue reforzada por las actitudes filosóficas prevalecientes cuando las repúblicas de Latinoamérica estaban escribiendo sus constituciones. Aquellos que guiaron la guerra de independencia en Latinoamérica y que redactaron sus constituciones habían sido educados en la tradición de la Ilustración, con su énfasis sobre la razón y su creencia de que los seres humanos, mediante el uso de ella, podían construir instituciones políticas tan en armonía con las leyes naturales del universo que el resultado inevitable sería la sociedad civil ideal. Un elemento esencial del pensamiento de la Ilustración era la creencia de que el hombre era naturalmente libre y la libertad era tanto la consecuencia como la condición de la sociedad ideal (13). Para aquellos hombres de principios del siglo XIX que albergaban tales ideas, los jóvenes pero exitosos Estados Unidos de América parecían ser la última aplicación del razonamiento humano a la tarea de un gobierno civil. Las influencias mutuamente reforzantes del pensamiento de la Ilustración y la Revolución Norteamericana son evidentes en el siguiente pasaje de una carta escrita en 1783 por el patriota venezolano, Francisco de Miranda, en momentos en que se encontraba listo a partir para los Estados Unidos:

(12) M. Picón-Salas, *Una Historia Cultural de América Española*, 147-75 (I. Leonard tr. 1962).

(13) Ver Griffin, *La Ilustración y la Independencia de Latinoamérica*, en A. Whitaker, *Latino América y la Ilustración* 119-43 (2a. edic. 61).

“Todos estos inicios, por muy lejanos que ellos estén, todas estas semillas que con no poco esfuerzo y costo, he estado sembrando en mi mente durante mis 30 años, serían sin duda infructuosas y de poco provecho sin la experiencia y conocimiento que uno adquiere al visitar en persona y examinar asiduamente el gran libro del Universo. Esto quiere decir, sus más virtuosas y sabias sociedades, sus leyes, gobierno, agricultura, su manera civilizada, ciencia militar, navegación, artes y oficios y cosas semejantes. Esto y solamente esto, puede hacer madurar el fruto y completar de alguna manera la gran tarea de crear un hombre de sólido valor” (14).”

El tema es planteado aún más vigorosamente por el padre jesuita, Juan Pablo Viscardo y Guzmán, quien escribiendo en el exilio en Italia, alrededor de 1790 decía:

“En cualquier aspecto que consideremos nuestra dependencia con respecto a España uno tiene que ver que todas las obligaciones nos impulsan a terminarla. Nos debemos eso a nosotros mismos a causa de la ineludible obligación que tenemos de preservar los derechos naturales otorgados por nuestro Creador —derechos preciosos a los que no podemos renunciar— derechos que nadie puede arrebatarlos sin cometer un crimen. ¿Puede el hombre renunciar a su razón, o puede serle ésta tomada por la fuerza? Su libertad personal no es menos esencialmente su propiedad que su propia razón. El libre disfrute de estos derechos naturales es la invalorable herencia que nosotros debemos transmitir a nuestra posteridad. . .

El valor con el cual los colonos ingleses en América lucharon por la libertad que ahora disfrutan cubre de vergüenza nuestra indolencia. . . No existe ya más ningún pretexto que excuse nuestra resignación, y si durante

(14) Carta de Francisco de Miranda a Cacigal (1783), reproducida en M. Picon-Salas, *supra* nota 12, 151-52.

más tiempo soportamos las molestias que nos abruman los pueblos podrán decir con toda razón que nuestra pereza nos hace merecedores de ellas; y nuestros descendientes nos llenarán de imprecaciones, cuando al arrastrar la cadena de la esclavitud —esclavitud que ellos heredaron— recuerden el momento en el cual. . . nosotros no deseamos ser libres (15)”.

No ha de sorprender entonces que, dos décadas más tarde, cuando las guerras de independencia de Latinoamérica estaban en plena evolución, patriotas tales como Mariano Moreno (quien guió la revolución que liberó Buenos Aires de España) y José María Morelos (uno de los líderes del movimiento de independencia mejicano) abiertamente reconocieran que la Constitución de los Estados Unidos era su mayor fuente de inspiración (16).

Ya más adentrados en el siglo XIX, cuando los argentinos estaban escribiendo su constitución, los mejicanos estaban reescri-

(15) J. Viscardo y Guzmán, *Carta a los Españoles Americanos por uno de sus Compatriotas* (1790), reproducida en W. Robertson, Surgimiento de las Repúblicas de Hispanoamérica 24 (1918).

(16) El plan de operaciones de Moreno para las Provincias Unidas del Río de la Plata, incluía el siguiente alegato:

Déjenme decir aquí que, a veces, el azar es la madre de los sucesos, porque si una revolución no es conducida acertadamente, si la intriga y la ambición destruyen el espíritu público, entonces el Estado volverá a caer en la más horrible anarquía. Patria Mía, ¡Qué cambios puedes sufrir! Oh, noble y gran Washington, ¿Dónde están las lecciones de tu política? ¿Dónde están las reglas que te guiaron en la construcción de tu gran trabajo? Tus principios y tu sistema serían suficientes para guiarnos: ¡Préstanos tu genialidad para que podamos alcanzar los resultados que hemos planeado!”.

M. Moreno, Plan de Operaciones que el Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata debe realizar para Consolidar la Gran Tarea de nuestra Libertad e Independencia. Reproducido en W. Robertson, supra nota 15, 153. Para mayor información sobre Morelos, ver H. Davis, Pensamiento Latino Americano: Una Introducción Histórica 52-54 (1972).

biendo la suya y los brasileños estaban reemplazando su constitución imperial con una republicana, la Filosofía Positivista estaba ejerciendo una tremenda influencia sobre el pensamiento Latinoamericano (17). El Positivismo fue una ciencia sociológica basada en la premisa de que la historia estaba progresando hacia un estadio completamente racional y humano (18). Los positivistas creían que este proceso se manifestaría y se aceleraría con la adopción y uso de los modelos más avanzados y progresistas en el ámbito del gobierno, el comercio, y otros campos de la actividad humana. Para ponerlo en las palabras de Harold Eugene Davis, una autoridad del pensamiento político latinoamericano “el progreso ordenado era una idea clara del pensamiento social positivista” (19). A finales del siglo XIX, cuando el Positivismo estaba de moda en la mayor parte de Latinoamérica, los indicadores científicos señalaban a los Estados Unidos como la sociedad más progresista de todas. De allí era un corto trecho, que muchos positivistas latinoamericanos recorrieron, para llegar a la conclusión de que la Constitución de los Estados Unidos era el modelo más avanzado para lograr un gobierno ordenado y progresista.

La Ilustración y el Pensamiento Positivista ejercieron su más grande atracción sobre un pequeño pero influyente grupo político en Latinoamérica: los intelectuales urbanos y los comerciantes con estrechos vínculos con la masonería. Por otro lado, muchos católicos devotos no veían ninguna necesidad de nuevas filosofías que expliquen la naturaleza del gobierno o la sociedad y, siendo muy conscientes del anticatolicismo que había caracterizado a la mayor parte de las colonias inglesas eran escépticos de las ideas asociadas con el norte protestante y deístico. Para estos católicos, los escritos del noble francés Alexis de Tocqueville constituyeron una importante garantía de que el sistema político de los Estados Unidos no era incompatible con su fe. El libro *Democracia en América*

(17) H. Davis. *supra* nota 16, 97-134.

(18) Id.

(19) Id., 98.

escrito por Tocqueville (20), fue leído ampliamente por los latinoamericanos educados de todas las tendencias y fue una importante fuente de su comprensión de las instituciones de los Estados Unidos. Alexis de Tocqueville era un católico practicante y también un constitucionalista cuya evaluación de la experiencia democrática de los Estados Unidos, si bien no fue acrítica, fue decididamente favorable. El escribió ampliamente acerca de la relación entre religión y democracia, y concluyó que el sistema constitucional de los Estados Unidos era no sólo compatible sino más bien congruente con la religión en general y el catolicismo en particular (21). Aunque la investigación histórica definitiva todavía no ha sido realizada, es razonable inferir que los escritos de Tocqueville fueron instrumentos eficaces para disponer a los católicos latinoamericanos a ver la Constitución de los Estados Unidos de un punto de vista favorable.

La convergencia de influencias históricas y filosóficas impulsaron a los políticos latinoamericanos a ver a la Constitución de los Estados Unidos como un modelo estructural para sus instituciones nacionales. Ellos adoptaron las formas de gobierno republicanas y a semejanza de los Estados Unidos dividieron el poder del estado entre tres ramas iguales. Ellos rechazaron el sistema europeo o parlamentario, en el cual el ejecutivo depende de la mayoría legislativa, en favor del modelo norteamericano o presidencial. Los más grandes países de Latinoamérica (Brasil, México y Argentina) siguieron a los Estados Unidos al adoptar formas federales. Al igual que la Constitución de los Estados Unidos, las constituciones latinoamericanas son rígidas y supremas: es decir, ellas no pueden ser reformadas por procedimientos legislativos ordinarios y sus disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica.

(20) J. A. de Tocqueville, *Democracia en América* (H. Reeve, Trans. 1999).

(21) Id., 304-20; A. de Tocqueville, *supra* nota 20, 20-31.

B. *La influencia de la Francia revolucionaria y la tradición del Derecho Civil*

Los Estados Unidos no fue el único país extranjero que inspiró a los Padres Fundadores de Latinoamérica. Las mismas fuerzas históricas y filosóficas que hicieron atractiva la experiencia norteamericana tornaron atrayente también la Revolución Francesa. Consecuentemente, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (22) redactada en Francia, inspiró muchas garantías escritas en las constituciones latinoamericanas (23). Pero el Reinado del Terror y otros excesos tendieron a limitar el influjo del constitucionalismo francés. De esta manera, si bien muchos latinoamericanos se suscribían a las formulaciones francesas de los Derechos Humanos, ellos eran menos entusiastas respecto a Francia como un modelo de gobierno. El historiador español, Salvador de Madariaga, comparando las revoluciones democráticas del siglo XVIII, ha dicho que la revolución de los Estados Unidos fue la más productiva de las dos, porque para los latinoamericanos inspiró menos temores (24).

La más grande contribución europea al Derecho Latinoamericano, es, sin lugar a dudas, el Derecho Civil. Así como la experiencia histórica y la inclinación filosófica tornaban atractiva a los latinoamericanos la Constitución de los Estados Unidos, esas mismas fuerzas volvieron irresistibles la tradición de Derecho Civil. Durante tres siglos, las colonias americanas de España y Portugal habían vivido bajo sistemas de Derecho Civil. En el mismo momento que esas colonias estaban luchando para ganar su independencia, el Derecho Civil estaba recibiendo nueva vitalidad en Europa. Los Cinco Códigos Napoleónicos promulgados entre 1804 y

(22) *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Fr. 1789) fue reafirmada por la Constitución Francesa. Preámbulo de la Constitución (Const.).

(23) Ver J. García Laguardia, *La Defensa de la Constitución*, 23-26 (1983).

(24) S. De Madariaga, *Cuadro Histórico de las Indias* 823 (1945).

1811 (25) fueron aclamados por su modernidad, racionalidad y progreso. De esta manera, el Derecho Civil del continente europeo, romano en sus orígenes y francés en su manifestación contemporánea, se transformó en la base de la mayor parte del Derecho Latinoamericano y sus instituciones jurídicas. Al lograr la independencia, las repúblicas latinoamericanas promulgaron códigos civiles, penales, comerciales y de procedimientos que diferían muy poco de sus contrapartes franceses. A medida que el tiempo transcurrió, las naciones latinoamericanas revisaron estos códigos o adoptaron otros nuevos para reflejar las distintas necesidades y políticas de cada país; sin embargo, estos nuevos códigos continuaron siendo, en estilo y contenido, códigos de derecho civil dentro de la tradición continental (26).

Aún más importante que los códigos mismos fue el hecho de que la tradición de Derecho Civil penetró e impregnó toda la cultura jurídica latinoamericana. Los jueces y abogados latinoamericanos aprendieron, hablaron y pensaron en términos de Derecho Civil. El resultado fue una pirámide cuya cima (esto es, la Constitución) estaba construida en gran medida con los materiales de los Estados Unidos y diseñada al estilo del derecho anglosajón, pero cuya base fue transplantada completamente del continente europeo. Para los entusiastas de la Ilustración y el Positivismo (como lo fueron la mayoría de juristas latinoamericanos del siglo XIX) esta dualidad no fue vista como un problema porque, como lo señalaba

(25) Los cinco Códigos Napoleónicos y sus fechas de promulgación son: el Código Civil (1804), el Código de Procedimientos Civiles (1807), el Código de Comercio (1808), el Código Penal (1811) y el Código de Procedimientos Criminales (1911).

(26) La primera codificación importante de Latinoamérica fue el Código Civil Chileno, redactado por Andrés Bello entre 1846 y 1855. Otros códigos importantes son el Código Civil Argentino, redactado principalmente por Dalmacio Vélez Sarsfield entre 1863 y 1869, y la redacción del Código Civil de Brasil, preparado por Teixeira de Freitas entre 1856 y 1865. Este último código, si bien nunca fue aprobado, sirvió de modelo para los códigos civiles de un cierto número de países, incluyendo a Brasil.

la teoría, las ideas y modelos más racionales y progresistas necesariamente demostrarían ser armoniosas aunque sus orígenes temporales fuesen diversos. Además, se había divulgado la creencia de que los nuevos sistemas de derecho por la fuerza de su racionalidad inherente y obvias ventajas, darían como resultado un respeto espontáneo por el imperio de la ley. Sin embargo, esas expectativas fueron muy pronto negadas por los hechos.

III. Constitucionalismo, caudillismo y tradiciones legales conflictivas

Las primeras décadas de independencia latinoamericana demostraron, aun para los más optimistas, que las constituciones no se ponen en vigencia por sí mismas. Después de un breve y eufórico intermedio, los gobiernos democráticos colapsaron. El consiguiente caos fue interrumpido sólo por la irrupción, casi en todo lugar, de los caudillos, militares y civiles, que gobernaron en forma dictatorial generalmente excediendo limitaciones constitucionales sobre su propio poder y no respetando las garantías constitucionales de los derechos de otros. En México, Antonio López de Santa Anna gobernó en forma brutal y caprichosa en 11 ocasiones distintas entre 1822 y 1855. En Argentina, Juan Manuel de Rosas lideró un sistema de alianzas con los terratenientes locales lo que le permitió gobernar al país con brutal eficiencia desde 1829 hasta 1852. Situaciones similares existían en casi todo lugar de la región (27). Si el gobierno constitucional iba a ser algo más que una noble aspiración, tenía que encontrarse la manera de poner en vigencia las garantías constitucionales.

A este respecto, el ejemplo de los Estados Unidos, sólo tenía una muy limitada utilidad. La Constitución de los Estados Unidos era una extensión de la tradición de derecho consuetudinario; las disposiciones constitucionales presuponían la existencia y operación de las reglas prácticas de derecho común. Esto se demostró

(27) Para un resumen de "la era de los caudillos", ver. G. Pendle. *Una Historia de Latino América*. 125-37 (1963).

muy dramáticamente en el caso de Harbury contra Madison (28), en el cual la Corte Suprema dejó bien en claro que cualquier litigante que creía haber sido perjudicado por una acción gubernativa contraria a la constitución podía plantear el tema constitucional como parte de su demanda o defensa en un juicio ordinario ante cualquier Corte que tuviese jurisdicción. De esta manera, cualquier corte, estatal o federal, de jurisdicción general o limitada, podía declarar inconstitucional un acto del congreso o de un órgano legislativo estatal, o una acción de un órgano ejecutivo federal o estatal. Este principio cuando se combina con el principio de derecho común de *stare decisis* (fuerza del precedente) significaba que una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos tendría el efecto práctico de volver una acción o Ley inconstitucional inválida *erga omnes*.

Un enfoque de esta naturaleza no encajaba adecuadamente en el sistema de derecho civil de Latinoamérica. Desde los tiempos romanos hasta el siglo XVIII, el derecho civil tenía muy poca tradición de control judicial sobre la acción gubernativa. El *iudex* romano o juez, era una persona particular elegida sobre una base ad-hoc para decidir un caso particular. El no tenía que ser necesariamente llamado en el futuro para decidir sobre otros casos. No se suponía que poseyese ningún conocimiento especial de derecho y así era generalmente el caso. El sólo debía escuchar y sopesar la evidencia y aplicar ciertos principios legales tales como estaban contenidos en una fórmula o grupo de instrucciones que le eran dadas por un magistrado (29). El Corpus Juris de Justiniano que fue el vehículo a través del cual el derecho romano se transmitió a la Europa medieval y moderna incluye un lenguaje que a finales del siglo XVIII fue interpretado en el sentido de disminuir aún más el poder judicial. El texto señala "*non exemplis sed legibus iudican-*

(28) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(29) El papel del juez romano se explica en J. Dawson, *Los Oráculos de Derecho* 100-47 (1968), y en H. Wolf, *Derecho Romano: Una Introducción Histórica* passim (1951).

dum est" (30), lo cual traducido y puesto en contexto significaba lo siguiente:

"Ningún juez o árbitro debe suponer que él tiene que seguir las opiniones que considera equivocadas y aún más las decisiones de eminentes prefectos u otros notables (porque si algo no fue bien decidido no debe extenderse el error hacia otros jueces, ya que las decisiones deben ser emitidas en concordancia no con los ejemplos sino con la Ley), aún si las opiniones en cuestión son emitidas en procedimientos judiciales de las más eminentes prefecturas o las más altas magistraturas de cualquier tipo; por el contrario nosotros ordenamos a nuestros jueces a seguir la verdad y los caminos de la ley y la justicia." (31)

A despecho de esta limitada concepción de la función judicial, a finales de la Edad Media, los jueces en la mayor parte de Europa Occidental constituían una clase estable y educada. En algunas partes, especialmente en el Parlamento de París, los jueces del siglo XVII y XVIII jugaron un rol significativo en el desarrollo del Derecho, consultándose mutuamente y registrando sus propias decisiones en archivos extra-oficiales (32). Sin embargo, los jueces de la Francia pre-revolucionaria se habían convertido en una clase social y política distinta conocida tanto por su defensa del Antiguo Régimen como por su creatividad judicial. En las palabras del historiador jurídico John P. Dawson:

(30) "No por los hechos del caso sino según el Derecho debe realizarse el juzgamiento" es la traducción que ofrece el *Diccionario Jurídico Black* 950 (5a. edic. 1979). Sin embargo, esta traducción no logra expresar fielmente el significado de la máxima, que se hace claro por su contexto, como una directiva para no otorgar valor de precedente a las decisiones judiciales.

(31) C. 7.45.13 (529 A.D.).

(32) J. Dawson, *supra*, nota 29, 263-373.

“inamovibles e irresponsables ejecutores de un poder enorme e ilimitado, ellos (los jueces franceses) también pretendían representar el interés nacional. Con su obstinada defensa de una clase privilegiada —la nobleza de la cual ellos fueron líderes— cerraron toda esperanza de reforma moderada e hicieron inevitable que la ola revolucionaria los cubriera a todos ellos haciéndolos merecedores de la ira de toda la nación”. (33)

Los líderes de la revolución francesa comenzaron inmediatamente por subyugar al órgano judicial. Los jueces fueron expresamente prohibidos de promulgar leyes y durante un tiempo aún se les requería que refirieran todas las cuestiones de interpretación legal al órgano legislativo. La teoría de la separación de poderes de Montesquieu, una parte importante del pensamiento francés de finales del siglo XVIII fue aplicada estrictamente con la finalidad de prohibir a las cortes de interferir con los órganos legislativos o ejecutivos, la máxima justiniana “*non-exemplis*” (34) recibió un énfasis sin precedentes como una limitación sobre la función judicial (35).

De esta manera el Derecho Civil ingresó al siglo XVIII con un prejuicio profundamente antijudicial que se manifestó en un número de doctrinas importantes e interrelacionadas: las decisiones judiciales no son una fuente de derecho; los jueces no deben asumir funciones legislativas; los jueces no deben decidir los casos siguiendo la decisión de otros jueces. Los juristas latinoamericanos educados en la tradición legal de la Francia post-revolucionaria comprensiblemente adoptaron un punto de vista estrecho de la función judicial (36). La revisión judicial, como era practicada en

(33) Id., 373. Ver G. Rudé, *Europa Revolucionaria 1783-1815*, 78-82 (1964).

(34) Ver supra nota 30, y el texto que la acompaña.

(35) Ver J. Dawson, supra nota 29, 376; J. Merryman, *La Tradición de Derecho Civil* 15-19 (1969).

(36) Estos principios son una parte importante del curso de primer año *In-*

los Estados Unidos, parecía oponerse a los dogmas centrales del Derecho Civil. Una decisión judicial que declarase inconstitucional un acto del órgano legislativo era una interferencia injustificada en las prerrogativas legislativas y cuando se asociaba con el principio angloamericano de *stare decisis* (precedente violaba la norma del *non-exemplis* y volvía las decisiones judiciales, de una manera efectiva, en una fuente de derecho.

El conflicto entre las tradiciones legales se ilustra en el siguiente ejemplo: el Art. 133 de la Constitución Mexicana (37) establece la supremacía constitucional en un lenguaje casi idéntico al que se halla en la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos (38). La versión mexicana señala:

“La Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que han sido o sean hechos en concordancia con ella, serán la suprema ley de la Unión. Los jueces de cada estado cumplirán con la mencionada constitución, leyes y tratados. . . a pesar de cualquier disposición en contrario que se señale en la constitución, o leyes del estado” (39).

En el caso de *Marbury contra Madison* (40), la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó a la conclusión que la cláusula de supremacía de la Constitución volvía no solamente permitible sino necesario que cada corte en el país decretara inconstitucional una ley

Introducción al Estudio del Derecho para estudiantes latinoamericanos. Ver, e.g., E. García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (3a. ed. 1982); F. Torres Lacroze & G. Martín, *Manual de Introducción al Derecho* (4a. ed. 1983); M. Villoro Toranzo, *Introducción al Estudio del Derecho* (5a. ed. 1982).

(37) Art. 133 de la Const. (México).

(38) Art. VI, Constit. E.U.A.

(39) Art. 133, Const. (Mex.).

(40) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

cada vez que en el curso de cualquier juicio surgiese un conflicto entre una ley y la constitución federal. Uno podría haber esperado que el Art. 133 de la Constitución Mexicana hubiese conducido a un ejercicio similar de revisión judicial por parte de cada corte federal o estatal en ese país. Aunque se realizaron algunas argumentaciones en ese sentido, la norma de México es de que el Art. 133 no confiere a las cortes ningún poder general de revisión judicial. Un jurista mexicano contemporáneo ha descrito la segunda frase del Art. 133 como “obscura e ilógica. . . fuera de lugar en nuestro sistema”. (41) Dado el hecho de que el sistema legal de México está enraizado en el Derecho Civil, esta conclusión no es sorprendente.

A muchos les pareció que las repúblicas latinoamericanas estaban en un dilema constitucional del cual sólo podrían liberarse o renunciando a la vigencia de las garantías constitucionales o socavando los fundamentos de Derecho Civil de sus sistemas legales. Pero el dilema no hizo que los latinoamericanos abandonen su experimento con la constitución de los Estados Unidos ni tampoco los condujo a repudiar su herencia de Derecho Civil.

IV. Las soluciones latinoamericanas

A. El amparo mexicano

La manera por la cual México resolvió el dilema es interesante e instructiva. Después de un año del Gobierno monárquico de Agustín de Iturbide, en 1824 México adoptó una Constitución republicana estructurada bajo el modelo de la de los Estados Unidos. La Constitución establecía una república federal con un gobierno nacional conformado por 3 órganos, con un congreso nacional bicameral compuesto de un Senado, en el cual cada estado estaba igualmente representado, y una cámara cuya conformación estaba basada en términos del número de población. El Presidente era elegido por un Colegio Electoral, tal como era el caso de los Esta-

(41) J. Padilla, *Sinopsis del Amparo* 58 (1985) (citando al Dr. Felipe Tena Ramírez).

dos Unidos antes de la adopción de la 12va. Enmienda (42), y el candidato con la segunda mayor votación se convertía en el Vice-Presidente.

Escarmentado por las dictaduras y el desorden de los primeros años, México experimentó con una variedad de instituciones y procedimientos diseñados para poner en vigencia las garantías constitucionales. La Constitución Mexicana dio a su Corte Suprema jurisdicción sobre los casos de violación de la constitución, en concordancia con procedimientos que debían ser establecidos por reglamento; sin embargo, ya que ningún reglamento de procedimientos fue promulgado, la Corte Suprema no ejerció jurisdicción sobre cuestiones constitucionales (43). La constitución también dio al congreso un poder exclusivo para decidir cuestiones de interpretación constitucional y aunque el congreso utilizó este poder para invalidar algunos reglamentos o estatutos, ningún control fue ejercido sobre el gobierno nacional (44). En 1836, México adoptó una nueva constitución que estableció un cuarto órgano de gobierno llamado el "Supremo Poder Conservador", una comisión cuyo deber era salvaguardar la constitución. Se le otorgó poderes para anular actos del órgano ejecutivo, legislativo o judicial que fuesen contrarios a la constitución. El Supremo Poder Conservador actuó sólo en 4 ocasiones, ninguna de las cuales involucraba asuntos constitucionales. Después de 5 años, fue abolido (45). Sin embargo, continuó la búsqueda de un medio factible de poner en vigencia la constitución.

(42) Const. E.U., enmienda XII dispone que el Presidente y el Vice Presidente sean elegidos de manera separada.

(43) Art. 137 de la Const. de 1824 (Méx.).

(44) Id. arts. 164, 165. Para información concerniente a la invalidación de la legislación estatal por parte del Congreso Nacional, ver II Legislación Mexicana 89-223 (M. Dublan & J. Lozano eds. 1876).

(45) Las facultades del Supremo Poder Conservador fueron enumeradas en el art. 12 de la Segunda Ley Constitucional de 1836.

En 1837, el libro "Democracia en América" de Tocqueville (46) llegó a México, y fue leído con enorme interés. Su descripción de la revisión judicial como era practicada en los Estados Unidos atrajo a muchos juristas mexicanos (47). Uno de ellos, Manuel Crescencio Rejón, redactó una disposición constitucional para su estado natal, Yucatán, la cual otorgaba a los jueces el poder de proteger a todas las personas en el disfrute de sus derechos constitucionales y legales (48). En 1847, esta idea fue incorporada a la constitución nacional (49) y ha sido una importante parte del constitucionalismo mexicano desde entonces. El procedimiento por el cual se extiende la protección judicial se llama Amparo, que significa protección. El Amparo es un procedimiento federal que puede ser accionado por cualquier persona que cree que sus derechos constitucionales están siendo violados por un funcionario público, aun cuando el funcionario esté actuando dentro del ámbito de autoridad que le fue conferido por la ley o un reglamento. Si el juez, después de una audiencia, determina que el derecho constitucional del accionante está siendo violado, él ordena al funcionario o a sus superiores el cese de la violación y la adopción de las medidas que sean necesarias para devolver al ciudadano el pleno disfrute del derecho en cuestión (50). El Amparo combina los principios de una constitución rígida y de revisión judicial, derivados de los Estados Unidos, con las limitaciones sobre el poder judicial características del Derecho Civil. Esta combinación o adaptación se

(46) A De Tocqueville, supra nota 20. Ver supra el texto que acompaña a las notas 20-21.

(47) Ver Fix Zamudio, Una Breve Introducción al Recurso de Amparo Mexicano, 9 CAL. W. INT' L.L.J. 306, 309 (1979).

(48) En el tiempo que aprobó el amparo redactado por Rejón, Yucatán se había separado de México. Luego de algunos meses, la secesión concluyó y el estado reasumió su lugar en la Unión.

(49) Acta de Reformas, art. 25 (1847) (reformando la Constitución de 1824); Const. de 1857, arts. 101, 102 (Méx.); art. 107 de Const. (Méx.).

(50) Para un estudio excelente del origen y desarrollo del Amparo y de sus aspectos procesales contemporáneos, véase Fix Zamudio, supra nota 47.

hace a través de la que ha sido llamada “la fórmula Otero” por Mariano Otero, el abogado que redactó la Enmienda constitucional de 1847, la que garantizaba y definía el Amparo en los siguientes términos:

“Las Cortes Federales protegerán a cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de aquellos derechos que le son otorgados por esta constitución y por las leyes promulgadas de acuerdo con ella, contra ataques por parte de los poderes ejecutivos y legislativos de los gobiernos federales o estatales, limitándose a otorgar la protección en el caso específico en litigio y sin hacer ninguna declaración general concerniente a la ley o reglamentación que motivó la violación.” (51)

La Constitución actual de México garantiza y limita el Amparo en términos similares (52). De esta manera, el Amparo faculta a las Cortes a poner en vigencia la constitución protegiendo los derechos individuales en casos particulares, pero evita que las cortes usen este poder para legislar para toda la nación. Hoy día, el Amparo es el recurso procesal más importante del sistema mexicano y ha servido como modelo para muchos otros países latinoamericanos. (53)

B. La Revisión Judicial Argentina

Durante los años de gobierno de Rosas (1829-1852), Argenti-

(51) Acta de Reformas, art. 25 (1847) (reformando la Const. de 1824).

(52) La actual constitución de México fue promulgada en 1917. La fórmula Otero está incorporada en el art. 107 que señala en su parte pertinente: “El juzgamiento (en el Amparo) siempre ha de ser tal que afecte sólo a individuos particulares, estando limitado a otorgarlos compensación y protección en el caso particular al que se refiere la queja, sin realizar ninguna declaración general referente a la ley sobre la que se basa la queja”. Const. art. 107 (Méx.).

(53) Ver Rosenn, *Revisión Judicial en Latino América*, 35 Ohio St., L.J. 785 (1974) para una discusión sobre el uso del Amparo en Latinoamérica.

na se mantuvo unida mediante una serie de tratados entre sus varias provincias (54) y mediante el poder de la dictadura. Después del derrocamiento de Rosas en 1852, un Congreso Constituyente fue convocado en la ciudad de Santa Fe (55). Los delegados estaban fuertemente influenciados por Juan Bautista Alberdi, un positivista declarado y admirador de la Constitución de los Estados Unidos quien había huido de la represión del Régimen de Rosas y estaba viviendo en Chile. Es difícil no exagerar la influencia del pensamiento de Alberdi sobre los constituyentes reunidos en Santa Fe. Alberdi veía fuertes similitudes entre la Argentina de 1852 y los Estados Unidos de 1787. El vio en la constitución de los Estados Unidos y en las constituciones de varios estados (particularmente las de California y Massachusetts) guías útiles hacia la unidad, la libertad y el progreso (56).

Cuando Rosas cayó, Alberdi redactó un anteproyecto constitucional llamado "Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina" (57). La constitución redactada por el congreso constituyente, que entró en vigencia en 1853, es tan semejante a la constitución de los Estados Unidos que los juristas argentinos debatieron seriamente si es que el país no había adoptado, por consecuencia, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos (58). Si bien la respuesta a esta pregunta, estrictamente es "no", muy pronto se hizo evidente

(57) Id.

(58) Véase Linares Quintana, Comparación de la Base Constitucional de los Sistemas Políticos de los Estados Unidos y de Argentina, 97 U. Pa. L. Rev. 641 (1949).

(54) Estos acuerdos están descritos en H. Zarini, Historia e Instituciones en la Argentina 115-37 (1981). Documentos de carácter constitucional anteriores a Rosas son analizados en C. Colautti, Proyectos Constitucionales Patrios 1811-1826 (1983).

(55) C. Colautti, Antecedentes de la Constitución Argentina 33 (sin fecha).

(56) J.B. Alberdi, *supra* nota, 5, *passim*.

que la influencia de las ideas constitucionales norteamericanas iban más allá de similitudes textuales.

En 1888, la Corte Suprema Argentina declaró inconstitucional una ley del congreso nacional (59), en una opinión que hacía recordar el caso de Marbury contra Madison (60), la Corte Señaló:

“Es elemental en nuestro sistema constitucional que las cortes tengan el poder y el deber, en casos llevados ante ellas para su decisión, de examinar las leyes comparándolas con el texto de la constitución para verificar si es que ellas están o no en conformidad con esta última, y para evitar su aplicación si es que están en oposición a ella” (61).

A pesar de varios golpes, periodos intermitentes de gobierno militar y el ocasional servilismo de los jueces ante los gobernantes autoritarios, el principio de Revisión Judicial ha sobrevivido como una parte integral de la jurisprudencia argentina (62). En 1966, cuando el gobierno militar del país promulgó un Decreto Ley que pretendía privar a las cortes del poder de declarar inconstitucional los decretos, las leyes u ordenanzas en procedimientos sumarios, la Corte Suprema Argentina declaró inconstitucional al mismo Decreto Ley. La corte dijo en parte pertinente:

“Cualquiera que sea el procedimiento a través del cual un asunto justiciable es presentado para decisión judicial, nadie puede sustraerse de la esfera de acción del poder judicial en su inalienable prerrogativa y obliga-

(59) *Municipalidad de la Capital contra Elortondo*, 33 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos) 162 (1888).

(60) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(61) *Elortondo*, 33 Fallos, 184.

(62) Para una discusión del caso, ver H. Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional* 478 (1984).

ción —emanada directamente de la Cláusula de Supremacía de la Constitución Nacional— de respeto a la Ley Fundamental y en particular las garantías personales reconocidas en su primera parte. (no debe ser olvidado) que el Art. 100 (de la Constitución) expresamente provee que la Corte Suprema y las Cortes de Primera Instancia de la nación tienen jurisdicción y deciden todos los casos concernientes a materias regidas por la Constitución. . .”

“Consecuentemente no hay ningún obstáculo en el presente caso. . . para que este tribunal examine y resuelva en forma definitiva sobre si la decisión administrativa basada en el Decreto 280/64 es contrario al espíritu y al texto de la constitución nacional. . .” (63).

Un experto contemporáneo de derecho constitucional argentino, el Dr. Miguel Angel Ekmekdjian, explica la revisión judicial en su país en términos que revelan tanto la influencia de los Estados Unidos como los fundamentos de Derecho Civil de la Ley Argentina:

“Es adecuado notar que el control de constitucionalidad es un principio necesario que sigue al otro elemento esencial del imperio de la ley, es decir la supremacía de la constitución. En efecto, si nosotros aceptamos que la constitución es la base principal del orden jurídico del estado. . . es obvio que debemos adherirnos a la conclusión expuesta por Marshall en el famoso caso de “Marbury contra Madison” en el sentido de que las otras normas del orden jurídico del Estado deben ajustarse a la Constitución en su forma y en su contenido, ya que si fuese de otra forma, ellas no serían normas válidas. Este axioma encaja en la famosa descripción de Kelsen del

(63) Outón, 267 Fallos 215 (1967) (traducción de K. Karst & K. Rosenn, supra nota 7, 180).

orden jurídico del estado como sintetizado en una pirámide (de la jerarquía de leyes)” (64).

C. Habeas Corpus

Una institución de derecho consuetudinario que ha encajado fácilmente en los sistemas constitucionales de Latinoamérica es el recurso de Habeas Corpus. El primer país Latinoamericano en adoptar dicho recurso fue el Imperio del Brasil, el cual en esa época estaba más influenciado por el ejemplo de la monarquía constitucional británica que por los Estados Unidos (65). En México el atractivo del Habeas Corpus se debió principalmente a la experiencia constitucional de los Estados Unidos. México no adoptó el Habeas Corpus, sino más bien lo usó como un modelo para diseñar su recurso de Amparo (66), el cual es considerablemente más amplio que el Habeas Corpus. Impresionados por los ejemplos de los Estados Unidos y de México, la mayoría de los restantes países latinoamericanos adoptaron tanto el Habeas Corpus como el Amparo: el primero para proteger contra interferencias gubernativas ilegales contra la libertad física y el segundo para proteger todos los derechos individuales no protegidos por el Habeas Corpus (67). Que el Amparo haya sido establecido en la Argentina no por una disposición constitucional expresa ni por ley sino por la decisión de la Corte Suprema Argentina es un indicador del punto de vista relativamente amplio de la Argentina respecto al poder judicial (68).

64. M. Ekmekdjian, *Temas Constitucionales* 289 (1987).

(65) P. Jacques, *supra* nota 11, 428-29.

(66) Fix Zamudio, *Influencia del Derecho Angloamericano en la Protección Procesal de los Derechos Humanos en América Latina*, reimpreso en H. Commager, G. Doeker, E. Fraenkel, F. Hermes, W. Harvard & T. Maunz, *Festschrift für Karl Lowenstein* 492-96 (1971) (de aquí en adelante H. Commager). Para una discusión del Amparo mexicano, ver *supra* texto que acompaña a las notas 43-53.

(67) H. Commager, *supra* nota 66, 491-97. Ver Roseen, *supra* nota 53, 796-804.

68. El Amparo fue establecido mediante un fallo de cuatro contra uno de la

D. El Mandato de Seguridad Brasileño

Brasil abolió la monarquía en 1889 y dos años más tarde adoptó una constitución republicana la cual fue diseñada bajo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, tanto estructuralmente como en lo referente a materias de los derechos humanos (69). Para poner en vigencia las declaraciones de derechos constitucionales, los brasileños ampliaron el Habeas Corpus por decisiones legislativas y judiciales. Hacia 1920, el Habeas Corpus protegía todos los derechos garantizados constitucionalmente en forma clara y segura (70). Muchas personas vieron este amplio uso del Habeas Corpus como un abuso del gran recurso (71) y como parte de la reforma constitucional de 1926, el Habeas Corpus fue limitado a la protección de la libertad del movimiento (72). Puesto que los jueces de derecho civil no poseen los poderes de equidad disfrutado por los jueces de derecho anglosajón, esta limitación del Habeas Corpus dejó a Brasil sin un medio efectivo de proteger aquellos derechos constitucionales que no incluían libertad de movimiento. Para llenar este vacío en 1934, Brasil estableció un nuevo remedio procesal, el Mandato de Seguridad, un procedimiento sumario para proteger los derechos claros y seguros, no protegidos por el Ha-

Corte Suprema Argentina en Siri, 239 Fallos 459 (1957) y ha sido definido en una serie de casos subsiguientes, el más importante de los cuales es el de Samuel Kot, S.R.L., 241 Fallos 291 (1958). Ambos casos están traducidos en K. Karst & K. Rosenn, *supra* nota 7, 161-65. Desde 1966, el Amparo ha sido regulado en alguna medida por la ley. Para una discusión del Habeas Corpus y del Amparo en Argentina, ver H. Quiroga Lavie, *supra* nota 62, 516-50.

- (69) A. Arinos De Melo Franco, *Derecho Constitucional* 108-10, 122-24 (3a. ed. 1987).
- (70) P. Jacques, *supra* nota 11, 429-30.
- (71) Blackstone llama al habeas corpus "el gran y eficaz recurso, en todo tipo de confinamiento ilegal". 3 W. Blackstone, *Comentarios* 131.
- (72) P. Jacques, *supra* nota 11, 429-30.

beas Corpus (73). La Declaración de Derechos y las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son frecuentemente usadas como guías para interpretar las garantías constitucionales brasileñas, tanto en casos de Habeas Corpus como en casos de mandatos de seguridad (74). A veces esto provoca vivos debates en el Tribunal Federal Supremo del Brasil sobre la relevancia de la experiencia constitucional norteamericana:

Ministro Pedro Chávez: (replicando a un colega que acababa de citar el caso de Sweezy contra New Hampshire). . . me apena siempre escuchar a su Excelencia invocar a la cultura americana la cual es absolutamente distinta a nuestra cultura, nuestros usos y costumbres.

Ministro Víctor Nuñez: . . . si yo invoco el ejemplo de un país más desarrollado es porque nos sirve de modelo. . .

Ministro Hermes Lima: ¿Permitirá la diferencia cultural a una persona ser afectada en los Estados Unidos por la falta de libertad y no permitirá a una persona sentir lo mismo en Brasil? ¿Autorizará la diferencia cultural la falta de libertad en Brasil? (75).

(73) La Constitución de 1934 disponía que el mandato de seguridad protegía cualquier derecho "cierto e indiscutible". Constitución Federal (C.F.) de 1934, art. 113, numeral 33 (Bras.). La actual constitución señala que el mandato de seguridad protege derechos que sean "claros y ciertos". C.F. art. 153, parag. 21 (Bras.). El significado de estas formulaciones distintas se discute en Tourinho, Direito líquido e certo, expressao atécnica. Forum 1984: Revista del Instituto de Abogados de Bahía 25-37 (número especial).

(74) Ver, e.g., Vieira Netto, H.C., No. 45.232, 44 Revista Trimestral de Jurisprudencia (R.T.J.) 322 (Bras. 1968) (opinión del Ministro Cavalcanti); Sérgio Cidade de Rezende, H.C., No. 40.910, 5 Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Bras. 1964) (opiniones de los Ministros Lins y Nuñez).

(75) Sérgio Cidade de Rezende, H.C., No. 40.910, 5 Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal 7 (Bras. 1964) (cita omitida) (respuesta

La relevancia y utilidad de los precedentes de los Estados Unidos en cualquier sistema legal de Latinoamérica puede ser determinado solamente por cada país a la luz de sus propias instituciones y tradiciones. Pero el debate mismo es una amplia prueba de que las ideas constitucionales norteamericanas tienen un enorme y obvio atractivo.

E. La acción de Inconstitucionalidad de Costa Rica

Una de las fusiones más interesantes de diversas transiciones jurisprudenciales ha ocurrido en Costa Rica. Al igual que la mayoría de sus vecinos Costa Rica ha adoptado tanto el Habeas Corpus como el Amparo (76). En la tradición de Derecho Civil y del Amparo Mexicano, ni el amparo ni el habeas corpus costarricenses se pueden oponer contra los actos legislativos (77). Cuando un acto oficial está autorizado por ley o reglamento, no corresponde ninguna compensación por algún perjuicio ocasionado aún cuando parezca que dicha ley o reglamento autoritativo podría estar violando la Constitución (78).

Las constituciones de Costa Rica han sido fuertemente influenciadas por la Constitución Argentina de 1853 y durante un tiempo Costa Rica ensayó con una revisión judicial difusa, es decir

ministerial a un colega que había citado el caso *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

- (76) Tanto el habeas corpus como el amparo están garantizados por el art. 48 de la Constitución de Costa Rica. art. 48, Const. (Costa Rica).
- (77) La enumeración de factores a ser considerados por la Corte en los casos de habeas corpus impide el cuestionamiento de la constitucionalidad de la legislación en un procedimiento de habeas corpus. Véase Ley de Hábeas Corpus (No. 35 de 23 de Nov. de 1932) art. 9. El artículo 3 (a) de la Ley de Amparo dispone expresamente que éste no procede contra disposiciones legislativas. Ley de Amparo (No. 1161 del 2 de Junio de 1950) art. 3 (a).
- (78) Véase R. Hernández. *Las Libertades Públicas en Costa Rica* 63-76 (1980).

que cualquier corte tenía la facultad de declarar inconstitucionales los actos legislativos. Sin embargo, debido a que la ley costarricense no otorgaba a las resoluciones judiciales ningún valor de precedente, los fallos de las cortes carecían tanto de uniformidad como de permanencia y por tanto los resultados fueron considerados muy insatisfactorios (79).

La solución costarricense no fue adoptar un régimen de precedentes sino más bien limitar el poder de revisión judicial de la legislación a una sola corte, la Corte Suprema, y a un solo recurso, la acción de inconstitucionalidad.

Esta acción puede ser planteada sólo por una persona que ya es parte en una demanda que involucra una ley cuya constitucionalidad es puesta en tela de juicio. El litigante entabla una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, identificando el pleito pendiente, la ley supuestamente inconstitucional y la disposición constitucional que se alega esta siendo violada. La Corte ordena en el acto la suspensión de todo procedimiento en la demanda principal y en todos los otros casos pendientes en todo el país que involucren a la cuestionada ley.

El demandante y el Ministerio Público presentan sus alegatos por escrito y se invita a las partes de los otros casos suspendidos a hacer lo mismo. La Corte resuelve el asunto en base a los escritos, sin informes orales y si los dos tercios de los miembros de la Corte votan por que se declare inconstitucional la ley, ésta no puede aplicarse en ningún caso pendiente en ese momento o que se haya iniciado después de dicha resolución (80).

El efecto *erga omnes* del fallo de la Corte Suprema de Costa

(79) Entrevista con Ulises Odio Santos, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en San José de Costa Rica (Junio 20, 1984).

(80) La facultad de la Corte Suprema de declarar inconstitucionales a las leyes y a los decretos del Ejecutivo, provienen del art. 10 de la Constitución de Costa Rica. El procedimiento está prescrito en los arts. 962-969 del Código de Procedimientos Civiles.

Rica no proviene de ninguna teoría general del precedente obligatorio sino de una concesión constitucional expresa que otorga un poder especial (y limitado) a esa corte:

Las disposiciones del poder legislativo o del poder ejecutivo que sean contrarias a la constitución serán absolutamente nulas. . .

La Corte Suprema con el voto de no menos de 2 tercios de todos sus miembros tiene el poder de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del poder legislativo y los decretos del poder ejecutivo (81).

La Acción de Inconstitucionalidad es una interesante mezcla de las influencias del Derecho Civil y del Derecho Anglosajón. En el siglo XX un cierto número de países europeos de tradición de derecho civil, viendo la necesidad de poner en vigencia sus constituciones establecieron un sistema de revisión judicial centralizado, dando a una sola corte (generalmente llamada "La Corte Constitucional") el poder exclusivo de decidir la constitucionalidad. (Esta forma centralizada de revisión judicial es frecuentemente llamada el "sistema austriaco" porque se originó en la Constitución Austriaca de 1920) (82). La revisión judicial centralizada implicaba menos un alejamiento de las nociones de derecho civil de la función judicial que lo que implicaba el difuso sistema de revisión judicial desarrollado en los Estados Unidos. Por esta razón el sistema austriaco atrajo a aquellos que veían mérito en la revisión judicial pero que no creían que debía ser un atributo general del poder judicial. Para aislar aún más la revisión judicial de una adjudicación ordinaria, la mayoría de los sistemas centralizados requieren o permiten la revisión de legislación en forma abstracta, generalmente dentro de un cierto periodo de tiempo, después de que la ley o reglamento en cuestión ha sido promulgado. De esta manera, la mayor parte de la

(81) Art. 10, Constitución (Costa Rica).

(82) Ver M. Cappelletti, *La Revisión Judicial en el Mundo Contemporáneo*, 71-72 (1971).

revisión judicial europea contemporánea está separada del grueso de los litigios comunes (83).

La Acción de Inconstitucionalidad de Costa Rica combina la práctica de derecho civil de revisión judicial concentrada con el requerimiento tradicional de derecho anglosajón de que debe existir un caso o controversia real. En las palabras de un prominente jurista costarricense:

“El control de la constitucionalidad de las leyes se ejerce sólo por medio de la así llamada “ruta incidental” la cual fue copiada del sistema argentino que a su vez fue tomada del sistema norteamericano. Esto significa que siempre debe haber un pleito pendiente en espera de resolución para que una de las partes pueda plantear una queja de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. La Corte Suprema misma en numerosas ocasiones ha sostenido que no puede hacer declaraciones en forma abstracta porque la existencia de un caso judicial concreto pendiente de resolución es necesario para que la corte pueda ejercer tal control” (84).

CONCLUSION

Si bien los ejemplos precedentes no pretenden brindar un recuento total de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos sobre el desarrollo de las instituciones legales de Latinoamérica, ellos ilustran la naturaleza y el grado de su influencia. México, Argentina, Brasil y Costa Rica, todos extraen ideas constituciona-

(83) En recientes décadas, algunos países europeos (tales como Alemania Federal) han establecido procedimientos para la adjudicación constitucional “incidental” (es decir, en conexión con un litigio en un caso concreto) así como, “principal” (es decir, en una demanda planteada exclusivamente para evaluar la constitucionalidad de una ley). Ver *Id.*, 72-79.

(84) R. Hernández, *El Control de la Constitucionalidad de las Leyes* 101 (1978).

les derivadas de los Estados Unidos y aplican esas ideas, de una manera mesurada, a sus respectivos sistemas de derecho civil. Estos países latinoamericanos aplican ideas constitucionales de diversas maneras, cada uno concerniente a sus tradiciones nacionales distintivas; pero la fuerza motivadora en cada caso es el deseo de limitar el poder y asegurar la libertad. A través de este proceso de préstamo selectivo, los juristas latinoamericanos han ampliado y enriquecido la Constitución de los Estados Unidos, demostrando, con el transcurrir de los años, la aplicabilidad y adaptabilidad de sus principios a pueblos de diferentes culturas e historias. De esta manera, ellos han convertido la Constitución de los Estados Unidos en parte del patrimonio común de todas las Américas.

CONSTITUCION PARA UN BRASIL NUEVO

Dalmo A. Dallari*

CONSTITUCION PARA UNA DEMOCRACIA

El golpe de Estado, producto de la alianza del poder militar con el poder económico, destituyó al Presidente Constitucional del Brasil, Joao Boulart el 1° de abril de 1964. El Presidente era favorable a la realización de reformas sociales y esto fue presentado al pueblo como una tentativa de implementación del comunismo, con la consiguiente confiscación de propiedades, el cierre de iglesias y la destrucción de la familia.

Comenzó entonces un período dictatorial militar, que definió el desenvolvimiento económico y la seguridad como prioritarios. En consecuencia, el país vivió un ambiente de violencia y corrupción, que dejaron una herencia tremenda, pues el Brasil tiene hoy día la mayor deuda externa del mundo, afronta una inflación de más del 100% al mes y muestra enormes desniveles regionales y sociales, que son factores de la injusticia e inseguridad.

Después de varios gobiernos militares, que fueron perdiendo fuerza por causa de sus fracasos y sus vicios, el Brasil retomó el camino de la democracia en 1985, con el fin del gobierno del último general. La transición fue pacífica y tuvo inicio, formalmente, cuando el Congreso Nacional eligió al civil Tancredo Neves para la Presidencia de la República, con el consentimiento de los militares.

Entre tanto, el Presidente elegido por el Congreso estaba gravemente enfermo y falleció antes de asumir el cargo. La Presiden-

* Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.

cia fue entregada, entonces, al Vice-Presidente José Sarney, que había sido líder del gobierno militar en el Parlamento y que sólo había sido escogido para la vice-presidencia en la convicción de que desde esa posición él no ejercería presión, al mismo tiempo que su persona facilitaba los entendimientos con los militares.

Cumplidos los acuerdos celebrados por Tancredo Neves con los líderes partidarios, el Presidente José Sarney convocó a una Asamblea Constituyente. Todavía pesaban muchas restricciones al ejercicio pleno de la vida democrática, pues la legislación electoral y partidaria vigente era la heredada del régimen militar y predominaban líderes políticos cortoplacistas y oportunistas, formados en la práctica política del régimen autoritario.

A pesar de eso, el pueblo brasileiro esperaba mucho de la Constituyente. Numerosas organizaciones populares, que con las más diversas finalidades entregaron propuestas, procuraron ejercer influencia sobre los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Esa movilización popular permitió que la Constitución brasileña de 1988 reflejase mejor los variados intereses de la población que cualquiera de las anteriores constituciones brasileñas. Así, se dio un paso importante en el sentido de crear una democracia en Brasil.

LAS BUENAS IMPERFECCIONES DE LA CONSTITUCION

La nueva Constitución del Brasil ha sido criticada, especialmente por los que todavía están presos en una visión conservadora y formalista del Derecho, por ser muy larga (245 artículos del Cuerpo Principal y más de 70 artículos de Disposiciones Transitorias). Se critica también el hecho de que sus dispositivos sean muy minuciosos, la existencia de imperfecciones del lenguaje y asimismo contradicciones en los dispositivos constitucionales.

En primer lugar, la crítica a la extensión de la Constitución es casi siempre equivocada, pues toma por fundamento la afirmación de que la Constitución de los Estados Unidos tiene apenas 7 artículos. Viene al caso recordar la enseñanza de Edward S. Corwin, uno de los dos mayores nombres del Derecho Constitucional ame-

ricano: “La Constitución de los Estados Unidos en su sentido material incluye un vasto volumen de ‘decisiones judiciales’, particularmente decisiones de la Suprema Corte Nacional, que —bajo la presión de intereses privados la mayoría de las veces— se encarga de definir ciertos términos de la constitución formal” (*American Constitutional History*, page 99).

En realidad, por la amplitud del control público sobre las actividades privadas en nuestra época es meritable que las Constituciones sean extensas. Esto está reforzado más aún por la intensa participación del Estado en la vida social, haciendo necesaria su precisión constitucional para evitar la intervención arbitraria.

Además de eso, es tradicional en la doctrina jurídica brasileña, acogida por los Tribunales, la afirmación de que las normas constitucionales genéricas. . . son apenas “programáticas”, debiendo ser tratadas como anuncios de intención y no como reglas jurídicas. Por ese motivo era indispensable la afirmación de los derechos con bastante precisión y minuciosidad, para que no se pueda negar su carácter de reglas jurídicas.

Otro aspecto que debe ser recordado, es que la Constitución de 1988 fue resultado de múltiples influencias ejercidas por grupos sociales organizados que presentaban intereses diversos, muchas veces opuestos entre sí. Entre las asociaciones que hicieron “lobby” en la Constituyente se encuentran la de los empresarios y los grandes propietarios de tierras, pero también las de los obreros y los trabajadores rurales sin tierra, así como también las de las mujeres, de los Magistrados, de los nativos, de los pobladores, de los ecologistas, de los jubilados y muchas otras. Esto contribuyó para la introducción de un espíritu democratizante en la Constitución, pero como era inevitable, perjudicó una coherencia de contenido y su perfección formal.

LINEAS BASICAS DE LA CONSTITUCION

En sus líneas fundamentales, la Constitución brasileira de 1988 presenta pocas innovaciones, figuran variaciones en torno a puntos centrales que ya estaban presentes en las constituciones anteriores.

La principal innovación pone énfasis en los derechos humanos y sus garantías. En lugar de un capítulo sobre “Derechos y Garantías Individuales”, con normas genéricas y colocado al final de la Constitución, ahora los derechos fundamentales aparecen al inicio, con los dispositivos programáticos. La orientación adoptada para esa parte fue claramente influenciada por la Constitución de Portugal, que a su vez siguió la influencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los llamados “Pactos de Derechos Humanos”, aprobados por la ONU en 1966.

De otro lado, pueden ser anotadas las siguientes características:

— *Estado Federal*. El Brasil adoptó el federalismo en 1891 por influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, después de abolida la monarquía y proclamada la república en 1889. En el año 1891 fue aprobada la primera Constitución republicana que consagraba también el federalismo, ésta se mantuvo en todas las demás constituciones brasileñas, como son las de 1934, 1937, 1946, 1967 y 1969 (ésta fue impuesta por un triunvirato militar y llamada oficialmente, con evidente impropiedad, de “Enmienda Constitucional No. 1”).

— *Democracia representativa y semidirecta*. Fueron mantenidos los mecanismos tradicionales, de la democracia representativa, para elegir a los miembros de las Cámaras Legislativas y los Jefes del Ejecutivo. Conjuntamente a eso, sin embargo, la Constitución declaró que el poder emana del pueblo y será ejercido “por medio de representantes elegidos o directamente”. Y previó la utilización de la iniciativa popular, vinculada a las enmiendas constitucionales y a proyectos de ley, así como del plebiscito y del *referendum*, como formas de participación popular.

— *Separación de poderes*. La Constitución adoptó el modelo clásico de la separación de poderes, con el Legislativo, el Ejecutivo y Judicial independientes y armónicos en sus relaciones recíprocas. La novedad en este caso está en el fortalecimiento del Legislativo y del Judicial, procurándose reducir la supremacía del Ejecutivo, que es tradicional en el Brasil. No obstante esto, el Poder Ejecu-

tivo permanece muy fuerte y sólo la práctica de la Constitución podrá demostrar cuánto se avanza en el sentido del equilibrio de los Poderes.

— *República Presidencial.* Desde la proclamación de la república, en 1889, el Brasil ha mantenido una forma republicana presidencial, inspirada en el modelo norteamericano, las excepciones fueron algunos períodos de dictadura y un breve intervalo que duró del 2 de setiembre de 1961 al 23 de enero de 1963, durante el cual se instauró una enmienda constitucional consagrando el parlamentarismo.

El régimen parlamentario fue adoptado cuando los militares no admitieron que el vicepresidente de la República, João Goulart, asumiese la presidencia, sustituyendo al presidente renunciante Jânio Quadros. Después de la realización de un plebiscito que fue favorable al retorno de la forma anterior, otra enmienda constitucional, de 23 de enero, restableció el presidencialismo. Pero Goulart fue depuesto por un golpe militar desencadenado el 31 de marzo de 1964, instaurándose luego una dictadura y nuevamente el presidencialismo.

— *Congreso Bicameral.* El Brasil ya mantenía un parlamento bicameral durante el período monárquico, iniciado con la Constitución de 1824, que consolidó la independencia conquistada en 1822 y culminada en 1889 con la proclamación de la república.

Pero la primera Constitución republicana de 1891, adoptó el bicameralismo del modelo norteamericano, con un Senado elegido, representando a los Estados de la Federación y una Cámara de Diputados representando al pueblo. En cada Estado se reproduce el sistema tripartito de Poderes, pero el Legislativo es unicameral, consagrándose una Asamblea Legislativa electa por el pueblo.

En un nivel local existen los municipios donde sólo existe el Poder Ejecutivo, jefaturado por el Prefecto, elegido por el pueblo, y el Legislativo que es ejercido por una Cámara de Concejales, también electos por el pueblo.

Esta es la estructura básica de la Constitución Brasileira, que reproduce las líneas más generales, que fueron establecidas por los Constituyentes de 1831.

Pero las mutaciones y los añadidos dieron a muchos brasileños la convicción de estar inaugurando un nuevo período histórico, favorable a la democratización de la sociedad, de ahí que resulte importante conocer los fundamentos de esa esperanza.

Camino para un nuevo Brasil

Una nueva Constitución no es suficiente para crear un país nuevo. Ninguno puede ser tan ingenuo al punto de creer que al día siguiente de la promulgación de la nueva Constitución ésta abriría el camino para ver otro Brasil, libre de injusticias, de privilegios y de marginalización.

Pero teniendo en cuenta el nuevo papel de la Constitución que refleja puntos importantes de influencia de los sectores sociales tradicionalmente sin voz y sin fuerza, muchos juristas y políticos admiten que el nuevo orden constitucional brasileño podrá ser el comienzo de una nueva sociedad. Para que se llegue a este resultado es necesario, entre tanto, un trabajo político vigoroso que tenga por base un buen conocimiento de las nuevas posibilidades constitucionales y que sean aplicadas con firmeza, equilibrio y objetividad, en el sentido de superar los obstáculos en la práctica de los derechos fundamentales y en el uso de las nuevas garantías.

Una innovación de suma importancia, es la creación de las nuevas posibilidades de utilización del Poder Judicial como vehículo de aproximación a la igualdad jurídica, establecida en la Constitución y a la igualdad social que las normas constitucionales en parte favorecen y en parte dificultan.

Es verdad que la organización judicial hasta el momento ha ejercido un papel relevante en el sentido de la conservación del orden establecido por los dominantes. Recordando una expresiva opinión de James Baldwin, el notable escritor y militante negro

norteamericano, recientemente fallecido, “el sistema judicial ha sido el mejor medio legal de promover las injusticias”.

Pero los miembros del órgano judicial forman parte de la sociedad brasileña y muchos de ellos ya sienten la necesidad de abandonar el legalismo formalista y procurar una legalidad justa. Esto, no sólo para atender los reclamos de justicia sino también para que los jueces se liberen de la imagen elitista distantes e insensibles y para que los tribunales reconquisten la confianza y el respeto de la población. Entre las primeras respuestas del órgano judicial a las innovaciones incorporadas por los nuevos derechos y por las nuevas garantías, algunas han sido bastante positivas, revelan una disposición de hacer cumplir la Constitución. Mucho dependerá probablemente de la utilización intensa de los medios judiciales para estimular esa disposición, entre otros motivos, porque tendrá como efecto inmediato la valorización del Poder Judicial.

Las primeras innovaciones en términos de utilización de las vías judiciales para asegurar el ejercicio de los derechos está en el Art. 5 de la Constitución en sus incisos y párrafos. Una de las más importantes innovaciones, tal vez la de mayor importancia en términos de la creación de instrumentos para la democratización de la sociedad brasileña, es la valorización de las asociaciones de modo general. Partiendo de la antigua afirmación de que “la fuerza del grupo compensa la debilidad del individuo”, se puede decir que los individuos quedarán fortalecidos, independientemente de sus condiciones económicas o sociales, en tanto que estén asociados.

Hasta el momento fueron muy frecuentes los casos de ciudadanos a quienes sus derechos les fueron conculcados y que no reaccionaron para defenderlos por no disponer de los medios, no saber cómo demandarlos y no tener acceso a un abogado, o por miedo a sufrir represalias. A partir de ahora las personas podrán aplicar las normas legales que les atribuyen derechos, y también podrán reaccionar contra eventuales violaciones, *por medio de las asociaciones a las que pertenezcan*. Esto facilita enormemente el acceso al Poder Judicial, porque además de poder conseguir con

mayor facilidad el patrocinio de un abogado, como asociación siempre estará más protegida.

Según el Inc. XXI del Art. 5 de la Constitución, “las entidades asociativas, cuando estén expresamente autorizadas, tienen legitimidad para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente”. Por mandato de este dispositivo, cualquier persona que está afiliada a una asociación podrá ser representada por ésta en procesos administrativos o judiciales, tanto para pedir una resolución necesaria para el ejercicio de un derecho, cuanto para proteger un derecho negado o conculcado. Esto podrá ser utilizado como por ejemplo contra el empleador que practica ilegalidades, contra el hacendado deshonesto, contra el propietario que explota ilegalmente a su inquilino, contra el productor o vendedor de mercancías adulteradas, contra el prestador de servicios que actúa irregularmente. De modo general, en todas las hipótesis de disminución o lesión de un derecho individual.

En refuerzo de este dispositivo pueden recordarnos algunos otros de más inmediata utilización: el Inc. LXX, que permite a los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las agrupaciones de clase y las asociaciones legalmente constituidas con un funcionamiento de por lo menos un año, valerse del *mandato de seguridad colectivo* (mandado de segurança coletivo), en defensa de los intereses de sus miembros o asociados, para proteger el derecho concreto y cierto quebrantado por un funcionario público; el Inc. LXXI, por el cual podrá ser solicitado el *mandato de imposición* (mandado de injunção), cuando por falta de una norma reglamentaria la persona está impedida de ejercer algún derecho o libertad constitucional.

Todo eso torna indispensable que las asociaciones, sea cual sea su naturaleza, estén preparadas para ofrecer asistencia jurídica a sus miembros o asociados. Así para plantear un ejemplo muy representativo, cuando los sindicatos más poderosos y las asociaciones más ricas se limitan a ofrecer asistencia médica y dental sin postular la asistencia jurídica. Esta falta precisa ser urgentemente corregida, pues a partir de ahora se estará perjudicando seriamente la defensa de todos los derechos de los asociados.

A partir de los dispositivos mencionados, se crean amplias posibilidades de defensa de intereses y derechos como el que amplía el alcance de la acción popular y permite que ella sea utilizada, siempre desde la buena fe, sin el pago de gastos y libre de riesgo de condena al pago de honorarios de abogado. Otro dispositivo importante es el que crea el *habeas-data*, medida judicial que permite el acceso a las informaciones que se refieren al interesado, existentes en cualquier entidad pública civil o militar, sin excluir las reparticiones policiales y el Servicio Nacional de Información (SNI).

Por todas estas innovaciones, además de otras, que la lectura de la Constitución permitirá conocer y su importancia en la práctica se irá demostrando, existe gran posibilidad de que los derechos previstos en la Constitución sean más que declaraciones formales o simples promesas ilusorias. Pero, obviamente, es necesario que las personas y las asociaciones se dispongan a luchar por los derechos, utilizando los medios constitucionales, preparándose para ejercer, paralelamente, la presión política que la propia Constitución prevé y garantiza.

Avances Constitucionales: Conquistas del pueblo

No es la Constitución la que cambia al Brasil, sino que la transformación se vuelve un poco más fácil que las nuevas formas constitucionales, sin embargo poco ha sido hecho para contener el poder económico y el poder militar.

La nueva Constitución brasileña amplió la aplicación de los derechos fundamentales y los medios para su defensa y a partir de esto ha establecido nuevas posibilidades de participación política del pueblo, que podrá ser de mucha importancia si el pueblo estuviese sensibilizado para la efectiva utilización de los nuevos mecanismos de regulación y control políticos.

Es muy importante señalar que estas innovaciones no fueron dadas de pronto al pueblo brasileño, sino que son el producto de una intensa lucha y de extraordinario esfuerzo de grupos sociales y de los líderes populares, que de varios modos enfrentaron las

presiones y resistencia del poder económico y de los políticos retrógrados y corruptos. Hubo, realmente, un gran esfuerzo y éste produjo resultados, siendo importante recordar que para el otorgamiento de enmiendas populares al proyecto de Constitución, fueron obtenidas trece millones de firmas (de un colegio electoral de ochenta millones), lo que demuestra que no es imposible sensibilizar al pueblo.

Mientras tanto, ese gran esfuerzo y los resultados obtenidos corren el riesgo de ser perdidos. Aquellos mismos grupos sociales hicieron todo para impedir cualquier avance, en parte consiguieron mantener intocables sus privilegios, ahora se esfuerzan para que las innovaciones constitucionales no sean aplicadas. Eso demuestra que para los dominadores tradicionales esas innovaciones no son convenientes, lo que permite concluir que ellas son buenas para los dominados.

A partir de ahora y en base a la reciente experiencia, los que están a favor de la democratización saben que es preciso desarrollar un trabajo de organización del pueblo, estimulando la creación del mayor número posible de asociados. A través de los cuales será más fácil informar al pueblo sobre sus derechos y despertar su conciencia para la participación. De ese modo podrá haber gran influencia popular en la legislación y las decisiones gubernamentales con el uso intensivo de la iniciativa, que permita al pueblo formular proyectos de ley, como el *plebiscito* y el *referendum*, que son instrumentos de consulta del pueblo y que podrían disminuir y hasta impedir las decisiones contrarias al interés público.

En síntesis, la nueva Constitución no implanta en el Brasil una nueva sociedad, tampoco sería razonable pretender eso, pues una democracia se fundamenta en relaciones sociales concretas y no se impone por los simples cambios de la ley. Pero sin duda alguna, la nueva Constitución abre varios caminos para que el pueblo brasileño pueda avanzar en el sentido de una sociedad en la que todos sean realmente libres e iguales en derechos y dignidad.

EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO EN LA PRESENTE CENTURIA *

Domingo García Belaunde

1. Preliminar

El proceso del constitucionalismo peruano empieza, como se sabe, en 1821, cuando es formalmente declarada la independencia del Perú, por el General José de San Martín, aún cuando recién en 1824 en los campos de Ayacucho, la selló en definitiva el Libertador Simón Bolívar. Desde entonces, se han sucedido, a veces con velocidad de vértigo, acontecimientos políticos, sociales y económicos, acompañados en mayor o menor medida, por la dación de textos y normas legales fundamentales, que conviene tener presente. Pero como quiera que la promulgación de las constituciones no coincide necesariamente con los grandes acontecimientos políticos y sociales, quizá sea conveniente hacer un pequeño recuento histórico-político, antes de entrar al tema que es objeto del presente trabajo.

* En 1987 se cumplieron setenta años de vigencia de la Constitución mexicana de 1917. Con tal motivo, la Universidad Nacional Autónoma de México realizó diversos homenajes por dicho aniversario, y entre ellos incluyó una publicación colectiva, con colaboradores a nivel mundial, con el título genérico de "El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX", programada en seis volúmenes, de los cuales tres se encuentran actualmente en circulación. El texto que aquí publicamos concluido en Junio de 1987, fue especialmente preparado para esa edición conmemorativa y aquí se le han hecho algunas adiciones y afinamientos, respetando el período cronológico al que se circunscribe. (D.G.B.).

2. *Ojeada panorámica*

Como ha quedado dicho, el Perú proclama su independencia de España en 1821, en forma bastante tardía si la comparamos con los hechos similares que se produjeron en otras partes del continente, explicable no sólo por haber sido la Ciudad de los Reyes la sede del poder central virreinalicio en la América Meridional, sino por la ausencia de verdaderas elites que buscaran una separación de la metrópoli, aun cuando las individualidades y las gestas aisladas no faltaron tampoco en nuestro país. Uno de los más preclaros precursores, que no llegó a ser del todo separatista, fue Túpac Amaru II, ejecutado bárbaramente en 1781, momento en que puede decirse que se inicia en el ámbito peruano la chispa independentista que sólo cuajaría lustros más tarde. En fin, lo cierto es que con la presencia de San Martín en nuestro suelo, se dan los primeros documentos institucionales, y así tenemos el Reglamento Provisional por él expedido en Huaura el 12 de febrero de 1821; al que sigue el Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821, que es continuado por la aprobación por el Congreso Constituyente de las "Bases de la Constitución Política de la República Peruana", que es, si se quiere, el documento fundacional del nuevo estado constitucional peruano, pues aquí se sentaron, por vez primera, los principios relacionados con la organización de los poderes del Estado y la defensa de los derechos individuales, acorde con la filosofía liberal e iluminista predominante de entonces.

La primera constitución, sin embargo, es la de 1823 (1) que prácticamente tuvo que suspender su vigencia cuando fueron entregados poderes omnímodos al Libertador Bolívar, quien fue llamado al Perú para consumir la independencia nacional. A aquella siguió el texto bolivariano de 1826, destinado por el Libertador a orientar y gobernar todos los países por él liberados, pero que tuvo vigencia efímera.

(1) La Constitución de 1812, si bien jurada y aplicada en el Virreynato del Perú y valiosa como antecedente, forma parte, en rigor de nuestra prehistoria constitucional, más que de nuestra historia constitucional propiamente dicha.

A estos dos primeros documentos constitucionales, que casi no se aplicaron, sucede la Constitución de 1828, que sienta las bases, a nivel prescriptivo, del nuevo país; primacía del Ejecutivo, coordinación de poderes, autonomía del órgano judicial, presencia de dos Cámaras, derechos individuales clásicos, derecho al sufragio, etc. Esta Carta de 1828, no fue sin embargo de larga duración pues fue sustituida por otra, la de 1834, a la que sigue el *interregno* de tres años que significó la experiencia de la Confederación Perú-boliviana (1836-1839) que agrupa a Bolivia, al Estado Nor-peruano y al Estado Sud-peruano. Fracasado este movimiento iniciado desde Bolivia por el General Santa Cruz, se sanciona la Constitución de 1839 que vuelve por los fueros de la República Peruana anterior al intento confederado; Constitución que dura hasta 1856, aun cuando por breve tiempo, pues es reemplazada por la de 1860. En 1867 se promulga una nueva Constitución, de signo político contrario a la anterior, pero es derogada al poco tiempo, y la Carta de 1860 recupera su imperio hasta 1919, o más en concreto, 1920 en que se promulga una nueva Carta, la primera del presente siglo, la que es sucedida por dos más; la de 1933 y la vigente de 1979.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que a todo lo largo de su vida republicana, el Perú ha tenido varios Estatutos y normas fundamentales que regularon la actividad del Estado, pero sus textos constitucionales formales son tan sólo 11: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979.

3. *Una clasificación de las épocas históricas*

A fin de entender la evolución o mejor aún, el proceso de nuestro constitucionalismo en la presente centuria, es conveniente hacer una caracterización de la época, no sólo constitucional, sino histórica, y para ello nada mejor que tomar alguna clasificación que nos pueda servir de referencia. Claro está, que las clasificaciones son muchas y muy variadas, y siempre tienen algo de convencional. Así a la altura de 1945, nuestro eminente historiador Jorge Basadre, intentaba varias clasificaciones de nuestra historia republicana, según criterios sociales, políticos, internacionales, etc., en el que podían partirse nuestros diversos períodos, lo que demuestra que es difícil atribuir validez a una sola de ellas, sino que por el

contrario todas tienen algo de verdad y de convencional (una más reciente clasificación efectuada por el historiador Pablo Macera, divide nuestra historia en dos grandes períodos; uno independiente, que va desde los más lejanos tiempos hasta el siglo XVI, y otro posterior, que sería dependiente, que se inicia con la conquista hispánica y que dura hasta nuestros días). En fin, y para no entrar en mayores honduras, veamos *grosso modo* una clasificación de orden genérica, adoptada por el mismo Basadre, en la póstuma edición de su *Historia de la República del Perú* (1983) y es la siguiente:

- i) La época fundacional de la república (1822-1842);
- ii) La falaz prosperidad del guano (1842-1866);
- iii) La crisis económica y hacendaria anterior a la guerra con Chile (1864-1878);
- iv) La guerra con Chile (1879-1883);
- v) El comienzo de la reconstrucción (1884-1895);
- vi) La república aristocrática (1895-1919);
- vii) El oncenio (1919-1930); y
- viii) El comienzo de la irrupción de las masas organizadas en la política (1930-1933).

La clasificación de Basadre es la más completa y minuciosa de las que existen hasta la fecha, motivo por el cual es digna de tomarse en cuenta. No obstante, pueden hacerse algunos reproches a esta clasificación e incluso anotar algunas de sus insuficiencias, que aquí señalamos brevemente:

- a) Utiliza criterios distintos para cada período; así, para el segundo período emplea un elemento económico; para el cuarto un criterio bélico, para el octavo un criterio político, etc.
- b) Fija períodos que no son independientes de los que vendrían después; por ejemplo los períodos quinto y sexto están íntimamente unidos y deberían ser uno solo; por otro lado, no cabe hacer todo un período autónomo sobre el oncenio, por el simple hecho de que durante esos

once años gobernase al Perú un solo Presidente, el señor Leguía.

- c) La clasificación de Basadre concluye el año de 1933, año que él mismo se fijó como final de su investigación histórica, pues no quiso, expresamente, prolongarla más allá, aun cuando en ensayos y artículos dispersos trató aspectos sobresalientes de épocas posteriores (esta limitación, por cierto, hay que respetarla, aun cuando no es definitiva, ya que obedece a un propósito metodológico que se impuso el propio historiador).

Sin ánimo exhaustivo, y siguiendo las huellas de Basadre, podríamos tentativamente reducir ese esquema a sus rasgos más generales y ampliarlo, y tendríamos otro esquema que aquí enunciamos de manera provisional:

- i) Determinación de la nacionalidad (1820-1842);
- ii) Auge y crisis (1843-1883);
- iii) Reconstrucción y progreso (1884-1919);
- iv) Dictadura y modernización (1920-1968); y
- v) Populismo y democratización (1969- . . .)

La pregunta que surge de inmediato es cual es la relación entre esta periodificación y los ciclos de nuestra evolución constitucional, ya que los hechos políticos, sociales y económicos son los elementos definitorios de cualquier periodificación histórica.

Si repasamos brevemente los períodos históricos que hemos mencionado, con los diversos textos constitucionales, vemos a primera vista que ellos no coinciden, lo cual, en términos generales comprueba la existencia de un cierto grado de autonomía que tiene lo jurídico, con respecto a lo político y esto último con respecto a lo económico.

4. Los períodos de nuestra historia constitucional

Si analizamos nuestros textos constitucionales, es factible que

sobre la base de su análisis, en un primer momento formal, podemos extraer alguna periodificación para los fines de nuestro bosquejo histórico-constitucional.

Así, y si dejamos de lado los Estatutos o Reglamentos de carácter provisorio, podemos constatar que el primer documento constitucional —aun cuando no constitución en estricto sentido— es las *Bases de la Constitución Política* de 1822. Estas fueron en realidad las Bases para la Constitución de 1823, pero no lo fueron para las futuras constituciones. Ellas dieron el golpe de gracia a los intentos monarquistas de San Martín al proclamar la República (o sea, la democracia representativa), y los derechos individuales en boga en la época. Proclamaron además su adhesión a la Iglesia Católica en forma excluyente de las demás religiones (que luego otras Cartas dejaron de lado) y los jurados en materia criminal (que no se llegó a aplicar). La primera Constitución en sentido estricto es la de 1823, pero no tuvo ninguna influencia, y murió al nacer, pues su vigencia era incompatible con la presencia de Bolívar y los amplios poderes que se le dieron. La segunda Constitución es la de 1826, también conocida como constitución boliviana o bolivariana, que creó un congreso con tres cámaras y una presidencia vitalicia, que tuvo vida fugaz. Más bien, fue la Carta de 1828 la que moldeó, en definitiva, el modelo estructural del Estado peruano que ha durado más de cien años. Analizando este texto de 1828, Manuel V. Villarán ha dicho de ella, que bien puede llamarse la madre de todas nuestras constituciones. Y agrega: “Todas las posteriores dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 (y agregaríamos nosotros la de 1933) son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original”. Y concluye: “Esta Constitución puso los durables cimientos de nuestro hogar político”. Según Villarán, sus rasgos característicos son: a) reafirmó la forma unitaria del Estado; b) propició la descentralización departamental y administrativa; c) al igual que el modelo norteamericano, previó un presidente con fuerza suficiente para mandar; d) consagró el principio de la bicameralidad; e) estableció el refrendo ministerial, y f) fijó las garantías constitucionales básicas.

Aun cuando las Constituciones que la siguieron, cambiaron en detalles según la ideología liberal o conservadora que le impusieron las respectivas asambleas constituyentes que las sancionaron, las estructuras básicas duraron por largo tiempo. Las muy liberales, como las de 1856 y 1867, tuvieron vida breve. Un texto moderado y sensato como el de 1860 fue, salvo ligeras interrupciones, el más largo de nuestra historia: sesenta años en total, que van de 1860 a 1920. Cuando en 1919 un gobierno *de facto* quiso justificarse mediante reformas constitucionales, en lugar de reformar la de 1860, se dio una nueva Constitución; la de 1920, que inaugura el largo período dictatorial de Leguía, que terminará mediante una revuelta en 1930. Sin embargo, las diferencias entre las constituciones de 1860 y la de 1920, son muy escasas, como lo han señalado los estudiosos de aquel período, aun cuando apunta en la de 1920 un tímido enfoque social del que carecen las anteriores. Al caer Leguía en 1930, las fuerzas políticas se proponen crear una nueva constitución, no porque la de 1920 no fuese buena en la letra, sino porque representaba la voluntad y el designio de una dictadura que se había derrocado. Esto explica la Carta de 1933, que es prácticamente igual a la de 1920. Esta Constitución de 1933, será reemplazada posteriormente por la vigente de 1979, que sí representa un cambio sustancial (en lo formal), con respecto a las anteriores. Algunas de estas diferencias son: a) amplia protección de los derechos humanos, acorde con los nuevos vientos de doctrina que soplaban desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial; b) afinamiento de la función e integración de los poderes del Estado; c) creación de nuevos órganos constitucionales, en lugar de los tres clásicos, como son el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, etc.; d) incorporación de lo que la moderna doctrina llama la "Constitución económica", que está ausente en todas las anteriores constituciones; e) introducción del papel benefactor y empresarial del Estado; f) consagración de la llamada jurisdicción constitucional, en su triple aspecto, el de las libertades, el control de los poderes del Estado que se excedan en la normatividad que expidan, y el reconocimiento de la jurisdicción supranacional.

Si analizamos estos once textos, y sobre esta base intentáramos hacer una división por períodos de nuestra historia constitucional, ellos podrían ser a lo sumo dos:

- a) el que se inicia con la Constitución de 1828, y que pone las bases estructurales del Estado peruano, que continuarán todas las constituciones siguientes, hasta la de 1933 inclusive; y
- b) el iniciado con la vigente Constitución de 1979, que re-formula, replantea y moderniza la estructura formal del Estado.

Ahora bien, la clasificación antes expuesta tiene el defecto de destacar tan sólo el aspecto normativo, y si bien no llega a ser falsa, sin lugar a dudas es incompleta, y deja muchos sucesos o acontecimientos en la penumbra. Si combinamos la originalidad (relativa por cierto) de nuestras Constituciones con su vigencia real y efectiva, con los movimientos sociales y políticos que trató de conducir, podríamos hacer una clasificación algo más amplia. Tomando estos elementos, y siguiendo libremente el esquema propuesto por Ricardo Bustamante Cisneros, tendríamos lo siguiente:

- a) Primer período: de formación y consolidación institucional (1820 a 1860). Las bases se sientan en 1828, y la experiencia acumulada en estos años difíciles se condensa en la Constitución de 1860, fruto del consenso de diversas fuerzas y que pudo mantenerse sin problemas hasta 1919.
- b) Segundo período: (1860 a 1920). Desde fines del siglo pasado, hasta el fin de nuestra *belle époque*. Bonanzas, guerra exterior, período de reconstrucción y asomo, desde 1912 de inquietudes sociales con la instauración de un gobierno populista, continuado en 1917 y 1918 cuando empezaron, en forma ostensible, las primeras agitaciones universitarias, obreras y campesinas.
- c) Tercer período: De 1920 a 1979. Este período, que inicia lo que algunos han llamado nuestro “constitucionalismo social”; dura en rigor hasta 1979. La Carta de 1920 es reemplazada por la de 1933, que es réplica, y al mismo tiempo copia de los principales enunciados de la Carta de 1920. Virtudes de esta última son haber incorporado al

indio y a las tierras indígenas y campesinas bajo la protección del Estado, haber constitucionalizado el Habeas Corpus (existente por ley especial desde 1897), haber introducido el arbitraje del Estado en materia laboral, entre otros asertos, que desarrollaremos más adelante.

- d) Cuarto período: desde 1979 en adelante. Se parte de esta fecha, si bien el origen de la Carta de este año se encuentra en la revolución militar instaurada en 1968, y que culminó doce años después. Esta Constitución es continuación y negación, al mismo tiempo, del gobierno militar, y representa un cambio de lo existente con anterioridad.

Esta cuádruple periodificación, si bien no es perfecta, sin lugar a dudas tiene un mayor alcance explicativo que las anteriores, y es conveniente utilizarla mientras no encontremos otra mejor.

5. Los inicios del siglo XX

La presente centuria se inaugura, para el Perú, en 1919, fecha en que acaba, según consagrada expresión del historiador Basadre, la República Aristocrática. Durante los primeros años, e incluso hasta después de concluida la Gran Guerra, vivíamos en pleno siglo XIX. Auge en lo económico; usos señoriales y aristocráticos, ausencia del indio y del obrero en el escenario político del país, predominio de la población rural sobre la urbana, persistencia de varios “perúes”, el Perú oficial al lado del Perú real, clasificación que divulgó en el ámbito hispano Costa primero, y luego Ortega y Gasset (la diferencia que en el siglo XIX hicieron escritores franceses entre *le pays légal* y *le pays réel*, que entre nosotros introdujo Víctor Andrés Belaunde en 1918 y Basadre reformula en 1947). Lo que caracterizaría luego al siglo XX nace en realidad durante la década de 1910: preocupación por el problema indígena, protección del Estado a la clase obrera y a la población indígena; desplazamiento de la influencia inglesa por la penetración capitalista norteamericana; irrupción de las masas en la vida política del país; renovación de la pintura, la música, la historia, la literatura, el derecho, la filosofía. Todo esto se preparó durante la década del diez

y empezó a surgir, en ebullición, recién a partir de 1919, coincidiendo con el régimen de Leguía, modernizante y contemporizador, que ayudó a los nuevos cambios para liberarse de la vieja oligarquía que le había impedido el acceso al poder, y que más tarde, iría más lejos de lo que él mismo se lo propuso. Por eso es que puede decirse como ya se ha anotado, que nuestro siglo XX nace en realidad en 1919, del cual es un pálido reflejo la Constitución sancionada ese año y promulgada en 1920.

6. *Un esquema sobre el siglo veinte*

Desde un punto de vista político y constitucional, hemos dividido el siglo XX en dos grandes períodos; el que se inicia en 1920, con el régimen dictatorial de Leguía y culmina en 1979; y el que parte de este año, aun cuando sus antecedentes más cercanos se encuentran en el gobierno militar instaurado en 1968.

Desde un punto de vista cronológico estricto podemos advertir en este siglo, a los gobernantes siguientes:

- i) Eduardo López de Romaña (1899-1903),
- ii) Manuel Candamo (1903-1904),
- iii) Serapio Calderón (1904),
- iv) José Pardo (1904-1908),
- v) Augusto B. Leguía (1908-1912),
- vi) Guillermo Billinghurst (1912-1914),
- vii) Oscar R. Benavides (1914-1915),
- viii) José Pardo (1915-1919),
- ix) Augusto B. Leguía (1919-1930),
- x) Sánchez Cerro (1930-1933, con interinazgos de terceros),
- xi) Oscar R. Benavides (1933-1939),
- xii) Manuel Prado (1939-1945),
- xiii) José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948),
- xiv) Manuel A. Odría (1948-1956),
- xv) Manuel Prado (1956-1962),

- xvi) Pérez Godoy-Lindley (1962-1963),
- xvii) Fernando Belaunde Terry (1963-1968),
- xviii) Juan Velasco Alvarado (1968-1975),
- xix) Francisco Morales Bermúdez (1975-1980),
- xx) Fernando Belaunde Terry (1980-1985),
- xxi) Alan García Pérez (1985-1990).

De toda esta relación de veintiún períodos gubernamentales, pueden ser considerados constitucionales por la forma y por el fondo tan sólo a trece: López de Romaña, Candamo, Calderón, Pardo (dos períodos), Leguía (primer período), Billinghurst, Sánchez Cerro, Bustamante, Manuel Prado (sólo su segundo período), Belaunde (en sus dos períodos) y Alan García Pérez. De todos éstos, más del 50% son anteriores a 1919.

Desde un punto de vista del desarrollo económico, podríamos señalar esquemáticamente las siguientes épocas:

- i) de auge: hasta 1929, con altibajos,
- ii) de crisis: 1930 a 1939;
- iii) de estabilidad: 1940 a 1950,
- iv) de auge, con intermitencias: 1950 a 1966,
- v) de estabilidad: 1967 a 1973,
- vi) crisis, con altibajos: desde 1973. . . .

Es importante destacar ciertos hechos como son el auge proveniente de las exportaciones, con que se inicia nuestro siglo; posteriormente, con el *crac* de la Bolsa de Valores de Nueva York se desencadena la gran crisis que se arrastrará durante toda la década del 30, época en la cual no sólo se estableció la moratoria de la deuda externa, sino que incluso en varios establecimientos públicos ni siquiera se pagaban los sueldos. La Segunda Guerra Mundial trae cierta prosperidad; aumentan las exportaciones tradicionales, como son los minerales que ayudan a la industria de guerra, que luego por factores políticos bajan hasta la década del cincuenta en que vuelven a subir gracias a la guerra de Corea. Luego viene el *boom* de la industria pesquera, cuyos efectos duran hasta fines de

la década del sesenta. Posteriormente, entramos en una nueva crisis, cuya solución parece muy lejana, y que tiene su punto de partida en la crisis energética, que empalma con una prosperidad aparente, que luego se derrumba con la presencia de los acreedores que exigen el retorno de una deuda prácticamente impagable. En este estado se encuentra actualmente el Perú y gran parte de los países de la región.

A nivel de influencias constitucionales en este período, podríamos señalar que, aparte de las clásicas influencias norteamericana y francesa que campearon en todo el siglo XIX, en el Perú contemporáneo se hicieron presentes, sobre todo, textos como el mexicano de 1917 (ésto para la Carta de 1920), el alemán de 1919 y el español de 1931 (para la Constitución de 1933). En la vigente Constitución de 1979 primaron sobre todo las influencias europeas, especialmente la Constitución española (1978), la italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949); aparte de los textos internacionales y regionales sobre derechos humanos y algunos latinoamericanos (la Constitución de Venezuela de 1961).

En lo ideológico-político, se pasó paulatinamente de un Estado oligárquico existente hasta 1919, a un Estado de carácter mesocrático y asistencialista, y por cierto dominador. Durante años este Estado se mantuvo inalterado, aun cuando algo influyeron en mediatizarlo, los movimientos de masas (las fuerzas aprista y comunista). El clima empieza a cambiar a partir de la década de 1950, y se refleja constitucionalmente recién en 1964, cuando la Constitución de 1933 es modificada para posibilitar la reforma agraria y permitir a los latifundistas expropiados ser pagados en bonos de alcance largo. En 1968 el experimento militar monta un Estado monopólico, intervencionista, reformista, distributivo de arriba a abajo; de corte populista que marca un estilo en la vida política del país. La Carta vigente de 1979 no puede escapar a ese influjo, como una atenta lectura de la misma lo puede corroborar.

En lo relativo a lo económico-social, en la década del treinta se gesta una ebullición desde abajo, que saltará recién en la década del 60, con las invasiones de tierras por parte de campesinos desposeídos, la guerrilla desatada en 1965 y otras reivindicaciones

populares y nacionalistas (para hacer del Estado el gran dispensador y administrador de los recursos naturales). Una verdadera eclosión social se anuncia en la década del sesenta, que el gobierno civil, primero, y el militar, después, tratan de encauzar. Como producto de ésto, viene el desfase del Estado, el reclamo de los más necesitados; la constatación de la desigual distribución de la riqueza, entre otros factores. La articulación trata de ser salvada con una Constitución de compromiso, como es la vigente de 1979, y con ella empieza a discurrir el país desde hace algunos años. Sus frutos podrán observarse sólo cuando se tenga una mejor perspectiva de los tiempos actuales. En todo caso, historiadores, sociólogos y políticos, han coincidido en señalar, ya desde fines del siglo pasado con Manuel González-Prada, que el Perú está lejos de ser una nación. En fecha reciente, un conocido antropólogo, José Matos Mar, ha precisado que todavía el Perú no ha soldado su doble herencia, la incásica y la hispánica, que será la base de una verdadera nación, y que es la tarea que tiene por delante el Perú de cara ya al siglo XXI.

7. La historia política desde 1900 a la actualidad

El inicio del siglo XX coincide con la presidencia de Eduardo López de Romaña, elegido en 1899 y con un mandato de cuatro años, que concluye el 8 de setiembre de 1903. A caballo entre dos siglos, y fruto de la unión política de los dos partidos principales de la época (Partido Civil y Partido Demócrata), Romaña tuvo un período sin incidencias; continuó la obra material iniciada por su predecesor, y prosiguió en el arreglo de ciertos problemas limítrofes que tenía pendiente el país, y que todavía darían que hacer a sus sucesores.

A partir de entonces, el Partido Civil, conocido en la jerga política como "civilismo" (fundado por los grandes intereses guaneros y agro-exportadores) se haría del poder casi sin excepciones, hasta 1919, cubriendo un período bastante largo (1899 a 1919).

El año 1903, al terminar Romaña su período, se parte en dos, como ya hemos dicho, la alianza civil-demócrata. Don Manuel Candamo, elegido presidente en 1903, es víctima de una enfermedad

imprevista y mal tratada que puso fin a sus días pocos meses después (diciembre de 1904). A la muerte de Candamo, se hizo cargo del mando el segundo vice Presidente de la República, don Serapio Calderón (el primer vice Presidente Lino Alarco había fallecido antes que Candamo).

Las elecciones convocadas poco después, dieron la victoria a José Pardo y Barreda, quien cumplió su período de 1904 a 1908. Pardo era hijo del Presidente Manuel Pardo (1872-1876) y volvería más tarde a la presidencia, como veremos luego. Aspectos importantes de la gestión de Pardo es su preocupación por los problemas limítrofes que nos agobiaron toda la pasada centuria y gran parte de la presente, así como haber impulsado en forma eficaz la instrucción pública, aumentando el control, la reglamentación y construcción de escuelas supervisadas por el Estado. Dio también impulso a la expansión de las líneas del ferrocarril.

A Pardo sucedió Augusto B. Leguía, quien gobernó de 1908 a 1912, en medio de no pocos problemas y contradicciones. En 1909 tuvo que sofocar un golpe de Estado que hubiera roto la normalidad institucional existente desde 1895. Los hechos son los siguientes: el 29 de mayo de 1909, Leguía fue sacado de Palacio de Gobierno por una multitud que lo paseó por toda la ciudad, y que lo maltrató, exigiéndole su renuncia. Este se resistió con valentía, lo que dio pie para que la custodia presidencial llegase a tiempo a rescatar al Jefe de Estado. Si bien la intentona fue más obra de la audacia que de una intervención premeditada, es indudable que el hecho marcó al período, y sirvió luego a su protagonista para volver años más tarde a la presidencia. Afrontó Leguía problemas de política interna, como los ya referidos, así como de orden externo, pues incluso hubo conflictos en la frontera colombiana (La Pedrera), y al tener problemas con la oposición, aplicó medidas represivas que desprestigiaron al régimen.

Las elecciones fueron agitadas en 1912, cuando Leguía terminó su período, y al no existir los márgenes necesarios para proclamar vencedor de las elecciones, el Congreso, de acuerdo con la Constitución de 1860 entonces vigente, proclamó como Presidente a don Guillermo Billinghurst, que es el primer presidente, con apo-

yo popular y que sanciona medidas sociales y proteccionistas de nuevo cuño. Aún cuando tímidamente, asomaron en este período algunas protestas sociales, y como consecuencia de ellas, se dictaron las primeras normas sobre protección de los accidentes de trabajo y la jornada de las 8 horas. Sin embargo, el manejo de los problemas internacionales no fue bien llevado, y ocasionó un ambiente hostil contra el mandatario, a lo que hay que añadir sus malas relaciones con el Congreso, todo lo cual preparó un ambiente golpista con apoyo parlamentario, que se concretó el 4 de febrero de 1914, a cargo del coronel Oscar R. Benavides, quien se hizo de la presidencia durante un año, al cabo del cual, mediante justas electorales, fue electo Presidente José Pardo, esta vez en su segundo período (1915-1919).

Iniciada la Primera Guerra Mundial, afrontó el país dificultades de diverso orden, en relación con los depósitos en la banca y las reservas internacionales, que hicieron difícil la administración gubernamental y que sólo al finalizar el gobierno de Pardo, empezó a superarse. A diferencia de su anterior gestión, en su segunda administración Pardo vivió con bonanza, pero no hubo mayor preocupación por hacer obras o arreglar problemas externos.

Al finalizar su mandato, Pardo convocó a elecciones generales. En ellas participó Leguía obteniendo amplia mayoría sobre sus adversarios, la cual debería ser confirmada por el Congreso, de acuerdo a la legislación de la época. Sin embargo, temiendo una eventual maniobra fraudulenta, Leguía dio un golpe de Estado, e inauguró una nueva etapa que tendría larga duración. En lo personal, Leguía se perpetuó en el poder un total de casi once años, promulgó una nueva Constitución en enero de 1920, que si bien con pocas diferencias con respecto a las anteriores, tuvo sin embargo importante repercusión política, como lo veremos más adelante.

En lo político, Leguía significó la cancelación de los partidos históricos (es decir, el Civil, el Demócrata, el Constitucional) que habían gobernado prácticamente sin interrupción desde fines del siglo XIX. Leguía debió concluir su mandato en 1924, pero mediante expresa reforma constitucional se hizo reelegir por un

período más, que culminó en 1929, año en que nuevamente se hizo reelegir. Se convirtió pues, de facto, en un dictador, que violó continuamente la misma Constitución que había promulgado. Cayó, como veremos, en agosto de 1930. Los aspectos centrales de su administración, pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Conculcación de las libertades públicas, en especial de la libertad de expresión, que llegó al extremo de imponer censura a los medios de expresión, y a la incautación de uno de ellos, el diario "La Prensa", que sólo años más tarde fue devuelta a sus propietarios legítimos.
- b) Excesivo centralismo, no obstante haber propiciado la creación de Congresos Regionales, que prácticamente no funcionaron. Se eliminó la elección popular de los municipios, y se la reemplazó por Juntas de Notables.
- c) Solución de nuestros problemas limítrofes, en fórmulas sujetas a discusión, pero que han dado tranquilidad al país desde entonces. Quedó pendiente el problema limítrofe con el Ecuador, que se zanjó tan sólo en 1942, pero que todavía permanece abierto, por no haberse terminado el proceso de colocación de hitos en 78 kilómetros de fronteras.
- d) Creación del Banco de Reserva.
- e) Vasto desarrollo de obras públicas, en especial en la ciudad de Lima, a la que transformó por entero, rompiendo moldes urbanos que tenían más de un siglo.
- f) Implantación de medidas sociales, que son acompañadas por nuevas manifestaciones artísticas y culturales. En ese período de once años floreció lo que caracterizaría al país durante las décadas siguientes, como es el indigenismo en la literatura y en el arte; así como las nuevas interpretaciones de la realidad nacional (Mariátegui y Haya de la Torre); la literatura (Luis A. Sánchez), la historia (Basadre y Porras), etc.

g) Política caminera.

h) Política de empréstitos para compensar déficits internos.

Leguía cambió al país. Tras su caída en agosto de 1930, vendrán agitados períodos. Sánchez Cerro forma una Junta Militar, que dura poco tiempo, hasta febrero de 1931. A este gobernante suceden el Arzobispo de Lima, Monseñor Holguín, y luego el Presidente de la Corte Suprema don Ricardo Leoncio Elías, que a la semana es reemplazado por el Comandante Gustavo Jiménez, que es echado por una Junta presidida por David Samanez Ocampo; y todo ésto, en un sólo mes; marzo de 1931. La Junta de Samanez va a marcar época. Intenta la reorganización política del país; para lo cual nombra sendas comisiones, una para que presente un proyecto de Constitución que será presidida por el jurista Manuel Vicente Villarán y otra de reforma de la Ley Electoral. Al mismo tiempo convoca a elecciones generales en octubre de ese año, en las cuales es elegido Sánchez Cerro, quien instala su gobierno en diciembre de 1931, y dura hasta abril de 1933, en que cae asesinado. A partir de la toma del poder por Sánchez Cerro, hasta fines de 1945, vive el país en medio de grandes incertidumbres, y con seria crisis económica y total apagamiento de las libertades públicas. Es la época también de elecciones dirigidas, de escasez, de falta de crédito en el exterior, de problemas limítrofes y de leyes de emergencia que controlan la actividad política y los medios, con gran número de deportados.

En 1933, al caer asesinado Sánchez Cerro, es elegido para sucederle el general Oscar R. Benavides, quien había desempeñado anteriormente la presidencia de facto, como ya hemos visto (1914-1915). Benavides es muy sagaz como gobernante, actúa como un dictador, pero deja tras de sí una obra laudable.

Benavides es elegido por el Congreso de ese año, por cuanto en esa época no existía en la Constitución de 1933 la figura de la vice presidencia, que sólo sería incorporada años más tarde. El período de Benavides debió terminar en 1936, fecha en que finalizaba el período para el cual fue designado. Pero el Congreso Constituyente anuló las elecciones de 1936, y prorrogó el mandato de

Benavides hasta 1939. En el haber de Benavides encontramos una amplia política caminera, la implantación del seguro social, una vasta obra construida (barrios obreros, incluyendo edificios públicos como el local del Palacio de Justicia, actualmente en funciones); la concreción de la carretera Panamericana, la promulgación de importantes dispositivos legales, como el Código Civil de 1936, más tarde reemplazado por el vigente sancionado en 1984, etc.

A Benavides sucede en el poder Manuel Prado (1939-1945) período que coincide con el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. En este período se zanja, a nivel formal, el último problema limítrofe que mantenía el Perú, al fijarse los límites con el Ecuador en 1942. Prado hizo también obra pública, técnicó el Ejército, tuvo un sano manejo de la administración pública, pero no obstante los moldes constitucionales en los cuales se desempeñó, no fue precisamente un defensor de las libertades ciudadanas.

En 1945 se restauran las libertades políticas en el país, luego que éstas decayeron notablemente en 1932. Si hacemos un análisis de lo que va de siglo, podemos comprobar que la democracia política impera desde fines del siglo pasado, y con algunas intermitencias dura hasta 1920; luego viene un largo período de oscurecimiento de dichas libertades hasta 1930; en donde hay un renacer que sucumbe nuevamente en 1932 y sólo reaparece en 1945, cuando todas las fuerzas políticas actuantes y en vigencia en aquel momento, deciden optar por un solo candidato auspiciado por el recién constituido Frente Democrático Nacional, que lleva a la presidencia a José Luis Bustamante y Rivero. No obstante, este limpio proceso iniciado con tantos auspicios, empieza a naufragar a los dos años (cuando el Presidente se queda sin Cámaras). Un año más tarde, en 1948, es derrocado por la presión de grandes intereses agro-exportadores afectados. Entre las obras de este gobierno, que por lo demás tuvo tan poca oportunidad de actuar; está la política de viviendas para la clase media, en grandes conjuntos residenciales, completando las viviendas obreras que inició en la década anterior el gobierno del general Benavides; así como otras inversiones y el apoyo a la educación.

En 1948 se instaure un gobierno de facto que dura hasta

1950, año en el cual es elegido Presidente Manuel A. Odría, el mismo que dio el golpe de Estado y que presidió la Junta en 1948. Por eso es que para efectos prácticos, al gobierno de Odría se le sindicó como el "ochenio", o sea, el período que corre de 1948 a 1956. Considerándolo hasta esa fecha, el de Odría puede ser el más eficaz de los gobiernos en este siglo, pues fue fecundo en la construcción no sólo de carreteras, sino de edificios públicos, escuelas, viviendas, etc. Como contrapartida, desde el punto de vista político, el régimen fue una dictadura; pues tuvo presos, perseguidos o deportados a los miembros de la oposición.

Las elecciones de 1956 permitieron la aparición de nuevas fuerzas políticas que iban a tener más tarde un desarrollo espectacular, pero representó al mismo tiempo el retorno, por segunda vez, de Manuel Prado a la Presidencia de la República. Su período transcurrió apaciblemente y desarrolló la labor rutinaria que tiene todo gobierno, pero lo más importante es que instauró un perfecto ambiente de convivencia política, que permitió el libre desarrollo de la prensa y de los partidos políticos, tanto de los que apoyaban al régimen, como de los que se encontraban en la oposición. A diferencia de su primer gobierno, en el cual Prado fue más bien un dictador encubierto, en el segundo existió un ambiente democrático, y preparó a la ciudadanía para mejores logros. Prado significó además el retorno a las libertades políticas, que se habían oscurecido después de 1948, así como la derogación de las leyes de emergencia que habían afectado la normalidad institucional y política del país desde 1932 (con la excepción del trienio 1945-1948).

El 18 de julio de 1962, faltando escasos diez días para que Manuel Prado culmine su período, es derrocado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, inaugurando así un nuevo tipo de militarismo. En realidad, el golpe de Estado fue dado no contra Prado, que terminaba su período, sino contra la posible elección de Haya de la Torre a la Presidencia de la República (una tradicional disputa del Apra con el Ejército arrancó en 1932, y sólo desaparecería definitivamente en 1979, con la muerte de Haya de la Torre, fundador y líder de ese partido). La Junta Militar de Gobierno, verdaderamente institucional, se queda en el poder tan sólo un año y

convoca a elecciones en 1963. Este año es elegido Presidente Fernando Belaunde Terry, quien debió terminar su período en 1969, pero cae derrocado en 1968. Su administración se caracteriza por haber ejecutado o iniciado grandes obras de infraestructura con sentido de futuro; así la denominada Carretera Marginal de la Selva, y un vasto plan de viviendas, puentes, carreteras y escuelas. Desde el punto de vista político, continuó la huella de Prado, ahondándola y con mucho mayor mérito, pues por el cambio del sistema electoral y la alianza de sus adversarios, se quedó sin mayoría en el Congreso, lo cual debilitó enormemente su gobierno. Sentó las bases del futuro Estado-empresario, e incluso de la solución que luego se dio a la controversia con la International Petroleum Company (IPC) así como la reforma agraria, que fue matizada en el parlamento por la oposición (Apra y Odriísmo). En todo caso, la excesiva fragilidad del gobierno lo hizo tan vulnerable, que un golpe de Estado presidido por el general Juan Velasco Alvarado, le puso término el 3 de octubre de 1968.

El gobierno militar de 1968 se presentó desde un principio como revolucionario e hizo vastas obras que lo pueden calificar como tal. Algunas de ellas son: i) reestructuración del aparato del Estado; ii) continuación y profundización de la reforma agraria; iii) creación del Estado empresario, reservándose para sí importantes sectores en exclusividad, como es el caso de los servicios de luz, la explotación del petróleo, etc.; iv) reestructuración de la comunidad indígena en la sierra; v) reestructuración del régimen de propiedad en la actividad manufacturera; vi) rediseño de la política exterior del Estado, en reemplazo de la que imperaba desde fines del siglo pasado, que fue montada para defender las cuestiones limítrofes no saldadas; vii) reestructuración del régimen educativo. Estas y otras reformas atraviesan y condicionan todo el período militar que va desde 1968 hasta 1980, aún cuando a partir de 1975, tales enfoques quedan matizados, disminuidos o redimensionados, con la llegada al poder del general Francisco Morales Bermúdez, que derroca al general Velasco, acusado de autoritarismo y personalismo. Entre los aspectos francamente censurables de este largo período, deben señalarse fundamentalmente dos: haber eliminado la democracia política que vivía el país y haber suprimido toda forma de libertad de expresión, lo cual culminó

con la incautación de los diarios de circulación nacional en julio de 1974, devueltos a sus propietarios tan sólo en julio de 1980, cuando volvió el país al régimen constitucional.

Desde un punto de vista institucional y político, el gobierno militar es simplemente una dictadura: clausura diarios, hasta que los confisca a todos; apresa, deporta a la oposición; persigue todo conato opositor. Pero por otro lado, al iniciar grandes cambios despierta simpatías en diversos sectores, y ellos, sin lugar a dudas, quedarán, aún cuando hayan sido reformulados o replanteados. El gobierno militar se enfrenta con la oposición y sobre todo a una crisis muy seria, iniciada en 1973 con la crisis energética, y que sumada a la deuda externa, agobia al país desde entonces. Es importante también esta etapa, porque en julio de 1977 se convocan elecciones para una Asamblea Constituyente, que se instala el 28 de julio de 1978, y que durará en funciones exactamente un año. La nueva Constitución es aprobada y sancionada en 1979; pero sólo entrará en vigor en 1980, cuando se instala el nuevo gobierno constitucional, por un período de cinco años, presidido por Fernando Belaunde Terry, esta vez en su segunda administración.

La instauración del nuevo régimen en 1980 significó varios aspectos positivos; el primero de ellos devolver a sus legítimos propietarios los medios de expresión escrita, después de seis largos años de dictadura y mordaza, lo que es continuado por el libre juego de las instituciones, tanto públicas como privadas. A diferencia de su primera administración en que el programa reformista de Belaunde es enervado por una mayoría (el Partido Aprista más la Unión Nacional Odríísta); en esta oportunidad el gobierno tiene mayoría en las Cámaras, motivo por el cual no hay bloqueos que frenen el desarrollo del régimen. Pero si bien con mayoría parlamentaria el gobierno se esmera en ser un gobierno de transición, sin hacer nada nuevo ni espectacular. Continúan las obras de orden eléctrico, sanitario, la construcción de escuelas, puentes, carreteras, etc. dentro de un tono moderado y respetuoso del orden jurídico. Sin embargo, asoman dos problemas que hasta ahora afligen al país: la subversión desatada por el grupo terrorista, escindido del Partido Comunista, conocido simplemente como "Sendero Luminoso", y la seria crisis económica, tanto interna

como externa, que lleva a una parálisis de la economía, y posteriormente a una situación delicada con los acreedores extranjeros, que se agudizará a partir de 1985.

El período de cinco años (1980-1985) lo culmina Belaunde satisfactoriamente. Las elecciones generales son convocadas a fines de 1984, y se llevan a cabo en el mes de abril de 1985. Pero sucede lo previsto: ninguno de los candidatos ha alcanzado más de la mitad de los votos, y es necesario recurrir, en principio, a la segunda vuelta, institución novísima prevista en la Constitución de 1979. Tras un agitado debate, la segunda fuerza política, Izquierda Unida (IU) con su candidato Alfonso Barrantes Lingán, declina participar en una segunda elección, y el Jurado Nacional de Elecciones proclama a Alan García Pérez, candidato del Partido Aprista, como ganador de la contienda, y por un período de cinco años (1985-1990).

El nuevo gobierno aprista, llegado al poder después de más de cincuenta años de participación en la vida política del país, trajo nuevos ímpetus. Se mostró decidido a combatir la acción subversiva, a dar un sentido de autoridad al aparato del Estado, a frenar la inflación y a promover el desarrollo interno, a limitar el pago de la deuda externa al 10% de las exportaciones y a inaugurar una nueva política exterior acercándose a los pueblos del Tercer Mundo, lo que incluye un apoyo al régimen sandinista. Igualmente agiliza los pasos para poner en ejecución el proceso de regionalización previsto en la Constitución y a favorecer a las zonas más deprimidas del país, calificadas a partir de entonces con el nombre algo caprichoso de "trapezio andino". Este empeño dio sus frutos; en dos años ha crecido el producto bruto interno, las libertades públicas se han mantenido, pero en el gobierno se ha acentuado la tendencia a copar los principales puestos y departamentos públicos, con la idea de que el partido gobernante maneje el aparato del Estado sin interferencias y a veces con excesos (matanza en los penales en junio de 1986). A fines de 1986, se inicia una campaña, promovida desde el poder, para modificar la Constitución y permitir la reelección inmediata, que a la postre fracasó. Los primeros dos años de gobierno encierran una gestión exitosa a nivel de manejo de la economía interna, aumentando la deman-

da, pero sin ninguna garantía de que esta reactivación económica tenga larga duración. En mayo de 1987 el modelo da síntomas de deterioro. En las actuales circunstancias el panorama todavía es promisorio, aún cuando el futuro no deja de despertar incógnitas, que el tiempo se encargará de despejar (1).

8. Algunos problemas y algunas situaciones no resueltas

Haciendo un balance de lo que ha sucedido en la presente centuria, podemos extraer una conclusión general a nivel político: el sistema que funcionó a nivel de elites en el siglo pasado y que así continuó hasta 1919, ha visto aparecer los grandes partidos que a su vez representan la inserción de las masas en la vida política del país. Por un lado, los problemas han aumentado, pero por otro ha habido mejoras sensibles. Se ha ensanchado el nivel de productores y consumidores, los órganos constitucionales funcionan con mayor regularidad y consistencia. El sistema electoral empezó una nueva etapa en 1931, después de varias décadas de procesos impuros, y se sentaron entonces bases duraderas, que lamentablemente tuvieron un eclipse largo, que llega, en términos generales hasta 1956. Desde este año existe una mayor pureza electoral y desde 1963 no hay un solo proceso que haya podido ser calificado como fraudulento o vicioso.

El movimiento sindical, campesino, gremial, ha aumentado su participación en la vida del país. Ha sido extendida la red de comunicaciones; el país se ha modernizado, como lo demuestran los medios masivos de comunicación, la marea creciente de industrias manufactureras y el auge de las exportaciones no tradicionales; el aumento de la producción y la productividad, y también una mayor intensidad de la vida cultural. Por cierto, todo esto no es un desarrollo lineal, sino con altas y bajas. De hecho, en algunos sectores hay un franco retroceso, pero en términos generales se ha adelantado, lo cual no significa que todos los problemas hayan sido resueltos. Finalmente, hay que mencionar que el afianzamiento

(1) Téngase presente que este trabajo alcanza sólo hasta 1987, en razón del homenaje al cual está destinado.

constitucional, ha traído dos aspectos importantes: el respeto a la legitimidad constitucional y el alejamiento del fantasma “golpista”. Esto se comprueba en dos hechos recientes: la reorganización de las Fuerzas Policiales, y su unificación paulatina en una sola (Policía Nacional), y la creación del Ministerio de Defensa (abril de 1987), en lugar de los tres ministerios existentes durante años. Ambas medidas se han llevado a cabo públicamente, con grandes debates, pero sin erosionar el sistema.

9. *Las tres constituciones del presente siglo*

Hemos ya adelantado que el siglo se inicia con la Carta de 1860, la cual fue reemplazada por la de 1920. Pero en rigor, la Carta de 1920 no era necesaria. Como veremos más adelante, y salvo algunas modificaciones menores, la Constitución de 1860 casi no difiere de la de 1920, por lo que no puede menos que concluirse que la de 1920 no era imprescindible. Esta última fue promulgada en forma *ad-hoc* por el nuevo gobierno del señor Augusto B. Leguía, quien permaneció dictatorialmente en el poder durante once años. Cuando cae derrocado en 1930, su Constitución sigue igual suerte. En consecuencia, se discutirá y aprobará una nueva Constitución, la de 1933. Si analizamos este texto y lo comparamos con el de 1920, vemos también muy pocas diferencias, y cabría preguntarse si valía la pena desde el punto de vista formal sustituir la Carta de 1920 por la de 1933. Pero lo que no era lógico desde un punto de vista jurídico, sí lo era desde una lógica de la política. Tuvo que darse pues una Constitución, que en sí misma era innecesaria, pero que políticamente sí lo era. Por fin adviene la vigente Constitución de 1979, que rompe todos los esquemas previos, tanto a nivel de Estado como de regulaciones, procesos y garantías. Si bien recoge en esencia lo más positivo e importante de la tradición política del Perú, en otros puntos es totalmente innovadora. Esta Constitución es pues, en cierto sentido, tradición, y en otro, ruptura. Es en rigor, en este siglo, la única Constitución verdaderamente necesaria, innovadora y representativa de las necesidades del país. Es de esperar que sea también la última de esta centuria.

10. La Constitución de 1920

El 4 de julio de 1919 se instala el gobierno provisional de Augusto B. Leguía, llegado al poder mediante un golpe de Estado civil, apoyado por elementos castrenses. Acto seguido convoca a una Asamblea Nacional para reformar la Constitución (de 1860). En forma paralela, somete a la ciudadanía mediante plebiscito, 19 puntos para una reforma constitucional. Tales puntos eran los siguientes:

- i) La renovación del Poder Legislativo será total y coincidirá necesariamente con la renovación del Poder Ejecutivo. El mandato de ambos poderes durará cinco años.
- ii) El Poder Legislativo constará de un Senado compuesto de 35 senadores y de una Cámara compuesta por 110 diputados, cifra que no podrá modificarse sino por expresa reforma constitucional.
- iii) Los senadores y diputados serán elegidos por voto popular directo.
- iv) El Congreso ordinario funcionará cuando menos noventa días al año y ciento veinte cuando más.
- v) Las Cámaras se reunirán únicamente para instalar sus sesiones, sancionar los tratados internacionales, y cumplir las atribuciones electorales que la Constitución asigna al Congreso.
- vi) Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y todo empleo público.
- vii) Los ministros diplomáticos serán nombrados por el Gobierno, con aprobación del Senado.
- viii) Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.

- ix) Los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia, serán ratificados por la Corte Suprema, cada cinco años.
- x) La contribución sobre la renta será progresiva.
- xi) Los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos al arbitraje obligatorio del Estado.
- xii) El Congreso no podrá otorgar gracias personales ni aumentar el sueldo de los funcionarios públicos, sino por iniciativa del Gobierno.
- xiii) No podrá crearse moneda fiduciaria de curso forzoso, salvo en el caso de guerra nacional.
- xiv) Habrá tres legislaturas regionales, al norte, centro y sur de la República, con diputados elegidos por las provincias al mismo tiempo que los representantes nacionales. Estas legislaturas tendrán todos los años una sesión que durará treinta días improrrogables. Sus resoluciones serán comunicadas al Poder Ejecutivo para su cumplimiento.
- xv) Los concejos provinciales son autónomos en el manejo de los intereses que les están confiados.
- xvi) Habrá un Consejo de Estado compuesto por seis miembros.
- xvii) Sólo el gobierno podrá conceder, conforme a ley, pensiones de jubilación, cesantía y montepío.
- xviii) Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado.
- xix) El próximo Congreso se instalará el 15 de setiembre de este año (1919) presidido por el Presidente del Senado y funcionará durante treinta días como Asamblea Na-

cional para promulgar las reformas que resulten aprobadas por el voto plebiscitario.

Estos puntos fueron analizados por una Comisión presidida por Javier Prado, quien propuso un texto reformado de la Constitución de 1860, al cual se habían insertado diversas normas y de manera especial los puntos sancionados plebiscitariamente. Tal proyecto fue remitido a la Asamblea Nacional, en donde ocasionó un serio *impasse*. Mientras que unos sostenían la necesidad de reformar la Constitución de acuerdo al mandato popular, otros argumentaban que había que hacer una Constitución nueva, que recogiese esos y otros puntos más. En los ardorosos debates de esos días, se afirmó que la Asamblea no tenía poderes constituyentes, o que si los tenía eran sólo para introducir las reformas votadas popularmente, pero no para ir a una nueva Constitución. El nuevo gobierno sin embargo, que representaba una fuerza distinta a las fuerzas en pugna, quiso distinguirse por dar una nueva Constitución, y eso lo consiguió a través de sus partidarios en las cámaras. Tras largos debates, se arribó a la conclusión de que el plebiscito era “irrevocable”, esto es, no podía dejarse de lado, pero no era “intangible”. Fruto de ello fue la sanción de la nueva Constitución Política del Estado, que más tarde promulgó el Presidente Leguía el 18 de enero de 1920.

¿Cuáles son las características de la Constitución de 1920? Desde un punto de vista formal es un texto sobrio, bien construido, con 161 artículos. Su división es la siguiente: diecinueve títulos dedicados a: i) la Nación y el Estado; ii) garantías nacionales, iii) garantías individuales; iv) garantías sociales, v) de los peruanos, vi) de la ciudadanía y del derecho y garantías electorales, vii) de la forma de gobierno, viii) del Poder Legislativo, ix) de las Cámaras Legislativas, x) de la formación y promulgación de las leyes. xi) Poder Ejecutivo, xii) de los Ministros de Estado, xiii) del Consejo de Estado, xiv) del régimen interior de la República, xv) Congresos Regionales, xvi) Administración Municipal, xvii) Fuerza Pública, xviii) Poder Judicial y xix) Disposiciones Transitorias.

Salvo una mejor sistemática (por ejemplo haber distinguido por vez primera las garantías individuales de las garantías sociales)

la Carta en mucho se asemeja a la anterior Constitución de 1860, como lo ha demostrado en un conocido paralelo Manuel Vicente Villarán y otras voces autorizadas. Con todo, hubo algunas diferencias que son:

- a) La contribución progresiva sobre la renta,
- b) Prohibición de gozar más de un sueldo o emolumento por parte del Estado,
- c) Libertad de creencia y de conciencia,
- d) Consagración constitucional del Habeas Corpus,
- e) Reconocimiento de las Comunidades Indígenas e intangibilidad de sus tierras,
- f) Incorporación de la cláusula Calvo,
- g) Consagración del derecho a las nacionalizaciones por parte del Estado, para tomar a su cargo bienes o servicios.
- h) Proteccionismo laboral y arbitraje estatal en los conflictos entre el capital y el trabajo,
- i) Prohibición de monopolios,
- j) Voto popular directo,
- k) Fijación del período gubernamental en 5 años,
- l) Ratificación de los magistrados por la Corte Suprema cada cinco años, y
- m) Congresos regionales (afán descentralista).

Lo anterior demuestra cuales fueron las principales novedades del texto de 1920, en relación con el que lo precedió de 1860, y además que en sus lineamientos generales no tuvo mayores innovaciones, aun cuando tímidamente apuntó un cierto interés social y una actitud interventora del Estado, no sólo por razones de interés general sino de protección a los sectores menos favorecidos de la

sociedad. Tuvo mayor sensibilidad social que los textos constitucionales anteriores, tributo obligado a las inquietudes de la época.

Lo que pasó con esta Constitución, que tuvo poquísimas modificaciones durante el tiempo de su vigencia, es que no fue respetada ni por sus propios autores. Es sabido que las sucesivas reelecciones del Presidente Leguía y sus principales colaboradores; el silenciamiento de la opinión pública y la obsecuencia del Poder Judicial que no protegía a los ciudadanos que interponían recursos de habeas corpus contra excesos del poder central, el continuo divorcio entre lo escrito y lo vivido, el mentís político de una norma tan continuamente violada, hizo que ésta cayese en total descrédito, si bien muchos de sus asertos se recogieron en la siguiente Constitución de 1933, y otros permanecen hasta ahora o han vuelto a tomarse en cuenta. Fue, en conclusión, un hermoso experimento de laboratorio, que no pudo ser aplicado al organismo político y social, como hubiera sido deseable.

11. La Constitución de 1933

Producida la defenestración de Leguía, esto trajo, como ha sido señalado, la caída de su Constitución, la de 1920. Largos y desordenados meses siguieron a este derrocamiento, hasta que en 1931 fueron convocadas, simultáneamente elecciones presidenciales y de Congreso Constituyente, con funciones tanto legislativas como constituyentes. El Congreso se instaló oficialmente en diciembre de 1931 con un Poder Ejecutivo presidido por el teniente coronel Luis M. Sánchez Cerro. Los debates parlamentarios fueron mezclados —sobre todo durante el año de 1932— con otros asuntos de carácter nacional e internacional, y el texto fue finalmente promulgado en abril de 1933.

Los debates se iniciaron, como dijimos, en diciembre de 1931, y tuvieron como referencia el anteproyecto preparado por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, que presentó una extensa exposición de motivos y un anteproyecto que lamentablemente no fue tenido en cuenta por los convencionales. Si bien es cierto que en 1920 existió también una comisión *ad-hoc* presidida por Javier Prado, el documento emanado por la comisión presidida

por Villarán, es el documento constitucional más importante de este siglo, pues encierra no sólo sabias lecciones de prudencia e historia política, sino de asertos y recomendaciones que todavía hoy pueden ser leídas con provecho. Ellas también influenciaron en los debates de la década de 1970, cuando una reforma constitucional fue anunciada y dio como fruto la vigente Carta de 1979.

Entre otros aspectos que vale la pena destacar en este período, hay que mencionar que a diferencia de la Asamblea Nacional de 1919, fue el de 1931 un Congreso movido, con continuas tensiones y fricciones, que vivió un ambiente nacional e internacional caldeado, que contó en su seno con una oposición alerta y denodada que emprendió una lucha sin cuartel contra la mayoría gobiernista que dominaba la Asamblea, y que además se cometieron gruesos excesos que sin lugar a dudas empañaron la labor constituyente. Entre los excesos que vale la pena mencionar, el más grave consiste en haber mutilado el Congreso, cuando el propio gobierno irrumpió en el recinto parlamentario (febrero de 1932) y defenestró a 27 de sus miembros, la mayoría de los cuales pertenecía a las filas del Partido Aprista, con lo cual aplicó un desafuero *de facto* que la Asamblea convalidó *a posteriori*, en forma por demás vergonzosa.

Otro aspecto que es importante en este Congreso fue la presencia de representantes de partidos de masas, con una ideología altamente radical. Así, al lado de los socialistas y los descentralistas que representaban fuerzas nuevas, y un grupo menor de independientes, existía un quinto de la asamblea compuesta por el Partido Aprista, que es el primer gran partido de masas que aparece en nuestra historia republicana, y que adicionalmente en aquel entonces estaba afiliado a una filosofía marxista, si bien atemperada por perspectivas iberoamericanas que eran reclamadas por la realidad. Es importante destacar además que en su momento fue una asamblea plural y polémica, a despecho de la anterior de 1919 que fue monocorde y que discurrió sin mayores enfrentamientos. Como cosa curiosa vale la pena anotar que en medio de tanto pacifismo y talento, la Carta de 1920 no tuvo prácticamente vida efectiva, ni siquiera para sus propios autores, a diferencia de la de 1933, con larga vida, tanto formal como efectiva, y que sólo sería

reemplazada, en su totalidad, en 1980, es decir, casi cincuenta años después. Claro está que al lado de la vigencia formal hay que señalar las largas “vacaciones” a la que la sometieron los diversos regímenes dictatoriales que se sucedieron en tan dilatado lapso, pero lo cierto es que existen también períodos en los cuales funcionó regularmente, como lo fue el de Bustamante (1945-1948), el segundo período de Prado (1956-1962) y el primer período de Belaunde (1963-1968). Por paradójico que parezca, debemos señalar que hasta el momento y en este siglo, la Carta de 1933 es la que más experiencia y efectividad ha tenido hasta ahora, pero esperamos que sea superada en el futuro por el vigente texto de 1979.

Formalmente el texto de 1933 es más extenso que el de 1920, como el de 1979 lo es más que el de 1933, como si existiese, con el transcurso del tiempo una tendencia a promulgar textos cada vez más frondosos. La Carta del 33 tiene en total 236 artículos y nueve disposiciones transitorias. En su larga vida formal tuvo muy pocas reformas y todas ellas de mínima importancia, salvo la que fue realizada en 1964 para permitir la reforma agraria, como veremos más adelante.

El texto está repartido en 236 artículos, como ya ha sido señalado, y distribuido a su vez en 16 títulos, que son los siguientes: i) Estado, territorio y nacionalidad, ii) garantías constitucionales (nacionales, sociales e individuales), iii) educación, iv) ciudadanía y sufragio, v) Poder Legislativo, vi) formación y promulgación de las leyes, vii) Poder Ejecutivo (incluye Presidente de la República, ministros de Estado, comisiones consultivas y consejos técnicos), viii) Consejo de Economía Nacional, ix) régimen interior de la República, x) administración departamental y municipal, Concejos Departamentales, Concejos Municipales, xi) Comunidades de Indígenas, xii) Fuerza Armada, xiii) Poder Judicial, xiv) Religión, xv) Reforma de la Constitución; y xvi) Disposiciones transitorias.

Los grandes temas objeto de agudas polémicas en el seno de la constituyente fueron, entre otros, el voto de los analfabetos y el de las mujeres (que fue admitido sólo para las elecciones municipales); las atribuciones del Congreso y del Presidente de la Re-

pública (que fueron remodeladas, creando una gran fuerza en el parlamento, que permitió pensar en un régimen semi-parlamentario entre nosotros, y que en la práctica tuvo efectos lamentables); la composición del Poder Legislativo, que consagró la existencia de una cámara (el Senado Funcional) con composición corporativa, muy a tono con las tendencias dominantes en aquel entonces, pero que nunca llegó a instalarse; la consagración teórica del Estado descentralizado con la instauración de los Concejos Departamentales (que nunca funcionaron) y los Concejos Municipales (que sólo en 1963 fueron elegidos por el voto directo); el problema del veto presidencial (que fue eliminado aun cuando usado en la práctica de todo el período); la sanción y proscripción de todos los partidos de organización internacional (que fue aplicado durante años, para perseguir al Partido Comunista y al Partido Aprista, lo que se hizo, con variantes, hasta 1962).

En comparación con el texto de 1920, el de 1933 contiene indudables novedades (como el de la descentralización, o el mayor perfeccionamiento de las entonces llamadas garantías sociales), pero en sustancia sigue las huellas de la Carta anterior, sin aportar nada sustantivo, y siendo además, desde un punto de vista de estructura formal, inferior a la que la precedió.

La reforma más importante que sufrió la Carta de 1933, fue en 1964, y que aquí debe ser recordada por su trascendencia. El problema era el siguiente: dentro del gran proceso de renovación de las conciencias y del inquieto marco social de la década del sesenta —que es común a toda la América Latina— el gobierno recién llegado al poder en 1963, envió al Congreso un proyecto de reforma agraria, que buscaba, entre otros puntos, expropiar tierras para darlas a los campesinos que carecían de ellas. Pero la Constitución en su artículo 29, al igual que todas las anteriores, había establecido la inviolabilidad del derecho de propiedad y que la expropiación sólo podía darse mediando previo pago de su valor justipreciado. Esto chocaba con el proyecto de ley que establecía el pago en armadas anuales de larga redención (que por lo demás era la única manera de hacerlo). El gran debate que vivió el país en el período 1963-1964, entre los llamados por la opinión pública “los barones de la tierra”, y las organizaciones

populares y el partido de gobierno, demostró por vez primera no sólo la libre actuación de los grupos de poder en relación con un trascendental paso histórico, sino cómo una Carta podía oponerse a una reforma social largamente sentida y auspiciada por la colectividad. Todo ello llevó, por la propia dinámica del régimen constitucional, a la reforma consecuente, de manera tal que a partir de aquel momento se permitió, y para muy contados casos (guerra, remodelación de poblaciones y reforma agraria) la expropiación con pago diferido. Este importantísimo precepto incorporado en 1964 a la Carta de 1933, y que perfeccionado, ha sido repetido en la vigente Carta de 1979, representó, desde el punto de vista constitucional, quizá la más audaz reforma que se había realizado hasta ese momento en el presente siglo.

En conjunto, la Constitución de 1933, nacida en medio de tantas fragilidades, acicateada por presiones externas e internas, vapuleada por varios golpes de Estado y leyes de emergencia, cubrió, sin quererlo, un largo período que ha sido un laboratorio viviente de lo más interesante de la política y del proceso constitucional en lo que va del siglo.

12. La Constitución de 1979

En 1968 se dio un nuevo golpe de Estado en el país; en esta oportunidad no era un golpe más o un golpe menos; tampoco la expresión monda y lironda de la ambición de un caudillo. Se trataba de un golpe institucional de las Fuerzas Armadas, jefaturadas por el general Juan Velasco Alvarado, que estaba decidido a dar la batalla por las grandes reformas sociales anunciadas desde 1963 por el régimen de Belaunde, pero que el Apra, aliada con el odriísmo, bloqueó desde el Parlamento. En un momento, parece que el movimiento insurreccional fue parcial y sólo del Ejército, pero al final, por acción u omisión, las demás fuerzas se plegaron. Comienza así un largo período militar, el más largo de nuestra historia, que dura doce años, y que culminará en julio de 1980. El gobierno militar conoce dos etapas, la primera es de 1968-1975; presidida por el general Velasco que se caracteriza por cambios estructurales muy radicales, presencia del Estado en la economía de manera sobresaliente, agresiva política exterior, pero también errores econó-

micos e intransigencia con la oposición; la segunda se inicia en 1975 y culmina en 1980. Pretende reordenar las reformas, matizar algunas de ellas, y preparar la transferencia del poder a los civiles en 1980, previa convocatoria a una Asamblea Constituyente. Esta se instala el 28 de julio de 1978 y finaliza sus sesiones el 13 de julio de 1979. Un año después, en julio de 1980, se restaura la normalidad constitucional, que continúa hasta la fecha.

Las características que tiene esta Asamblea, y que la distinguen de las anteriores, son las siguientes: i) goza del plazo de un año para discutir y aprobar el nuevo texto, a diferencia de los brevísimos períodos que gozaron constituyentes anteriores; ii) actúa junto a un gobierno de facto que le es ajeno y hasta hostil, el cual empero, respeta sus decisiones; esto contrasta con asambleas anteriores, que actuaron conjuntamente con un régimen constitucional o constitucionalizado, iii) no cuenta, a diferencia de otras constituciones, con un anteproyecto con el cual trabajar y que oriente sus labores, lo cual explica la falta de tecnicismo, las redundancias, lagunas e incorrecciones que tiene el texto, no obstante sus aspectos positivos, iv) tuvo tras de sí una larguísima y agitada experiencia política que le servirá para extraer del pasado lo mejor de sus experiencias políticas; v) fue una Asamblea que sólo tuvo actividades constituyentes y no legislativas, a diferencia de lo que sucedió en anteriores ocasiones y en otros países; vi) no existieron representantes del poder constituido en aquel momento (los militares), como sí sucedió, por ejemplo, en la España de 1978; vii) se rebajó la edad del voto a los 18 años, pero se negó la participación del analfabeto, que consagró meses después la nueva Constitución, viii) la dación de una nueva Constitución fue la *conditio sine qua non* para la convocatoria a las elecciones generales en 1980; es decir, era el camino obligado para llegar a ellas, impuesto por el gobierno militar y que a la larga, todos aceptaron, ix) a diferencia de lo sucedido en anteriores oportunidades, hubo esta vez total y absoluta participación de todos los segmentos ideológicos del mapa electoral (aún cuando se abstuvo un partido político, Acción Popular, cuya ideología sin embargo estuvo defendida en el interior de la Asamblea por otros grupos afines); x) a diferencia de lo que sucedió en épocas anteriores, todos sus miembros, sin excepción, fueron respetados durante el año que duraron sus labores;

xi) ninguna de las fuerzas políticas actuantes tuvo, sobre un total de 100 representantes, más del 50% de sus miembros; esto hizo indispensable el entendimiento y las mutuas concesiones entre ellas (así, el texto actual es realmente plural y amplio, toda vez que fue fruto de un consenso entre sus miembros, consenso que no lo fue de las ideas sino de los intereses, ya que todos eran conscientes de que sin la Constitución lista en un año, no habría elecciones y la dictadura continuaría).

Desde el punto de vista formal, la Carta de 1979 se aparta de todas las anteriores por dos notas: su excesiva extensión y su afán reglamentarista. Son exactamente 307 artículos y dieciocho disposiciones generales y transitorias (dedicadas sobre todo a fijar pautas sobre la transferencia del poder a los civiles, que estaba ofrecida para 1980, y que en sus lineamientos generales fue respetada).

Hay que llamar la atención sobre el aspecto externo de este texto, pues a diferencia de las cartas anteriores que consagraron expresa y concretamente dos partes marcadas, una dogmática y otra orgánica, la actual tiene una tercera parte, que podemos llamar por comodidad la parte económica o constitución económica, en donde aparecen sendos capítulos dedicados a la propiedad, a la banca, a la reforma agraria, a la utilización de los recursos naturales, entre otros tópicos.

Su esquema es el siguiente: i) derechos y deberes fundamentales de la persona (que incluye la persona, la familia, la seguridad social, la salud y el bienestar, la educación, la ciencia y la cultura, el trabajo, la función pública, los derechos políticos, los deberes), ii) el Estado y la Nación (la nacionalidad, el territorio, la integración, los tratados), iii) el régimen económico (los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la banca, el régimen agrario, las comunidades campesinas y nativas); iv) la estructura del Estado (Poder Legislativo, la función legislativa, la formación y promulgación de las leyes, el presupuesto y la cuenta general, el Poder Ejecutivo, el Consejo de Ministros, el régimen de excepción, el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, la descentralización, gobiernos

locales y regionales, la defensa nacional y del orden interno, el Jurado Nacional de Elecciones); v) las Garantías Constitucionales; vi) la reforma de la Constitución; vii) disposición final, y viii) disposiciones generales y transitorias.

Las principales innovaciones que consagra este texto son los siguientes: i) amplísimo respaldo y reconocimiento a los derechos humanos en todas sus gamas, lo que fue posible no sólo como respuesta a los excesos de la dictadura que entonces se vivía, sino por el ambiente internacional a favor de los derechos humanos, ii) introducción o ratificación de un conjunto de mecanismos procesales para la defensa de la persona y del sistema democrático, como son el Habeas Corpus, el Amparo, la Acción Popular, y la Acción de Inconstitucionalidad, iii) consagración de un explícito sistema económico del Estado, que se caracteriza por su flexibilidad, pluralismo y economía de mercado, a la cual sin embargo se califica de “social”, lo que dará que pensar que estamos frente a un “liberalismo social”, iv) introducción de nuevos órganos constitucionales, con plena y total autonomía, que participan en las más altas funciones del Estado (como es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público (a cuyo frente se encuentra el Fiscal de la Nación), el Jurado Nacional de Elecciones (existente desde 1931), etc.), v) reconocimiento de la jurisdicción supranacional para la defensa de los derechos humanos, y expreso reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vi) redefinición de la estructura del Estado peruano, con la diferenciación de la composición del Parlamento, en el cual el Senado será representativo tan sólo de las regiones, y al cual se confían además funciones no políticas, que sí tiene la Cámara de Diputados; vii) consagración de un modelo regional, que todavía no ha sido implementado, pero que se encuentra en proceso; viii) separación amistosa con la Iglesia Católica, siguiendo los lineamientos de un nuevo acuerdo con la Santa Sede, que significa la superación del patronato clásico que tuvieron nuestras repúblicas, hasta bien avanzada la mitad del siglo; ix) refuerza la investidura del Jefe del Estado creando un gobierno con una marcada tendencia presidencial, que supera el enfoque semi-parlamentario de la Carta de 1933, y, x) se elimina la capacidad y la iniciativa del Parlamento para generar el gas-

to público (que fue siempre motivo de déficits presupuestales en las últimas décadas).

Esta Constitución, como fácilmente puede verse, rompe toda una tradición e inaugura una nueva. Recoge de lo antiguo lo más valioso, crea mecanismos para resolver conflictos y evitar que se repitan las experiencias negativas del pasado; y a su vez, siendo amplia y generosa en sus enunciados, se proyecta con firmeza hacia el siglo XXI, como lo quiso Haya de la Torre, en el discurso inaugural que leyó el 28 de julio de 1978, en su calidad de Presidente de la Asamblea Constituyente.

Sancionada la Carta en 1979, fue remitida al Poder Ejecutivo de facto, presumiblemente con fines de publicidad. La Asamblea había sostenido que ella misma había promulgado la Constitución, motivo por el cual no se explica porque la envió al Ejecutivo. En todo caso, el gobernante de facto la devolvió con observaciones, que son rechazadas por la Asamblea en pleno, el 13 de julio de 1979. Las observaciones del gobierno estaban referidas no al contenido de la Carta, que en rigor no le compete, sino a un aspecto procesal que sí le interesa: no puede admitir lo que ha hecho la Asamblea, o sea, establecer que ciertos artículos constitucionales entren en vigencia de inmediato, cuando el compromiso es que la Carta entre en vigencia recién en 1980, con la restauración del orden constitucional. Lo cierto es que la Asamblea rechaza el veto del Ejecutivo, y se disuelve. Promulgada o no (más no que sí), lo cierto es que la Constitución durante todo un año no es publicada oficialmente ni observada en cuanto tal. Meses después, se convocan elecciones generales, y es elegido por amplia mayoría Fernando Belaunde Terry, que esta vez vuelve al poder con mayoría en las cámaras. La misma noche del 28 de julio de 1980, el Presidente Belaunde pone el cúmplase a la Constitución y ordena su publicación oficial, lo que efectivamente sucede.

Desde entonces, han pasado algunos, pocos años. La Constitución ha sido puesta a prueba; se han reglamentado varios de sus apartados, se han instalado varias de las instituciones por ella creadas. En términos generales, el nuevo texto funciona, es respetado. Aun más, se han notado algunos de sus vacíos y deficiencias y se

han propuesto varias reformas que en todo caso deben ser sopesadas y analizadas con calma. Mientras tanto, el país discurre por su vida institucional con los sobresaltos y tropiezos propios de nuestras repúblicas.

13. Recapitulación y consideraciones conclusivas

El nuevo siglo se inició en nuestro país sin estridencias. Por un lado, un juego tradicional reducido en la práctica a un solo partido, el Partido Civil, fundado en 1872, y de tanta gravitación desde esa época, hasta mediados de 1930. Todos o casi todos los Presidentes desde aquel año, pertenecieron al Partido Civil, o simpatizaron con él, o en todo caso, tuvieron que aceptar sus condiciones. Piérola (1895-1899), el más destacado gobernante de ese período, tuvo que someter a su partido, el Demócrata, a una alianza con el Partido Civil. El mundo avanza, decían los optimistas, y ésto se reflejaba en el quehacer de todos los días. En lo normativo, el Estado seguía siendo el Gendarme necesario y el gobierno era bueno porque casi no gobernaba. En lo social, existía una pequeña minoría dirigente y una gran masa de población que vivía al margen del sistema formal; al medio, una finísima capa, muy delgada, de elementos mesocráticos, que pugnaban por subir o a veces por no descender. La fiebre del caucho y del progreso, invadía todos los ámbitos. En el orden constitucional, y salvo una ligera quiebra en 1914, que se resolvió en pocos meses, hubo continuidad constitucional, y toda auguraba que así seguirían las cosas.

El siglo XIX, para nosotros, acabó en realidad en 1919. La *belle époque* se esfumó. Los nuevos vientos los trajo Leguía, quien reflejó y a su vez encarnó los cambios que venían o que eran necesarios. Su ingreso representó la muerte de los partidos tradicionales; la puesta de lado de la legalidad existente, la aprobación de una nueva Constitución, y la aparición de una nueva generación en todo orden de cosas: tanto en lo político como en lo cultural y lo económico. Significó también la modernización del país, la ruptura de nuestra dependencia con Inglaterra y los nuevos lazos con el nuevo coloso: los Estados Unidos; así como varias innovaciones en lo social: el ingreso de una nueva clase media en el escenario nacional y su participación en el mundo de las letras y de la política. Sin

embargo, no hubo grandes movilizaciones populares sino a partir de 1930, en que desaparecieron para volver a irrumpir en la década del cincuenta, esta vez con más decisión y protagonismo. De 1919 a 1930, que es el período de Leguía, está en vigencia la Constitución de 1920, que ha remplazado a la carta moderada y realista de 1860, pero en la práctica sus disposiciones quedan en letra muerta. No obstante, hacen su aparición, al más alto nivel normativo, instituciones nuevas y defensa de viejas ideas: el Habeas Corpus, la intangibilidad de las tierras comunales; el reconocimiento de las comunidades indígenas, la intervención del Estado en los conflictos laborales.

De 1933 a 1945, existe un largo período de dictadura o guerra civil, formalmente no declarada. Las instituciones funcionan en apariencia, por encima del respeto externo a la Constitución y algunas modificaciones efectuadas por la vía del plebiscito (1939) que durarán poco. En 1945, se inicia, acorde con la nueva época de reconstrucción de las democracias y la derrota de los fascismos, un período con grandes interrogantes, presidido por José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948). El experimento, sin embargo, naufraga. En 1948 volvemos a la dictadura, y esto hasta 1956. En esta época aparecen por segunda vez las masas en la escena política en lo que va del siglo. Son pocos los cambios institucionales que se reclaman; más lo son los cambios sociales, entre ellos, la reforma agraria, que conlleva la modificación constitucional correspondiente, que permite pagar en bonos (1964).

Un nuevo golpe militar en 1968 inicia grandes cambios, que se cierran prácticamente una década después. La Carta de 1979 pretende recoger las grandes lecciones de la historia reciente, y además, las reformas estructurales realizadas, en cuanto tengan permanencia o principios válidos. Se prepara así una nueva Constitución, que es la que está actualmente en vigencia.

La Constitución de 1979, si bien careció de asesoría y proyectos previos (lo cual explica muchos de sus yerros y carencias), tuvo la ventaja sobre sus predecesoras de nutrirse de un nuevo estado de cosas que estuvo ausente en épocas pasadas: por un lado el avance arrollador de los derechos humanos (que se inicia, en reali-

dad, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y más en concreto con la Declaración Universal de 1948), y por otro el nuevo rostro del país después de varios años de cambios y modificaciones sustanciales. Al haberse purificado el sistema electoral y renovado el registro correspondiente, la votación es realmente representativa. En el seno de la Asamblea Constituyente, hubo una pluralidad de partidos, grupos y facciones, que hicieron el texto, a veces ambiguo, pero decididamente pluralista. Lo que no impide reconocer la existencia de algunas lagunas e imperfecciones, que podrán subsanarse en una futura reforma constitucional.

La actual Constitución sancionada en 1979, pero puesta en vigor recién en 1980, ha soportado la prueba de los últimos años, que no es mucho tratándose de textos constitucionales. La sociedad ha crecido, el aparato del Estado ha sido desbordado, el flagelo de la crisis económica y la acción terrorista golpean la institucionalidad. Es difícil saber que puede pasar en estas circunstancias, pero es evidente que la elite política tiene interés en mantener el sistema, respetar sus cauces, y observar el pluralismo político y económico que ha consagrado la Carta. Es de esperar, por tal motivo, que la institucionalidad sea conservada y que esta Constitución sea la que oriente la vida política de los próximos años.

14. *Bibliografía fundamental*

La historia del derecho constitucional peruano es un género que prácticamente no ha sido cultivado. El primer intento en hacerlo se debe a Toribio Pacheco (Cf. *Cuestiones constitucionales*, Arequipa 1854) al que siguió Manuel Atanasio Fuentes con su *Derecho constitucional universal e historia pública peruana*, 2 vols., Imprenta del Estado, Lima 1874. Más recientemente puede señalarse a José Pareja Paz-Soldán (Cf. *Historia de las constituciones nacionales*, Lima 1944), que luego ha incluido en su *Derecho constitucional peruano*, Lima 1966. Pareja por otro lado ha juntado toda la parte histórica con una excelente compilación de todos nuestros textos en su libro *Las constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954 (con prólogo de M. Fraga Iribarne) que sigue siendo hasta ahora el mejor tratamiento integral de nuestro proceso constitucional, aun cuando incompleto, pues los últimos

años no los cubre, y cuando lo hace en la última edición de su *Derecho constitucional peruano*, es demasiado sumario. Esquemáticos, pero de interés, son los trabajos de Lizardo Alzamora, en especial *Evolución política y constitucional del Perú independiente*, Lib. e Imp. Gil, Lima 1942 y *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú (Historia constitucional del Perú)* Imp. Gil, Lima 1944. En fecha más reciente Juan Vicente Ugarte del Pino ha publicado una *Historia de las constituciones del Perú*, Editorial Andina, Lima 1978, que es previa a la actual constitución, y que más que historia (trae tan sólo apuntes o ligeros comentarios para cada época) es una valiosa compilación documental que contiene todos los textos constitucionales incluyendo el de Cádiz. No obstante el valor de estos antecedentes, no se cuenta todavía con un panorama global de todo nuestro proceso, que alcance incluso a la constitución actual; dentro de esta escasez lo más rescatable son los trabajos de Pareja Paz-Soldán.

En cuanto a las fuentes mismas, debemos mencionar las publicaciones oficiales de los textos; la más completa, aun cuando atrasada, es la realizada por Juan Olivo y publicada por la Cámara de Diputados (Cf. *Constituciones políticas del Perú*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1922) que puede ser completada con la edición oficial de la Carta de 1920 (edic. de la Cámara de Diputados, Lima 1930) así como las correspondientes a las constituciones de 1933 (Cámara de Diputados, Lima 1967) y 1979 (edición del Ministerio de Justicia, Lima 1981).

En cuanto a los debates, cf. para la de 1920, *Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*. 2 vols. Lima 1920; para la Constitución de 1933, el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*, varios volúmenes, en especial los tomos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, y 10; la Carta de 1979, cf. *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978*, 8 vols, Lima 1979-80; a los que hay que agregar los dos volúmenes de la *Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente* (actas de las sesiones y anexos y ponencias).

Para un trasfondo histórico, resulta inapreciable la *Historia de la República del Perú* de Jorge Basadre (séptima edición, póstuma,

11 tomos, Lima 1983); la obra sin embargo sólo cubre hasta 1933. Con posterioridad a esta fecha existen trabajos parciales sin la unidad de conjunto, salvo algunos enfoques globales de orden político o sociológico, como pueden ser F. Bourricaud, *Poder y sociedad en el Perú contemporáneo*, Buenos Aires 1967; F. Pike *The modern history of Peru*, London 1967; Felipe de la Barra, *Objetivo: Palacio de Gobierno*, Lima 1967; Julio Cotler, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Lima 1978; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República*, 2 vols, Lima 1986; Raúl Rivera Serna, *Historia del Perú: República* (1822-1968), Lima, 1974; así como la obra colectiva *Historia del Perú*, editorial Mejía Baca, 12 tomos, Lima 1980 (interesante pero muy desigual).

Algunos trabajos sobre este período son los siguientes; para la Carta de 1860, puede verse, en cuanto a su génesis, Javier Vargas, *La Constitución de 1860*, Lima 1961; tratamiento sobre ella, José Silva Santisteban, *Curso de Derecho Constitucional*, París 1914; Luis Felipe Villarán, *La Constitución peruana comentada*, Lima 1899; sobre la Carta de 1920, cf. Toribio Alayza y Paz-Soldán, *Derecho constitucional general y del Perú*, Lima 1928; Graham H. Stuart, *The governmental system of Peru*, Washington 1925; sobre la Carta de 1933, cf. Toribio Alayza y Paz-Soldán, *Derecho constitucional del Perú y leyes orgánicas de la República*, Lima 1934 y José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano*, 4ta. edición, Lima 1966. Sobre la Constitución de 1979, cf. Marcial Rubio y Enrique Bernaldes, *Constitución y sociedad política*, Lima 1983, José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3ra, edición revisada, Lima 1984 y Francisco Eguiguren P. (coordinador) *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima 1987.

Bibliografía y periodificación pueden verse en Ricardo Bustamante Cisneros, *Constitución y Habeas Corpus*, en *Anales Judiciales*, Lima 1959; Domingo García Belaunde, *Guía bibliográfica de Derecho constitucional peruano*, en *Derecho* (Lima), num. 29, 1971; ib. *Cuarenta años de constitucionalismo peruano* en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (San Marcos) Lima, 1-2-3, enero-diciembre de 1977; C. Herbold y Steve Stein, *Guía bibliográfica para la historia social y política del Perú en el siglo*

XX, Lima 1971 y Augusto Pérez-Rosas Cárdenas, *Fuentes bibliográficas peruanas en las ciencias sociales (1879-1979)*, Lima 1981.

Lima, junio de 1987

DESARROLLO Y VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS EN DIEZ AÑOS DE REGIMEN CONSTITUCIONAL (1980-90)

Francisco José Eguiguren Praeli

“... Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de Derecho sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. . .”

Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?*
Ariel (1976); p. 97.

En el Perú hemos tenido muchas constituciones pero muy poca constitucionalidad, como lo demuestran casi una docena de constituciones que en su gran mayoría no pasaron de ser simples “hojas de papel” (para usar la expresión de Lassalle) y una tradición política caracterizada por la inestabilidad, el autoritarismo y la alternancia pendular de regímenes formalmente democráticos y gobiernos de facto. Ello al parecer ha acostumbrado a los peruanos a percibir como algo natural e inevitable la existencia de una marcada distancia entre los postulados y preceptos contenidos en los textos constitucionales, con respecto a sus niveles de aplicación concreta y vigencia efectiva en la realidad.

A lo largo de nuestra experiencia republicana, las normas constitucionales han aparecido como notoriamente incapaces de encuadrar el desenvolvimiento del proceso político, para encauzarlo hacia la construcción y el afianzamiento de una sociedad democrática. De allí que al cumplirse los primeros diez años

de régimen constitucional y de continuidad democrática, estamos asistiendo a un hecho verdaderamente excepcional en nuestro país. La Carta de 1979 (vigente desde el 28 de julio del 80) ha tenido la virtud de brindar el marco político y jurídico para la instalación y culminación de dos gobiernos electos por el pueblo en comicios inobjetables, así como para la elección consecutiva (en 1990) de un tercer gobierno también emanado de la voluntad popular. Ello configura una situación singular y sin precedentes en la accidentada vida política nacional.

Indudablemente se trata de un logro muy importante, pues denota avances en el aún incipiente proceso de afianzamiento de la institucionalidad democrática y constitucional en el país. Pero lo paradójico es que su consecución se produce precisamente en momentos que el Perú afronta un cuadro dramático de violencia política y social generalizada, así como los estragos de una profunda crisis económica, fenómenos que se han ido acrecentando durante los últimos años y que, sin duda, convierten en más arduo, penoso e incierto el irrenunciable esfuerzo por construir una sociedad democrática en nuestra patria.

Sería absurdo culpar exclusivamente a los anteriores textos constitucionales de la fragilidad y el fracaso que acompañaron a la gran mayoría de intentos de establecer un régimen democrático en el país; pero también resulta errado creer que en ello no les ha cabido alguna responsabilidad importante. Y es que toda Constitución, tanto en su contenido como en sus niveles de viabilidad, está profundamente condicionada por los factores de poder político, aspiraciones y conflictos imperantes en la sociedad, así como por los intereses de los grupos dominantes y la presión de los sectores sociales. La influencia de estos elementos, presentes en el proceso de elaboración de la Constitución del 79 y en su aplicación durante diez años de régimen democrático, explica en mucho que haya resultado posible una situación que no pudo darse en las experiencias políticas precedentes.

Es por ello que para realizar una somera evaluación del desarrollo y vigencia que han correspondido a los derechos y garantías a lo largo de estos diez años de régimen constitucional, resulta

indispensable analizar y confrontar el modelo político expresado en la Carta del 79 con la aplicación concreta que le ha correspondido a lo largo de dos gobiernos elegidos democráticamente. Así podremos apreciar los avances, limitaciones y deficiencias presentes en el período, a fin de determinar en qué medida se ha acrecentado o reducido aquella distancia inicial existente entre el modelo normativo y la realidad.

Este análisis debe además permitir ofrecer algunos elementos de reflexión en torno a los principales retos y dificultades que pueden vislumbrarse para la continuidad y el desarrollo de las instituciones constitucionales y democráticas, en vísperas del inicio de un nuevo gobierno emanado de la voluntad popular, particularmente cuando el país atraviesa uno de sus trances más delicados e inciertos.

1. EL MODELO POLITICO DE LA CONSTITUCION DE 1979

1.1. La importancia del proceso constituyente y de la elaboración de la Carta de 1979

Las circunstancias políticas y sociales que rodearon el proceso constituyente, así como las condiciones particulares en que se realizó la tarea de elaboración de la Carta del 79, han ejercido notable influencia en el contenido del modelo global de dicha Constitución y en el importante grado de aceptación logrado por esta norma fundamental en la mayoría de las fuerzas políticas.

Debe tenerse presente que la Asamblea Constituyente que elaboró la Carta del 79 fue electa en 1978 por votación popular libre y directa, instalándose y realizando su labor en el último tramo del "Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada" (1968-80) precisamente cuando el régimen militar había abandonado sus iniciales banderas reformistas y respondía con serias restricciones de las libertades públicas a las demandas populares ante las primeras manifestaciones de la crisis económica, así como a los crecientes reclamos de las distintas fuerzas políticas en favor de la apertura democrática y la realización de elecciones generales. El control gubernamental ejercido sobre los medios de comunica-

ción social (diarios, televisión y radio), la represión a los grandes paros nacionales y la clausura de revistas independientes, con detenciones y deportaciones, sólo sirvieron para demostrar el agotamiento del modelo político del gobierno militar y su marcado aislamiento frente a los partidos políticos y los sectores populares.

Fue así que en el segundo semestre de 1977, luego de un importante paro nacional, el gobierno de la Fuerza Armada anunció su voluntad de emprender el tránsito hacia un régimen constitucional elegido democráticamente por la población, para lo cual confeccionó un "cronograma de transferencia" que incluía la realización de elecciones para conformar una Asamblea Constituyente, en junio de 1978, la elaboración por ésta de una nueva carta constitucional en el período de un año (julio 78 a julio 79) y el desarrollo de elecciones presidenciales y parlamentarias en 1980, de donde surgiría un nuevo gobierno que asumiría el poder el 28 de julio de ese año (1).

La mayoría de agrupaciones políticas (viejos y nuevos partidos y frentes) aceptaron estas reglas de juego, con las excepciones de Acción Popular y Patria Roja, que rechazaron el tránsito previo por una Asamblea Constituyente demandando la realización de elecciones generales; ambos grupos si participaron ulteriormente en los comicios del 80.

Luego de diez años de dictadura, con ausencia de ejercicio del derecho de sufragio y fuertes restricciones de las libertades políticas, la realización de elecciones y el desarrollo de la elaboración del texto constitucional en el marco de un gobierno de facto, confirieron a dichos procesos algunas características muy especiales, las cuales no sólo estuvieron presentes en la campaña electoral sino que, a la postre, también influyeron en el comportamiento de la Asamblea Constituyente y en el contenido final de la Carta de 1979. En cuanto a las características del proceso electoral constituyente, cabe señalar las siguientes:

-
- (1) Cfr. BERNALES ENRIQUE, *Crisis política: ¿Solución electoral?*. DESCO, 1980, 132 pp; interesante trabajo que ofrece importantes elementos de información y análisis sobre el proceso político en que se enmarcó la elección de la Asamblea Constituyente.

a) Las elecciones para la asamblea constituyente crearon un espacio de relativa apertura política para la reaparición de los partidos y fuerzas políticas en la vida nacional. El contenido predominante del mensaje en la campaña electoral estuvo fundamentalmente orientado por una fuerte reacción antimilitar y anti autoritario, sirviendo ante todo como canal de expresión para las críticas al régimen de facto, que habían venido siendo permanentemente acalladas y reprimidas por éste.

b) Como las elecciones para la Asamblea Constituyente se realizaron con relativa cercanía al anunciado cambio de gobierno, ello determinó que los partidos y los candidatos optaran fundamentalmente por instrumentar dicho proceso con miras a los comicios del 80, antes que abocarse con mayor esmero a la formulación de propuestas concretas para la futura Constitución (2). La ocasión resultó más bien propicia para recomponer o crear los aparatos partidarios, difundir planteamientos ideológicos y ofertas políticas, promocionar candidaturas personales de futuros postulantes a parlamentarios y medir el respaldo electoral de cada fuerza.

c) Pese a las auto exclusiones de Acción Popular y Patria Roja, las fuerzas que compitieron en la elección para la Asamblea Constituyente conformaron un espectro político bastante amplio y plural en las tendencias y propuestas formuladas en el debate; esta pluralidad también quedó confirmada en la ulterior composición de la asamblea electa por el pueblo, lo cual influyó en el contenido final de la Constitución que ella elaboró.

La campaña electoral se desarrolló con bastante amplitud en cuanto al acceso otorgado a los partidos para la utilización de los medios de comunicación social, que en aquel entonces controlaba el gobierno. Sin embargo, algunas organizaciones de izquierda y

(2) Cfr. ENRIQUE BERNALES B. y MARCIAL RUBIO C.: *Constitución: fuentes e interpretación*. Mesa Redonda Editores, (1988) 354 pags. Este importante trabajo permite constatar que muy pocos partidos (la mayoría de izquierda) se preocuparon al menos de elaborar previamente un anteproyecto de Constitución.

sus dirigentes, debido a su participación en el paro nacional del 22 y 23 de mayo del 78 y a las críticas que formularon contra el régimen militar, fueron objeto de persecución, detenciones y deportaciones.

d) Entre los hechos políticos más novedosos y trascendentes, cabe mencionar el inicio de la participación electoral de la “joven izquierda” surgida en las décadas del 60 y 70, que anteriormente había recusado la intervención dentro de los mecanismos de la democracia formal. Lo importante de esta situación radica en el alto volumen de votos que lograron en conjunto las diversas agrupaciones de izquierda, cerca del 30%, fenómeno que marcaba el inicio de una nueva correlación de fuerzas en el espectro político y electoral peruano. Simultáneamente, las elecciones marcaron la virtual desaparición de los partidos de derecha de corte más tradicional y oligárquico.

Otro aspecto de importancia fue la modificación de la normatividad relativa a la edad para acceder a la ciudadanía y al ejercicio del derecho de sufragio, que se redujo de 21 a 18 años. Esta medida fue positiva porque amplió el cuerpo electoral, adecuándose a la realidad demográfica y económica del país; sin embargo, se mantuvo la injusta y anacrónica exclusión del derecho de sufragio a los analfabetos, prohibición que quedó suprimida recién con la Constitución del 79.

En cuanto a la actuación de la Asamblea Constituyente en la elaboración de la Carta, las principales características del desarrollo de su labor fueron (3):

a) La composición política pluralista de la asamblea constituyente, resultó fundamental para que en el debate y el desempeño

(3) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: *La Constitución Peruana de 1979. La difícil (e incierta) distancia entre el modelo normativo y su aplicación en la realidad*; en : *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Francisco Eguiguren (director), Cultural Cuzco S.A., Lima 1987; p. 5 a 16.

de esta labor tuvieran expresión amplias tendencias ideológicas, correspondientes a los diversos grupos que estuvieron presentes. Ello fue muy positivo tanto para la representatividad del cuerpo constituyente, como para la pluralidad de aportes y propuestas que en buena medida recogió la Carta elaborada.

b) En la composición política de la asamblea, el Partido Aprista fue la primera fuerza con 37 de los 100 representantes; el Partido Popular Cristiano contó con 25 y las diversas agrupaciones de izquierda conformaron un bloque de 28 representantes (Partido Comunista 6, Partido Socialista Revolucionario 6, FOCEP 12, y UDP 4). El 10% restante estuvo integrado por el FRENATRACA (4), la Democracia Cristiana (2), la UNO (2) y el MDP (2); cuyos representantes establecieron acuerdos con los distintos bloques en función de sus propias inclinaciones políticas y de votaciones concretas.

El hecho que ningún partido o fuerza representados en la asamblea hubiera logrado por sí solo contar con una mayoría absoluta, propició y determinó que se buscaran y establecieran formas de entendimiento y transacción, con concesiones recíprocas entre los distintos bloques de centro (APRA), derecha (PPC) e izquierda, a fin de obtener el acuerdo necesario para que algunas normas o propuestas llegaran a plasmarse en el texto de la Constitución. Ello sin duda ha resultado muy importante para el significativo grado de consenso y legitimidad política alcanzado en los supuestos fundamentales de la Carta del 79.

c) El régimen militar no interfirió mayormente en el desarrollo de la tarea constituyente, lo que favoreció el proceso de elaboración de la Carta y creó buenas condiciones para el tránsito hacia un nuevo gobierno elegido por el pueblo. No existió en la asamblea un partido que asumiera la calidad de vocero del oficialismo y de sus planteamientos; sin embargo, el Partido Aprista mantuvo en dicho lapso vínculos bastante estrechos con el gobierno militar, tal vez porque al pensarse triunfador en las elecciones generales del 80, deseó evitar cualquier conflicto serio que pudiera haber amenazado el proceso de transferencia.

d) La cercanía de las elecciones generales distrajo la atención de los partidos y de la mayor parte de asambleístas, quienes lucieron más interesados en realizar la campaña que los pudiera llevar a integrar el futuro parlamento. Sólo unos pocos representantes constituyentes de los diversos grupos (conforme aparece en las actas de los debates) se abocaron con interés y dedicación a la tarea de elaborar una nueva Constitución.

A ello hay que agregar la inexperiencia y la poca formación técnica en materia jurídica de que adolecían muchos de los constituyentes. Si a todo esto sumamos la ausencia de un anteproyecto de Constitución que sirviera de base a la labor constituyente, entenderemos mejor el poco brillo y escasa profundidad que, en general, caracterizaron al debate destinado a formular la Carta. Sin embargo, lo dicho también debe llevar a resaltar el esfuerzo de quienes aportaron con mayor entusiasmo y seriedad a la elaboración de la Constitución del 79 y hace más meritorio el resultado final plasmado en el contenido de esta norma.

1.2. *El modelo global de la Constitución Peruana del 79*

“La Constitución es, en cuanto pretensión fundacional del Estado y de las reglas básicas de la sociedad, una ley no sujeta necesariamente al consenso de todos los sectores económicos y políticos sino, fundamentalmente, de quienes expresan en el acto constituyente la capacidad de generalizar su percepción del Estado y la sociedad, imponiéndola como decisión. Así pues, la Constitución contiene necesariamente un modelo de sociedad que se expresa en tres ordenamientos concatenados: el sistema económico, el sistema político y los derechos ciudadanos”.

MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES: *Constitución y sociedad política*. Mesa Redonda Edit.; Lima 1983; pág. 620.

La Constitución Peruana de 1979, como no podía ser de otro modo, expresa en su texto un cierto *modelo global de sociedad*, que queda definido por un conjunto de decisiones, principios y aspiraciones de tipo político, ideológico y socio económico. En base a dicho modelo se configura una determinada forma de con-

cebir y organizar la sociedad y las relaciones sociales, la estructura del Estado con el papel y funciones asignadas a sus distintos órganos, los alcances de los derechos y libertades de los ciudadanos, las reglas de juego impuestas a los agentes económicos y las fuerzas políticas, así como el tipo de vinculación y control establecido entre gobernantes y gobernados.

La plural composición de la asamblea constituyente y la correlación de fuerzas imperante en ella, que forzó a la realización de concesiones y acuerdos entre los partidos, tuvieron la gran virtud de incidir en que el modelo global contenido en la Constitución de 1979 luciera bastante más cercano al nuevo rostro político del país. Pero estas transacciones políticas determinaron también que el modelo global plasmado en el texto constitucional articule diversos principios y normas que no siempre guardan la suficiente coherencia y complementariedad.

Para sintetizar, de manera bastante esquemática, el modelo global plasmado en la Constitución Peruana del 79, puede decirse que en general contiene algunos conceptos y fundamentos esenciales del llamado "*Estado Social y Democrático de Derecho*", los que resultan relativizados o complejizados al articularse con otros postulados y principios que crean ciertas contradicciones y potenciales incoherencias, las mismas que conspiran contra la armonía del modelo y pueden amenazar su viabilidad.

Es así que nuestra Constitución combina una amplia y positiva relación de derechos y libertades, propia de una democracia social avanzada, al lado de una opción mayormente neoliberal en materia del régimen económico, con una intervención estatal bastante atenuada y la relativa carencia de instrumentos importantes para encauzar y controlar la tenencia y el uso de la propiedad así como el ejercicio de la actividad empresarial, a fin de que se orienten hacia la satisfacción de necesidades de tipo social. Estos aspectos pueden tornar en inviables muchos de los derechos económicos y sociales plasmados en la Carta, que aparecen como simples enunciados cuyo contenido y alcances concretos han quedado supeditados a una ulterior regulación por vía de la ley; otros se han consignado de manera declarativa, ante todo como normas

programáticas que deben inspirar las decisiones políticas y legislativas de los gobiernos, pero desprovistos de mecanismos que permitan acceder a ellos o exigir su realización en el corto plazo.

Este modelo se completa, en el marco político, con los elementos centrales de una democracia representativa tradicional y ciertamente restringida, que carece de canales de participación popular distintos al sufragio para la elección periódica de representantes. A su vez, conserva un régimen híbrido donde coexisten instituciones propias de los sistemas presidencial y parlamentario, aunque con acentuada tendencia al fortalecimiento del Poder Ejecutivo (en sus atribuciones legislativas, económicas y políticas) pero manteniendo la responsabilidad política de los ministros ante el parlamento.

A continuación presentamos los lineamientos principales adoptados por la Constitución en materia del sistema político, el régimen económico y el tratamiento de los derechos constitucionales.

a) *El sistema político.* La Constitución proclama como sistema político la democracia representativa, a la que se atribuye carácter social y basamento en el trabajo, donde el sufragio de los ciudadanos es la fuente del poder y autoridad que ejercen el Presidente de la República, los parlamentarios y los miembros de los gobiernos municipales y regionales. Sin embargo, la participación popular queda circunscrita únicamente al voto en las elecciones periódicas, sin que existan mecanismos adicionales de democracia semi-directa que permitan intervenir a la población en el proceso de adopción o ratificación de las decisiones políticas del Estado, ni en la formulación de iniciativas legislativas. Entre elección y elección, el pueblo carece también de toda posibilidad para controlar o renovar el mandato conferido a los gobernantes y a las autoridades electas.

Un rasgo importante del régimen político adoptado, es la clara tendencia al fortalecimiento de las atribuciones del Presidente de la República. En el campo de la producción normativa, el Presidente cuenta con iniciativa legislativa (a través de proyectos

de ley), siendo a quien corresponde promulgar y mandar publicar las leyes aprobadas por el Congreso, las que incluso puede observar ejerciendo una suerte de "veto suspensivo"; también puede convocar al Congreso para la realización de legislaturas extraordinarias. El Parlamento puede delegar al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materias específicas y por tiempo determinado; sin perjuicio de la atribución conferida al Presidente para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera ante situaciones de emergencia o urgencia (art. 211o. inc. 20). Además, el Poder Ejecutivo ejerce la potestad reglamentaria de las leyes.

El Presidente y el Poder Ejecutivo han recibido en la nueva Constitución importantes atribuciones y funciones en materia económica, tales como la elaboración del proyecto anual de Presupuesto Público, que luego es presentado al Congreso, y la regulación de los aranceles. Además, el Presidente es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, dirigiendo el Sistema de Defensa y teniendo bajo su competencia velar por el control del orden interno y la seguridad exterior de la República; también tiene a su cargo la conducción de la política exterior y de las relaciones internacionales del Estado.

El Presidente cuenta con un Consejo de Ministros, a cuya cabeza se encuentra un presidente o premier cuyas atribuciones son inferiores a las del primer ministro de un régimen parlamentario; son nulos los actos del Presidente de la República que no cuenten con refrendo ministerial. Los ministros son designados y removidos por el Presidente (con acuerdo del Presidente del Consejo), siendo políticamente responsables ante la Cámara de Diputados por su gestión y por los actos presidenciales que refrendan. Cuando dicha cámara aprueba un voto de censura o falta de confianza en contra de algún ministro, éste queda obligado a renunciar; si dicho voto se aprueba contra el Consejo o el primer ministro, todos ellos deben dimitir.

Tanto el Presidente como sus ministros tienen responsabilidad penal y constitucional por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones o por las infracciones de la Constitución en que incurran, contando con el privilegio del antejuicio (o juicio

político) que debe realizarse mediante un procedimiento que involucra a ambas cámaras del Congreso, quienes deciden si procede su sometimiento a juicio ante la Corte Suprema. En el caso del Presidente, éste sólo puede ser acusado durante su mandato por unas pocas causales previstas en el Art. 210o. de la Constitución, que son traición a la patria; por impedir las elecciones generales, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo cuando medie censura de tres Consejos de Ministros; o por impedir el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.

El Congreso es el titular de la potestad legislativa y cuenta con dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores, que cumplen funciones colegisladoras. La Cámara de Diputados tiene 180 miembros, que se eligen por departamentos según la densidad electoral de cada circunscripción; la Cámara de Senadores consta de 60 miembros, además de los ex-presidentes de la República de gobiernos constitucionales, que son Senadores Vitalicios. Actualmente los senadores son elegidos a nivel nacional por distrito electoral único, pero la Carta prevé que cuando queden conformadas las regiones serán estas quienes elijan a los representantes al Senado.

La atribución para interpelar o censurar ministros corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados; el Presidente puede disolver dicha Cámara cuando ésta ha derribado a tres consejos de ministros. El Senado, en cambio, tiene a su cargo la ratificación del nombramiento de altos funcionarios designados por el Poder Ejecutivo, tales como embajadores, generales de las FF.AA. y Policía, presidente del Banco Central de Reserva, etc. El mandato parlamentario es irrenunciable y no está sujeto a revocación popular; tampoco existe renovación parcial de los miembros del Congreso. Los parlamentarios gozan de inmunidades y prerrogativas para garantizar el mejor desempeño de su labor; la única función pública que pueden ejercer simultáneamente es la de ministro.

Un aspecto novedoso de la Carta del 79 es que, al lado de los clásicos poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, contempla la existencia no subordinada a éstos de *órganos autónomos*, como el

Ministerio Público, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva, la Contraloría, la Superintendencia de Banca y Seguros, etc.

b) *Los derechos y garantías constitucionales.* Los constituyentes pusieron especial esmero en proclamar la primacía de la persona humana como valor y principio esencial de todo el ordenamiento constitucional y democrático, incorporando en la Carta los avances contenidos en los pactos internacionales sobre Derechos Humanos.

Es así que se reconocen derechos esenciales de la persona, tales como la libertad física y ambulatoria, libertad de reunión, integridad personal, inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, libertad de conciencia, expresión e información, derecho al honor y la buena reputación, a la propia imagen y a la intimidad personal. Resulta novedosa e importante la consagración constitucional de derechos del detenido en la etapa policial, quien no puede ser indebidamente incomunicado, ni privado de la asistencia de un abogado o ser sometido a torturas y maltratos; asimismo de derechos del procesado y de garantías de la administración de justicia.

En cuanto al sufragio, la carta concede su ejercicio desde los 18 años y elimina la injusta exclusión de este derecho que anteriormente estaba impuesta a los analfabetos; a la vez, mantiene la privación del derecho de elegir o ser elegido a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, mientras se encuentran en el servicio activo.

También son recogidos constitucionalmente derechos propios de la familia, tales como el matrimonio y el reconocimiento de derechos patrimoniales a quienes forman uniones familiares de hecho; al lado de otros derechos de naturaleza social, como la salud, educación, seguridad social y bienestar, vivienda y alimentación. Asimismo derechos de naturaleza económica, como la propiedad, la libertad de contratación, de comercio y empresa; a la par de derechos laborales como la libertad de trabajo, la remuneración

justa, la estabilidad en el empleo, la sindicalización, la huelga, la negociación colectiva, etc. En el campo educativo, cultural y científico, destacan la libertad de educación, la gratuidad de la enseñanza impartida por el Estado, la autonomía universitaria, la libertad de cátedra, los derechos de los grupos nativos y etnias a preservar su lengua, valores y costumbres.

Para proteger estos importantes derechos, la Constitución contempla un sistema bastante completo de *jurisdicción constitucional y garantías*, donde el Habeas Corpus está previsto para preservar la libertad personal y el Amparo para todos los demás derechos. Ambas garantías proceden frente a amenazas o violaciones de los derechos, pudiendo interponerse contra los actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios o de personas particulares. A su vez, el control de la constitucionalidad de las leyes y de las normas se efectúa a través de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y la acción popular ante el Poder Judicial, sin perjuicio del control difuso que puede realizar cualquier juez en todo proceso judicial.

El sistema de protección de los derechos humanos y la constitucionalidad se complementa con el establecimiento del Ministerio Público, como defensor del pueblo, de la legalidad y de los derechos ciudadanos; aunque simultáneamente desempeña las funciones de titular de la acción penal y de la acusación en nombre de la sociedad. Además, el Tribunal de Garantías Constitucionales es encargado de conocer directamente de las acciones de inconstitucionalidad, y de ejercer la casación de las resoluciones de Habeas Corpus o Amparo que previamente hayan sido desestimadas por el Poder Judicial.

c) *El sistema económico.* Aspecto importante y novedoso en el país, ha sido la incorporación en la Carta del 79 de un tratamiento sistemático y amplio del Régimen Económico (lo que la moderna doctrina denomina "Constitución Económica") donde buscan definirse los principios fundamentales que deben normar la organización y el funcionamiento de la actividad económica en la sociedad, así como el papel asignado al Estado y su intervención en este campo. Es así que bajo el Título III de la Constitución y

más de cincuenta artículos, se consignan disposiciones generales del régimen económico, la regulación de la propiedad, la empresa, los recursos naturales, la actividad agraria, la Hacienda Pública, la moneda y la banca, etc.

Las principales características del régimen económico contenido en la Constitución Peruana de 1979, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) Señala a la *justicia social* como su fundamento esencial, orientada a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana (art. 110o.).

2) Establece el *pluralismo económico* (art. 112o.) que supone la coexistencia democrática de distintas formas de propiedad y de organización empresarial (privada, estatal, cooperativa, autogestoria, comunal, etc.); todas ellas sujetas a un régimen de igualdad jurídica y libre competencia.

3) Se proclama la libertad de iniciativa privada, a desarrollarse dentro de los marcos de una *economía social de mercado* (art. 115o.) debiendo el Estado estimular y reglamentar su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

4) Se contempla una *intervención estatal moderada*, que a la par de garantizar el cumplimiento permanente de los principios anotados, puede eventualmente procurar o realizar los objetivos y las acciones siguientes:

— El Estado ejerce la actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar el desarrollo (art. 113o.).

— Por causas de interés social o seguridad nacional, la ley puede establecer la *reserva para el Estado* del desarrollo de determinadas actividades productivas o de servicios (art. 114o.).

— Ante situaciones de *crisis grave o de emergencia*, el Estado puede *intervenir la actividad económica* con medidas transitorias de carácter extraordinario (art. 132o.). Igualmente el Poder Ejecutivo puede *dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera*, cuando lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso (art. 211o. inc. 20).

— Al proscribirse los monopolios, oligopolios y las prácticas de acaparamiento, cabe la intervención estatal para asegurar la normal actividad del mercado (art. 133o.).

— Al reconocer la *libertad de comercio e industria*, se sujeta a la ley el establecimiento de sus requisitos, garantías, obligaciones y límites; cuidando que su ejercicio no sea contrario al interés social, ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas (art. 131o.).

5) La *propiedad* es concebida como inviolable y nadie puede ser privado de la suya, salvo mediante expropiación por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social declarada conforme a ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada (art. 125o.). La expropiación recibe un tratamiento en exceso restrictivo y anticuado, pues sólo en los casos de guerra, calamidad pública, reforma agraria, remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía; el pago de la indemnización puede efectuarse en efectivo por armadas o mediante bonos, pero siempre debe existir el pago previo de una parte en dinero.

6) La *planificación* es reconocida, bajo la modalidad de planes de desarrollo de la política económica y social elaborada por el Estado (art. 111o.), que regulan el desenvolvimiento de la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada las actividades de los demás sectores.

7) Un conjunto de funciones de regulación y control de la actividad económica y financiera de entidades estatales y privadas, han sido substraídas de la esfera de dominio del Poder Ejecutivo y encomendadas por la Constitución a *órganos autónomos*. Son los casos del Banco Central de Reserva, a quien se encarga la regula-

ción de la moneda y el crédito del sistema financiero, la defensa de la estabilidad monetaria y la administración de las reservas internacionales (art. 149o.); de la Contraloría General, que supervigila la ejecución de los presupuestos del Sector Público, las operaciones de endeudamiento, y la gestión y utilización de bienes y recursos públicos (art. 146o.); así como de la Superintendencia de Banca y Seguros, que ejerce el control de las empresas bancarias, financieras, de seguros y las demás que operan con fondos del público (art. 155o.).

Al analizar estos lineamientos centrales del modelo adoptado por nuestra Constitución en materia económica, Rubio y Bernalles (4) concluyen que “. . . plantea un régimen que si bien tiene ambigüedades y contradicciones, es de tendencia liberal con un claro favorecimiento de los intereses del gran capital nacional y extranjero. Las declaraciones de propiciar el acceso de todos a la propiedad de los medios esenciales de vida, quedan como aspiraciones sin referente en las normas concretas (. . .) Las leyes de reforma de 1968-75 han sido en su mayoría morigeradas. Se nota, sí, un intento de modernización del capitalismo y no tanto un regreso (imposible ya) hacia la sociedad oligárquica pre-existente a 1968”.

Es sabido que en la asamblea constituyente el Partido Popular Cristiano ejerció gran influencia en la determinación del sistema económico adoptado por la Carta, logrando imponer nociones de corte neoliberal como la *economía social de mercado*. Este controvertido concepto, fue difundido por la vigente Constitución de Alemania Federal y la Democracia Cristiana germana, siendo recibido como “libertad de empresa en una economía de mercado” por el artículo 38o. de la Constitución Española; y luego asimilado ideológicamente en el Perú por los sectores políticos de orientación neoliberal y neocapitalista.

Por ello no se engañan quienes advierten en el eje del régimen

(4) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique: *Constitución y sociedad política*; pág. 629.

económico de nuestra Constitución la presencia significativa de algunos principios de orientación *neoliberal*, lo que encuentran incongruente e incompatible con la realización del *Estado social y democrático de Derecho* postulado por la misma Carta al regular el sistema político y los derechos constitucionales. Pero tal afirmación no debe llevar a desconocer aquellas “ambigüedades y contradicciones” del régimen económico que bien advertían Rubio y Bernal, pues la propuesta neoliberal del PPC no quedó plenamente plasmada en la Carta al ser morigerada por las necesarias concesiones que se produjeron en la asamblea constituyente, para arribar a ciertas fórmulas de acuerdo con el APRA y superar las resistencias de la izquierda.

De allí que comparto lo señalado por César Ochoa (5) cuando al afirmar el acusado carácter neoliberal del régimen económico de nuestra Constitución, apuntaba que el modelo resultante contenía algunos matices importantes que lo apartan del esquema neoliberal y neocapitalista ortodoxo. Sostiene así que el concepto del *Estado subsidiario*, elemento esencial del pensamiento neoliberal, queda atemperado y limitado cuando el art. 112o. de la Carta reconoce el principio de la igualdad jurídica entre todos los competidores del mercado, en el marco de un pluralismo económico donde coexisten distintas formas de propiedad y organización empresarial; igualmente cuando el art. 113o. alude directamente al ejercicio de la actividad empresarial por el Estado (5).

Siguiendo este razonamiento manifestaba Ochoa que “... este régimen de paridad al que se someten tanto la empresa privada como la pública, supone una garantía para la iniciativa privada, pues la empresa pública ha de someterse a las reglas de juego del mercado para asegurar su supervivencia. Empero constituye una superación de la concepción ortodoxa, puesto que la actividad

(5) Cfr. OCHOA CARDICH, César: *Constitución y economía de mercado*; en *Derecho* No. 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (Dic. 85) pp. 229 a 267; y, *Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución Peruana de 1979*; en, *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. pp. 613 a 679.

empresarial del Estado no es consecuencia de un deber de subsidiaridad sino producto de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la igualdad jurídica de la iniciativa pública en la actividad económica. Al suprimirse todos los privilegios para cualquiera de las modalidades empresariales, entonces se descarta el principio de subsidiaridad que afirma que la presunción debe jugar siempre en favor de la iniciativa privada y que es sostenido por el neoliberalismo para restringir al máximo la intervención económica del Estado en la actividad empresarial” (6).

Lo dicho ha llevado al citado autor a postular que no cabe una interpretación unívoca y neoliberal ortodoxa del principio de la economía social de mercado plasmado en la Constitución. En cambio, admite como posible y concurrente una interpretación diferente, inspirada en los principios del Estado social y democrático de Derecho recogidos predominantemente en la Carta. Así “la expresión economía social de mercado no debe leerse (sólo) en sentido restrictivo o neoliberal, sino en el sentido de economía de mercado socializada, que mediante instrumentos “extra-mercado” como la planificación concertada reconocida en el art. 111o. y el concepto de interés social, permitan una acción reguladora del Estado que oriente al mercado a cumplir fines que no puede conseguir por sí mismo pero que lo dotarán de un horizonte social” (7).

Por su parte, Domingo García Belaunde (8) ha sugerido también la posibilidad de una interpretación igualmente abierta del modelo, cuando afirma 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,

(6) OCHOA CARDICH, César. *Economía y Constitución*. . . p.671

(7) OCHOA CARDICH, César: *Ibid.*; pp. 672-673.

(8) GARCIA BELAUNDE, Domingo: *La Constitución Económica Peruana*; en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* No. 20 (1986); p. 18.

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 depende no sólo de sus propias normas, sino del entorno social en que se mueva el país y de las fuerzas políticas actuantes”.

Más recientemente, este acertado análisis ha sido complementado desde el punto de vista económico por Fernando Sánchez Albavera (9) cuando sostiene que “. . . si bien el Régimen Económico de la Constitución no definió el concepto de Economía Social de Mercado éste puede ser asimilado al de una economía mixta de planificación concertada. Esta determina límites a los derechos de propiedad y a la iniciativa individual pero garantiza el pluralismo empresarial, precisa las funciones del Estado como conductor del proceso de desarrollo y señala la necesidad de armonizar los intereses públicos y no públicos para alcanzar los objetivos nacionales. El Régimen Económico tiene, pues, una naturaleza sustancialmente diferente a lo que se entiende como una economía liberal o privatista, o como una economía estatista, colectivista o de planificación centralizada. Sin embargo, al situarse en un espacio intermedio deja a discreción de quienes tengan en sus manos las riendas de los asuntos públicos a cual de los dos polos se inclinan”.

2. *BALANCE DEL DESENVOLVIMIENTO Y EFICACIA DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES*

“... La Constitución no es la causa de todos nuestros males ni tampoco la solución de todos nuestros problemas. Su valor debe ser relativizado, pues toda Constitución no sólo tiene cierta dosis de utopía, sino también de ineficacia. Pero indudablemente la Constitución es también algo más. Una Constitución es un

(9) SANCHEZ ALBAVERA, Fernando. “Aplicación y resultados del Régimen Económico de la Constitución”; en, *La Constitución diez años después* (varios autores); “Instituto Constitución y Sociedad” Fundación “Friedrich Naumann” (Lima 1989); p. 83.

documento político, que expresa aspiraciones, deseos, experiencias y modelos que quieren imponer sus autores. Es un instrumento jurídico, el máximo por excelencia, pero es también un instrumento político. En tal sentido, una Constitución siempre es hija de su época, y conlleva sus aspiraciones y también sus limitaciones...

DOMINGO GARCIA BELAUNDE: *Cuarenta años de Constitucionalismo Peruano* (1936-76). *Rev. de Derecho y Ciencias Políticas*; No. 41 (1977); p. 105.

La relativa complejidad del modelo global de nuestra Constitución, producto de las concesiones políticas surgidas durante su elaboración, me llevó hace algún tiempo atrás a sostener la hipótesis de trabajo de un “*modelo abierto*”. Este planteamiento sugería que la presencia de un conjunto de principios y enunciados contenidos en la Carta, no siempre compatibles entre sí, podía dar lugar a muy distintas posibilidades de aplicación del texto constitucional según la composición y orientación política prevaleciente en el régimen de turno, naturalmente dentro de los grandes lineamientos y marcos conceptuales impuestos por la Constitución y su modelo.

Así, los alcances y el funcionamiento de las mismas instituciones constitucionales podrían variar significativamente según el régimen político vigente, condicionando el contenido que por vía legislativa o mediante políticas gubernamentales adquieran muchos derechos enunciados en forma muy general en la Carta, o determinando el mayor o menor grado de utilización de algunos mecanismos de intervención estatal en la economía, así como la intensidad en el uso de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo o del control político ejercido por el parlamento.

De allí que al evaluar el desarrollo y vigencia de los derechos y garantías constitucionales en estos diez años, debe también apreciarse en que medida las distintas características de los gobiernos de Acción Popular y el APRA pueden haber influido en la orientación que ha correspondido en este período a los derechos y libertades, al sistema político y al régimen económico establecidos en la Constitución.

2.1. Los Derechos Humanos, su vigencia y protección

El tratamiento amplio, progresista e integral que la Constitución Peruana de 1979 brinda a los derechos fundamentales de la persona, ha sido indiscutiblemente el aspecto de la Carta que mayores elogios y entusiasmos ha suscitado dentro y fuera del país. De allí que se haya destacado la ambiciosa y positiva relación de derechos individuales, sociales, económicos, políticos y culturales contenidos en el texto constitucional, propios de una auténtica democracia avanzada.

Pero sería ingenuo creer que la sola inclusión de estos importantes derechos en el texto de la Carta, basta para convertirlos en reales de la noche a la mañana. También sería un error esperar que la aplicación de la Constitución resulte suficiente para tornarnos en una democracia avanzada, superando definitivamente problemas como el autoritarismo, la inestabilidad política, la desigualdad social, la miseria, el subdesarrollo y la carencia de recursos del Estado; situaciones que por tanto tiempo han caracterizado a la sociedad peruana.

De modo que al evaluar los avances y limitaciones en materia de la vigencia y protección de los derechos humanos, en diez años de aplicación de la Carta del 79, debemos tener presente que el desarrollo de toda Constitución está sometido a los condicionamientos de orden político, social y económico de la sociedad en que se desenvuelve. Es así que a los factores estructurales que tornaban bastante lejana la concreción de un régimen de derechos ciudadanos propio de las democracias avanzadas, se han sumado dos elementos particularmente graves en este período: la aguda crisis económica y la subversión armada, esta última con su secuela de violencia política, represión y estados de emergencia prolongados.

2.1.1. El relativo avance de los derechos políticos

Quizás el más importante logro ha sido la continuidad del orden constitucional y de dos gobiernos emanados del sufragio popular. La verificación en estos diez años de dos elecciones presi-

denciales y parlamentarias (1980 y 85) y de cuatro elecciones municipales a nivel nacional (1980, 83, 86 y 89), viene siendo complementada con la elección y conformación progresiva de los gobiernos regionales, y con las elecciones generales de abril del 90 que permitirán la instauración consecutiva de un tercer gobierno surgido de elecciones democráticas.

Esta realización periódica de procesos electorales, resulta un fenómeno virtualmente nuevo en nuestra accidentada tradición política, lo cual revela un indudable avance en el afianzamiento institucional del derecho de sufragio, elemento esencial para la existencia de la democracia representativa. A ello hay que sumar la democratización pluralista del espectro político, donde las distintas fuerzas y tendencias ideológicas han gozado de legalidad y significativa libertad de acción, salvo quienes se han autoexcluido al optar por la lucha armada.

Otro aspecto positivo del período ha sido la vigencia de una amplia *libertad de prensa*, producto de la desaparición del control casi monopólico y de la interferencia gubernamental ejercidas sobre los medios de comunicación social durante el régimen militar, así como de la apertura política derivada del surgimiento de nuevos diarios y órganos de prensa vinculados a diversos sectores ideológicos, políticos y económicos. Ello no puede llevar a desconocer que la mayoría de los principales medios de comunicación escrita, de radio y televisión se encuentran claramente vinculados e identificados con los intereses de los grupos económicos dominantes y los sectores políticos conservadores. Asimismo, los medios de comunicación que son propiedad del Estado continúan utilizándose como canales de propaganda al servicio del partido gobernante, sin permitirles acceso a los diversos sectores políticos y sociales del país, pese a que ello es postulado por la Constitución.

En el período también se han hecho evidentes las limitaciones de este modelo restringido e insuficiente de democracia representativa, que resulta en exceso formal por basarse exclusivamente en el ejercicio periódico del sufragio para elegir gobernantes y representantes. Pero desprovisto de mecanismos de participación

popular en la toma de decisiones políticas gubernamentales y de canales institucionales a través de los cuales se expresen y reciban las demandas de las organizaciones populares.

Durante los últimos años han surgido numerosas experiencias de organización popular autónoma, tales como los clubes de madres (comités del vaso de leche, comedores populares) comités barriales, rondas campesinas, etc. Se trata de instancias asociativas mediante las que los sectores sociales más pobres han procurado afrontar sus necesidades en materia de alimentación, habilitación urbana, obtención de servicios, trabajo y seguridad; frente a la desatención de las políticas y autoridades estatales, los estragos de la crisis económica y la violencia. Sin duda que estas organizaciones —a menudo ignoradas, combatidas o víctimas de los intentos de manipulación gubernamental o partidaria— son expresión auténtica de una convicción popular democrática y solidaria, que busca ensanchar los estrechos límites de la participación exclusivamente electoral.

Dentro de la imprescindible y aún pendiente tarea de democratizar el Estado e impulsar la participación popular en el proceso de toma de decisiones políticas gubernativas, estas organizaciones constituyen un componente indispensable para superar las limitaciones del modelo representativo vigente.

2.1.2. *La vida, la libertad e integridad personal, los derechos más vulnerados*

La violencia desatada por la acción terrorista y la lucha armada subversiva, así como la respuesta represiva del Estado, nos han arrastrado a una situación inédita de violencia y muerte. El *derecho a la vida* viene siendo vulnerado tanto por la acción cruel y equivocada de quienes absurdamente matan y destruyen creyendo que así mejorarán nuestro país, como también por los no pocos excesos represivos de las fuerzas del orden, la mayoría de los cuales permanecen sin sanción ni voluntad de enmienda.

En estos diez años de régimen constitucional, la acción subversiva y la respuesta represiva han producido más de 15 mil

mueritos. Entre 1980 y 1988, según diversos estudios, las víctimas de la violencia política fueron aproximadamente 12 mil, conforme se aprecia en el cuadro comparativo siguiente (10):

CUADRO COMPARATIVO SOBRE LAS VICTIMAS DE LA VIOLENCIA POLITICA POR SECTOR (1980-88) SEGUN EL MINISTERIO DE DEFENSA, LA COMISION ESPECIAL DEL SENADO SOBRE VIOLENCIA Y PACIFICACION Y DESCO

Sector	M. de Defensa (*)	Com. del Senado	DESCO
FF.PP.	426	849 (**)	566
FF.AA.	138	**	292
Civiles	4,179	4,936	5,161
Subversivos	4,489	6,828	5,292
TOTAL	9,232	12,613	11,311

FUENTE: *Violencia política en el Perú 1980-1988*. DESCO (1989); Tomo I, pág. 44.

Lo más alarmante es que sólo en el año 1989 se produjeron 3,198 nuevas víctimas, lo que elevó el saldo de muertos a casi 16 mil y convirtió a este último año en el más violento de la década. Según el informe sobre el año 1989 recientemente publicado por la Comisión Especial del Senado (11), que preside el senador Enrique Bernal, de estos 3,198 muertos 348 correspondieron a

(10) Cfr. DESCO: *Violencia política en el Perú 1980-1988*. 1989; 2 tomos, 1,080 págs. Y Comisión Especial del Senado sobre causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú; *Violencia y Pacificación*, informe publicado por DESCO y la CAJ (1989); 416 págs.

(*) Las cifras del M. de Defensa son hasta el 22 de junio de 1988.

(**) La Comisión del Senado utiliza la clasificación "fuerzas del orden", que involucra a las víctimas de las FF.PP. y FF.AA.

(11) *La violencia en el Perú: Informe 1989 de la Comisión Esp. del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú*. (Feb. de 1990); p. 15.

miembros de las fuerzas del orden, 1,450 eran civiles, 1,251 presuntos subversivos y 149 producto del narcotráfico. Todo ello ha llevado a que en 1989 mueran un promedio de 9 personas cada día por efecto de la violencia política. Pero sucede que esta elevada cifra puede ser aún mayor, por efecto de los numerosos casos denunciados de detenciones-desapariciones y de ejecuciones extrajudiciales a manos de las fuerzas de seguridad (donde los cadáveres han sido ocultados), así como de muertes no reportadas ocasionadas en la población civil por acción subversiva en lugares muy apartados, o de bajas no precisadas sufridas por los grupos subversivos en enfrentamientos con las fuerzas del orden.

La situación tampoco ha resultado nada alentadora en el caso del *derecho a la libertad e integridad personal*. De acuerdo al art. 2o. inciso 20-g) de la Constitución, las personas sólo pueden ser detenidas por la policía en cumplimiento de una orden judicial o en caso de ser capturadas en flagrante delito, debiendo ser puestas a disposición del juez dentro de las 24 horas de producida la detención. Sin embargo, pese a esta restricción constitucional, las autoridades policiales han proseguido recurriendo con exagerada frecuencia a efectuar detenciones por causas distintas a las previstas en la Constitución, tales como el arresto de presuntos sospechosos o con fines investigatorios, la detención de personas indocumentadas, la realización de “redadas”, etc.

Es de lamentar que las autoridades judiciales, al conocer de casos donde se han cuestionado estas detenciones arbitrarias, hayan optado mayoritariamente por el inconveniente criterio de admitir como válida cualquier detención policial —sin interesarse por evaluar la causa que la motiva— a condición de que ésta no exceda de 24 horas. Este comportamiento, sin duda impropio del papel protectorio de los derechos de la persona y de la Constitución que debe corresponder a la judicatura, ha contribuido a la continuidad de esta inadecuada conducta policial, así como a convalidar detenciones carentes de la necesaria racionalidad que debe exigirse para justificar la privación de la libertad.

La vigencia prolongada del estado de emergencia en diversas zonas del país, ha favorecido estas conductas antidemocráticas,

colocando a la población —especialmente a los más pobres— en una situación constante de amenaza a su libertad e integridad personal. Los excesos en materia de detenciones se han hecho así muy frecuentes y la pasividad judicial más notoria.

2.1.3. La ausencia de desarrollo de los derechos económicos y sociales

Si bien se puede decir que la profunda crisis económica que viene sufriendo el país, derivada en gran parte de las desacertadas políticas impulsadas por los dos gobiernos de esta década, ha impedido al Estado destinar recursos importantes para atender servicios esenciales de la población, lo cierto es que no ha existido una voluntad política resuelta a adoptar medidas que permitan avances significativos en la satisfacción de los derechos económicos y sociales contemplados en la Carta. Incluso puede afirmarse que si muchos de esos derechos aparecían como meras aspiraciones bastante alejadas de la realidad cuando entró en vigencia la Constitución, al cabo de estos años dicha distancia se ha acrecentado, como se constata fácilmente al verificar el dramático deterioro en los niveles de alimentación, acceso a la salud y vivienda, empleo y remuneraciones, que afrontan la mayoría de peruanos.

Muchos de los derechos reconocidos en la Constitución cuyo desarrollo y precisión habían quedado supeditados al dictado de leyes regulatorias (especialmente en el campo laboral) permanecen todavía pendientes de normación por la morosidad o el desinterés de los gobiernos y sus mayorías parlamentarias. *Más desalentador aún resulta constatar que las normas de tipo programático previstas en la Carta, en aspectos fundamentales como la promoción del empleo, la salud, la vivienda, la alimentación o las remuneraciones; no sólo han sido ignoradas por las políticas gubernamentales, sino que muchas veces han resultado notoriamente vulneradas por decisiones de efecto regresivo en estos campos. . .

La efectiva vigencia de la propiedad en nuestro país, por ejemplo, implica realizar transformaciones que democratizen el acceso de este derecho para todos los ciudadanos, antes que restringirlo a la defensa de los privilegios patrimoniales de que disfru-

tan unos pocos. En tal sentido resultan positivos los procesos de reconocimiento legal de asentamientos humanos populares y el otorgamiento de títulos de propiedad sobre las viviendas que ocupan los pobladores, acciones desplegadas principalmente en la gestión municipal de Izquierda Unida y el APRA.

Pero se trata de actos que conllevan “legalizar” situaciones de hecho pre existentes. Y ello, aunque importante, resulta insuficiente si se deja de lado la aplicación de modificaciones a nivel de la sociedad en el sistema de propiedad, la organización de la actividad productiva, y en la vocación y estructura del Estado; medidas que deben permitir a las mayorías nacionales la mejor satisfacción de los derechos económicos y sociales plasmados en la Carta, los que hasta la fecha permanecen tan sólo como una promesa, a ratos cada vez más lejana de cumplirse.

2.1.4. La vigencia y eficacia de las garantías constitucionales

a) *Habeas Corpus*. Si algo caracterizó al Habeas Corpus en el Perú, fue su escasa utilización y virtual ineficacia, en gran medida debido a la existencia prolongada de gobiernos de facto y regímenes de excepción, que suspendieron la vigencia de las garantías constitucionales, así como a la significativa sumisión del aparato judicial frente a quienes detentaban el poder político.

Es así que Domingo García Belaunde, luego de rigurosos estudios para identificar y analizar las resoluciones dictadas y publicadas en el país en materia de Habeas Corpus, señala que entre 1933 (fecha de entrada en vigencia de la anterior Constitución) y 1970 se produjeron 182 de estas acciones, principalmente en defensa de la libertad individual y el derecho de propiedad, y en segundo orden por la libertad de trabajo y recursos interpuestos contra los municipios. Asimismo, para un período más amplio, comprendido entre 1898 (desde la aplicación de la primera ley de Habeas Corpus dictada en 1897) y 1973, consigna un total de 264 resoluciones, que son aquellas de cuya existencia se tiene evidencia (12).

(12) Cfr. GARCIA BELAUNDE, Domingo: *El habeas corpus interpretado*.

La primera conclusión que cabe hacer de la aplicación del Habeas Corpus en estos diez años de régimen constitucional, en especial desde la vigencia de la Ley 23506 de diciembre del 82, es que su utilización se ha acrecentado grandemente en comparación con el período anterior, sin duda debido a la continuidad democrática, al avance en la institucionalidad constitucional y a la mayor difusión de esta acción. En efecto, de acuerdo a la investigación que hemos realizado (13), entre enero del 83 y diciembre del 87 se resolvieron y publicaron en el diario oficial 1.039 acciones de Habeas Corpus. Sin embargo asistimos desde 1986 a un pronunciado y continuo decrecimiento en el número de acciones interpuestas, lo que podría explicarse en parte por la vigencia prolongada desde entonces del estado de emergencia en diversas zonas del país. Pero pensamos que principalmente responde al desencanto de la ciudadanía ante el escaso éxito judicial que han alcanzado las acciones, pues puede notarse (en el siguiente cuadro) que mientras en 1983 fueron declaradas "fundadas" el 24.3% de las acciones, este porcentaje ha caído fuerte e ininterrumpidamente hasta llegar al insignificante 3.6% en 1987.

ACCIONES DE HABEAS CORPUS RESUELTAS Y PUBLICADAS
(1-1-83 al 31-12-87)

Año	No. de Acciones	Resoluc. "Fundadas"	Porcentaje
1983	111	27	24.3 %
1984	287	27	9.4 %
1985	288	22	7.6 %
1986	244	12	4.9 %
1987	109	4	3.6 %
TOTAL	1,039	92	8.8 %

FUENTE: Resoluciones publicadas en el diario "El Peruano".

PUC (1971); 445 pags. Y *El habeas corpus en el Perú*. UNMSM (1979); 235 pags.

(13) Investigación *Libertad individual e integridad personal en los ámbitos policial, judicial y familiar*; elaborada por FRANCISCO EGUIGUREN,

Del total de las acciones de Habeas Corpus, la gran mayoría de éstas fueron interpuestas para cuestionar supuestas *detenciones arbitrarias* (casi el 70%), pudiendo apreciarse que sobre 721 causas que alegaron dicha violación de la libertad personal, en el año 83 se declararon “fundadas” 20 acciones, en el 84 fueron 17, en el 85 prosperaron 16, en el 86 fueron 8 y en el 87 sólo 2 acciones; lo que determina un promedio global del 8.7% de resoluciones judiciales que finalmente declararon “fundada” la acción interpuesta, aunque no debe dejar de advertirse que el porcentaje de éxito ha decrecido drásticamente cada año.

No puede descartarse que muchas acciones hayan sido interpuestas sin fundamento o que el derecho haya sido restablecido en el curso del proceso. Sin embargo, nuestra investigación ha constatado que muchas de las resoluciones judiciales que declararon improcedentes las acciones dejaron de efectuar el necesario control o examen del fundamento causal o racional de la detención, limitándose a evaluar el plazo de duración de la misma o a admitir pasivamente la manifestación policial. Es así que muchas detenciones arbitrarias han quedado convalidadas por la poca sensibilidad judicial evidenciada en la protección de la libertad personal tan frecuentemente vulnerada.

Finalmente, cabe tener presente que el número de acciones de Habeas Corpus interpuestas es ostensiblemente bajo, si se le compara con la elevada cifra de detenciones arbitrarias que se producen cotidianamente, las cuales tienen este carácter por no ajustarse --en rigor-- a las causales previstas en la Constitución o por carecer de un fundamento razonable que las justifique. Ello implicaría que, por lo general, los casos de detención encuentran una solución extra-judicial, pues la persona recobra su libertad por acción de la propia policía, ya sea luego de efectuar ésta una sumaria calificación e investigación, o debido a gestiones de los familiares del detenido que logran el apoyo de personas influyentes o de autoridades; en otros casos, la libertad es dispuesta por el Minis-

WALTER ALBAN y SAMUEL ABAD. APEP Informe final (enero 89); 420 pags.

terio Público, al constatar que el hecho alegado no constituye delito o se carece de evidencias suficientes para la detención. No deben descartarse, además, casos frecuentes de corrupción o extorsión, donde la libertad (sea en la etapa policial o judicial) se consigue a cambio del pago de dinero, ya sea por ofrecimiento del interesado o ante la demanda de algunas autoridades o funcionarios.

Pareciera que la interposición del Habeas Corpus (normalmente a sugerencia del abogado) sólo se intenta cuando, por la naturaleza del caso o de la persona detenida, se tiene escasa confianza en el éxito de las gestiones informales para obtener la libertad; o después de haber realizado éstas sin resultado favorable. El Habeas corpus sería así una suerte de último recurso, al que mayormente sólo se acude a falta o ante el fracaso de otras soluciones que se perciben como más eficaces, pues el escaso porcentaje de posibilidades de éxito judicial que alcanzan estas acciones —más aún durante la vigencia del estado de emergencia— no incentiva su utilización en la medida que la realidad lo haría exigible.

b) *Amparo*. En cuanto a la acción de amparo, considero que su desenvolvimiento ha seguido un proceso distinto al Habeas Corpus, pudiendo distinguirse dos grandes etapas en la jurisprudencia surgida de esta acción y en su eficacia. La primera abarca el período comprendido desde el inicio de la vigencia de la ley 23506 (diciembre de 1982) hasta mediados del 87; la segunda puede decirse que comienza con el intento del gobierno aprista de estatizar el sistema bancario y financiero, en el segundo semestre del 87, continuando hasta la actualidad aunque con la importante modificación producida en el amparo con la ley 25011 de febrero del 89.

En el primer período, de acuerdo a una investigación realizada por Marcial Rubio, Francisco Eguiguren y Samuel Abad (14),

(14) RUBIO, Marcial, EGUIGUREN, Francisco y ABAD, Samuel: *Evaluación de cuatro años de hábeas corpus y amparo en el Perú: 1983-1986*; estudio (pendiente de publicación) realizado por los autores como ampliación y desarrollo de un informe anterior elaborado en 1986 para APEP, sobre el período 1983-85.

entre enero de 1983 y diciembre del 86 se resolvieron 1,832 acciones de amparo (publicadas en el diario oficial "El Peruano") de las cuales una gran mayoría, por lo menos el 60% de ellas, fueron interpuestas contra sentencias dictadas en procesos judiciales, lo que por lo general conlleva trasladar al amparo procedimientos seguidos previamente entre particulares ante sede judicial, con la intención de lograr en esta vía una decisión que permita subsanar algún vicio cometido en el juicio, dictar un nuevo fallo o impedir el cumplimiento de la resolución cuestionada.

El derecho de propiedad se ubica en segundo orden de importancia cuantitativa, pues fue expresamente invocado en 86 acciones (4.7%); en tercer lugar cabría hablar de derechos de tipo laboral, que en conjunto suman unos 115 casos, la mayoría de ellos referidos a beneficios sociales, derecho al trabajo y estabilidad en el empleo, apareciendo en menor medida casos de sindicalización, huelga o negociación colectiva.

Dicha investigación, además, permite apreciar otros dos aspectos muy importantes:

— En 1,105 de los casos, es decir el 60% de las 1,832 acciones analizadas, la resolución (publicada) que pone fin al proceso ni siquiera permite determinar cuál fue el derecho invocado en la causa y, normalmente, tampoco los fundamentos jurídicos que sustentan al fallo. Con esta lamentable práctica judicial, por lo general apreciada en las sentencias que dictan los órganos de mayor jerarquía, se incumple el propósito esencial que se perseguía cuando la ley 23506 dispuso la publicación obligatoria de estas sentencias, que no era otro que difundir los criterios de interpretación y motivación adoptados por los tribunales (que debían servir como precedentes) acerca de los alcances de los derechos constitucionales, asignando a la jurisprudencia un rol esclarecedor y pedagógico. Puede concluirse, sin embargo, que muchos de estos casos donde el derecho o la pretensión no aparecen determinados en la sentencia, corresponden a acciones de amparo contra resoluciones judiciales, por ser jueces y magistrados a quienes se sindicaba como demandados.

— Los niveles de éxito judicial alcanzados en las acciones de amparo fueron desde un principio muy bajos y se mantuvieron sin mayor alteración porcentual en el período, a diferencia del Habeas Corpus donde incluso se observa una marcada tendencia decreciente en el número de causas resueltas en favor del accionante. En el amparo, de las 1,832 acciones de los cuatro años, sólo 123 (es decir el 6.7%) fueron declaradas “fundadas”; si a ello sumamos 36 casos donde el TGC casó resoluciones denegatorias del amparo dictadas por la Corte Suprema, el promedio de éxito judicial logrado en estas acciones se eleva tan sólo al 8.6%. La eficacia del amparo fue entonces realmente escasa, sin que deba descartarse que de esta inmensa mayoría de sentencias que consideraron carente de fundamento la acción promovida, buena parte de ellas hayan sido adecuadamente resueltas por las graves distorsiones y maniobras que desde un principio caracterizaron a la actuación de muchos demandantes y a sus pretensiones.

Con respecto a las *acciones interpuestas contra resoluciones judiciales*, que predominaron ampliamente en este primer período, Samuel Abad (15) señala que sobre un total de 1,679 resoluciones de amparo publicadas en “El Peruano” entre el 24-12-82 y el 31-12-86, nada menos que 1,025 (el 61%) fueron interpuestas contra sentencias. Un 33% de estos casos se promovieron para impedir la ejecución de la orden de desalojo en cumplimiento de fallos recaídos en juicios de desahucio y aviso de despedida, lo que normalmente denotaría un propósito dilatorio dolosamente premeditado del demandante afectado por dicha resolución. Parte importante de los otros casos alegaron irregularidades o vicios procesales en la tramitación de juicios de diversa naturaleza.

Cabe mencionar, sin embargo, que de estas 1,025 acciones de amparo contra resoluciones judiciales, sólo 4 de ellas (el 0.39%)

(15) Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel: *¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?*; y *La acción de amparo contra resoluciones judiciales. Un estudio cuantitativo de jurisprudencia constitucional*. En *Lecturas sobre temas constitucionales*, Nos. 2 y 3; Comisión Andina de Juristas (Dic. 88 y Ago. 89).

fueron declaradas “fundadas”. Lo que permite afirmar que estas acciones carecieron casi totalmente de eficacia y que la jurisprudencia (en algunos casos tal vez extremadamente restrictiva) intentó desalentar los notorios abusos y maniobras dilatorias que muchas veces se buscaron instrumentar con este tipo de acciones. Sin embargo, pese a esta falta de éxito judicial en la pretensión, se prosiguieron formulando gran número de estas demandas, lo que sin duda evidenciaría la actuación poco escrupulosa de muchos abogados y litigantes.

El segundo período en la evolución del funcionamiento del amparo aún no ha sido suficiente y sistemáticamente estudiado, por lo que resultaría apresurado afirmar con certeza que las tendencias de la etapa anterior, en cuanto al tipo de acción predominante y el sentido de los fallos, hayan sido total o parcialmente modificadas en sus aspectos centrales. Existen, sin embargo, algunas situaciones nuevas que me inducen a considerar la presencia de una etapa distinta, donde los rasgos predominantes en el desenvolvimiento del amparo son otros. Y éstos son la *politización del amparo*, su conversión en un instrumento para la *defensa de intereses económicos y patrimoniales grupales o gremiales*, antes que de *auténticos derechos* en sentido estricto; el traslado a esta vía judicial de la *oposición política a decisiones y medidas gubernamentales*, principalmente por parte de sectores empresariales privados pero también de acciones reivindicativas de los trabajadores; sin descartar conflictos laborales, sobre condiciones de trabajo, negociación colectiva e indexación de remuneraciones, que han enfrentado conjuntamente a organizaciones patronales, sindicatos y entidades gubernamentales.

Quizás el hecho que marcó el inicio de este nuevo período, fue el controvertido y frustrado intento gubernamental de estatizar el sistema bancario y financiero, anunciado sorpresivamente el 28 de julio de 1987 y puesto en marcha en los meses siguientes, en medio de serios enfrentamientos con los sectores empresariales privados afectados y de profundas contradicciones al interior del gobierno que se tradujeron en políticas erráticas y medidas incoherentes. Todo ello dio origen a un intrincado debate judicial a través de numerosas acciones de amparo, así como al deterioro que

empezó a sufrir la actividad económica nacional, a consecuencia de la pérdida de confianza y el conflicto que desde entonces caracterizaron las relaciones entre gobierno y gremios empresariales privados.

Este enfrentamiento político y judicial del gobierno aprista con los empresarios privados, se extendió a otros sectores de la actividad económica donde surgieron nuevos conflictos. Recuérdese, entre otros, los amparos de los armadores y empresarios pesqueros, en oposición a la renovación y ejecución de un convenio del gobierno con la flota pesquera soviética; los amparos nacidos entre el gremio de los empresarios mineros y el régimen, a raíz del intento de establecer la negociación colectiva articulada con la federación de trabajadores del sector; o los amparos promovidos por grupos empresariales para dejar de cumplir convenios colectivos o resoluciones administrativas de indexación salarial a la par de la inflación; o el reciente anuncio de próximos amparos de CAPECO para impedir la aplicación de la ley que crea la "Bolsa de Trabajo", a ser administrada por los sindicatos de trabajadores de la construcción civil.

Pero así como estos conflictos aislaron definitivamente al gobierno del sector empresarial, muchas decisiones de índole laboral y económica iniciaron y agudizaron también sucesivos enfrentamientos con las organizaciones de los trabajadores. Recuérdese el amparo contra la medida del gobierno que modificó la jornada y el horario de trabajo durante el verano, interpuesto con éxito por la Federación de Empleados Bancarios; o las acciones promovidas por los servidores públicos demandando el cumplimiento de la homologación de sus remuneraciones; o los amparos de trabajadores de empresas de propiedad del Estado, reclamando el cumplimiento de convenios colectivos que disponen el reajuste periódico de las remuneraciones según los índices de inflación.

La instrumentalización del amparo en función de intereses políticos y conflictos de incidencia económica y social, que ha sido el rasgo predominante de este período, tuvo algunas implicancias decisivas en el desenvolvimiento y alcances de esta acción:

— De un lado, se produjeron serias distorsiones que llevaron a desnaturalizar el amparo, al punto de convertirlo en un escenario al que se trasladaban deliberadamente cuestiones que debían ventilarse a través de otro tipo de procesos judiciales, o que constituían cuestiones políticas no justiciables. Pero además, la actuación poco escrupulosa de algunos jueces y abogados, sea por ignorancia jurídica o por la sumisión económica a los intereses de alguna de las partes, llevó a que se interpusieran, admitieran y hasta resolvieran en forma favorable acciones de amparo que, a la luz de un análisis serio de dicha institución, debieron ser rechazadas.

Me refiero a casos tan insólitos como el de resoluciones judiciales que consideraron viable el amparo contra un proyecto de ley que se debatía en el Congreso (el de estatización de la banca) pretendiendo ordenar al parlamento que se abstuviera de aprobar dicha ley y al Presidente y funcionarios administrativos que no lo promulgaran o ejecutaran, respectivamente; o cuando sectores empresariales intentaron (en muchos casos con éxito) amparos directos contra leyes que no tenían carácter autoaplicativo. Y no hace mucho, la organización que agrupa a los trabajadores estatales anunció la interposición de un amparo contra un candidato a la Presidencia de la República, debido a que éste anunció en su campaña que de llegar al poder reduciría el aparato estatal y el número de los servidores públicos, lo que calificaban como una “amenaza” a su derecho a la estabilidad laboral por el riesgo de ser despedidos.

El factor que más propició esta exagerada interposición de amparos, fue la concesión (a menudo irracional y apresurada por algunos malos jueces) de la medida cautelar de suspensión provisional del acto reclamado, en base al simple pedido (rara vez bien fundamentado o justificado) del propio demandante que era quien escogía al juez a que se presentaba la acción. Todo ello, y no sin razón, hizo mucho daño a la percepción social del amparo, pues se generaron explicables suspicacias acerca de la conducta de ciertos abogados y jueces comprometidos en prácticas dolosas e inmorales, motivadas por la búsqueda de beneficios económicos. Fue así que se dictaron medidas cautelares antojadizas y sin fundamento jurídico, que suspendían la aplicación de una ley, un

convenio internacional o un convenio colectivo de trabajo, pese a estar plenamente vigentes y gozar —cuando menos— de una presunción inicial de validez y constitucionalidad; o de situaciones absurdas y caóticas debido a medidas cautelares dictadas en un proceso de amparo, para disponer la inejecución de otra medida de suspensión provisional (de sentido opuesto) dispuesta en otro amparo entre las mismas partes.

— De otro lado, la instrumentalización del amparo llevó a que se interpusieran muchas acciones donde no interesaba llegar al fallo final, ya sea porque se sabía de antemano que el resultado difícilmente sería favorable, ante el escaso sustento de la pretensión, o debido a que el amparo se iniciaba para obtener una medida cautelar (a veces previamente concertada) y utilizarla como un mecanismo publicitario para pretender “legitimar” (mediante campañas en los medios de comunicación) sus exigencias y negociar políticamente en mejores términos con el Gobierno. Ello explica, por ejemplo, el notorio éxito logrado por esta vía con los amparos promovidos contra la estatización de la banca y los procesos expropiatarios, que sin duda forzaron al Gobierno a abandonar su trasnochado e incoherente intento, pese a que dichas acciones (desde el punto de vista procesal) fueron luego virtualmente paralizadas y siguen pendientes de resolución en las instancias superiores del Poder Judicial.

No debe pensarse, por lo dicho, que desconozca la importancia del amparo y de muchos resultados positivos conseguidos en la protección de los derechos constitucionales. Sucede simplemente que el saldo final de este balance del desenvolvimiento del amparo mostraba un serio deterioro en su credibilidad, así como una peligrosa tendencia al predominio de resoluciones carentes de suficiente sustento y solidez desde el punto de vista del Derecho, que sólo creaban inseguridad y caos en las relaciones jurídicas y parálisis en el funcionamiento de la Administración Pública.

De allí que no sorprendió demasiado la aprobación por el Congreso (sin mayores dificultades ni resistencias) de la ley 25011 de febrero del 89, que modificó algunos aspectos importantes del amparo. Dicha ley —inevitable ante los excesos y distorsiones co-

mentadas, así como frente a la incapacidad del Poder Judicial para autorregularse y corregir estas prácticas— delimitó en función de un turno especial la determinación del juez competente para conocer del amparo, evitando su inconveniente y sospechosa selección por el propio demandante; ello resulta positivo, aunque una solución de este tipo, adoptada en forma anterior y oportuna, pudo haber evitado que se produjeran las lamentables distorsiones ya señaladas.

Sin embargo, la reforma establecida en cuanto a la medida cautelar de suspensión del acto reclamado la encontramos exagerada e inconveniente, pues desnaturaliza y puede tornar ineficaz dicha institución fundamental, al hacer muy rígida y dilatada su concesión con grave riesgo para un derecho efectivamente afectado, que puede sufrir un daño irreparable. Desde un principio me he manifestado profundamente contrario a esta modificación (16) pues si bien el remedio aparecía como necesario e inevitable, la fórmula de solución adoptada presenta tales características y riesgos que tienden a convertirla en peor que el mal que se pretendía combatir.

Pareciera que con esta reforma se han controlado muchos de los excesos cometidos en el uso del amparo, pero también se ha atentado seriamente contra sus alcances y eficacia. El tiempo debe permitir evaluar los resultados y efectos de esta modificación, pero insistimos en la convicción de una indispensable recuperación de la plena eficacia (hoy escasa o inexistente) de la medida cautelar de suspensión provisional del acto reclamado, lo cual sin duda se verá facilitado cuando se imponga una utilización racional y responsable de la acción de amparo, y cuando los jueces asuman el insustituible papel que les corresponde para alcanzar este objetivo.

(16) Cfr. EGUIGUREN, Francisco: *La ley 15011 de reforma a la acción de amparo: razones para una discrepancia*; en *Lecturas sobre temas constitucionales 3*; Comisión Andina de Juristas (agosto de 1989). En esta revista aparecen también los muy importantes e interesantes trabajos de los profesores Domingo García Belaunde, Juan Monroy y Aníbal Quiroga; quienes evalúan la reforma introducida mediante la ley 25011 y manifiestan su posición frente a ella.

c) *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. La creación del TGC fue una de las interesantes novedades de la Carta del 79, buscando que con este órgano especializado se encontrara remedio a la tradicional inoperancia que había evidenciado el Poder Judicial para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos gubernamentales. Este tribunal, con sede en Arequipa (por decisión de la Constitución), se instaló en noviembre de 1982.

Existe relativo consenso en considerar que el TGC no ha logrado alcanzar la gravitación y trascendencia en la vida nacional que se pretendió con su incorporación constitucional; incluso se tiende a percibir su rol como cada vez más deslucido o diluido. Entiendo que tales impresiones son esencialmente correctas, pero la adecuada evaluación del papel que ha desempeñado este órgano, exige tener muy presente algunos factores derivados del propio diseño que le atribuyó la Constitución, los cuales también han incidido en su actuación poco relevante: (17)

— El modelo previsto en la Constitución para el TGC, le ha conferido una competencia y capacidad de acción muy limitadas y restringidas. Es así que sólo puede conocer, en forma residual, de las acciones de Habeas Corpus y amparo que previamente hayan sido denegadas por la Corte Suprema, y siempre que el persistente litigante decida seguir luchando e interponer el recurso de casación pertinente, luego de transitar por tres instancias del Poder Judicial y de haber fracasado. Asimismo puede conocer directamente de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; pero éstas sólo pueden ser promovidas por el Presidente de la República, 20 senadores, 60 diputados, el Fiscal de la Nación, la Corte Suprema o 50 mil ciudadanos. De modo que el

(17) Cfr. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, varios autores; "Enfoques peruanos 6", editado por la Comisión Andina de Juristas, el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y la Fundación Friedrich Neumann: (Dic. 86) 163 pags. En este trabajo se recogen los planteamientos de diversos especialistas expuestos en un fórum de agosto del 86, destinado a evaluar el funcionamiento del TGC.

TGC sufre las consecuencias de un diseño que le impone demasiados condicionamientos, pues sólo un número muy limitado de acciones pueden llegar a su conocimiento y siempre sujetas a la iniciativa de quien decida emprender dicha causa.

— La experiencia y el tiempo transcurridos revelan que ha resultado contraproducente la decisión del constituyente de establecer la sede del TGC en Arequipa, pues ello ha acrecentado las dificultades de acceso al tribunal y terminado por desalentar —debido a razones materiales y económicas— el recurrir ante este órgano. Ello no sólo porque la gran mayoría de acciones de Habeas Corpus y amparo se originan en Lima, sino sobre todo por lo dilatado y árido que este trámite resulta para los casos surgidos en provincias, que previamente han tenido que trasladarse a la capital para comparecer ante la Corte Suprema, y luego deben verificar un nuevo desplazamiento hacia Arequipa, para continuar la batalla judicial ante el TGC.

— Estos factores han determinado que el número de acciones de Habeas Corpus y amparo sometidas al conocimiento del TGC haya sido relativamente escaso, sobre todo si se lo compara con la cantidad de causas que fueron denegadas por la Corte Suprema. En el cuadro siguiente podemos apreciar los casos que llegaron al TGC en sus cinco primeros años de funcionamiento.

ACCIONES DE HABEAS CORPUS Y AMPARO ANTE EL TGC (1-12-82 al 31-12-87)

ACCION	1983	1984	1985	1986	1987	TOTAL
— Habeas Corpus	03	14	05	13	13	48
— Amparo	27	54	27	51	66	225
TOTAL	30	68	32	64	79	273

Fuente: Resoluciones del TGC publicadas en “El Peruano”.

Al ser reducido el volumen de causas de Habeas Corpus y amparo que llegaron al TGC, tanto por razones del diseño constitucional como por factores de orden material, sus posibilidades de

conocer casos relevantes y de emitir resoluciones de trascendencia jurídica y política se han visto seriamente limitadas.

En el fondo, el interés de la cuestión cuantitativa pareciera circunscribirse a saber en cuantas acciones el TGC casó las resoluciones expedidas por la Corte Suprema y en cuantos otros compartió un criterio similar. Es así que en materia de Habeas Corpus, sobre un total de 48 casos en cinco años, sólo en 3 casos se resolvió por la casación, en 38 no se concedió y en 7 causas el tribunal no pudo expedir sentencia. En las acciones de amparo, entre 1983 y 1986 se conocieron 157 casos, resolviendo en favor de la casación 36 de ellos, declarándola sin lugar en 103 casos y en 18 causas no se pudo expedir sentencia. De modo que en materia de Habeas Corpus, el TGC compartió casi siempre el criterio de la resolución de la Corte Suprema, pues sólo el 6.25% de casos merecieron la casación; en cambio, tratándose de las acciones de amparo el margen de discrepancia fue mayor, pues se resolvió en favor de la casación el 22.92% de casos, cifra que —sin embargo— tampoco llega a ser demasiado significativa.

Desde el punto de vista del aporte cualitativo de la jurisprudencia del TGC, existieron algunos casos de amparo donde se dictaron resoluciones que han contribuido a esclarecer conceptos jurídicos importantes como cuando existe una amenaza de un derecho, qué debe entenderse por una vía paralela, cuando no resulta exigible el agotamiento de la vía previa, o que situaciones configuran un proceso judicial irregular que vulnera el derecho al debido proceso. Adicionalmente se dieron unos pocos casos de amparo que alcanzaron alguna notoriedad y repercusión, como el interpuesto por la Compañía Cervecería del Sur contra la Municipalidad del Cuzco que intentaba cobrarle un “curioso” tributo; la acción promovida por el grupo Vulcano contra la Superintendencia de Banca y Seguros tras la liquidación del Banco de la Industria de la Construcción; así como el amparo del fiscal supremo doctor César Elejalde contra una resolución de la Contraloría.

En materia de Habeas Corpus, incluso existen resoluciones que adoptan criterios inconvenientes para la defensa de los derechos, como el caso interpuesto por Juana Huaracha en favor de

Héctor Acuache ("El Peruano", 8-10-86) donde el TGC manifiesta que durante el estado de emergencia se suspende la obligación de poner al detenido a disposición del juez dentro de las 24 horas sin que corresponda ningún pronunciamiento jurisdiccional sobre dicha detención; debiendo destacarse el solitario voto del magistrado Aguirre Roca, quien sin llegar a esbozar con claridad la tesis del control judicial de razonabilidad, apunta elementos que sugieren la necesaria revisión que debe efectuar la judicatura para evitar excesos policiales cometidos mediante detenciones arbitrarias favorecidas por la vigencia del estado de emergencia.

Otra resolución que contiene un razonamiento peligroso para la defensa de la libertad personal, es el expuesto en el caso promovido por Angela Horna en favor de Alcibiades Díaz ("El Peruano", 7-9-83) quien sufrió detención por orden de un juez, señalando el TGC que como dicha detención no había excedido de 24 horas el Habeas Corpus resultaba improcedente, convalidando con esta tesis cualquier privación de la libertad dispuesta por autoridades judiciales o policiales en tanto no supere las 24 horas, sin merituar la causa que la motiva.

Pero al margen de estos condicionamientos impuestos por el modelo constitucional a la competencia y actuación del TGC, así como de la escasa significación cuantitativa y cualitativa de las causas sometidas a su conocimiento, sería errado no señalar que también ha correspondido una seria responsabilidad al tribunal, por su funcionamiento y la acción de sus magistrados, que ha incidido en la poca gravitación y repercusión de la labor de este órgano en la vida jurídica y la escena política del país.

Ha sido característica muy frecuente en las resoluciones del TGC su extensión excesiva, así como el recurso reiterado e injustificado a numerosos "votos singulares" de los magistrados y "fundamentos adicionales" del fallo en mayoría. Ello empobrece el contenido de la resolución adoptada, privilegiando las opiniones personales de los magistrados, lo que evidencia en muchos casos la ausencia de una voluntad de trabajo conjunto y el fácil rechazo a los intentos de concertar criterios, situación que en mucho fue producto de los conflictos internos que durante buen tiempo

afectaron las relaciones entre los miembros del TGC. A esto debe sumarse diversos casos donde este tipo de prácticas impidieron al tribunal lograr el número de votos necesarios para dictar sentencia.

Obviamente todo ello ha mellado la imagen pública del TGC, lo que sumado a las limitaciones de orden estructural antes mencionadas, vino a desgastar muy tempranamente la labor de este órgano y a restarle credibilidad sobre su eficacia, al punto que en la actualidad muchos juristas y políticos (incluso algunos de sus propulsores) sostienen la conveniencia de suprimirlo y trasladar sus competencias a una sala constitucional de la Corte Suprema.

Por mi parte, estuve entre quienes no obstante compartir las críticas formuladas a la labor del TGC (al evaluar en 1986 sus primeros tres años y medio de gestión) consideraron necesario tener alguna tolerancia y comprensión hacia el tribunal, pues atendiendo a las serias restricciones que le impuso el modelo constitucional y a lo breve de la experiencia, recomendábamos esperar algún tiempo para que dicha institución pudiera asentarse y madurar. Sin embargo, al cabo de una década de régimen constitucional y de siete años y medio de existencia del TGC, ya es tiempo suficiente para formular una evaluación concluyente, siendo forzoso reconocer —al margen de todas las excusas y explicaciones que puedan darse, y de lo atendibles que algunas puedan resultar— que su papel ha sido poco relevante e incluso decreciente, con una casi imperceptible contribución al desarrollo de la constitucionalidad y la democracia en el país.

Considero que sin ampliar el marco competencial que la Constitución atribuye al TGC y adoptar fórmulas que faciliten el acceso más directo ante dicho órgano, su actuación corre el riesgo de seguir diluyéndose cada día, hasta convertirse en claramente prescindible. Con mayor razón si se persiste en propiciar la llegada a esta magistratura de personas que, más allá de sus buenas intenciones, no han podido imprimir al TGC una dinámica creativa y gravitante, ya sea por su dilatada trayectoria profesional, por la falta de la suficiente formación en materia constitucional (indispensable para el buen desempeño de esta labor) o por haber accedido al cargo en base a consideraciones esencialmente políticas y partidarias.

d) *El control de la constitucionalidad de las normas.* La acción de inconstitucionalidad ante el TGC, otra de las novedades que trajo la Carta del 79, sólo fue promovida en seis ocasiones en estos diez años y siempre por intermedio de parlamentarios. En ninguno de estos casos se produjo una resolución del tribunal que declare la inconstitucionalidad de la ley cuestionada, pues en tres causas el órgano jurisdiccional falló desestimando las objeciones planteadas, en dos no alcanzó a dictar sentencia por no reunir el número de votos exigidos para formar decisión, y en un caso la demanda no fue admitida por una deficiencia procesal.

Sin duda que las dos acciones interpuestas contra aspectos de la ley 23903 que reguló las elecciones generales de 1985, fueron las que concitaron mayor interés jurídico y trascendencia política: la primera para cuestionar la consideración como “votos válidamente emitidos” de todos los sufragios, incluyendo los nulos y en blanco, para efectos de la elección presidencial (18); la segunda contra el establecimiento del voto preferencial opcional para los comicios parlamentarios. Puede decirse que esta fue la “prueba de fuego” del TGC en este tipo de acciones, por las implicancias de lo que estaba en juego, pero lamentablemente el tribunal no logró dictar sentencia en ambas causas, pues ninguna de las posiciones en que se agruparon los magistrados alcanzaron el número de votos exigido por ley para hacer decisión. Esta situación, al margen de las explicaciones que puedan esgrimirse, fue otra de las circunstancias que más afectaron la imagen pública del TGC, a sólo dos años de instalado.

En cualquier caso, lo cierto es que la *acción de inconstitucionalidad* ha tenido escasísima utilización y ninguna eficacia en estos diez años, si nos remitimos al número de causas que fueron promo-

(18) Cfr. VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos* (1986); GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Una democracia en transición. Las elecciones peruanas de 1985* (1986); y EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *La elección presidencial en la Constitución de 1979; Alcances y controversias en el sistema electoral vigente*, en *Lecturas sobre temas constitucionales* 4.

vidas ante el TGC, pudiendo formularse al respecto algunas conclusiones:

1) El acceso al TGC resulta bastante restringido, fundamentalmente por el reducido número de personas e instituciones legitimadas para poder interponer acciones de inconstitucionalidad. De éstas, sólo los parlamentarios y nada más que en seis casos, ante intereses políticos muy coyunturales, han hecho uso de esta atribución, lo cual indica el escaso interés del parlamento y la indiferencia de la Corte Suprema y el Fiscal de la Nación para promover este mecanismo de control constitucional. En cuanto a la posibilidad de que cincuenta mil ciudadanos interpongan una acción de inconstitucionalidad, el hecho que ello no se haya concretado denota que se trata de una exigencia cuantitativa difícil de satisfacer, pero también que no ha existido demasiado interés en utilizarla, pues mecanismos como la acción de amparo (como veremos luego) sirvieron mejor para alcanzar propósitos similares.

2) A partir de esta experiencia, encuentro inconveniente que la Constitución haya restringido a las mismas personas e instituciones la titularidad para interponer una acción de inconstitucionalidad, tanto cuando se trata de leyes y decretos legislativos (que emanan del Congreso y el Poder Ejecutivo) como cuando se dirige contra normas regionales y ordenanzas municipales. Resulta exagerado, por ejemplo, exigir el concurso de cincuenta mil ciudadanos para cuestionar la constitucionalidad de una norma emanada de la asamblea regional o del gobierno municipal; tampoco aparece adecuado haber excluido de toda iniciativa en este campo a instituciones representativas de grupos e intereses sociales (colegios profesionales, gremios empresariales y laborales, etc.). Todo ello ha incidido en la poca utilización de la acción de inconstitucionalidad.

3) El reducido número de acciones interpuestas contrasta con la gran cantidad de veces que, en el debate legislativo o público, diversos grupos políticos o instituciones gremiales (principalmente empresariales) han cuestionado la inconstitucionalidad (real o supuesta, según los casos) de numerosas leyes, sin intentar la acción respectiva ante el TGC. Tal conducta puede deberse, en parte,

a las dificultades de acceso al TGC o a la poca confianza en su eficacia, pero fundamentalmente obedece al abuso que en estos últimos años se ha hecho del término “inconstitucional”, instrumentando este concepto como herramienta para la oposición o el enfrentamiento político coyuntural, y atribuyendo —en muchos casos con demasiada simpleza y falta de solidez jurídica— este carácter a normas que si bien controvertidas desde el punto de vista político, no ostentaban un vicio o conflicto con respecto a la Constitución en la magnitud y sentido que se pretendían.

4) Un hecho importante en los últimos años ha sido la utilización y la distinta interpretación del Poder Judicial con respecto al art. 3o. de la ley 23506, que hace viable el Habeas Corpus y el amparo contra actos u omisiones basados en la ejecución de normas contrarias a la Constitución, debiendo declararse la inaplicación de dicha norma en el mismo proceso. La interpretación que considero más acertada —y que ha sido la más difundida en los especialistas y en el órgano jurisdiccional— estableció que no cabe interponer las acciones de habeas corpus o amparo directamente contra una ley o norma general sino contra sus actos particulares de ejecución, salvo en los casos de leyes de ejecución inmediata o auto aplicativas.

Sin embargo, especialmente a partir de la proliferación de amparos interpuestos directamente contra el proyecto de ley y (luego) la propia ley de estatización del sistema bancario y financiero, diversas resoluciones judiciales (en su mayoría de jueces de primera instancia) acogieron y sentenciaron favorablemente dichas pretensiones, pese a no tratarse de normas auto aplicativas ni de encontrarse aún en vías de ejecución. Ello obviamente contribuyó al reciente incremento de las acciones de amparo, dirigidas contra leyes, decretos supremos del Poder Ejecutivo o normas generales dictadas por la Administración o los órganos autónomos; influyendo también en la escasa utilización de la acción de inconstitucionalidad y de la acción popular.

No creemos que estas resoluciones (en muchos casos producto de las distorsiones en el amparo antes mencionadas) expresen un criterio definitivo en la orientación de la jurisprudencia hasta

ahora predominante en el Poder Judicial, pero es de lamentar que no obstante la importancia y repercusión de estos casos, ellos no hayan llegado aún al conocimiento de la Corte Suprema o se encuentren pendientes de resolución, ya sea debido al interés dilatorio de quienes vienen ganando dichos procesos o a la morosidad del aparato judicial. La ausencia de una definición jurisdiccional en la materia, mantiene viva la confusión e incertidumbre, propiciando la continuidad de estas demandas y, en muchos casos, su éxito al menos transitorio.

En cuanto a la *acción popular*, cabe precisar además que la ausencia de un procedimiento ágil e idóneo desalentó durante años su interposición y le restó toda eficacia, pese a lo cual algunos amparos promovidos contra decretos y normas generales fueron inicialmente desestimados por el Poder Judicial, quien manifestó que la vía adecuada a emplearse era la aludida acción popular. Pero a raíz del exitoso amparo de la Federación de Empleados Bancarios en contra del D.S. 107-85-PCM, que modificó la jornada de trabajo y el horario de verano, resuelto favorablemente por la Corte Suprema el 31-12-86, empezaron a incrementarse las acciones de amparo contra este tipo de normas generales, lo que también incidió en la escasísima utilización de la acción popular.

Finalmente, cabe anotar que la reciente dación de la ley No. 24968 (20-12-88) "Ley procesal de la Acción Popular", sin duda debe propiciar el mejor desarrollo de esta garantía constitucional tan descuidada entre nosotros. Esta ley trae aportes positivos e importantes novedades, tales como el establecer que dicha acción puede ser interpuesta por cualquiera, el alcance general de la sentencia que declare la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma cuestionada, así como el diseño de un procedimiento más rápido y adecuado. El tiempo de aplicación y la difusión de esta norma son aún insuficientes, por lo que habrá que esperar antes de evaluar su funcionamiento y eficacia. Lo que sí cabe es desear que al fin la acción popular deje de ser esa suerte de garantía devaluada que tanto afectó su uso y vigencia.

2.2. SUBVERSION, POLITICA ANTISUBVERSIVA Y ESTADO DE EMERGENCIA

A consecuencia de la acción armada subversiva emprendida por el PCP "Sendero Luminoso" en la zona de Ayacucho, el gobierno de Fernando Belaunde declaró en octubre de 1981 en estado de emergencia varias provincias de dicho departamento; poco después esta situación abarcó también a localidades de los departamentos de Apurímac y Huancavelica. El incremento de la violencia determinó que dicho gobierno, en diciembre de 1982, dispusiera que las Fuerzas Armadas asumieran la conducción de la lucha antisubversiva en la región, conformándose desde entonces, y hasta la actualidad, una "zona de emergencia" sujeta a control militar.

Posteriormente, en forma paulatina, la acción violentista se fue extendiendo a otras zonas del país, originando la simultánea presencia de fuerzas militares y policiales en las localidades afectadas, al punto de que al cumplirse diez años de régimen constitucional se encuentran sometidas al estado de emergencia amplias zonas del territorio nacional, como Ayacucho, Huancavelica, Apurímac, Junín, Cerro de Pasco, San Martín, Huánuco y Puno; encontrándose inclusive Lima y Callao en esta situación desde febrero del 86. En suma, casi la mitad de la población del país se halla bajo el régimen de excepción.

Pero la violencia armada se ha acrecentado, pues a la actividad del PCP-SL se han sumado otros grupos como el MRTA, así como también han surgido comandos para-militares de derecha dedicados a la amenaza y asesinato de dirigentes de izquierda o de personas presuntamente vinculadas a la acción subversiva; a la vez, en diversas zonas de San Martín y Huánuco existen actos violentos propiciados por grupos ligados al narcotráfico. A ello tenemos que agregar los efectos de la lucha antisubversiva que realizan las fuerzas del orden, en cuyo ejercicio se ha recurrido con frecuencia a prácticas violatorias de los derechos humanos (la denominada "guerra sucia"), a la incorporación organizada de grupos de la población civil (campesina) para que participen en acciones armadas. Todo este fenómeno de violencia ha acarreado el saldo de muerte y destrucción al que ya nos hemos referido, así como una profun-

da restricción a la vigencia de los derechos y libertades, en el marco de un estado de emergencia prolongado que coexiste al interior de un régimen constitucional y democrático.

El rasgo característico de la estrategia gubernamental frente al fenómeno subversivo, ha sido el limitarse —casi exclusivamente— a la respuesta militar y represiva, encomendando esta responsabilidad a las fuerzas armadas y policiales mientras que las autoridades políticas han optado mayormente por desentenderse de lo esencial del enfrentamiento al problema. Los iniciales anuncios del gobierno aprista de acompañar la acción militar antisubversiva con medidas de tipo social, económico y político para atender a las zonas devastadas por la violencia, muy pronto fueron abandonados, pese a que importantes representantes de las fuerzas armadas, de la Iglesia y de instituciones protectoras de los derechos humanos, han manifestado la necesidad de una estrategia integral y la inviabilidad de la respuesta estrictamente militar para avanzar en la pacificación del país y poner fin a la violencia que hoy nos aqueja.

De allí que al evaluar esta permanencia prolongada de los estados de emergencia y el resultado de la acción antisubversiva frente al fenómeno de la estrategia gubernamental —de corte esencialmente militar y represivo— ha fracasado rotundamente y deteriorado la legitimidad y eficacia del régimen constitucional. Esta afirmación se sustenta en las constataciones siguientes (19):

a) La represión militar no ha logrado acabar con la acción armada subversiva y terrorista, pese que a ella se han destinado grandes recursos económicos y que la lucha ha causado más de 15 mil muertos en la población civil, los grupos subversivos y las fuerzas del orden. Tampoco ha impedido que la presencia de los grupos subversivos subsista en la región de Ayacucho y la sierra central, no obstante que dicha zona se encuentra en estado de emergencia

(19) Cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-88*; en *La Constitución diez años después* (varios autores); Instituto Constitución y Sociedad y Fund. F. Neumann (julio 89).

ininterrumpido por más de 8 años, ni que esta acción se extienda a amplias y diversas áreas del país, comprometiendo incluso a Lima y zonas aledañas.

b) Los grupos subversivos han logrado, mediante asesinatos y amenazas, la vacancia de todo tipo de autoridades políticas, municipales y judiciales en diversas zonas rurales del país, así como la desaparición de la actividad de dependencias y funcionarios estatales. La presencia del Estado, allí donde existió tenuemente, se ha ido diluyendo en dichas localidades por una suerte de repliegue, situación a la que no escapan las fuerzas policiales que han tenido que abandonar muchos puestos destruidos o atacados por la acción armada subversiva. Y en aquellas zonas donde este vacío dejado por el aparato estatal ha pretendido ser llenado por las autoridades militares, como es el caso del Comando Político-Militar instaurado en la zona de emergencia, su propia naturaleza castrense, la acción fundamentalmente represiva y la carencia de atribuciones para adoptar medidas políticas y sociales —que corresponden al gobierno— han mantenido irresuelta la situación de violencia y sin restablecer la normalidad administrativa y política de la región.

c) Lo prolongado de la lucha antisubversiva, su crueldad, las muertes causadas por los grupos subversivos y la certeza de que la respuesta militar no conduce a solución alguna, han generado un desgaste y exasperación en las fuerzas armadas y policiales que han ocasionado numerosos crímenes y excesos represivos en contra de la población civil. La pasividad gubernamental, frente a estas conductas inaceptables dentro de un régimen democrático, y el sometimiento de numerosos casos denunciados ante el Fuero Militar, trajeron como resultado la virtual impunidad para muchos de los autores de actos execrables en agravio de los derechos humanos, así como la falta de una voluntad política de poner fin y sancionar a dichas prácticas.

Esta complacencia de las principales autoridades de ambos gobiernos constitucionales frente a comprobados casos de violación a los derechos humanos, no sólo ha cuestionado su legitimidad dentro y fuera del país; también ha acentuado el descontento de la población hacia las fuerzas armadas y policiales, así como frente

al sistema democrático. No puede desconocerse un hecho tan preocupante como la imposibilidad de realizar elecciones en diversas localidades rurales del país, sujetas al estado de emergencia y al control militar, ya sea por ausencia de candidatos o de electores, o porque los comicios tuvieron que anularse al comprobarse que más de dos tercios de los votos fueron nulos o en blanco, lo que evidenciaba una clara opción popular de rechazo, protesta y escepticismo.

d) Al amparo del estado de emergencia, sobre todo en las zonas apartadas, se han restringido y vulnerado muchos más derechos de los cuatro que establece la Constitución para esta situación; incluso en el caso de la libertad personal, que puede limitarse durante el régimen de excepción, se han perpetrado grandes arbitrariedades y detenciones injustificadas por las fuerzas del orden (siendo también Lima un buen ejemplo de ello) sin que, por lo general, las autoridades judiciales hayan asumido un papel contralor y correctivo ante tales conductas.

Pero además se han producido algunos casos verdaderamente dramáticos y condenables, que demuestran a los extremos que se ha llegado en la represión antisubversiva y en la aplicación del estado de emergencia. Un caso lo constituyó el aniquilamiento de los internos encausados por terrorismo amotinados en los penales de Lurigancho y la isla El Frontón (en Lima y Callao) el 18 y 19 de junio del 86 (20). Mediante un decreto supremo aprobado por el gobierno, se adoptó una decisión inconstitucional que declaró a los penales como “zona militar restringida” y substrajo indebidamente de la jurisdicción civil (Fuero Común y Ministerio Público) el conocimiento y juzgamiento de los delitos cometidos en el debelamiento de los motines; esta errada medida política y su ejecución aún más apresurada, dieron como resultado el uso irracional y desproporcionado de la fuerza represiva y la actuación criminal de al-

(20) Cfr. *Informe al Congreso de los sucesos de los Penales*, presentado por el senador Rolando Ames (presidente de la comisión investigadora) y otros cinco parlamentarios (1988). Asimismo, *Los sucesos de los penales: nueva abdicación de la autoridad democrática. Un enfoque jurídico*. Carlos Chipoco, Francisco Eguiguren y Miguel Talavera; Instituto de Defensa Legal (1986).

gunos miembros de las instituciones militares y policiales, que culminaron con el asesinato de más de 300 reclusos, la mayor parte de ellos exterminados cuando se hallaban inermes y rendidos.

El gobierno aprista ocultó inicialmente estos hechos y los delitos cometidos; algunos de los autores de estos actos ilícitos vienen siendo juzgados ante el Fuero Militar, sin que hasta el momento hayan sido sancionados los principales responsables. El carácter inconstitucional del decreto aprobado por el Presidente y el Consejo de Ministros, los hace pasibles de responsabilidad penal y constitucional que podría dar lugar (según han anunciado diversos grupos políticos) a una acusación a presentarse en la Cámara de Diputados durante el próximo gobierno.

3. A MANERA DE CONCLUSION:

Al cumplirse estos primeros diez años de régimen constitucional, resulta forzoso reconocer que el modelo político democrático previsto en la Carta de 1979, especialmente en cuanto a su propuesta de una democracia social basada en el desarrollo y vigencia de una amplia y progresista relación de derechos y garantías constitucionales, ha tenido más bien una aplicación insuficiente y bastante distante del logro de avances sustantivos en la satisfacción de las grandes aspiraciones populares expresadas en la Constitución.

Es verdad que se han producido algunos logros positivos, como el afianzamiento de la continuidad democrática mediante la realización de procesos electorales, que han permitido la instalación y culminación del mandato de dos gobiernos surgidos del sufragio popular; ello, a su vez, posibilitará en breve la elección de un tercer gobierno consecutivo emanado de la voluntad del pueblo. Asimismo, los cuatro procesos electorales municipales y la progresiva conformación de los gobiernos regionales, han ampliado la participación de los ciudadanos en la selección de sus representantes políticos para el gobierno a nivel local, regional y nacional.

Pero el tiempo transcurrido ha servido también para confirmar las observaciones que desde un principio se formularon a este modelo de democracia representativa plasmado en la Carta, sobre

todo por su carácter estrictamente electoral que excluye la participación popular en la formación y adopción de todo tipo de decisiones políticas, así como en el control de la actuación de los representantes. Ello se puso de manifiesto, por ejemplo, cuando los gobiernos de Acción Popular y el APRA (ambos nacidos con un importante respaldo popular) empezaron a experimentar un serio e incontenible deterioro en sus niveles de popularidad y legitimidad desde mediados de sus mandatos; las amplias derrotas sufridas por ambos partidos en las elecciones municipales realizadas en el tramo final de sus respectivos gobiernos confirman esta situación.

Sin embargo, la ausencia de mecanismos que permitan modificar o renovar la composición política del parlamento o, cuando menos, de medios eficaces de presión popular que induzcan al cambio de las políticas gubernamentales y del comportamiento de las mayorías parlamentarias que ambos gobiernos ostentaron en el Congreso, posibilitaron que prevalecieran la insensibilidad y desatención de estos dos regímenes ("democráticos") frente al cuestionamiento de que era objeto su gestión, lo que contribuyó a acentuar el aislamiento popular y el desprestigio que acompañaron a estos gobiernos durante buena parte de sus mandatos.

Otro aspecto que ha venido conspirando contra la legitimidad y el adecuado funcionamiento del régimen constitucional, es la carencia de autoridades políticas y civiles que padecen algunas localidades (principalmente rurales) convulsionadas por la violencia subversiva, sujetas a control militar y estados de emergencia prolongados, situación que en Ayacucho y zonas aledañas persiste por más de ocho años. Allí no sólo han habido dificultades para realizar procesos electorales, sea por ausencia de candidatos o de electores, ante las amenazas y asesinatos perpetrados por los grupos subversivos; lo grave es que existen casos donde tras realizarse los comicios, éstos tuvieron que anularse al constatar que más de dos tercios de los votos resultaron nulos o en blanco, signo evidente del descontento popular frente al orden vigente y de su escepticismo ante el proceso electoral como posible solución a sus problemas.

Si esta situación se extendiera a otras zonas del territorio nacional, en las cuales ya se vive la violencia subversiva y la repre-

sión militar dispuesta por ambos gobiernos, se corre el gravísimo riesgo de la progresiva militarización del país, del enfrentamiento incontrolado entre grupos armados de la población civil, así como del funcionamiento parcial e ineficaz de los sistemas de representación política y participación electoral. Y es que si bien no puede identificarse ni circunscribirse a la democracia como simple elección periódica de representantes o gobernantes, mal puede pensarse en un desarrollo democrático allí donde ni siquiera la realización de elecciones resulta posible.

En definitiva, a lo largo de estos diez años de régimen constitucional ambos gobiernos son responsables de haber optado por una respuesta esencialmente represiva y militar, del todo ineficaz para solucionar la situación de violencia generada a partir de la acción armada desatada por grupos subversivos, así como incapaz de contribuir a la pacificación del país. La persistencia de la acción subversiva, la vigencia prolongada de los estados de emergencia y su extensión real (declarada o no) a amplias zonas del territorio nacional, vienen causando un creciente proceso de recorte y violación de los derechos ciudadanos y la desaparición de manifestaciones políticas indispensables de la vida democrática.

La errada estrategia gubernamental exclusivamente militar, que ha abdicado de las funciones y responsabilidades que le corresponden en un sistema constitucional, ha acrecentado la dependencia de las principales autoridades políticas frente a los mandos e instituciones castrenses, lo que se ha traducido en la pasividad o encubrimiento de numerosos casos de excesos represivos y violación de derechos humanos, generando una complicidad y falta de propósito de enmienda ante tales prácticas, que socavan la legitimidad política, jurídica y moral de quienes ejercen la conducción del régimen democrático.

Tampoco se han producido avances significativos en cuanto al respeto y vigencia de la libertad personal, al margen de las naturales mejoras que se producen al pasar de un gobierno de facto a un régimen constitucional. Y es que si bien la Constitución limitó las causas por las cuales una persona puede ser privada de su libertad por acción de la policía (cuando existe una orden judicial o la

captura se produce en flagrante delito) lo cierto es que han proseguido antiguas prácticas de las autoridades políticas y policiales que persisten en realizar detenciones en casos que ya no están permitidos en la norma constitucional.

A menudo, la situación de violencia y la continuidad prolongada de los estados de emergencia han propiciado que los atropellos contra la libertad individual no sólo se limiten a frecuentes detenciones arbitrarias; éstas suelen ir acompañadas de atentados contra la integridad personal (maltratos y torturas) y de no pocos casos de pérdida de la vida en agravio de la población civil (fundamentalmente campesina) mediante actos tales como las detenciones-desapariciones y las ejecuciones extra judiciales perpetradas por miembros de las fuerzas de seguridad, o los asesinatos de pobladores y autoridades cometidos por los grupos subversivos.

Es de lamentar que las autoridades judiciales, sea por la precariedad e inseguridad que padecen en las zonas convulsionadas por la violencia, como por la pasividad y complacencia que han evidenciado en otros lugares, se hayan mostrado —en la mayoría de casos— incapaces para corregir estos excesos y controlar la actuación de las fuerzas del orden. La escasa eficacia de la acción de Habeas Corpus evidencia dicha inoperancia judicial, así como la alarmante violación que crecientemente sufren los derechos a la libertad e integridad personal y a la vida.

En cuanto a la acción de amparo, resulta indudable que su incorporación constitucional ha resultado positiva para la mejor protección de los derechos, pese a las serias distorsiones que se produjeron en su utilización, así como a la reciente instrumentación política de que ha sido objeto, especialmente por acción de grupos económicos poderosos en favor de sus intereses patrimoniales. La reforma introducida en el amparo, con relación a la medida cautelar de suspensión provisional del acto reclamado, atenta seriamente contra su eficacia, siendo deseable que ésta sea plenamente restablecida, para lo cual será fundamental una actuación meditada y sensata de los jueces.

En cambio, la utilización de la acción de inconstitucionalidad

y la acción popular ha resultado realmente escasa, pudiendo esperar en el caso de esta última que su uso se acrecienta a raíz de la ley procesal dictada no hace mucho sobre la materia. Y en cuanto a la actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales, cabe decir que su papel ha sido más bien discreto, resultando su gravitación en la vida política y jurídica del país cada vez menos perceptible.

Mención especial merecen los derechos económicos y sociales recogidos en la Constitución del 79, pues su desarrollo y vigencia resultaban fundamentales para alcanzar la democracia avanzada y el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho plasmados en dicha Carta. Ya dijimos que poco o nada se ha conseguido en este campo al cumplirse diez años de régimen constitucional, tanto por efecto de la severa crisis económica derivada de las erradas políticas gubernamentales, como por la ausencia de una voluntad verdaderamente dispuesta a realizar las transformaciones y adoptar las medidas que hagan posible alcanzar algunos logros concretos.

No es por ello casual que luego de diez años de régimen constitucional y en el inicio de la última década de este siglo, el eje fundamental del debate electoral que hoy vive el país esté puesto en la necesidad de definir el rol del Estado en la actividad económica, su grado de intervención y el carácter de su participación para alcanzar el desarrollo y el bienestar, así como la satisfacción de los derechos económicos y sociales proclamados en la Constitución. La relativa amplitud de interpretación y posibilidades de aplicación que fluyen del Régimen Económico plasmado en la Carta, hacen más atractivo y polémico este debate, con una intensidad que no tuvo mayormente al redactarse el texto constitucional ni durante los primeros años de su vigencia.

Lo medular del tema radica en determinar cuál es la mejor forma de avanzar en el desarrollo de estos derechos: si mediante una intensa intervención estatal en la economía, bajo la orientación política socialista; o a través de una regulación estatal significativa pero moderada, propia de las opciones del llamado Estado Social de Derecho; o más bien bajo una conducción neoliberal que restrinja al mínimo la injerencia del Estado en la actividad econó-

mica y encomiende al mercado la asignación de recursos y la satisfacción de las necesidades sociales. Lo cierto es que el próximo régimen constitucional estará signado por este debate político e ideológico, así como por las opciones que se adopten en relación a la atención de los derechos económicos y sociales, sin perjuicio de las estrategias que se sigan frente a problemas como la subversión, la violencia y la crisis económica, que según todo parece indicar nos continuarán acompañando aún por buen tiempo.

Así como la realización del elecciones no basta por si sola para hacer a una sociedad democrática, menos aún puede pensarse que con ello y un nuevo gobierno se solucionan todos los problemas y las dificultades. En una sociedad subdesarrollada y dependiente como la peruana, con profundas injusticias y desigualdades a las que hoy se suman la acción subversiva y la violencia generalizada, dudo mucho en verdad que la propuesta neoliberal, con su apuesta ciega al mercado, la iniciativa privada y al sistema capitalista, sea capaz de alcanzar la pacificación del país y propiciar el desarrollo espontáneo de los derechos económicos y sociales recogidos en nuestra Constitución.

Por ello considero que el positivo avance que estos diez años de continuidad del régimen constitucional conllevan para el afianzamiento de la democracia, resulta insuficiente si se prescinde de la realización de profundas transformaciones sociales, que alteren las relaciones de propiedad, poder económico y político imperantes en el país. Renunciar a la necesidad de efectuar estos cambios, puede equivaler a descargar la posibilidad de construir una sociedad de paz y justicia social, elementos esenciales de toda propuesta sinceramente democrática.

Sobre todo cuando la persistencia prolongada de esta distancia entre el modelo recogido en nuestra Constitución y sus niveles de avance o aplicación concreta en la realidad, genera el riesgo de terminar destruyendo la ilusión popular de construir y alcanzar finalmente, por el camino del régimen constitucional, una sociedad democrática, pese a que se la perciba como una promesa aún lejana. Y con ello se estaría empujando a la población a abandonar este arduo esfuerzo, al asumir a dicho modelo como una simple e

inútil farsa, por efecto de su negación cotidiana y su falta de viabilidad política.

Lima, marzo de 1990

LAS RELACIONES ENTRE LOS ORGANOS DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCION DEL PERU: UN MODELO HIBRIDO ENTRE EL PRESIDENCIALISMO Y EL PARLAMENTARISMO*

Francisco Fernández Segado

1. *Consideraciones previas*

Una serie de circunstancias complejas en que cuentan desde la tradición de los virreyes hasta el influjo del modelo norteamericano, pasando por los generales caudillos de la independencia y la propia inercia de la estructura política concebida por Bolívar en Venezuela (1), han propiciado que se afinque en América Latina un diseño constitucional que la ciencia política contemporánea designa como régimen presidencialista.

Con el paso del tiempo, se iban a intentar algunas experiencias parlamentarias (2), culminadas por lo general en sendos fracasos, lo que no obsta para que pueda entresacarse alguna excepción a esta regla, cual es el caso de Chile entre 1891 y 1925. En otros supuestos, las constituciones han hecho concesiones al parlamentarismo a través de la introducción de prácticas ajenas a la pureza del régimen presidencial, como la presentación de los ministros ante el

(*) Comunicación presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Madrid, septiembre 1988.

(1) SANCHEZ AGESTA, Luis: *La democracia en Hispanoamérica*, Rialp, Madrid, 1987, pág. 209.

(2) Cfr. al efecto, LAMBERT, Jacques: *América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, págs. 441-444. Asimismo, SANCHEZ AGESTA: *La democracia...*, op. cit., pág. 62.

Congreso, la interpelación y aun, en términos muy matizados, la previsión de una cierta responsabilidad política ministerial.

En esta dirección se sitúa la Constitución Política del Perú, sancionada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, mandada publicar y cumplir por el Presidente Fernando Belaunde Terry el 28 de julio de 1980 (3).

Aunque un sector de la doctrina ha podido tildar el sistema de gobierno surgido al amparo de este código constitucional como de verdaderamente parlamentario (4), por nuestra parte, creemos más bien que nos hallamos en presencia de un sistema caracterizado por su mixtura y heterogeneidad (5).

Parece claro que un importante sector de la Asamblea Constituyente elegida en 1978 y reunida por vez primera el 28 de julio de ese año, iba a optar, por lo menos a nivel de los postulados teóricos de principio, por una Constitución alejada del puro mimetismo de los modelos foráneos. “Gran parte del fracaso de anteriores Constituciones —diría en el discurso de apertura de las sesiones de la Asamblea Constituyente su Presidente, líder y fundador del APRA, Víctor Raúl Haya de la Torre (6)— se explica por su ina-

(3) Cfr. al respecto, POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge, *Índice analítico de la Constitución política del Perú de 1979*, Editorial Andina, Lima, 1981.

(4) Es el caso de SANCHEZ AGESTA (*La democracia...*, op. cit., pág. 272), quien, tras considerarlo en cierta manera excepcional en Iberoamérica, precisa, atendiendo a su praxis, que durante el mandato de Belaunde ha funcionado con un resultado mediocre.

(5) MELO VEGA, Jorge (en *Control parlamentario*, en la obra colectiva dirigida por EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987, págs. 495 y sigs.; en concreto, pág. 535) entiende que el Perú se rige por un sistema mixto, situación que no se ha generado en la última Constitución de 1979, sino que viene de la norma fundamental de 1933; podríamos decir —añade— que se trata de insistir en un modelo histórico, lo malo es que la realidad insiste en seguir por otro curso.

(6) Cfr. al efecto, PLANAS, Pedro: *Los orígenes del APRA. El joven Haya*,

daptación a la realidad nacional. El utópico extranjerismo de muchos legisladores y estadistas les hizo trasladar sin mayor examen, instituciones y sistemas que surgían de realidades espacio-temporales muy diferentes de las nuestras" (7). Y tras recordar Haya de la Torre la advertencia formulada por el Libertador Bolívar en su "Mensaje de Angostura" (8), concluiría, en lo que ahora nos afecta, propugnando que: "Nuestra Constitución debe emanciparse de las imitaciones y las copias, sin desdeñar el legado universal de la ciencia política".

Una petición tan razonable, bien que a la par tan dificultosa de llevar a la práctica, sólo encontraría eco de modo parcial. En lo que al modelo de gobierno se refiere, a la vista del complicado ensamblaje con que se conectan y relacionan unos poderes con otros, parece que pueda afirmarse, como hace Melo (9), que estamos ante un sistema "sui generis" que incorpora partes de todos los modelos, pero que por ello mismo y por la falta de una perfecta estructuración y acomodamiento, conduce a frecuentes fricciones entre los órganos del Estado, frustrando de raíz, o por lo menos incorporando un pesado lastre difícil de remontar, el móvil último a nuestro juicio perseguido por los constituyentes peruanos: la búsqueda de un sistema de equilibrio que aun tomando como punto de partida la primacía del poder ejecutivo, la preponderancia presidencial, tan arraigada en América Latina, como recuerda Lambert (10).

Okura Editores, Lima, 1986; en especial, el capítulo 7º (*El evangelio aprista*), págs. 87-101.

- (7) Puede verse el discurso completo en la obra de PELAES BAZAN, Mario; *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, 2ª ed., Publicaciones Culturales Amazonas, Miraflores (Lima), 1980, págs. 2-7; en concreto, pág. 4.
- (8) "Las leyes —diría Bolívar— deben ser relativas a lo físico del país, al clima y a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos". Estos condicionantes de la realidad constituyen "el código que debemos consultar".
- (9) MELO VEGA, Jorge: *Control parlamentario*, en el colectivo, "La Constitución Peruana de 1979 y . . .", op. cit., pág. 537.
- (10) LAMBERT, Jacques: *América Latina*. . . , op. cit., pág. 425.

fuese capaz, a través de una potenciación del control parlamentario y del reconocimiento del principio de responsabilidad política gubernamental, de conducir el modelo no ya hacia un régimen parlamentario “strictu sensu”, sino más bien hacia un sistema sólidamente asentado en el principio de “checks and balances”.

La realidad de estos años nos muestra que ese equilibrio no se ha logrado y que el liderazgo del Presidente de la República ha eclipsado toda posible connotación parlamentaria; sin embargo, no puede por menos dejarse de reconocer que en tal circunstancia han pesado no sólo los escasamente afortunados mecanismos de ensamble con que la norma constitucional vincula, y al unísono intenta limitar, unos poderes con otros; sino también las condiciones particulares del sistema de partidos que ha propiciado además una perfecta sintonía entre “mayoría presidencial” y “mayoría parlamentaria”.

Tras estas consideraciones generales, vamos a centrarnos en los mecanismos constitucionales en que se asientan las relaciones entre los diferentes órganos de gobierno.

2. *La elección directa del Presidente*

Recuerda *Lambert* (11) que el principio más comúnmente admitido por las Constituciones de América Latina es el de la elección del Presidente a través del sufragio universal directo, aun cuando tal regla no se diera en el pasado, en donde, como consecuencia de la influencia de la Constitución norteamericana, prevaleció un sistema de elección presidencial a través del sufragio indirecto a doble grado.

La Constitución del Perú no rompe aquella pauta mayoritaria. El Presidente de la República, a tenor de su art. 203, “es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”, esto es, por mayoría absoluta (12). Si ninguno

(11) *Ibídem*, pág. 519.

(12) El art. 203 de la Constitución suscitaría una importante polémica acer-

de los candidatos obtuviere esa mayoría, se procederá a una “segunda elección” dentro de los treinta días siguientes entre los candidatos que hubieren alcanzado “las dos más altas mayorías relativas”. El sistema nos recuerda al seguido en la Quinta República Francesa tras la modificación constitucional de 1962.

La elección directa del Presidente le confiere una legitimidad equiparable a la que cabe atribuir al Congreso, y ello, es claro, potencia extraordinariamente el campo de maniobra presidencial, ya de por sí muy extenso a la vista de las atribuciones que la norma fundamental le confiere.

En este marco, se comprende que se configure como una garantía eficaz frente al peligro de un poder autocrático la interdicción de reelección en el cargo, que puede considerarse por lo demás una constante del constitucionalismo latinoamericano respecto de la máxima magistratura de la nación. Esta prohibición, como apunta *Lambert* (13), está justificada, sin duda alguna, por la experiencia, que ha mostrado como los peligros que amenazan a la democracia se derivaban mucho menos de los poderes demasiado amplios del Presidente que de su ejercicio durante un período de tiempo demasiado largo. Es por ello mismo, por lo que se comprende la disimilitud de soluciones con otros textos constitucionales.

Contrastan, en efecto, tales previsiones con el silencio de la Constitución francesa de 1958, que posibilita la reelección presidencial, pese a la larga duración del mandato: un septenio, o con el sentimiento predominante en la Convención norteamericana de

ca de qué debía entenderse por “votos válidamente emitidos”. La Ley 23.903 consideró como votos válidamente emitidos, no sólo los afirmativos, sino también los nulos y los votos en blanco. Ello daría pie a una acción de inconstitucionalidad que finalmente, tras una controvertidísima sentencia, no prosperó. Cfr. al efecto, GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Una democracia en transición* (Las elecciones peruanas de 1985). Cuadernos de CAPI.L. No. 16, San José de Costa Rica, 1986, págs. 40 y sgtes.

(13) LAMBERT, Jacques: *América Latina*, ..., op. cit., pág. 530.

1787, que como recuerda *Corwin* (13 bis), favorecía la reelección indefinida del Presidente, lo que se traduciría en la inexistencia de trabas constitucionales a la reelección, principio que, como es sabido, quebraría tras la ruptura de la costumbre que se impuso ya desde el propio Washington, de limitar a dos mandatos de cuatro años el desempeño de la función presidencial por cualquier individuo, ruptura que llevaría a cabo Franklin Delano Roosevelt en 1940 y 1944, y a la que seguiría la adopción en 1951 de la Vigésimosegunda Enmienda.

Siguiendo esa pauta común al constitucionalismo latinoamericano, la Constitución del Perú, en su art. 205, tras fijar en cinco años el período de mandato presidencial, prohíbe la reelección inmediata, al determinar que “para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial”. Se opta consecuentemente por la irreelegibilidad inmediata, aunque no por la absoluta.

Es de advertir en otro orden de consideraciones complementario, que entre las posibles causas de cese del Presidente, aparte del caso de muerte y del de renuncia, la Constitución contempla otras circunstancias en que el Legislativo asume un papel de primer orden. Es el supuesto de la incapacidad moral, declarada por el Congreso, que por lo demás ha de autorizar al Presidente para salir del territorio nacional, determinando el abandono del mismo sin el pertinente permiso el cese de la magistratura suprema.

Por último, el art. 206 contempla la destitución por causa de una previa sentencia condenatoria por la comisión de alguno de los delitos enumerados en el art. 210 (traición a la patria, disolución del Congreso fuera del supuesto constitucionalmente previsto, bloqueo o impedimento de las diferentes clases de elecciones. . . etc.). En línea con la Constitución norteamericana, la Cámara de Diputados es quien acusa al Presidente ante el Senado (14).

(13 bis) CORWIN, Edward S.: *El Poder Ejecutivo. Función y poderes, 1787-1957*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pág. 38.

(14) Cfr. al respecto, VALLE-RIESTRA, Javier: *La responsabilidad constitucional del Jefe del Estado*, Benítez-Rivas-Montejo, Editores Asociados, Lima, 1987.

En cualquier caso, parece evidente que estas intervenciones del Congreso —quizá con la sola salvedad de la declaración de incapacidad moral—, en cuanto responden al enjuiciamiento de una presunta acción delictiva, no pueden considerarse como un contrapeso válido frente a la más alta magistratura de la República.

3. *El Presidente, monopolizador del Poder Ejecutivo*

El capítulo V del título 4º (Estructura del Estado) lleva por rótulo “Poder Ejecutivo” y es muy significativo que dentro del mismo sólo se contemple la figura del Presidente de la República y, muy sumariamente, las de los dos Vicepresidentes. Mientras, el Consejo de Ministros es objeto de otro capítulo diferenciado: el capítulo VI. Esta consideración de orden puramente formal es, sin embargo, bastante significativa, pues ilustra acerca de la verdadera naturaleza de la forma de gobierno por la que opta el constituyente peruano. Y más aún si a ella se unen otra serie de reflexiones de orden sustancial. Bien es verdad que la antes apuntada separación constitucional ha quedado relativizada en virtud del Decreto legislativo No. 217, conocido como Ley del Poder Ejecutivo. Esta Ley incluye dentro del referido Poder al Presidente de la República y a los Ministros, lo que entraña que el Gabinete ministerial se sitúe como una pieza más al servicio del Jefe del Estado.

Aunque, como dijera *Corwin* (15), comentando el inciso inicial de la sección primera del art. 2º de la Constitución norteamericana, que atribuye el Poder Ejecutivo a un Presidente de los Estados Unidos de América, “poder ejecutivo” es una expresión de contenido incierto, utilizada inicialmente por los constituyentes norteamericanos con la idea de reflejar el esquema de un Congreso que legisla y un Presidente que se limita a ejecutar; el indudable influjo de la Constitución de Cádiz propiciaría que ya desde los primeros códigos constitucionales latinoamericanos se introdujeran significativas desviaciones del modelo original inicialmente seguido: el de la Constitución de 17 de septiembre de 1787 (16). Ello

(15) CORWIN, Edward S.: *El Poder Ejecutivo...*, op. cit., pág. 5.

(16) Cfr. al efecto, SANCHEZ AGESTA, Luis: *La democracia en Hispanoamérica*, op. cit., pág. 55-59.

haría posible la atribución a los Presidentes de poderes discrecionales de gobierno con los que orientar una política determinada sobre la base del ejercicio de la iniciativa legislativa en el interior y la dirección de las relaciones internacionales en el orden externo. Esto es, se iría hacia un Presidente que gobierna frente a un Presidente que se limita a ejecutar.

En esta dirección, la atribución constitucional de la titularidad única del Poder Ejecutivo al Presidente de la República —matizada con posterioridad en su desarrollo legislativo, como ya hemos advertido—, que por lo demás es el Jefe del Estado y personifica a la Nación (art. 201), no supone una mera asignación formal de un cargo, sino que entraña la concesión al Presidente de un enorme cúmulo de funciones que se proyectan hacia los restantes poderes del Estado. Ello es especialmente significativo respecto de los ministros y del Consejo de Ministros.

La Constitución de 1979, siguiendo una pauta establecida por vez primera por el código constitucional peruano de 1856, que creara el Consejo de Ministros, intentando perfilar un “presidencialismo atemperado por el Consejo de ministros” (16 bis), contempla, junto a la figura del Jefe del Estado, la de un Presidente del Consejo de Ministros (art. 215), nombrado y removido por aquél (art. 216). Junto al Presidente del Consejo, los Ministros, a quienes se confía la dirección y gestión de los servicios públicos (art. 212), que asimismo son nombrados y cesados por el Presidente de la República, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del Presidente del Consejo.

Ahora bien, conviene significar que, contra lo que pudiera pensarse, el Presidente del Consejo de Ministros no es sino un ministro más, quizá un “primus inter pares”, pero desde luego no cabe concebirlo como un Primer Ministro al estilo de los regímenes parlamentarios. Ya la propia norma suprema nos ofrece una pista

(16 bis) FRAGA IRIBARNE, Manuel: *Sociedad política y gobierno en Hispanoamérica*, 2da. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, 374.

significativa cuando, en su art. 224, se refiere a la obligación del Presidente del Consejo de Ministros de concurrir ante las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía “de los demás Ministros” a fin de exponer y debatir el programa general del Gobierno. A ello ha de añadirse la práctica carencia de competencias constitucionales propias por parte del Presidente del Consejo, pues si bien, como acabamos de advertir, interviene en el nombramiento y remoción de los Ministros, esa intervención tiene un matiz y un significado estrictamente formales. Por otro lado, su actuación como Presidente del Consejo de Ministros está supeditada a que el mismo no haya sido convocado por el Jefe del Estado y a la inasistencia de éste a sus sesiones, hecho por lo demás extremadamente infrecuente, como nos muestra la praxis política.

Bien es verdad que, pese a los argumentos expuestos, cabrían algunos resquicios para pensar en la existencia de una especie de Ejecutivo bicéfalo, en el que los dos polos de referencia vendrían dados por el Presidente de la República y por el órgano colegiado del Consejo de Ministros, cuyo presidente “natural” no es, como en Francia, el Jefe del Estado, sino el Presidente del Consejo, aun cuando, como acabamos de ver, esa presidencia tenga ribetes puramente formales. Sin embargo, ni las normas constitucionales, ni mucho menos la realidad, permiten aventurar la anterior hipótesis de un Ejecutivo bicéfalo. Veamos por qué.

En primer término, parece claro que en plena sintonía con los rasgos característicos del sistema presidencialista, el Jefe del Estado dispone de plena discrecionalidad para el nombramiento y cese de los miembros del Consejo de Ministros.

En relación con los ministros, es cierto que el nombramiento ha de serlo a propuesta del Presidente del Consejo, mientras que el cese debe contar con la conformidad de este último. Sin embargo, como ya hemos indicado, no creemos que esa intervención exceda de los límites de un acto meramente formal y casi protocolario. Tal juicio lo asentamos en el hecho de que el Presidente del Consejo no es un jefe de gobierno parlamentario, entresacado de una mayoría de la cámara de cuya confianza dependa, sino un hombre de la confianza del Jefe del Estado, sujeto, es cierto, al principio de

responsabilidad política; pero cuyo ejercicio del cargo se asienta, en un primer momento, no en una investidura parlamentaria, sino en una designación presidencial no sujeta a previas cortapisas. Como ya advirtiera hace más de ocho lustros *Belaunde* (16 ter), la gran fortaleza del presidencialismo personalista genera, entre otros problemas, el poder discrecional en los nombramientos, circunstancia que creemos adquiere sus más acusadas tonalidades en relación con los ministros.

La Constitución prevé lo que podríamos llamar una presentación formal de los ministros ante las Cámaras; sin embargo, la propia Lex Superior soslaya toda posibilidad de investidura. En efecto, el art. 224 contempla explícitamente la obligatoriedad del Presidente del Consejo de concurrir ante 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”. Sin embargo, este debate no va seguido de una votación de investidura, como parecería lógico; bien al contrario, el párrafo último del propio art. 224 prescribe taxativamente: “La exposición no da lugar a voto del Congreso”. Tal circunstancia entraña la inexistencia de un vínculo de confianza parlamentaria entre el Consejo de Ministros y el Congreso (y de modo específico la Cámara de Diputados, única que puede censurar), a lo que no obsta, a nuestro entender, el principio de responsabilidad política ministerial, contemplado por el art. 226, al que nos referiremos más adelante. De todo ello se desprende la fortaleza de la posición constitucional del Presidente de la República en relación a sus ministros y al propio Congreso, respecto de la cuestión específica del nombramiento y cese de aquéllos.

En segundo término, y desde una perspectiva esta vez funcional, a la vista del código constitucional, se hace visible el contraste entre el enorme cúmulo de atribuciones presidenciales y el pobre bagaje de funciones que se otorga al Consejo de Ministros. A éste corresponde (art. 218), además de deliberar sobre todos los asun-

(16 ter) BELAUNDE, Victor Andrés: *La realidad nacional*, 2da. ed., Lima, 1945, págs. 216 y sgtes.

tos de interés público, la aprobación de los proyectos de ley que el Presidente de la República someta a la Cámara, así como de los decretos legislativos que el propio Presidente de la República dicte. A estas atribuciones se han de sumar algunas otras dispersas a lo largo de la Lex Superior: la aprobación de los mensajes presidenciales al Congreso (art. 211.7), la aprobación del nombramiento por el Presidente de embajadores y ministros plenipotenciarios (art. 211.15), el acuerdo para que el Presidente confiera condecoraciones (art. 211.24), la conformidad para que, una vez más, el Presidente de la República decrete los estados de excepción contemplados por el art. 231. . . etc.

En todo caso, de esta somera enumeración se deduce inequívocamente un dato que tiene gran importancia. El Consejo de Ministros está privado de toda iniciativa política, tanto en el plano interno —ámbito en el que resulta decisiva la privación del derecho de iniciativa al Gobierno—, como en el marco de la política exterior, en el que es especialmente significativo que sea tan sólo el Presidente de la República quien, conjuntamente con el Congreso, asuma las pertinentes competencias: ratificación de tratados internacionales previamente aprobados por el Congreso, celebración de convenios internacionales sobre materias de su exclusiva competencia, dando inmediata cuenta al Congreso, denuncia de los tratados, con aprobación del Congreso. . . etc. (arts. 102, 104 y 107).

En este contexto, no es nada extraño que se prive también al Consejo de Ministros del derecho de disolución de la Cámara de Diputados, facultad que aun cuando sujeta a las limitaciones que más tarde contemplaremos, se atribuye en exclusiva al Presidente de la República, lo que por otro lado nos recuerda las previsiones de la Constitución española de 1931 y de la francesa de 1958. Y tampoco es raro que el Consejo de Ministros vea reducida su función a una intervención “a posteriori”, que se nos antoja meramente formal, en supuesto tan importante como la delegación legislativa (art. 188), o se prescinda por entero de él en los decretos presidenciales de urgencia (art. 211.20).

Desde luego, las intervenciones “a posteriori” que incumben al Consejo de Ministros podrían llegar a tener cierta virtualidad en

algún supuesto; sería el caso de un gabinete integrado por miembros de un partido diferente a aquel al que pertenece el Jefe del Estado. Ahora bien, en cuanto a el Consejo no ha de superar un trámite parlamentario de investidura, no ha de vincularse en definitiva con las cámaras mediante el principio de la confianza parlamentaria, por lo menos de modo expreso y desde el momento de su configuración, se nos antoja sumamente extraña la materialización de tal posibilidad. Más aún, incluso con una Cámara de Diputados adversa, el Presidente podría sostener Gobiernos de “mayoría presidencial”; es verdad que la Cámara baja podría a su vez sancionar su responsabilidad política forzando la renuncia del Consejo de Ministros, pero ello no sería óbice para que el Presidente nombrara un nuevo gabinete “presidencial”. Censurados tres Gabinetes, quedaría expedito el camino para la disolución presidencial de la Cámara de Diputados.

No se nos oculta la existencia de alguna previsión constitucional que puede introducir dudas razonables acerca de este postergamiento del Consejo de Ministros. Tal sería el caso del art. 224, que en cuanto determina que el Presidente del Consejo concurre ante las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno, parece implicar que es el propio órgano gubernamental quien elabora autónomamente ese programa, lo que lo convertiría en órgano director de la acción política. Tal conclusión nos parece inaceptable, en tanto el art. 211.3 de la *lex legum* atribuye al Presidente de la República la dirección de la política general del Gobierno. Por ello mismo, el Jefe del Estado no puede ser apartado de la tarea primordial de fijar las directrices de la acción política. El será quien asuma esa función, independiente o coordinadamente con su gabinete. Y todo ello no hace sino darnos un nuevo dato acerca de lo que podríamos considerar como opción constitucional por un gabinete en sintonía con el Presidente de la República, lo que nos sitúa dentro de la más pura tradición del presidencialismo.

En otro orden de consideraciones —enfocado el tema esta vez desde la perspectiva de las atribuciones presidenciales—, el papel subordinado, de órgano meramente ratificador de decisiones pre-

sidenciales, del Consejo de Ministros, casa a la perfección con el rol, a que antes nos referíamos, de órgano de dirección política, que la Constitución de 1979 atribuye al Presidente de la República, como refrendan sus múltiples competencias. Al Presidente le corresponde (art. 211.3) dirigir la política general del Gobierno, así como la política exterior y las relaciones internacionales (art. 211.14). Preside asimismo el sistema de defensa nacional (art. 211.17), otorgándosele en sintonía con ello y con su carácter de Jefe del Estado, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales (art. 273). Y en conexión con estas funciones, se le atribuye la adopción de las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía en caso de agresión (art. 211.18), cláusula esta última que supone extender un cheque en blanco al Presidente para trastocar la correlación entre los diferentes poderes constitucionales, y que nos recuerda al polémico art. 16 de la Constitución francesa y también en cierto modo, al art. 76. d/ de la Constitución española de la Segunda República. En todo caso, parece claro que la previsión del art. 211.18 tiene como límite material infranqueable los principios esenciales que inspiran el ordenamiento constitucional de la República y, desde luego, los derechos de la persona humana —fin supremo de la sociedad y del Estado, como con atinada expresión, proclama el art. 1o. de la norma constitucional— constitucionalmente reconocidos.

Junto a esas atribuciones, la Constitución encomienda al Presidente de la República un dispar conjunto de facultades que le permiten, de algún modo, proyectar su influjo sobre los restantes órganos constitucionales, al tener un destacado protagonismo en el nombramiento de sus miembros. Así, le corresponde nombrar a los Fiscales ante la Corte Suprema con la aprobación del Senado, siendo de advertir que estos Fiscales se turnan cada dos años en la Fiscalía de la Nación, y que el Fiscal de la Nación es quien preside el Consejo Nacional de la Magistratura, que a su vez propone al Presidente de la República para su nombramiento a los magistrados. A tenor de la Ley reguladora del Consejo Nacional de la Magistratura, el Presidente elige a los magistrados de entre una terna que se le propone, lo que supone una cierta capacidad decisoria en esta importante cuestión.

También interviene el Presidente de modo muy significativo en la composición y funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, “órgano de control de la Constitución” (art. 296). Tres de sus nueve miembros son designados por el Poder Ejecutivo. La ley No. 23.385, *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en su art. 10, determina que el Poder Ejecutivo designa a los magistrados que le corresponden mediante resolución suprema, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, lo que si bien entraña una conjunción de voluntades, del Jefe del Estado y del gabinete ministerial, no oculta el papel preponderante, de órgano de iniciativa, que asume el primero.

No queda aquí la intervención del Presidente de la República ante el Tribunal de Garantías. La Constitución (art. 299) le faculta expresa e individualmente para interponer ante el Tribunal acción de inconstitucionalidad. Y la propia Ley No. 23.385 exige (art. 3°) que los Reglamentos sobre funcionamiento, organización y régimen de trabajo de su personal y servicios, una vez aprobados por el Tribunal y autorizados por su Presidente, se sometan al Poder Ejecutivo a efectos de lo previsto en el inciso undécimo del art. 211 de la *Lex Superior*, esto es, a los efectos de la atribución presidencial de ejercicio de la potestad reglamentaria. Como ha señalado con acierto *García Belaunde* (17), con tal determinación, se crea una dependencia del Tribunal respecto del Poder Ejecutivo en principio inaceptable y que podría acarrear consecuencias negativas.

El presidente interviene igualmente de modo destacado en cuestiones tan importantes como la reforma constitucional, los regímenes de excepción y la función presupuestaria.

El art. 306 del código político del Perú atribuye al Jefe del Estado, con aprobación del Consejo de Ministros, la iniciativa pa-

(17) GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Tres años de jurisprudencia constitucional peruana*. Ponencia presentada al Foro sobre el Tribunal de Garantías, organizado por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y la Comisión Andina de Juristas, Lima, 1986, pág. 3.

ra la reforma de la Constitución, iniciativa que comparte con otras instancias (Senadores y Diputados, Corte Suprema en materia judicial y cincuenta mil ciudadanos). Similar normativa rige la declaración de los estados de excepción que contempla el art. 231 de la "lex legum" (estado de emergencia y estado de sitio). Es el Presidente de la República quien, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta por plazo determinado, en todo o en parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, las citadas situaciones excepcionales (18).

Por lo que se refiere finalmente a la función presupuestaria, es el Presidente de la República una vez más quien se responsabiliza de remitir al Congreso, dentro de los treinta días siguientes a la instalación de la primera legislatura ordinaria anual (19), el proyecto de presupuesto del Sector Público para el año siguiente, con la circunstancia añadida de que si el proyecto presupuestario no fuese votado antes del 15 de diciembre, esto es, antes del término de la primera legislatura ordinaria, entrará en vigor (art. 198) el proyecto del Poder Ejecutivo, que lo promulgará mediante decreto legislativo.

Cuestión controvertida puede ser la del protagonismo de las diferentes instancias del Ejecutivo en la elaboración del proyecto

(18) Cfr. al respecto, GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Regímenes de excepción en las Constituciones Latinoamericanas*, en el colectivo, *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, págs. 77 y sgtes.

(19) El art. 168 de la Constitución prevé dos legislaturas ordinarias anuales. La primera comienza el 27 de julio y termina el 15 de diciembre. La segunda se inicia el primero de abril y concluye el 31 de mayo. Cabe además la reunión del Congreso en legislatura extraordinaria a iniciativa del Presidente de la República o de los dos tercios del número legal de representantes de cada Cámara. También aquí encontramos un contraste significativo. Basta con la sola voluntad presidencial para la reunión extraordinaria del Congreso, mientras que si esa petición de sesión extraordinaria proviniere de los propios congresistas, entonces la dificultad se hace casi insuperable, pues se nos antoja muy difícil de conseguir una mayoría de dos tercios en cada una de las dos Cámaras.

presupuestario. A nuestro modo de ver, es claro que en tal función tendrán un rol destacado los titulares de los distintos Ministerios y también el Consejo de Ministros en cuanto órgano colegiado, pues no en vano ha de deliberar sobre todos los asuntos de interés público, así como aprobar los proyectos de ley que el Presidente someta a la Cámara. En cualquier caso, no se nos oculta que también aquí puede el Presidente desempeñar un papel de dirección eficaz, específicamente, en la fijación de las líneas maestras de la política social y económica.

4. *El liderazgo legislativo del Presidente*

En su clásica obra sobre el Poder Ejecutivo norteamericano, *Corwin* dedica un capítulo (20) a analizar la función de dirección presidencial de la legislación, que si bien encuentra un fundamento constitucional en la cláusula inicial de la sección tercera del art. 2º de la Constitución, a cuyo tenor, el Presidente ha de informar al Congreso sobre el estado de la Unión, recomendando, para su consideración, aquellas medidas que considere necesarias y convenientes, halla su materialización —en especial, por lo que se refiere al rol actual del Presidente como iniciador de programas en el campo legislativo— en los dos Roosevelt y en Woodrow Wilson, siendo de reseñar al unísono la existencia de un conjunto de armas auxiliares y factores colaterales de esa dirección presidencial de la legislación.

En América Latina, por el contrario, no ha sido preciso esperar a la praxis político-constitucional para deslindar con nitidez esa función de dirección presidencial de la legislación; por el contrario, el Presidente —en lo que *Lambert* considera como diferencia más importante, de forma jurídica, en las modalidades del régimen presidencial entre América Latina y los Estados Unidos, y que cifra en la legitimación de las infracciones al principio de la separación de poderes (21)— se ve legitimado para intervenir activamente en la

(20) CORWIN, Edward S.: *El Poder Ejecutivo, Función y Poderes*. 1787-1957, op. cit., capítulo VII, págs. 302 y sgtes.

(21) LAMBERT, Jacques: *América Latina*. . . , op. cit., pág. 538.

confección de las leyes y, con frecuencia, incluso para elaborarlas sin el concurso del Congreso.

La Constitución del Perú no será ajena a esta pauta común, posibilitando a través de mecanismos dispares un auténtico liderazgo legislativo por parte del Presidente.

Ante todo, y en sintonía con la función constitucional que se le otorga, de dirigir la política general del Gobierno, la Lex Superior le atribuye la iniciativa legislativa, que comparte con Senadores y Diputados y, en las materias que le son propias, con la Corte Suprema y el órgano de gobierno de la región (art. 190).

Al Presidente atañe igualmente la promulgación de los proyectos de ley aprobados por ambas Cámaras en la forma constitucionalmente prevista. El art. 193 de la norma suprema contempla la posibilidad de interposición del veto presidencial. A tenor del mismo, si el Presidente tuviera observaciones que hacer, en todo o en parte, respecto del proyecto de ley aprobado por el Congreso, las presentará a éste en el término de quince días. reconsiderado el proyecto de ley, el Presidente del Congreso lo promulgará, siempre que voten en favor del mismo la mayoría absoluta del número legal de miembros de cada Cámara.

La institución del veto tiene una rancia tradición en los regímenes presidencialistas. Como recuerda *Corwin* (22), este componente de la prerrogativa presidencial se explica en parte por la equivocada creencia, derivada de *Blackstone*, de que el veto del Rey seguía siendo un elemento vital de la Constitución británica, aunque, en realidad, en 1787 no había sido empleado desde hacía casi ocho años. El veto presidencial debe ser atribuido mucho más a la convicción general de los constituyentes de que sin esa defensa contra la legislatura, el poder ejecutivo pronto se “hundiría en la no existencia”. En definitiva, pues, el veto era solamente un arma de defensa propia del Presidente.

(22) CORWIN, Edward S.: *El Poder Ejecutivo*. . . , op. cit., pág. 313.

Esta institución se instalaría de modo generalizado en las Constituciones latinoamericanas, bien que en los países de esta área geográfico-cultural, el veto haya tenido menor virtualidad que en los Estados Unidos, por la sencilla razón de que los Presidentes se han enfrentado con mucha menos frecuencia con las iniciativas del Congreso (23) (24).

En cualquier caso, el diseño constitucional del texto de 1979, en especial en lo que se refiere a la forma de superar el veto, nos recuerda al que se siguiera por los constituyentes norteamericanos (sección séptima del art. 1º).

Recordaremos por último que en la utilización del veto en América Latina se ha consolidado una práctica inexistente en Estados Unidos: el veto parcial, con arreglo al cual, el Presidente es autorizado (por la Constitución o por la consolidación de una convención en tal sentido) para vetar un precepto o, incluso, una palabra determinada de un artículo, aprobando el resto de la norma legal. La Constitución peruana no contempla este mecanismo, que por lo demás, como bien ha demostrado *Power Manchego-Muñoz* (25), tampoco parece encajable con el tenor del art. 193.

Al margen de los anteriores, existen otros mecanismos constitucionales que posibilitan una destacada intervención presidencial en el marco de la función legislativa. Nos referiremos, sucesivamente, a los decretos presidenciales de urgencia y a la legislación delegada.

(23) Cfr. al efecto, LAMBERT, Jacques: *América Latina*. . . , op. cit., págs. 539 y sgtes.

(24) Según datos de CORWIN (*El Poder Ejecutivo*. . . , op. cit., pág. 315), desde 1792, fecha en que el veto fuera usado por vez primera, hasta la conclusión del segundo mandato de F.D. Roosevelt (en 1940), se han interpuesto un total de 1635 vetos, de los que los dos tercios del total corresponden a Grover Cleveland y F.D. Roosevelt.

(25) POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: *Constitución y Justicia*, Editorial Andina, Lima, 1984, págs. 31-33.

El inciso vigésimo del art. 211 de la *lex legum* atribuye al Presidente de la República la facultad de administrar la hacienda pública, negociar los empréstitos y —en sintonía con esas competencias— dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

Eguiguren, en un notable trabajo (26), ha equiparado estos “decretos presidenciales de urgencia” con los decretos leyes del art. 86 de la Constitución española de 1978, o con las ordenanzas de necesidad del art. 77 de la Constitución italiana de 1947. A nosotros nos recuerdan incluso la institución de los reglamentos de necesidad (27) de la Constitución española de la Segunda República. Quizá, sin embargo, uno de los elementos diferenciadores sea la precisa delimitación constitucional de estos decretos: se circunscriben a materias económicas y financieras, lo que contrasta con otros ordenamientos que no delimitan su ámbito material. Bien es verdad que este marco plantea numerosos problemas interpretativos y posibilita una ampliación enorme del ámbito de aplicación.

La discusión principal, en verdad enconada, se ha centrado en torno a la naturaleza de estos decretos, enfrentándose dos posiciones: la de quienes los consideran meros decretos —aun cuando supremos—, desprovistos de fuerza y rango legal, y la de aquellos otros autores que, como *Eguiguren* (28), se inclinan por ubicarlos dentro de las normas de naturaleza, contenido y jerarquía similar a las leyes, interpretación que nos parece la más razonable.

(26) EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo*, en la obra colectiva dirigida por él mismo, *La Constitución Peruana de 1979*. . . , op. cit., págs. 395 y sgtes.; en concreto, págs. 433-453.

(27) Según expresión de VILLANOVA, Royo, en su obra *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Imprenta Castellana, Valladolid, 1931, págs. 243-244.

(28) EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo*, op. cit., págs. 445-446.

Por lo demás, la praxis nos muestra el abuso en la utilización de medidas extraordinarias (29). En el período 1980-86 se han expedido más de 600 decretos al amparo del art. 211.20 de la Lex Superior, lo que evidencia con inequívoca claridad cómo se ha desvirtuado la naturaleza excepcional que a este mecanismo le confiere la Constitución.

En cuanto a la legislación delegada, está prevista por el art. 188 de la norma suprema. A tenor del mismo, el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa. Complementando tal previsión, el inciso décimo del art. 211 señala que los decretos legislativos que se dictan, previa delegación de facultades por parte del Congreso, tendrán fuerza de ley, debiéndose dar cuenta de ellos al Congreso.

La delegación, como acabamos de ver, se hace al Poder Ejecutivo. Con arreglo a una interpretación constitucional estricta, es, pues, el Presidente de la República quien asume esta función, bien que compete al Consejo de Ministros la aprobación de los decretos legislativos. Por si cupiese alguna duda al respecto, el art. 211.10 atribuye al Jefe del Estado —no a su gabinete— la facultad que nos ocupa. Estamos, en definitiva, en presencia de una función cuya titularidad formal corresponde al Presidente de la República, aunque su materialización es impensable al margen de los ministros que, por otro lado, como ya dijimos, integran asimismo el Poder Ejecutivo. Más aún, la praxis nos muestra como son los ministros quienes, en sus respectivas áreas competenciales, se responsabilizan de los decretos legislativos, adecuándose, como es obligado, al ámbito material precisado en la ley de autorización, así como a las pautas políticas sentadas por el propio Gobierno, en desarrollo de las premisas determinadas por el Congreso.

Una mirada a la realidad práctica de esta institución nos muestra un panorama sorprendente, al que se ha referido críticamente

(29) *Ibídem*, págs. 447-449.

Eguiguren (30). Durante el período 1980-85 ha sido el Gobierno, a través de la legislación delegada, y no el Parlamento, quien cumplió la tarea legislativa más activa y relevante. Los aproximadamente 350 decretos legislativos dictados en dicho lapso, especialmente por la trascendencia jurídica y política de las materias a que están referidos, superan significativamente en importancia a las 1.110 leyes expedidas por el Parlamento, en su mayoría sólo leyes en sentido formal, pero no necesariamente por su contenido normativo. Pensemos, por ejemplo, que la legislación delegada ha jugado un papel preponderante y decisivo (no menos de un tercio de los decretos legislativos) en ámbitos tan esenciales como el tributario y el presupuestario.

Se ha apuntado (31) que la intención predominante del Gobierno al recurrir tan frecuentemente al uso de la legislación delegada, ha sido evitar la discusión en el Parlamento de algunos aspectos y materias que sin duda habrían motivado debate público y una puesta en cuestión por las fuerzas políticas de la oposición. Pero también el uso recurrente a la delegación de facultades legislativas ha permitido sistemáticas transgresiones constitucionales, bien a través del otorgamiento de autorizaciones genéricas e imprecisas, bien mediante el contenido de los decretos expedidos, que usualmente abarcan aspectos que rebasan los términos de la habilitación conferida.

Si a todo ello unimos la ausencia de una auténtica fiscalización parlamentaria, dado que la práctica dominante ha sido entender que la obligación gubernamental de dar cuenta de los decretos legislativos, supone simplemente la remisión de un informe que haga referencia a éstos y su contenido (32), práctica que, como puede comprenderse, ha descartado la posibilidad de una revisión,

(30) EGUIGUREN, Francisco José: *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo*. . . , op. cit. págs. 412-433.

(31) *Ibíd.*, pág. 414.

(32) *Ibíd.*, págs. 432-433.

ratificación o convalidación parlamentaria de la legislación delegada, podremos llegar a la conclusión de que a través de la delegación legislativa se ha producido una auténtica invasión por el Ejecutivo de la parcela tradicionalmente más representativa de la actividad del Congreso. Y si bien en este punto concreto el Consejo de Ministros tiene un papel determinante, a nuestro modo de ver, la actuación general del gabinete como “correa de transmisión” de las directrices y orientaciones del Presidente de la República, propiciará que éste halle en la delegación legislativa un nuevo instrumento con el que reafirmar y consolidar su primacía en la vida política.

5. El refrendo ministerial de los actos del Presidente

A la vista de las múltiples funciones que el Presidente de la República debe asumir, no cabe resquicio alguno a la duda acerca de su rol de director de la vida política en los principales asuntos de Estado. Sólo la institución del refrendo puede plantearnos algunas dudas acerca de si es capaz de llegar a trastocar la relación Presidente-Consejo de Ministros que hasta aquí hemos esbozado.

A tenor del art. 213 de la norma suprema, son nulos los actos del Presidente de la República que no tienen “refrendación ministerial”. Complementando tal previsión, el art. 221 prescribe que los ministros son responsables individualmente, por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan, para añadir en su segundo párrafo: “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 acuerdan en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente”.

¿Cuál es la eficacia en este caso concreto del refrendo? Si el Consejo de Ministros estuviese vinculado con el Congreso (o tan sólo la Cámara de Diputados) por una relación de confianza parlamentaria, asentada en una previa votación de investidura, es posible que, según los supuestos de correlación entre las fuerzas políticas, el refrendo pudiese operar en ciertos casos con una virtualidad limitadora de la capacidad operativa del Presidente de la República; sin embargo, aquel presupuesto no se da, por lo que la

formalidad del refrendo, y en ello coincidimos con *Lambert* (33), apenas si disminuye la libertad de acción del Presidente, que además puede revocar a los ministros, aun cuando en ello deba contar con el acuerdo del Presidente del Consejo de Ministros, acuerdo nada difícil de obtener si se piensa que, como regla general, ese cargo viene llamado a desempeñarlo una persona de la confianza del Jefe del Estado.

En resumen, aun cuando el Consejo de Ministros participe en las funciones propias del Poder Ejecutivo, como por otro lado no podría dejar de suceder, parece claro que será el Presidente de la República quien tendrá en todo caso y circunstancia la iniciativa; él diseñará los trazos maestros de la política general del Gobierno; él decidirá las opciones válidas en cada supuesto; él, en definitiva, dirigirá la acción política, asumiendo un haz amplísimo de poderes, rasgo común, por lo demás, a gran parte de los presidentes latinoamericanos. Como advierte *Sánchez Agesta* (34), la concentración de poderes legislativos, gubernativos, ejecutivos, militares, financieros y políticos, ejercidos con normalidad, puede ya configurar un poder desorbitado. Sin embargo, si a ellos se suman poderes extraordinarios para sustituir al órgano legislativo mediante el recurso al decreto ley (al decreto presidencial de urgencia en el caso del Perú) o a la delegación legislativa, y la eventual suspensión de garantías (o derechos) constitucionales, tendremos el cuadrado de una magistratura presidencial propensa a desorbitar su poder.

Casa esta característica general de las Constituciones latinoamericanas con la interpretación dada al principio de *Montesquieu*. Si en Europa la división de poderes, por lo general, se iba a entender a partir de la Revolución francesa como la concesión de un cierto poder preeminente al Parlamento, en América Latina se concibió y aún se concibe, como una preponderancia del Ejecu-

(33) LAMBERT, Jacques: *América Latina*. . . , op. cit., págs. 534-535.

(34) SANCHEZ AGESTA, Luis: *La democracia en Hispanoamérica*, op. cit., pág. 211.

tivo en general y del Presidente en particular, sobre los restantes poderes del Estado (35).

Las circunstancias políticas —y ello no puede ser ignorado— podrían alterar de modo significativo la correlación de funciones expuesta. Sería necesario para ello, ante todo, un pleno asentamiento del sistema de partidos. A partir de ahí, cabría pensar en la hipótesis de unas Cámaras (en especial, de una Cámara de Diputados) dominadas por fuerzas políticas antagónicas a aquella de la que procede el Jefe del Estado. El principio de la responsabilidad política podría forzar a éste a “cohabitar” con un Gobierno políticamente dispar, lo que, como resulta obvio, disminuiría sensiblemente su primacía, conduciéndole a la búsqueda de acuerdos efectivos —no de meras y formularias intervenciones, cuyo único valor es el de ratificar “a posteriori” decisiones ya tomadas— con el Consejo de Ministros, pues es sabido que son bastantes las decisiones presidenciales que han de ser aprobadas por el citado Consejo, al margen ya del refrendo, que en circunstancias como las descritas adquiriría toda su virtualidad.

Ahora bien, aún en supuestos de esta índole, como ya advertimos, pensamos que el Presidente de la República tendría en su mano un haz de posibilidades lo suficientemente amplio como para terminar imponiendo su primacía, sin poder echar en olvido a este respecto que la tradición presidencialista latinoamericana juega —muy decisivamente— en favor de esta interpretación.

En cualquier caso, una de las más trascendentes novedades de la Constitución peruana de 1979 es precisamente la reafirmación del principio de la responsabilidad política ministerial, que si bien tiene un arraigo notorio en el Perú, remontándose su reconocimiento al pasado siglo, no deja de ser una novedad relativa en el marco del constitucionalismo latinoamericano. Este principio

(35) Cfr. al efecto, FIX ZAMUDIO, Héctor: *El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano*, en la obra colectiva *Libro-Homenaje a Manuel García Pelayo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1900, págs. 223 y sgtes.

trata de operar a modo de límite supuestamente eficaz con el que contrarrestar esa primacía presidencial a que venimos refiriéndonos, y junto a ese principio, como corolario en cierta medida lógico, se constitucionaliza el derecho de disolución. A ambos mecanismos vamos finalmente a referirnos.

6. *Responsabilidad política ministerial y disolución de la Cámara de Diputados*

La Constitución del Perú enumera en su art. 186 las atribuciones del Congreso, no dejando de ser un tanto sorprendente el que, entre ellas, no figure la función de control parlamentario del Gobierno, bien que a lo largo del articulado encontremos mecanismos que suponen, teóricamente al menos, el ejercicio de un verdadero control parlamentario. Es el caso de la obligatoriedad del Presidente del Consejo de Ministros de concurrir ante las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno. Es asimismo el supuesto de la interpelación, que se formula por escrito y debe ser presentada por no menos del quince por ciento del número legal de diputados, requiriendo para su admisión el voto de un tercio del número legal de representantes hábiles. En todo caso, la rigidez con que se conforman estos controles (imposibilidad de votación tras el debate sobre el programa general del Gobierno, excesivas trabas formales para la interpelación) puede hacernos pensar que, como dice *Melo* (36), los instrumentos de control como “garantía” se transmutan en instrumentos de control como “sanción”.

Reconocida la responsabilidad ministerial por el art. 221 de la norma suprema, la propia Constitución, poco después, procede a regular desde una perspectiva racionalizadora la sanción de la responsabilidad política ministerial.

Dos son los mecanismos a cuyo través puede hacerse efectiva aquella responsabilidad: el voto de censura y el voto de falta de

(36) MELO, Jorge: *Control parlamentario*. . . , op. cit., pág. 542.

confianza. El primero tiene un origen parlamentario, mientras que el segundo sólo se produce por iniciativa ministerial.

La responsabilidad política puede exigirse a los Ministros individualmente o al propio Consejo de Ministros en cuanto órgano colegiado. En ambos casos, es el voto de censura el instrumento válido cuando la iniciativa de la sanción proviene de la Cámara de Diputados, que monopoliza la utilización de este mecanismo constitucional, al igual que la facultad de interpelación, quedando, pues, el Senado excluido de estas funciones de control y sanción de la responsabilidad política.

La moción de censura está sujeta a los requisitos formales que han tomado cuerpo en los ordenamientos constitucionales de buen número de sistemas de gobierno parlamentarios. Y así, al margen de contra quién se presente (el Consejo de Ministros o un ministro), ha de ser respaldada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de diputados, porcentaje elevadísimo, muy superior al que pudiera considerarse normal en el Derecho Comparado: el diez por ciento. Prevé asimismo la Constitución un período de “enfriamiento”: la moción se debate y vota por lo menos tres días después de su presentación. Finalmente, se exige para su aprobación el respaldo de “más de la mitad del número legal de diputados”, esto es, de la mayoría absoluta. Sin embargo, en el último año de mandato del Presidente de la República, la Cámara sólo podrá censurar al Consejo de Ministros o a cualesquiera de los ministros con el voto conforme de por lo menos dos tercios del número legal de diputados.

Las consecuencias de la aprobación de un voto de censura se cifran en la obligatoriedad de la renuncia del censurado (Consejo de Ministros o ministro), que debe ser necesariamente aceptada por el Presidente de la República, que, como vemos, queda completamente al margen de este proceso.

En cuanto al voto de falta de confianza, tiene su origen en el planteamiento ministerial de una cuestión de confianza, esto es, en la vinculación a la aprobación de una iniciativa ministerial de una cuestión de confianza. La desaprobación de una iniciativa de

esta naturaleza obliga al ministro a dimitir, sanción no exigible cuando no se haya comprometido previamente la confianza.

A la vista de la inserción de estos mecanismos en el marco global de relaciones entre la Cámara de Diputados y el Gobierno, se podría pensar que la Constitución peruana ha optado por un modelo de parlamentarismo negativo, en la línea del modelo que definiera *Raymond Fusilier* en referencia a las monarquías nórdicas, un modelo, como es sabido, caracterizado por presuponer la confianza parlamentaria del Gobierno hasta tanto una expresa moción de censura no sea aprobada. Es claro, sin embargo, que tal transposición no es aceptable. En primer término, por la radicalmente diferente textura socio-política, y en segundo lugar, por circunscribirme tan sólo a las diferencias más notables; porque si en las monarquías nórdico-europeas la inexigencia de una votación de investidura responde a la necesidad de posibilitar la existencia de Gabinetes minoritarios, en el Perú, da respuesta a la conveniencia de que el Presidente de la República pueda manobrar a sus anchas a la hora de proceder a nombrar al Presidente del Consejo de Ministros, e incluso a los ministros, pudiendo así llegar a desvincular a su Gobierno de la mayoría parlamentaria, por lo menos en un primer momento, supuesto que cobraría toda su virtualidad caso de que no coincidieran la “mayoría presidencial” y la “mayoría parlamentaria”.

Es desde esta óptica como puede comprenderse la compleja regulación con que los constituyentes peruanos diseñaron el derecho de disolución. De entrada, su ejercicio está drásticamente condicionado. Es al Presidente de la República a quien, en la línea de la Constitución española de 1931 o de la francesa de 1958, se otorga la facultad de disolver, pero sólo puede hacerlo cuando la Cámara de Diputados —el Senado no puede ser disuelto— haya censurado o negado su confianza a tres Consejos de Ministros. Esta condición fundamental nos pone sobre aviso acerca del verdadero sentido de la disolución presidencial. No se trata con ella, como a la postre viene siendo común en los sistemas parlamentarios, de anticipar los comicios a un momento propicio para el partido gubernamental o, en este caso, para la formación de la que proviene el Jefe del Estado; tal finalidad, por otra

parte, carecería de sentido, pues la Cámara elegida extraordinariamente, a tenor del párrafo final del art. 228 de la Constitución, completa el período constitucional de la disuelta (ese período es en total de cinco años). Tampoco creemos que la disolución venga a poner fin a un conflicto frontal entre el Gobierno y la Cámara. La disolución, a nuestro modo de ver, pretende actuar a modo de amenaza frente a la Cámara baja a fin de que ésta se avenga a tolerar, llegado el caso, gabinetes de “mayoría presidencial”. A la par, la disolución se ofrece como un arma potencialmente eficaz en manos del Presidente.

A este respecto, no deja de ser significativo que la triple censura haya de recaer sobre el Consejo de Ministros, no contabilizándose las censuras que tengan como destinatarios a los ministros individualmente considerados. Y un nuevo argumento que refuerza nuestra interpretación nos viene dado por la limitación recíproca del art. 229: de un lado, el Presidente de la República no puede disolver la Cámara en el último año de su mandato; de otro, durante ese término, la Cámara sólo puede censurar por el voto enormemente cualificado de los dos tercios de los diputados.

La Constitución contempla otros límites al ejercicio del derecho de disolución, limitaciones que aparte de su lógica interna, nos recuerdan las de otros ordenamientos, sin ir más lejos, la Constitución española de 1978. Entre estos otros límites, hemos de hacernos eco de la imposibilidad de disolver durante los estados de sitio o de emergencia. Si la disolución fuese posible en tal coyuntura, el control parlamentario que debe ejercer la Cámara sería imposible, acrecentándose de un modo inaceptable los poderes del Ejecutivo. De otro lado, el último párrafo del art. 229 contempla una sensible limitación: el Presidente sólo puede ejercer la facultad de disolución una vez durante su mandato. Si se conecta este límite con el condicionamiento de la existencia de una triple censura previa y con la imposibilidad de disolver el último de los cinco años por los que es elegido el Presidente, se comprenderá que la anterior limitación no debe obstaculizar de modo significativo la posible proyección presidencial —con la consiguiente desvinculación parlamentaria en determinados supuestos— sobre el gabinete

Un último límite, contemplado por el art. 230, es el de la interdicción de la disolución del Senado. Esta Cámara, a ser elegida por las Regiones, no participa en el proceso de sanción de la responsabilidad política ministerial; de ahí que, con más lógica que en el caso español, quede apartada de toda posible disolución. Es posible, no obstante, que el hecho significativo de que la Cámara de Diputados elegida tras una disolución deba limitarse a completar el período constitucional de la disuelta, circunstancia no contemplada en España, y que supone que se mantenga la elección al unísono de ambas Cámaras, explique el por qué de la exclusión del Senado de la disolución.

El decreto de disolución ha de ser motivado, debiendo expresarse en él la causa a que responde. Respetando esa relación dialéctica que ha de existir entre disolución y elecciones, el art. 228 de la Lex Superior prescribe que el decreto debe incluir la convocatoria a elecciones “en el plazo perentorio de treinta días”. Más aún, el propio precepto contempla el supuesto de que se vulnere la precedente exigencia. Si el Presidente no convocara elecciones dentro del plazo señalado o los comicios no se efectuaran, la Cámara disuelta “se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades constitucionales y cesa el Consejo de Ministros, sin que ninguno de sus miembros pueda ser nominado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial”. En conexión con ello, el art. 210 de la Constitución incluye entre los delitos por los que puede ser acusado el Presidente de la República, el de impedir las elecciones parlamentarias.

Junto a las garantías de que se rodea la relación dialéctica disolución-elecciones, encaminadas a evitar que al amparo de los mecanismos constitucionales pueda desembocarse en un poder autocrático, no deja de ser destacable el carácter motivado del decreto de disolución, requisito que, aunque llamado en la praxis a cumplir un papel puramente formal, nos parece que refleja las prevenciones con que se acoge el instituto de la disolución. En todo caso, no parece que la disolución presidencial responda a otra causa inmediata que a la de la previa censura (por tercera vez) a un Consejo de Ministros, ni a otra razón mediata que la de

posibilitar un gabinete de la confianza del Presidente, un ministerio. podríamos decir, presidencial.

Hemos de terminar. A la vista de cuanto se ha expuesto, parece claro que la Constitución del Perú de 1979 se ha inspirado a la hora de perfilar las relaciones entre los distintos órganos de gobierno en modelos disímiles. Por ello mismo, el esquema resultante contiene ciertas disfunciones cuya acentuación o atenuamiento vendrá en función de la correlación de las fuerzas políticas, y especialmente, de la similitud o disimilitud entre lo que podríamos denominar la “mayoría presidencial” y la “mayoría parlamentaria” (sobre todo, la mayoría de la Cámara de Diputados).

El reconocimiento constitucional de la responsabilidad política ministerial supone un freno indiscutible frente al poder presidencial; no obstante, la Constitución ofrece al Presidente numerosos resquicios con los que soslayar esa limitación (que, como es obvio, sólo se podrá hacer patente cuando la Cámara baja esté dominada por una o varias formaciones distintas a aquella a la que pertenece el Jefe del Estado), permitiéndole así asegurarse el contar con un gabinete llamado a ser una mera correa de transmisión, un simple ejecutor de las decisiones políticas tomadas por el Presidente. En el difícil equilibrio entre presidencialismo y parlamentarismo que parece suscitar la Constitución de 1979, pensamos que la normativa constitucional, la propia tradición latinoamericana y, por supuesto y sobre todo, la misma praxis política, han inclinado con claridad la balanza del lado del modelo presidencial, bien que la propia evolución de las fuerzas políticas suscite sólidas expectativas de una dinamización e incluso rediseño del modelo.

ACTIVIDAD ECONOMICA PUBLICA Y DERECHOS ECONOMICOS PRIVADOS EN LA CONSTITUCION DE 1979

César Ochoa Cardich

1. *Consideraciones Generales: La Teoría Económica Neoliberal de los Derechos Humanos*

El carácter fundamental que en cada sistema Constitucional ha venido asumiendo el derecho de propiedad obedece a que cada texto constitucional ha tomado posición para garantizarlo, restringirlo y en el caso de algunos textos fundamentales de países socialistas suprimirlo, dependiendo esta opción jurídica de una peculiar visión histórica y del correspondiente perfil ideológico del constituyente.

En anteriores trabajos nos hemos referido a la influencia neoliberal en la Constitución Económica Peruana que cuestionamos precisando matices al sistema económico consagrado en el Título III de la Constitución peruana de 1979. En este sentido, concluimos que debe conceptualizarse como un sistema de economía socializada de mercado —ESM— la correcta interpretación del artículo No. 115 de la Constitución Económica Peruana.

Nuestra interpretación es crítica al enfoque neoliberal sobre el derecho de propiedad y al concepto de Constitución Económica que asumen aquellos juristas de orientación conservadora. Empero, para criticarlo debemos conocer el pensamiento filosófico neoliberal en el que descuellan como patriarcas dos notables pensadores: Friedrich Von Hayek y Karl Popper, cuyas tesis han sido objeto de debate en la cultura anglosajona no así en nuestro medio. Como

sabemos Popper considera que el método filosófico así como el de las ciencias exactas se basa en las contrastaciones o refutaciones de hipótesis teóricas que pueden ser verificadas empíricamente o mediante el pensamiento crítico y racional. En esta dirección, Popper niega que la historia y el desarrollo social pueda ser sujeto de leyes inexorables (1).

Según Popper para que la democracia sea operativa requiere de la primacía de la libertad individual y de una visión empírica que es lo opuesto a una perspectiva ideológica que deriva en el dogmatismo. Pero frente a la postura liberal-progresista de Popper en pro de una sociedad abierta y pluralista nos encontramos con la tesis de Hayek que si bien tiene una inspiración liberal tiene una profunda raigambre conservadora y antidemocrática.

Así, para Hayek, la vigencia de un sistema de libertades depende de la estabilidad de un “orden espontáneo” y de las “normas naturales” que lo garantizan como el respeto a la propiedad privada y a la relación contractual (2).

El “orden espontáneo” de Hayek es el resultado de la concurrencia en las relaciones de individuos con diferentes capacidades y aptitudes, que aportan diversa cantidad de trabajo. El mercado es un intercambio de bienes y servicios dentro de las reglas del “orden espontáneo” sin que pueda calificarse como ilógica o absurda cualquier noción de “justicia” o “injusticia” sobre sus resultados. De modo que el Estado debe abstenerse de modificar estos resultados porque algunos grupos sociales están insatisfechos y no se puede reconocer supuestos “derechos sociales o económicos” que vulneran las leyes del mercado. Por ello, Hayek condena el intervencionismo de los gobiernos que mediante la planificación buscan redistribuir los resultados desnaturalizando el Estado de

(1) POPPER, Karl. *La miseria del historicismo*, Taurus, Madrid 1961.

(2) HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. II, El espejismo de la Justicia social, 1979, p. 71.

derecho liberal con el concepto de “Estado Social”. Allí se inicia el camino de servidumbre (3).

En el terreno jurídico, podríamos decir que la regla de oro del pensamiento hayekiano, es la más absoluta autonomía de la voluntad. Así, en el ámbito de los Derechos Humanos el ciudadano sólo debe tener obligaciones “en la medida en que así lo especificara alguna norma que, además de ser general, estuviera orientada a garantizar la inviolabilidad de las correspondientes esferas individuales” (4).

Para Hayek toda intervención del Estado reconociendo exigencias sociales es arbitraria porque rompe el imperio de la ley, constituyendo de este modo carecer de referencia jurídica los derechos económicos y sociales (5).

Como señala Pérez Luño, las tesis del neoliberalismo conservador se basan en “un planteamiento antinómico de los valores básicos de libertad e igualdad, inclinándose por la subordinación de la segunda a la primera, un enfoque decididamente individualista de los valores éticos y políticos; y una interpretación económica de los derechos humanos tendiente a enfatizar el papel del derecho de propiedad” (6).

Esta fundamentación subjetivista de los Derechos Humanos en el pensamiento neoliberal conservador tiene otro exponente en R. Nozick. Para este autor la sola existencia de los seres humanos como individuos diferenciados y autónomos hace éticamente

(3) HAYEK, Friedrich Von, *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 1978, p. 72 y ss.

(4) HAYEK Friedrich Von, *Derecho, Legislación y Libertad*, cit. Vol. III El orden político de una sociedad libre, 1982, p. 191.

(5) Ibid, p. 193.

(6) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La fundamentación de los Derechos Humanos*. En: *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 35, Sep. Oct. 1983. p. 28.

repudiable restringir los derechos de unos en beneficio de otros. Basado en el individualismo de Locke, considera que los derechos naturales implican el reconocimiento de la "individualidad de las personas" (7). Nozick, como los neoliberales conservadores, afirma y enfatiza en términos absolutos, los derechos de apropiación y el de propiedad y tiene una visión abstracta y simplificada del concepto "libertad".

Como los bienes no caen como maná del cielo, no es posible admitir los criterios de justicia distributiva, a criterio de Nozick (8). Esta concepción de defensa de la individualidad frente al Estado conlleva una desvalorización de éste que queda reducido a un Estado mínimo relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (night-watchman state) limitado a velar por los derechos individuales, imposibilitado de restringirlos en función del interés social o público (9).

Esta concepción individualista-subjetivista que subraya la presencia del derecho de propiedad sobre todos los demás valores sociales, es heredera del pensamiento de Locke, filósofo que es reivindicado expresamente por Hayek y Nozick. En el liberalismo conservador de Locke, la libertad se identifica con el derecho de propiedad de modo que esta filosofía se expresaba políticamente en un Parlamento elegido por los propietarios para que legislativamente puedan asegurarse la posibilidad de aumentar ilimitadamente su propiedad y protegerse contra todo riesgo de que los desposeídos se la priven de forma legal (10).

Pero como señala Kriele esta teoría, base del neoliberalismo conservador, "conduce en última consecuencia a la idea de Cons-

(7) NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Blackwell, Oxford, 1974, p. 32.

(8) Ibid, p. 198.

(9) Ibid, p. 332.

(10) KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 285.

titución en el marco de la economía, mientras que la idea propia del liberalismo era: economía en el marco de la Constitución”(11).

Esta concepción fue la que sirvió para defender la esclavitud en nombre del derecho de propiedad (12) y es reivindicada por la teoría económica neoliberal de los derechos humanos que supe- dita la igualdad a la libertad. A este respecto, cabe citar a Pérez Luño que precisa:

“La libertad sin igualdad desemboca en el elitismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos; se trata de libertad —irónicamente denunciada por Anatole France— de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergarse en el Hotel Ritz” (13).

Como veremos más adelante las restricciones al derecho de propiedad reconocidas por nuestra Constitución Económica nos revelan que el constituyente peruano no optó, en términos absolutos, por la teoría económica neoliberal de los derechos humanos.

2. *La intervención de empresas como límite constitucional al derecho de propiedad*

El artículo 132 de la Constitución Económica peruana faculta al Estado a intervenir la actividad económica con medidas extraordinarias de carácter transitorio en situaciones de “crisis

(11) Ibid, p. 286.

(12) La Suprema Corte de los EE.UU. declaró inconstitucional la ley federal que había abolido la esclavitud en los estados norteos con el argumento de que era incompatible con la enmienda 5ta., según la cual nadie puede ser privado de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal. El demandante había sido privado de su propiedad por una ley federal y no por un “debido proceso legal”. Véase KRIELE, Martín, op. cit., p. 298.

(13) PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique, p. 36.

grave” o “emergencia”. La primera cuestión a dilucidar es si tal disposición constitucional permite la suspensión temporal de los órganos de administración de una empresa determinada o si se trata de una facultad que se reconoce al gobierno de establecer determinadas restricciones al conjunto de la “actividad económica” como controles de precios de productos de necesidad básica. A este respecto, cabría una interpretación restrictiva de los alcances del artículo 132 que estaría inspirada en principios similares a los que fundamentaron el Art. 49º de la Constitución de 1933 que establecía que: “En circunstancias extraordinarias de necesidad social se pueda dictar leyes o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte providencias, tendientes para abaratar las subsistencias”.

Consideramos que tal interpretación restrictiva no es viable dentro de nuestra Constitución Económica en la medida que el artículo 132 está enmarcado dentro del capítulo “De la Empresa” del Título III, de modo que el concepto de intervención de la “actividad económica” incluye a las empresas como unidades económicas cuyos órganos de gestión y administración pueden ser suspendidos e intervenidos con medidas transitorias de carácter extraordinario. Esta acción del Estado restringiendo la libertad de industria y comercio, reconocida en el artículo 131, está legitimada puesto que esta libertad como el derecho de propiedad no son absolutos debiendo su ejercicio resultar legitimado sólo por su función social cuya vigencia puede ser exigida para los principios del Estado social y democrático de derecho que la Constitución consagra tanto en el Preámbulo como en las normas de carácter programático.

En la reciente experiencia constitucional peruana tenemos los casos de los Decretos de Urgencia disponiendo intervenciones de empresas, al amparo del artículo 132 de la Constitución: El Decreto Supremo N° 238-86-EF que dispone la intervención de la empresa Gloria S.A. por 180 días con el pretendido fin de dictar dispositivos “necesarios para resolver la situación monopólica en la que se encuentran las plantas evaporadoras de leche” y el Decreto Supremo N° 158-87-EF que dispuso el nombramiento de Comités de Administración y suspendía las competencias lega-

les de los órganos ordinarios de administración de las empresas bancarias y financieras como acto preparatorio a su pretendida expropiación legislativa.

En ambos casos, las normas aprobadas lo fueron en base al inciso 20) del artículo 211 de la Constitución que es considerada como una suerte de licencia al Poder Ejecutivo para la dación de Decretos de Urgencia (14) así como del referido artículo 132.

En este último caso, se suscita una gran controversia jurídica política puesto que la intervención de las empresas bancarias y financieras fue objeto de acción de amparo, que obtuvo una inmediata medida cautelar ordenando al Gobierno la suspensión del acto reclamado, en aplicación del artículo 31º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo. El gobierno cumplió con la orden judicial retirando a los Comités de Administración mientras se debatía y aprobaba la expropiación legislativa del sistema financiero.

La ley que reservó para el Estado la actividad del sistema financiero declaró en su artículo 7º en situación de “emergencia” la actividad reservada, invocando el artículo 132 de la Constitución y dispuso que el Poder Ejecutivo tome la gestión y administración de las empresas dedicadas a la actividad bancaria, financiera y de seguros.

Revisando la legislación comparada debemos precisar que el referido artículo 132 de la Constitución tiene un precedente en el Derecho español: el artículo 128, inciso 2) de la Constitución Española de 1978 que permite que mediante ley se acuerde “la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Debe resaltarse que en el caso español la intervención de empre-

(14) En este sentido se sitúan en la doctrina peruana: EGUIGUREN PRAELLI, Francisco, *Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cusco, Lima 1987, y PACHECO BARANDIARAN, María del Rosario, *Los decretos de urgencia y un vacío de la Constitución de 1979 en: Thémis*, 2da. época, núm. 6.

sas, con asunción de la gestión y administración por el Estado y con suspensión de dichas atribuciones por los órganos sociales, fue aplicado en el célebre Caso Rumasa mediante Real Decreto Ley 2/1983.

Dicho Decreto de Urgencia no sólo ordenó la intervención sino que dispuso la expropiación sumaria de los bancos y otras sociedades que conformaban el grupo "Rumasa S.A.," siendo impugnado mediante recurso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional español.

En el caso Rumasa, el abogado del Estado diferenció la técnica interventora de la expropiación en los siguientes términos (15):

"La intervención es aquella medida por la cual se produce una ablación de mayor o menor intensidad de las facultades de gestión, administración o disposición sobre una empresa de titularidad privada; imposición de unos órganos extraordinarios de gestión nombrados por la autoridad con suspensión de funciones de los órganos ordinarios de administración, o bien la simple adjunción de interventores a los órganos de administración ordinaria, de modo que para la validez de acuerdos y actos sea necesario el concurso de la voluntad de aquéllos, pasando por el sometimiento del empresario a las órdenes directivas del interventor (. . .) En principio, la intervención no varía la titularidad privada de la empresa intervenida, aunque tal variación de titularidad puede ser una de las salidas de la intervención. Pero de ahí no infiere una incompatibilidad o imposibilidad de concurso de intervención y expropiación. Por lo mismo que la expropiación puede recaer sobre todo o parte del contenido de un derecho o sobre un objeto que proporciona un haz de derechos limitados y puede ser pensable que la intervención recaiga sobre la parte del contenido expropiado o sirva para lograr de modo inmediato ciertos resultados

(15) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 32, 1983, Servicios de Estudios, Madrid, España.

prácticos sociales que la expropiación no podía asegurar por sí sola. Ese es el caso del Real Decreto Ley 2/1983”.

Como precisa Ariño (16) dentro del ordenamiento jurídico español la intervención permite adoptar las siguientes medidas tratándose de empresas bancarias: a) acordar en tanto se supera la situación de crisis, la suspensión temporal de los órganos de administración y dirección de la entidad bancaria, nombrándose uno o varios administradores que asuman las atribuciones de aquellos; b) acordar con el mismo carácter provisional la intervención de una entidad por personas designadas por el Banco de España, sin cuyo concurso no tendrán validez los actos y acuerdos de los órganos de gobierno y dirección de la entidad intervenida, que serán nulos de pleno derecho a partir de la fecha en que la intervención se publique en el Boletín Oficial del Estado y se haga la oportuna inscripción en el Registro Mercantil.

A nuestro juicio, debemos precisar que dentro del ordenamiento jurídico peruano la intervención es una institución de Derecho Administrativo, constitucionalizada por el artículo 132 de la Constitución de 1979, constituyendo una restricción a los principios de libre iniciativa privada y al de libertad de industria y comercio, establecidos en los artículos 115 y 131 de la Constitución, así como del derecho de propiedad privada sobre el cual es viable el ejercicio de la libertad de empresa.

La intervención no transfiere propiedad al Estado sino que otorga la potestad de limitar el ejercicio de uno o de varios atributos de ese derecho. Como es lógico, si el Estado es propietario entonces no interviene y si interviene no es propietario.

La expropiación y la intervención son institutos distintos pero no incompatibles. De manera tal que no se requiere de intervenir previamente para expropiar ni tampoco es necesario ex-

(16) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El socialismo y las nacionalizaciones, con un epílogo sobre Rumasa* en: *Cuenta y Razón*, Marz-Abr., 1983, núm. 10, p. 79.

propiar ni pagar una indemnización justipreciada para intervenir, como tampoco debe cumplirse este requisito para ejercitar la posesión provisoria regulada en el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 313, Ley General de Expropiación (17).

Una cuestión interesante es determinar si la intervención puede normarse mediante ley o por “medidas extraordinarias de carácter económico y financiero”. Así precisamos que en nuestro concepto, la intervención puede ser dispuesta tanto por leyes, Decretos Legislativos como por “medidas extraordinarias de carácter económico y financiero” siempre y cuando concepuemos a tales “medidas” como Decretos de Urgencia como las considera mayoritariamente la doctrina. De este modo, consideramos que el Ejecutivo peruano sólo puede dictar dichas medidas si se configura el presupuesto fáctico habilitante para la intervención: la situación de “crisis grave o de emergencia” según Rubio y Bernalles la “crisis grave” obedece a circunstancias de orden económico y se deriva de razones intrínsecas al sistema económico en tanto que las “emergencias” se refieren a fenómenos extra económicos (18). En nuestro concepto se trata de “conceptos jurídicos indeterminados” sobre los cuales existen dos teorías opuestas a la doctrina administrativista.

Como señalan García de Enterría y Fernández los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados deslindan el ámbito de reali-

(17) El artículo 61 del Dec. Leg. 313 establece que por excepción y cuando las expropiaciones tengan por objeto la ejecución de obras públicas, el funcionamiento de servicios públicos, la remodelación de centros poblados o en situaciones de guerra o calamidad pública el juez que conoce de la causa podrá otorgar la posesión provisoria del bien a expropiarse al beneficiario de la expropiación. Nótese que el expropiante toma posesión del bien pero el expropiado sigue siendo propietario porque su título de dominio no ha sido transferido aún. A este respecto, BILDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. 1, Edit. Bs. As. 1987, p. 344.

(18) RUBIO, Marcial y BERNALLES, Enrique, *Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores, Lima, 1983. p. 500-501.

dad al que se refieren de manera precisa. Ejemplo: el derecho de permanencia e inamovilidad de los magistrados judiciales hasta los 70 años, mientras observan conducta propia de su función (Art. 242 de la Constitución). En esta norma hay conceptos precisos y determinados constituidos por el número de años (setenta) pero también hay un concepto jurídico indeterminado: la “conducta propia de la función”. El número de días de un plazo está precisamente determinado en cambio la “conducta propia” alude a una “esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado” (19). Sin embargo se dan o no en la realidad. Así, la conducta es propia o no de la función de magistrado. De igual manera los conceptos de “crisis grave” y “emergencia” se dan o no en la realidad pero son indeterminados jurídicamente.

Si asumimos que nos encontramos con “conceptos jurídicos indeterminados” entonces el Poder Ejecutivo carece de un poder discrecional amplio para valorar libremente aquellas características que configuran el presupuesto fáctico habilitante para dictar el Decreto de Urgencia que disponga la intervención; de este modo la Administración debe realizar un proceso objetivable y por tanto susceptible de fiscalización en el Poder Judicial. Así, la interpretación del “Concepto jurídico indeterminado” va a permitir verificar si existe o no el presupuesto fáctico habilitante para la dación del Decreto de Urgencia.

En cambio a la Administración le resulta más conveniente asumir que se trata de un caso de potestad discrecional de los órganos de dirección política apreciar las circunstancias que habilitan al Poder Ejecutivo para hacer uso de la potestad de dictar Decretos de Urgencia para intervenir empresas. Esta discrecionalidad no es fiscalizable judicialmente puesto que consiste en “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económi-

(19) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, p. 433.

cos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio de la Administración” (20).

Si la declaración del presupuesto de hecho habilitante para la intervención la efectúa el legislador estamos dentro del ámbito del accionar político que obedece frecuentemente a razones extrajurídicas. En estos casos es el debate parlamentario el que garantiza la correcta calificación del presupuesto fáctico, por lo cual cualquier pronunciamiento sobre el particular del Poder Judicial, constituiría una injerencia en las atribuciones legislativas inherentes al Parlamento dentro del sistema de separación de poderes estructurado por la Constitución.

3. *La declaración de la causal de expropiación es una cuestión no judicialable*

La declaratoria de la causal de expropiación constituye una cuestión no judicialable, de manera tal que su calificación —así como de la causal de reserva para el sector público— es una facultad privativa del Poder Legislativo, no pudiendo ser descalificada por el Poder Judicial. La tesis de la no judicialidad de la declaratoria de necesidad y utilidad públicas o de interés social fue reconocida en la Asamblea Constituyente de 1978 por los representantes del liberal-conservador Partido Popular Cristiano (21).

(21) BUENDIA, Armando, sostuvo: “Cuando está contenido en una ley no existe problema porque el debate previo a la promulgación de la ley establece la realidad de las causales que se invocan pero cuando no existe Congreso sino un gobierno de facto entonces se trata de una decisión unilateral sumamente peligrosa, porque una vez dictado el procedimiento queda limitado a una decisión de valores, no hay forma de discutir la procedencia desde el punto de vista de la necesidad, utilidad pública o interés social” (Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, T.V.I. cit., p. 481). Este procedimiento administrativo previo, basado en el sistema francés se admitía en el Proyecto de la Comisión Principal, pero fue desechado pues cuando la causal es declarada por el Congreso no hay lugar a contradicción alguna, como precisó con buen criterio el constituyente e ideólogo del PPC, ALAYZA GRUNDY, Ernesto (*Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978*, cit. p. 484).

En la doctrina y la jurisprudencia comparada ha prevalecido la tesis de la no judiciabilidad de la declaratoria de la causal de expropiación fundada en el hecho de que se trata de un acto político que corresponde calificar al Poder Legislativo, toda vez que se quebrantaría el principio de separación de poderes estableciéndose un “gobierno de los jueces”.

Así, el tratadista argentino Bidart Campos señala que el principio de la no judiciabilidad de la causal admite reservas en el caso de que sea manifiestamente arbitraria. Por tanto, la calificación de utilidad pública por ley siempre es, en su concepto, “judicialmente revisable, pero sólo es descalificable judicialmente cuando es arbitraria” (22).

En nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano de control de la Constitución, ha tenido que formular pronunciamientos explícitos en favor de la tesis de la no judiciabilidad de la declaratoria de la causal de expropiación marcando jurisprudencia constitucional sobre el particular en dos importantes fallos:

- a) En el caso “Armida de Noriega Morales c/ Supremo Gobier-

(22) BIDART CAMPOS, Germán, op. ult. cit., p. 340. Este autor cita el caso “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” que expresa la mejor elaboración jurisprudencial en torno a la tesis de la judiciabilidad de la causal de expropiación desarrollada por la jurisprudencia argentina, que es resumida en los siguientes puntos: 1) que la atribución congresal para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales de los cuales el Poder Legislativo no puede apartarse; 2) que es elemental la atribución de la judicatura de revisar las leyes en los casos que se traen a su decisión para determinar si guardan o no conformidad con la Constitución, y que debe inaplicarlas si son incompatibles con ella; 3) que por tanto, aunque no hay línea precisa que delimite la utilidad pública de lo que no lo es, corresponde definirla al juicio del Congreso, sin embargo cuando esta calificación exceda manifiestamente los límites de su atribución constitucional los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad vulnerado (véase dicho fallo en: *Constitución y poder político*, T. 1, MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana. Ed. Astrea Buenos Aires, 1987, pp. 28 y siguientes).

no” declaró sin lugar la casación, haciendo suya la tesis de la judiciabilidad al sostener que declarada la causal de expropiación no procede que el propietario se oponga a ésta sino únicamente que se discuta el monto de la valorización y la forma de pago, porque la acción de amparo en estos casos oculta un recurso de oposición a una expropiación:

“La Constitución en su artículo ciento dieciocho, párrafo segundo, declara que la propiedad inmanente de las tierras, aguas y otros recursos naturales pertenecen al Estado, resultando de este principio jurídico y demás disposiciones constitucionales citadas que declarada la necesidad y utilidad de una expropiación no cabe que el propietario se oponga a ella, sino únicamente discuta el monto de la valorización y la forma de pago, (. . .) En realidad lo que se pretende ejercitar el actor bajo el nombre de acción de amparo es un recurso de oposición a una expropiación (. . .) que no está permitido por la ley, según se pretende de las disposiciones constitucionales y legales citadas, ni lo admite la legislación comparada ni la doctrina sobre la materia” (23).

Hubo un voto singular por la casación del Dr. Manuel Aguirre Roca en el cual distinguió entre “lesión” y “afectación” del derecho de propiedad, señalando con acertado criterio que toda expropiación “afecta” el derecho de propiedad no necesariamente lo “lesiona” como muchas veces se ha confundido en nuestro medio. Aguirre Roca en su voto singular considera que no es suficiente para declarar que no ha habido lesión citar el artículo 125 de la Constitución —que regula la expropiación— y otras normas especiales, puesto que el Art. 3° de la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece que las acciones de garantía proceden aun en el caso de que el actor reclame de actos basados en normas legales que resulten incompatibles con la Constitución.

- b) En la sentencia del caso “Angela Catherine Ciccía-Gabillo

(23) Véase dicho fallo publicado en “El Peruano” de 1.3.84.

c/ Supremo Gobierno” queda reafirmada la tendencia jurisprudencial sentada por el Tribunal de Garantías Constitucionales de bloquear que por la vía del amparo se discuta la necesidad y utilidad públicas o el interés social. La sentencia parte de la siguiente tesis:

“Que el ejercicio de ese derecho por el Estado (la expropiación) no significa, no puede significar de ningún modo, una violación del derecho de propiedad y ni siquiera un cuestionamiento de éste, puesto que es la propia Constitución la que lo instituye, dado que la necesidad y utilidad públicas o el interés social, están por encima del meramente personal o privado y, en los casos de expropiación, por imperativo legal, sólo es discutible el monto del valor o justiprecio propuesto. . . . Que si no fuera ésta la interpretación jurídico-constitucional de toda expropiación autorizada por el Estado, de conformidad con la norma básica enunciada, muy fácil sería impedirla en su cumplimiento y efectos; se haría así primar los intereses privados, si contra ella se permitiera hacer valer una acción de garantía como la interpuesta; que una interpretación distinta a la que se acaba de señalar, sería en esencia y forma atentar contra la supremacía de la Constitución y abrir un cauce legal a reclamos y contenciones susceptibles de tratarse en ámbitos legales distintos al de dichas acciones de garantía. . .” (24).

4. *Las reservas al sector público como límite constitucional a la libre iniciativa privada*

Otro de los principales límites constitucionales a la libertad de empresa es la reserva de actividades al Sector Público, reconocida constitucionalmente en el artículo 114 del texto fundamental de 1979. La reserva al sector público puede ser un instituto al que recurra el Estado para intervenir en la actividad económica productiva o de servicios siempre que se acuerde por ley y en el

(24) Publicado en “El Peruano” el 25.02.86.

debate parlamentario se verifique la presencia de los presupuestos definidos en el Art. 114 de la Constitución Económica: las causas de “interés social” y “seguridad nacional”. Sobre la primera ya he sido explícito en trabajos anteriores, en cuanto a la segunda obedece a razones militares, por ejemplo: industrias de armamentos, comunicaciones telefónicas y telegráficas.

Se ha considerado que la técnica de la reserva pública es de carácter no ideológico, puesto que el constituyente peruano ha desechado el concepto de “nacionalización” que se caracterizaría por su naturaleza ideológica y política. En nuestro criterio consideramos que el concepto de “nacionalización” no es ideológico sino jurídico puesto que está reconocido en el art. 34 de la Constitución Francesa de 1958 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. En nuestro medio, se incorporó en el artículo 44 de la Constitución de 1920 que establecía que el Estado podrá nacionalizar los “transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular”. Más recientemente la Ley Fundamental de Bonn de 1949 reconoce expresamente la potestad pública de socialización de la tierra, del suelo, de las riquezas naturales y de los medios de producción (art. 15). En este sentido, los sectores jurídicos y políticos conservadores han sido muy reacios a aceptar el concepto de “nacionalización” que habiendo sido reconocido en las Constituciones de 1920 y 1933, ha sido eliminado en la Constitución de 1979, optándose por el aséptico concepto de “reserva al sector público” que pese a todo, su “realidad subyacente apunta a un fenómeno jurídico o paralelo a las nacionalizaciones” (25).

Como precisa Bassols la reserva no apunta a la titularidad del derecho (ello implicaría necesariamente una expropiación) sino a

(25) BASSOLS, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 174-75. Así, para este autor la nacionalización implica “la transferencia en favor de la colectividad —representada o personificada en la Nación— de sectores de actividad o bienes económicos privados que pasan a ser objeto de propiedad pública o publicados y, eventualmente, gestionados por entes públicos con la finalidad de excluirllos, por razones de interés público, de la gestión privada capitalista”.

la legitimación para el ejercicio del derecho de propiedad y de libre empresa. Por lo tanto implica la prohibición o la pérdida de la legitimidad para el ejercicio del derecho de empresa en un determinado sector económico o campo de la actividad económica (26).

Cuando la reserva se dirige sobre actividades que venían siendo explotadas por la iniciativa privada, entonces legitima la adopción de diversidad de medidas de reestructuración jurídica de la actividad reservada que no conlleva necesariamente la expropiación de sus bienes y titularidades: conversión del libre ejercicio de la empresa en concesionarios; constitución forzosa de una sociedad mixta, intervención de la empresa, adopción de modalidades específicas de administración o transferencias voluntarias de las empresas (27).

En nuestro medio se ha venido discutiendo si el establecimiento por ley de una reserva para el sector público vulnera los principios de economía de mercado y pluralismo económico reconocidos en la “Constitución Económica”. Consideramos que esta discusión ha sido motivada por consideraciones ideológicas y políticas mas que propiamente jurídicas. El argumento de que el monopolio estatal y las reservas para el sector público vulneran principios constitucionales carece de sentido lógico jurídico por que tal inferencia impediría cualquier aplicación práctica del artículo 114 de la Constitución, en la medida que la reserva para el Estado de una actividad productiva o de servicios configura una exclusión de la titularidad privada y de su ejercicio en el área reservada.

De otra parte, no resulta aplicable invocar contra el monopolio público el artículo 133 de la Constitución que prohíbe en forma genérica los monopolios. Esta norma se está refiriendo a los monopolios privados, puesto que el texto constitucional debe interpretarse de manera sistemática o integral excluyendo de este modo las interpretaciones contradictorias entre sí.

(26) Ibid, p. 177.

(27) Loc. cit.

Asimismo, debe subrayarse que el monopolio público es reconocido por el Derecho Constitucional occidental a tal punto que tenemos que considerar como antecedentes de nuestro artículo 114 a las normas en materia de reservas para el sector público de la Constitución Italiana de 1947 y de la Constitución Española de 1978. Así, el artículo 43 de la Constitución Italiana establece que: “La Ley podrá con finalidades de interés general reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o usuarios determinadas empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y que tengan interés general predominante”.

En esta misma dirección, la Constitución española en su artículo 128 establece que el Sector Público puede reservarse “recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”. El italiano Predieri explica el concepto de reserva pública de la Constitución Italiana en términos concluyentes: “Nada excluye que en cualquier campo, el poder público, puede ser propietario y empresario en posición de competencia, además de estar en situación de monopolio legal o titular de actividades reservadas en función del artículo 43° cost.” (28).

Resumiendo, el concepto de reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios, no contradice ni niega el principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 112 de la Constitución, pues tal pluralismo está referido al conjunto del sistema económico y no implica que debe regir con todos los sectores que lo conforman (29). Así, determinadas actividades pueden ser propiedad exclusiva del Estado, sin por ello eliminar el pluralismo de un sistema de economía mixta.

(28) PREDIERI, Alberto, *Régimen Económico y Social de la Constitución Italiana* en la obra colectiva: *Constitución y Economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 26.

(29) GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Constitución y Sistema Financiero*, en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Núm. 25, 1987, p. 11.

Otro concepto erróneamente manejado para calificar de inconstitucional al monopolio público es el principio de libre iniciativa privada reconocido, dentro de un sistema de “economía social de mercado”, en el artículo 115 de la Constitución económica peruana. Debe anotarse que tanto la potestad de reserva para el sector público como el principio de economía de mercado se encuentran recogidos en la Constitución Española de 1978 y de ésta han sido tomados como precedentes en la Constitución Peruana de 1979.

La aparente contradicción corrobora nuestra tesis en el sentido que la “Constitución Económica” peruana establece un sistema de economía socializada de mercado. Este sistema, tal como en la experiencia, española no es fruto de un consenso sino de la ausencia de un consenso verdadero en esa materia (30).

La cuestión en la práctica es más compleja que en el terreno teórico o principista, porque tiene que definirse a partir de qué momento, cuantitativa o cualitativamente, el crecimiento del sector público desvirtúa o enerva el concepto de “economía social de mercado”.

Como señala Rebollo (31) en este terreno no valen las apreciaciones apriorísticas sino que la solución dependerá de cada caso y de cada situación, teniendo en cuenta que la Constitución es un marco flexible, abierto y con una estructura dinámica, correspondiendo al Tribunal de Garantías Constitucionales un significativo papel al momento de resolver conflictos que en esencia son políticos, aunque resueltos conforme a una metodología ajena al modo de decisión política.

(30) DE JUAN ASENJO, Oscar, *La Constitución económica española. Iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 50.

(31) REBOLLO, Luis Martín, *De nuevo sobre el Servicio Público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en: *Revista de Administración Pública*, nums. 100-102, 1983, p. 2518.

Un aspecto conexo al tema de la actividad económica pública y al de las reservas del sector público es el concepto de servicio público. Así, el citado artículo 43° de la Constitución Italiana contempla como presupuesto material legítimamente para la reserva al sector público el interés general predominante en empresas que templa como presupuesto material legítimo para la reserva al sector público, el interés general predominante en empresas que exploten servicios públicos. De otro lado, la Constitución Peruana de 1979 en su artículo 113° reconoce la iniciativa empresarial pública para prestar servicios públicos. Sobre el concepto de “servicio público” debemos subrayar el criterio de Alessi, que señala que el concepto de servicio público “constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho Público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo” (32).

De la revisión del Derecho Constitucional Comparado, debemos mencionar el caso mexicano acerca de la reforma constitucional de noviembre de 1982, que elevó a rango constitucional la calidad de servicio público de la actividad bancaria, aunque anteriormente las leyes mexicanas calificaban a dicha actividad como servicio público al sujetarlo en su ejercicio a concesión por parte del gobierno federal, aun cuando permitían que éste lo concesionaría a empresas privadas bajo un régimen de regulación y control (33).

Asimismo, un antecedente que es preciso tener en cuenta fue la nacionalización francesa del sistema bancario y de las compañías financieras dispuesta por el gobierno socialista de François Mitterrand y su correspondiente marco constitucional. El debate constitucional se centró en la interpretación del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que forma parte de la Constitución fran-

(32) ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, p. 364.

(33) BORJA MARTINEZ, Francisco, *Régimen Jurídico de la Banca*; en: *La Constitución Mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*. Ed. Porrúa, México, 1985, p. 320.

cesa de 1958, el cual establece que: “Toda empresa cuya explotación adquiera el carácter de servicio público debe convertirse en propiedad de la colectividad”. En base a este principio constitucional se fundamentó la constitucionalidad de las nacionalizaciones francesas por el Consejo Constitucional en 1982 (34). De subrayarse el concepto asumido por el Consejo Constitucional al precisar la ausencia de “error manifiesto” en la decisión del legislador. Así, determinó que:

“Considerando que la apreciación realizada por el legislador sobre la necesidad de las nacionalizaciones decididas por ley sometida al examen del Consejo Constitucional no podría, salvo error manifiesto, ser recusada por éste dado que no está establecido que las transferencias de bienes y empresas que se realizan restrinjan el campo de la propiedad privada y de la libertad de empresa hasta el punto de violar las disposiciones anteriormente citadas de la Declaración de 1789”.

Lo cual no es obstáculo para el proceso de *dénationalisation* impulsado por la mayoría parlamentaria conservadora en 1986, puesto que no estableciendo expresamente la Constitución que el sistema financiero deba ser considerado servicio público, el Consejo Constitucional estimó que no había inconstitucionalidad al desnacionalizarlo.

A MODO DE CONCLUSION

Como consideraciones finales debemos reiterar nuestro punto de vista sostenido en anteriores trabajos sobre constitucionalismo económico que subrayan la textura abierta de la “Constitución Económica” peruana, siguiendo la huella de los modelos europeos. Lejos estamos de una interpretación del sistema económico en un sentido excluyente para aproximarla a una determinada concepción ideológica, como pretende el neoliberalismo conservador, con-

(34) Véase la resolución del Consejo Constitucional Francés en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982-10, Servicios de Estudios, Madrid, España.

gelando el texto constitucional a la medida de una pretendida voluntad del constituyente supuestamente identificada con dicha concepción. Tal intepretación deslegitimaría el modelo económico constitucionalizado pues impediría supuestamente desarrollar diversas alternativas programáticas de acuerdo a los cambios que se produzcan en un régimen de Estado social y democrático de derecho.

A tal posición excluyente que se acoge a una presunta interpretación auténtica de la “Constitución económica” le ha hecho el juego cierta crítica de izquierda, que erróneamente niega el carácter de textura flexible del Derecho Constitucional y que ha desarrollado una tesis opuesta a considerar que la Constitución es un marco flexible, un “modelo abierto” y con una estructura dinámica como coincide en precisar hoy la generalidad de la doctrina constitucional moderna.

El nuevo constitucionalismo económico o es fruto de un compromiso político o en algunos casos de la ausencia de un consenso auténtico derivado del pluralismo ideológico. Para sorpresa de muchos neoliberales conservadores, el nuevo constitucionalismo económico reconoce expresamente las facultades de nacionalización y socialización como potestades del Estado Social, así como incorpora una vasta gama de derechos económicos sociales y culturales como prestaciones y exigencias socio-económicas que debe asumir el Estado progresivamente con la prohibición de legislar en sentido contrario a éstas.

De este modo, los avances sociales reclamados por los progresistas están reconocidos en el Derecho Constitucional Económico contemporáneo limitando los derechos económicos privados de propiedad y de libre iniciativa, aunque en la actualidad la tendencia programática de diversos gobiernos es a una menor injerencia del intervencionismo estatal y a una mayor libertad del mercado tanto en Europa Occidental como en países del Este Europeo. Sin embargo, debe remarcarse que en dichos países se ha logrado un alto grado de desarrollo con erradicación de la extrema pobreza lo que dista mucho de la realidad de los países latinoamericanos.

Asimismo, debe precisarse que la restricción al derecho de propiedad no debe apuntar a la concepción de propiedad ni a la de mercado en sí misma, sino a su monopolización y disfrute por minorías que la concentran con la consecuente distribución regresiva del ingreso. De manera que pueden existir puntos de coincidencia entre un socialismo democrático y una economía de mercado sustentada por un neoliberalismo progresista y pluralista que preconice la difusión de la propiedad.

En conclusión, reafirmamos nuestra posición crítica del neoliberalismo conservador y de su interpretación de un supuesto modelo rígido y estático del sistema económico constitucional, y subrayamos que la normatividad de carácter económico está constituida por cláusulas abiertas cuyo contenido deberá ser matizado por el legislador e interpretado, en su caso, por el Tribunal de Garantías Constitucionales, dejando a un lado aquellas posturas que pretenden que determinados programas económicos partidarios puedan presentarse como interpretaciones auténticas de la “Constitución económica”, o como el modelo económico constitucionalizado.

BALANCE CONSTITUCIONAL DE LA REGIONALIZACION

César Landa Arroyo

I. INTRODUCCION

La Constitución ha establecido un modelo abierto de gobierno unitario y descentralizado; para lo cual se ha iniciado un proceso de regionalización, a través de la creación de gobiernos regionales con autonomía económica y administrativa, respecto del gobierno central.

Como quiera que el gobierno nacional es unitario, el ordenamiento jurídico nacional debería ser único; pero, dada la naturaleza descentralizada y pluralista de los gobiernos regionales y locales, el nuevo ordenamiento jurídico nacional debe comprender tanto a las normas centrales, como a las regionales y locales.

El Poder Ejecutivo ha demostrado una tendencia concentradora de funciones, en desmedro de organismos administrativos locales o departamentales; así como una tendencia interventora en los asuntos del Poder Legislativo y el Poder Judicial. En consecuencia, no cabe duda que lo propio podrá ocurrir con los gobiernos regionales.

De modo que, no obstante la delimitación constitucional y legislativa que ha hecho el Congreso de las competencias, funciones, recursos económicos, relaciones y responsabilidades, entre otras, de los órganos de gobierno regional, es de prever en adelante que se presenten casos de conflictos de normas entre el gobierno regional y el gobierno central. Lo cual alterará el sistema de organización jerárquica de las normas nacionales y regionales en sus distintos niveles.

Habida cuenta de esta futura realidad, resulta ineludible definir y plantear los alcances conceptuales de instituciones como descentralización, regionalización y autonomía, a fin de reconstruir el nuevo modelo de ordenamiento jurídico nacional que perfila la Constitución de 1979 cuando señala que su gobierno es unitario y descentralizado.

Como quiera que dichos conceptos sólo aparecen como respuesta al centralismo, primero resulta importante delimitar el alcance de éste, para luego estudiar la naturaleza de los conceptos de descentralización, regionalización y autonomía. En tal sentido, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, según Kelsen, la “comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento está constituido exclusivamente de normas que valen para todo el territorio” (1).

Se desprende de dicha afirmación que la noción de centralismo, connota una identidad entre el Estado y el sistema jurídico; es decir que, por un lado, el Estado se constituye como una comunidad normativa y que, por otro lado, dichas normas constituyen el orden estatal que rige en el territorio y que emana de un poder único.

Desde una perspectiva del Derecho Constitucional, se plantea que en un régimen centralizado, “la iniciativa y la acción corresponden exclusivamente al Gobierno Central, el que a través de sus distintos órganos, asume la totalidad del Poder. Las circunscripciones se hallan supeditadas al Poder Central y a sus delegados. El poder político se concentra en una persona, todos obedecen a una misma autoridad y a las mismas leyes” (2).

En tal entendido, el centralismo se caracterizaría por: la concentración en provecho de la administración central, del poder de

(1) KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, México, 1965, pág. 215.

(2) PAREJA PAZ SOLDAN, José, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Tomo II, Lima, 1980, pág. 693.

obligar y de la capacidad de decidir, de un solo organismo de ámbito central; la concentración de la competencia técnica; la concentración del poder de designar a los agentes gubernamentales, y que el gobierno central asuma de modo exclusivo, la dirección de todos los servicios públicos, mediante un personal jerarquizado.

La centralización unifica y coordina la acción del Estado, a través de una burocracia jerarquizada y ofrece las ventajas de afirmar la unidad del Estado, un mejor control administrativo y un más eficiente rendimiento de determinados servicios públicos. Desde esta perspectiva, el gobierno central otorga a la autoridad nacional poderes excesivos, convierte al gobierno en árbitro de todas las situaciones, concentra el ejercicio de la política, así como sustrae a las instituciones y a los ciudadanos de todo sentido de responsabilidad en el ejercicio de la cosa pública.

Desde un punto de vista de la Teoría de la Administración, Jiménez Nieto señala que “el continuo concentración-desconcentración hace referencia a la diferencia progresiva de los órganos dentro de una institución, a partir del punto inicial de una concentración total de autoridad y responsabilidad en la gerencia, en que no existe pluralidad de órganos porque no hay atribución formal de competencia decisoria fuera del nivel gerencia, con lo que toda y sólo la gerencia es la institución” (3). Cabe rescatar el criterio de pluralidad y competencia apuntados, por cuanto a partir de estos conceptos es que se podrá plantear la noción de ordenamientos jurídicos pluralistas y asignar a cada ordenamiento una determinada porción de funciones y atribuciones exclusivas.

A tenor de las opiniones expuestas, se puede señalar que el concepto de centralización se ha ido perfilando tanto en su contenido, cuanto en sus alcances, como un problema de concentración territorial y funcional, de competencias y actividades normativas, administrativas y políticas. De modo tal, que las alternativas que se han formulado o creado en estos últimos años frente al

(3) Cfr. JIMENEZ NIETO, Ignacio, *Teoría Administrativa de Gobierno*, Madrid, 1977, pág. 137.

centralismo, son tributarias de las nuevas percepciones que se tienen hoy en día sobre el fenómeno del centralismo.

No por ello, las alternativas que se plantean ante el centralismo son uniformes. Los grupos de opinión que se han pronunciado sobre el tema, plantean como solución al centralismo la desconcentración, descentralización y la regionalización. Si bien estos conceptos se vinculan entre sí, no son sustantivamente homogéneos; mas aún, existe una marcada diferencia, por ejemplo, entre desconcentración y descentralización. A su vez, el descentralismo se disemina en postulados regionalistas, asumidos por nuestro ordenamiento constitucional. En este sentido, reafirmamos la necesidad de definir cada uno de estos conceptos.

1. *Descentralización*

La descentralización no supone la ruptura del concepto unitario del Estado Peruano consagrado en la Constitución de 1979; porque la unidad del poder y del ordenamiento jurídico se supeditan a la norma constitucional que es común a todos los ordenamientos jurídicos.

El Estado descentralizado, entonces, contiene además de normas centrales, normas regionales; es decir que “su orden jurídico comprende un doble ámbito: el orden central y el orden local. Ambos en conjunto, conforman una unidad jurídica nacional. Pero sepamos bien diferenciar desde ahora esta unidad jurídica nacional (bivalente) de la sola consideración del orden central, que es tan sólo una de sus partes” (4).

Habrà entonces descentralización, en tanto se reconozcan órganos de gobierno distintos al central, ya sea gobiernos regionales o locales. Esta figura de descentralización política, compromete el concepto mismo del poder unitario, pero sin desnatura-

(4) BUSTAMANTE BELAUNDE, Luis, *La Regionalización y la Constitución de 1979*, Ponencia al Seminario Problemática Regional del Perú, Arequipa, 1980, mimeo, pág. 14.

lizarlo o más aún desaparecerlo. Asimismo, “la descentralización no existe sino en tanto que se trata de la articulación espacial de una y la misma comunidad jurídica, con la estructura de uno y el mismo territorio. . . De modo tal que el supuesto mínimo para hablar de descentralización es, a la vez, la condición mínima para admitir la existencia de una pluralidad de comunidades jurídicas. Partiendo de este punto de vista fundamental puede hablarse de descentralización, en su sentido estricto, sólo en el momento que la unidad del territorio se constituya merced a normas positivas y no tan sólo en virtud de una norma hipotética fundamental” (5).

En sí la idea kelseniana del ordenamiento jurídico descentralizado puede tener diversos grados. No sólo es factible que la fase de legislación se halle centralizada y descentralizada la etapa de ejecución, sino que también es posible el caso inverso, es decir, descentralización de la legislación y centralización de la aplicación de las normas.

Existen a su vez, otros criterios para analizar la descentralización; en primer lugar, el del ámbito espacial de validez de la norma y, en segundo lugar, el de los órganos y procedimientos encargados de la creación de dichas normas.

En este sentido, Kelsen se refiere a que la descentralización es imperfecta cuando la facultad de legislar se encuentra distribuida entre un órgano central y varios órganos regionales legislativos. Esto, sin perjuicio de que sobre todas o determinadas materias que son competencia de la legislación regional, la legislación central se reserve la facultad de derogar o suspender una ley regional contraria a la ley central, a través del veto o la observación, como es el caso de la legislación regional peruana.

Por otro lado, Kelsen afirma que la descentralización es perfecta cuando el establecimiento de normas válidas, únicamente para una parte del territorio son definitivas e independientes del gobierno central. Es decir, que no existe la posibilidad de que la

(5) KELSEN, Hans, op. cit., pág. 215-216.

norma regional sea determinada por la norma central; entendiendo por ésta a la norma que es válida para todo el territorio y que es producida por el gobierno central.

Por otro lado, José Pareja Paz Soldán, señala que la descentralización es un régimen administrativo que se caracteriza porque a las autoridades regionales se les atribuyen determinadas funciones, que gozan de un margen apreciable de autonomía. Lo cual se genera a partir del reparto constitucional de competencias entre los órganos centrales y los regionales; así como por la elección directa de las autoridades regionales, sin perjuicio de que se mantenga la unidad de soberanía, de dirección nacional. El gobierno central se reserva el derecho de reasumir, en todo momento, cualquier poder o atribución que ha delegado, cuando así lo estime la unidad de gobierno o el interés nacional.

En la descentralización, entonces, las circunscripciones territoriales que forman el Estado, gozan de una importante cuota de autonomía en el manejo de sus negocios y de sus intereses particulares. En tal sentido, según Pareja, la descentralización consiste en el “reparto entre las diversas circunscripciones administrativas y entre sus órganos, de los poderes de decisión, en ciertos negocios, y una distribución coordinada de su competencia. Confía la designación de su personal al cuerpo electoral de la circunscripción” (6).

Es del caso observar que, en primer lugar, la descentralización por naturaleza no es un régimen administrativo, sino que es la categoría jurídica de una forma de gobierno. Con lo que hay que distinguir que gobierno y administración no son conceptos sinónimos, sino que cada uno tiene objetivos y fines particulares.

El gobierno es una institución cuyo fin o función es dirigir y que lo hace a través de una estructura de poder; en tanto que lo administrativo se ocupa de aplicar y encausar a los particulares en el cumplimiento de los fines colectivos, con lo cual se encuentra en

(6) PAREJA PAZ SOLDAN, José, op. cit., págs. 694-695.

una estrecha relación de dependencia con el plano de gobierno. Efectivamente, “gobernar para Dabin, en el sentido estricto de la palabra corresponde a una actividad a través de la cual una autoridad pública o el poder imprimen dirección a los ciudadanos, rigiendo la conducta de los mismos, por intermedio de múltiples prescripciones legales” (7).

Conviene anotar, a su vez, que las normas jurídicas de una comunidad, válidas en todo el territorio son las nacionales. Pero en el régimen unitario descentralizado existen algunas normas cuya validez se refiere tan sólo a una parte del territorio. Ambos coexisten perfectamente y se combinan dentro de un orden jurídico nacional que engloba tanto a los subordinamientos jurídicos regionales, como también al sistema jurídico central.

Finalmente, conviene apuntalar los conceptos sobre descentralización —anteriormente vertidos— con los que plantea el Instituto Nacional de Planificación encargado de la conducción técnica del proceso de regionalización. Al respecto, el INP señala que por descentralización se entiende el establecimiento de entidades regionales o locales con autonomía política, económica y administrativa. Dentro de este concepto la descentralización es política, cuando las entidades responsables tanto de la toma de decisiones como de su ejecución, están constituidas por autoridades elegidas por la población. . . Es económica, cuando la sede principal del agente económico y su actividad productiva o de servicios se ubica fuera del punto geográfico central. . . Es administrativa, cuando las entidades públicas cuentan con personería jurídica propia y una autonomía administrativa, económica y financiera. . . (8).

Con esta vertiente parcial, pero complementaria a la jurídica, podemos encontrar un perfil propio al concepto de descentra-

(7) DE OLIVEIRA BARACHO, José, *Teoría do Governo*, Bello Horizonte, 1988, RBEP No. 66, pág. 52.

(8) *Plan Nacional de Regionalización*, Instituto Nacional de Planificación, primera versión, Lima 1983, págs. 4-5.

lización. En esta perspectiva, entendemos la descentralización como el acto por el cual un organismo transfiere a uno de sus órganos la titularidad de ciertos poderes, convirtiéndose mediante ese acto discontinuo, en otro organismo de gobierno. Es así que dicho acto se agota una vez realizado este, con lo cual las relaciones entre el organismo matriz y el recién constituido, ya no son de subordinación sino son de coordinación y excepcionalmente de control o tutela.

Esto denota que la atribución a la entidad descentralizada de facultades de decisión autónoma relativa la convierten en una persona jurídica distinta del que la creó, con todas las atribuciones —derechos y obligaciones— que ello importa, que bien pueden ser de orden normativo, administrativo, económico y político.

2. *Desconcentración*

Usualmente, se ha confundido el concepto de desconcentración con el de descentralización. Esto, aparentemente, se ha debido a que no se ha delimitado claramente la naturaleza, alcance y vinculaciones entre dichos conceptos. De tal manera que conviene recordar, en primer lugar, que la descentralización es el acto mediante el cual la autoridad transfiere parte del ejercicio de las funciones del poder, a unidades o entes que adquieren la categoría de organismos autónomos parciales con personería jurídica propia.

Es del caso señalar que la desconcentración, a diferencia de la descentralización, se fundamenta en otro principio, según el cual, para un mejor cumplimiento de los cometidos de Gobierno, se procede a “generar una delegación de funciones, atribuciones y decisiones, desde un nivel de autoridad superior hacia niveles de autoridad subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica” (9). La desconcentración implica, entonces, la determinación de competencias y atribuciones a diferentes niveles de la administración.

(9) SANCHEZ, Fortunato, *Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, documento no oficial, Lima, 1980, pág. 37.

Entendemos que la desconcentración no es un grado menor de descentralización. Entre ambas formas de organización administrativa hay una diferencia de fondo. Desconcentrar equivale a delegar funciones; es un proceso técnico de efectos limitados en los campos jurídico-administrativos. Constituye una decisión intra-institucional, micro-administrativa y operativa; en tanto que descentralizar significa transferir competencias y funciones a nuevos centros el poder de decisión autónoma, sobre las prioridades de su comunidad. Este es un fenómeno extra-institucional, a partir del cual se da origen a nuevas instituciones dotadas de personalidad jurídica de derecho público y con capacidad para obligar y obligarse.

En consecuencia, la desconcentración supone la pérdida de ciertas competencias de un órgano superior y la correlativa atribución interna de competencias singulares a órganos propios de la entidad, para facilitar la consecución de sus fines; de modo que las relaciones son endógenas, es decir, el órgano superior posee en adelante, respecto de las funciones o atribuciones desconcentradas, sólo facultades de supervisión o control emanadas de su poder jerárquico, pero que son suficientes para mantener la reserva de jurisdicción. Asimismo, en cualquier momento el organismo superior puede recuperar las competencias otorgadas a un órgano determinado; más aún, aquel sigue siendo responsable en última instancia de la actuación que realice el órgano desconcentrado sobre las competencias que el organismo superior le ha delegado.

Desde otro punto de vista, el Instituto Nacional de Planificación establece que, por desconcentración debe entenderse la decisión del nivel central de delegar funciones y atribuciones a entidades públicas, sin que se afecte la unidad del Estado y de Gobierno. Dentro de este marco, la desconcentración es política cuando la asignación de funciones se refiere a una función general del Estado; por ejemplo, cuando dentro del Poder Ejecutivo, se crea el Ministerio de la Presidencia o el Ministerio de Defensa. Es económica, cuando los agentes económicos ubican sus agencias subsidiarias fuera de la sede principal. Es administrativa, cuando la delegación de atribuciones y funciones se efectúa al interior del aparato administrativo de un mismo organismo.

En este aspecto, se puede considerar dos tipos de desconcentración administrativa: La *desconcentración funcional* que está referida a la especialización o división de atribuciones y de trabajo. Así tenemos que, el Gobierno Nacional se desconcentra funcionalmente, en sectores de actividad o materias competenciales, según sean los campos de interés público como salud, educación, trabajo y vivienda; en lo económico, agricultura, minería, energía, industria; o, en defensa nacional, relaciones exteriores, seguridad interior. Asimismo, la desconcentración administrativa es funcional cuando se delegan ciertas competencias normativas, resolutivas o ejecutivas de una instancia jerárquica superior a una inferior, sin considerar el ámbito territorial; por ejemplo la delegación de facultades de un ministro a un viceministro para el nombramiento de determinados funcionarios de confianza.

Existe *desconcentración territorial*, cuando la delegación se realiza de una instancia superior a otra inferior, considerando el ámbito territorial; por ejemplo la delegación de competencias del nivel nacional del Ministerio de Educación en materia de educación extraescolar a las Unidades de Servicios Educativos de ámbito competencial distrital o provincial.

Cabe aclarar —como bien señala Bustamante— que, como “las actividades gubernamentales no son siempre susceptibles de ser desarrolladas únicamente desde un nivel agregado o central, puesto que podrías llegar a perder eficacia, y atendiendo principalmente a tal eficacia, se propone una desagregación de instancias jerárquicamente ordenadas y distribuidas a lo largo y ancho del territorio en circunscripciones variadas que reciben, indistintamente, la denominación de “zonas”, “regiones”, “departamentos”, “distritos”, etc. Al frente de estas circunscripciones figura una instancia organizativa, a la cual se le atribuyen determinadas dosis o cuotas de competencias regladas (esto es con márgenes limitados de capacidad discrecional) y sin menoscabo de la reserva de jurisdicción final —que es la eufemística denominación administrativa de no perder el derecho a decir la última palabra— que corresponde siempre a la ins-

tancia más alta radicada en el nivel central de la decisión gubernamental” (10).

En esencia, se podría mencionar que la diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por: primero, el otorgamiento de la personalidad jurídica, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo. Luego, porque en la desconcentración, el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente; en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquél a quien se le resta competencia.

3. Regionalización

El concepto de regionalización, al igual que los anteriormente descritos (centralismo, descentralización y desconcentración), no tiene una definición unívoca. Debido, de un lado, a la carga subjetiva con que se le trata y, de otro, a que es un término nuevo dentro de los campos jurídico, político y administrativo. Así tenemos que, a la regionalización se le concibe como “el proceso de redistribución y/o reordenamiento espacial que busca la articulación económico-social, geopolítica, ecológica y administrativa en ámbitos regionales; con la finalidad de alcanzar el desarrollo autosostenido de la región” (11).

Casi coincidentemente con este planteamiento, Rubio y Bernalles anotan que “regionalizar, es un proceso más completo que los anteriores (desconcentración y descentralización). La región es un determinado espacio geográfico del territorio, en el cual existen diversos organismos que, si bien quedan sometidos al Gobierno Central en materia de armonización de políticas y normatividad general, adquieren sin embargo, dentro de su región, una cuota del poder que antes mantenía el Gobierno Central, pero, en adición, a una transmisión efectiva de poder” (12).

(10) BUSTAMANTE BELAUNDE, Luis, op. cit., pág. 23.

(11) SANCHEZ, Fortunato, op. cit., pág. 43.

(12) RUBIO, Marcial y BERNALLES, Enrique, *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Lima, 1981, pág. 267.

Al respecto, cabe señalar que tal definición parte, fundamentalmente, de concebir a la regionalización, como un proceso de reordenamiento espacial. Es decir que, otorga el peso de la regionalización al hecho físico de la organización y acondicionamiento del territorio. Lo cual resulta erróneo, en nuestro concepto, por cuanto la redistribución espacial del territorio sólo tiene sentido a partir de la organización y aplicación de todo un sistema de decisiones en la región, a fin de cumplir con los fines y objetivos de carácter regional que plantea el Gobierno Nacional, a partir de un expreso mandato constitucional. En tal sentido, no se puede desvincular el concepto de regionalización del componente jurídico-administrativo y político, lo cual le da contenido real y sustantivo al concepto de regionalización como proceso integral.

Por ello, una vez delimitado el territorio, de acuerdo con los fines descentralizadores que plantea la Constitución, la regionalización deviene en el establecimiento de una estructura de gobierno y administración, que comprenda un sistema de ejercicio del poder político. Entendido este último no sólo como el ejercicio de las funciones normativa, administrativa e inclusive jurisdiccional, en la región; sino también, como la redefinición de dichas funciones estatales cara a vincular directa y democráticamente la organización del Estado a la sociedad. De manera tal que, la regionalización requiere del replanteamiento de la estructura del Estado no sólo en cuanto a la organización, sino también en cuanto a funcionamiento y fines.

Ahora bien, la regionalización, así entendida, es una forma de descentralización, en tanto que esta se realiza de manera plena y en forma permanente, en ámbitos institucionales homogéneos e integrados cultural, social, física y económicamente. De tal modo que se reconoce a organismos públicos regionales competencias y funciones normativas (legislativa y administrativas) y, eventualmente, jurisdiccionales, en un ámbito regional y con carácter de permanencia en el tiempo, sin lo cual no podría hablarse de regionalización ni de descentralización plena.

La regionalización, así entendida, exige una verdadera descentralización. Es decir, que no basta una descentralización meramen-

te administrativa o económica o normativa. Si la regionalización se limitase a la descentralización administrativa, económica o normativa, se estaría desnaturalizando y tergiversando la esencia misma de la regionalización. En este sentido, se trataría tan sólo de un reordenamiento espacial de la organización administrativa del Estado, o de una redistribución de los agentes económicos y actividades productivas o de servicios, fuera de la sede geográfica central, o de una transferencia de la toma de ciertas decisiones ejecutivas, a través de autoridades elegidas por la población, como en los gobiernos locales, o de la transferencia de facultades jurisdiccionales, a fin de declarar derecho sobre algunas materias con carácter de cosa juzgada en el ámbito jurisdiccional.

Tales facultades y acciones propias de una descentralización administrativa, económica, política o jurisdiccional, respectivamente, no constituyen por sí solas la regionalización; por el contrario, la regionalización engloba a las categorías antes mencionadas, pero no de manera aritmética sino democrática y participativamente diferente, armónica y sistemática. En consecuencia, la regionalización requiere de un sistema de órganos, normas y procedimientos que integran a la población en el desarrollo armónico y sistemático de un ámbito. Lo cual se logrará a partir de que el Gobierno Nacional reconozca, en favor de los órganos gubernamentales regionales, facultades normativas (legislativas y administrativas) y jurisdiccionales en el ámbito de la región; sin los cuales no existirá, como ya hemos señalado, descentralización plena, y a su vez, tampoco se podrá hablar propiamente de regionalización.

La regionalización, en consecuencia, se diferencia de la descentralización y de la desconcentración. Por cuanto, la regionalización se orienta a la creación de regiones dotadas de efectiva autonomía, con organismos para promover la participación y el desarrollo y así cumplir plenamente sus funciones de gobierno regional; la desconcentración es una simple delegación de competencias administrativas de un órgano superior a otro inferior; y la descentralización implica la creación de personas jurídicas con poderes de decisión en determinados aspectos de la política pública.

4. *Autonomía*

Al referirse a la autonomía se piensa en un orden parcial y descentralizado, cuyas normas son creadas mediante métodos democráticos y con un contenido administrativo, legislativo y jurisdiccional. En efecto, para Ferrando Badia, “la esencia de la autonomía radica en la potestad que tiene un ente público de promulgar leyes en sentido material (que son diversas de las simples normas jurídicas) destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal” (13).

Junto a este concepto jurídico se encuentra un elemento político básico, que es la democracia. Al respecto, Kelsen afirma que “la lucha por la autonomía es, ante todo, una lucha por la participación del pueblo en la formación de la voluntad estatal” (14).

Entonces, la noción jurídico-política de la autonomía, se fundamenta en que las normas son creadas por los propios ciudadanos de la región, independizando la determinación de los contenidos de las normas regionales de toda instancia central.

La autonomía entendida así, se gesta en la idea democrática como elemento decisivo; de modo tal que, la administración de la región no recae en los funcionarios designados por el Gobierno Nacional, sino que son administrados por los representantes elegidos por la propia comunidad. Tal es el sentido que va implícito en el concepto de autonomía.

Conjuntamente con señalar que la idea democrática sustenta el concepto de autonomía, basta con aclarar, de otro lado, que al organismo local o regional encargado de la administración autónoma, sólo le compete una parte de la administración pública del Es-

(13) FERRANDO BADIA, Juan, *La Región y el Estado Regional*, en: *Federalismo y Regionalismo*, Gumersindo Trujillo (coordinador), Madrid 1979, pág. 338.

(14) KELSEN, Hans, op. cit., pág. 230.

tado; por cuanto, el Gobierno Nacional, como es propio, es el que se erige con una suerte de reserva de jurisdicción sobre las demás tareas gubernamentales a nivel nacional.

En gran número de casos, el gobierno nacional se reserva la regulación, mediante ley, de un conjunto de materias, dejando a cargo de un ente autónomo la legislación de desarrollo, la ejecución de la misma; esto, sin perjuicio de la posible facultad de normativa originaria que goce los organismos autónomos, de acuerdo con los postulados constitucionales específicos.

Esta prerrogativa que puede darse en el ámbito de lo económico o administrativo recibe el nombre de autonomía, y sus titulares de gobiernos autónomos; los cuales tienen capacidad de crear normas generales de segundo o tercer grado (leyes y reglamentos). En tal sentido, se comparte la definición de autonomía de Zanolini, entendida como “la facultad que tienen algunas asociaciones de organizarse jurídicamente, de crear un derecho propio; derecho que no sólo es reconocido como tal por el Estado, sino que lo incorpora a su propio ordenamiento jurídico y lo declara obligatorio como las demás leyes y reglamentos” (15).

Los actos de estos entes u organismos, aún cuando sean autónomos, son actos de gobierno y actos de la administración del Estado, y los entes que lo realizan, aún cuando sean gobiernos públicos autónomos, pertenecen a la estructura del Estado, como sujetos de derecho público interno; por lo cual, no pueden llegar a constituirse en poderes públicos que disputen las competencias constitucionales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La Constitución al otorgar facultades de *ius imperium* a un organismo autónomo gubernamental, delimita específicamente la responsabilidad estatal que se le asigna al gobierno regional, como sujeto de la administración pública. Entonces, este organismo autónomo regional que se crea en la Constitución, me-

(15) Citado por Juan Ferrando Badía, op. cit., pág. 338.

diante la descentralización, se encuentra signado por la responsabilidad jurídica que le otorga la Constitución y las leyes, así como por la responsabilidad política que le compete a los ciudadanos de la comunidad regional. Pero esta personificación no es más que el fundamento para otorgar validez al orden estatal descentralizado, por cuanto no es posible divorciar absolutamente el gobierno y la administración pública en dos ámbitos distintos e independientes uno de otro.

Aún cuando exista un gobierno y una administración estatal de carácter nacional y otra de carácter regional, se presupone que como colaboración y/o ejecución de decisiones, normas y actos de derecho, pertenecen a un mismo Estado del cual son miembros uno y otro. Asimismo, como organismos conformantes de la estructura que se representa en el Estado, son expresión social únicamente de la unidad política de un orden mayor que se representa en la comunidad nacional.

II. ORDENAMIENTO JURIDICO REGIONAL

Formulado así el problema, resulta importante abordar, a continuación, el ordenamiento jurídico del gobierno regional, perfilado en la Constitución, apuntalado en el Plan Nacional de Regionalización (PNR) y desarrollado, sobre todo, en la Ley de Bases de la Regionalización. Por cuanto en ellas se encuentran las fuentes jurídicas de lo que a futuro se puede denominar el Derecho Regional Peruano.

Este conjunto normativo forma un bloque de constitucionalidad, porque las normas constitucionales abiertas sobre regionalización, deben ser complementadas por el conjunto de disposiciones fundamentales sobre dicha materia, a fin de que constituyan un parámetro para apreciar la validez y límite del ejercicio de las potestades normativas tanto centrales como regionales, señaladas en la Constitución. De modo que, análogamente al caso español, se puede afirmar que “todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de las leyes estatales y autónomas constituye lo que se ha dado en denominar el bloque de la constitucionalidad,

concepto que el Tribunal Constitucional emplea con asiduidad” (16).

Cabe señalar que el modelo de la regionalización peruana también ha incorporado la noción del bloque de la constitucionalidad, al establecer en el artículo 21o. de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ley No. 23385, que para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas regionales de carácter general, el Tribunal considerará “además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se haya dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado”. Es evidente que dicha regla consagra el principio del bloque de la constitucionalidad y le convierte en un principio vinculante que debe alcanzar no sólo a los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales cuando resuelvan las acciones de inconstitucionalidad de las leyes regionales, sino además a los magistrados del Poder Judicial cuando resuelvan las acciones populares contra las normas regionales de carácter general inferior en jerarquía a la ley regional.

Ahora bien, de acuerdo con las normas del bloque de constitucionalidad regional cada gobierno regional tiene una instancia asamblearia legislativa y otra instancia ejecutiva. La organización parlamentaria está integrada por representantes elegidos por la población regional, los alcaldes provinciales del ámbito regional y los delegados de las instituciones económicas, sociales y culturales de la región, según dispone el artículo 264 de la Constitución.

Este órgano legislativo tiene como contrapartida al Consejo Regional, suerte de Consejo de Ministros a nivel regional, integrado por el Presidente del Consejo Regional, su Vicepresidente y cinco secretarios regionales (17). Como quiera que la descentrali-

(16) MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo II, Madrid, 1984, pág. 282.

(17) La Ley 24650, en su artículo 33, señala que todos los gobiernos regionales tendrán Secretarías de Asuntos Sociales; de Asuntos Productivos

zación es en cascada, el gobierno regional a su vez se descentraliza territorialmente, creando a su interior las llamadas oficinas subregionales de desarrollo, como órganos ejecutivos de las secretarías regionales en un ámbito territorial aún no definido, menor obviamente al regional (18); así como, constituyendo empresas públicas regionales e instituciones públicas descentralizadas.

1. Organos Normativos del Gobierno Regional

La organización regional goza de una capacidad normativa y reguladora, establecida en la Constitución y en las leyes (19), en virtud de las cuales creará un ordenamiento jurídico regional propio. En efecto, en adelante las personas naturales y jurídicas se encontrarán reguladas por las normas de carácter general que dicte el gobierno regional, sin perjuicio del respeto al sistema jurídico nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Extractivos; de Asuntos Productivos de Transformación; de Asuntos de Infraestructura, y de Planificación y Presupuesto. Finalmente, cabe agregar que el Presidente de la Asamblea Regional hace las veces de Presidente del Consejo Regional, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 265 de la Constitución.

- (18) Efectivamente, la Ley 24650, en su artículo 41, sólo ha definido criterios para delimitar el espacio subregional; así, pues, “el ámbito de la subregión debe ser lo suficientemente vasto para permitir un manejo integrado de los distintos pisos ecológicos preferentemente a base de una cuenca hidrográfica o cuencas hidrográficas relacionadas, de modo que favorezcan la recuperación, conservación y preservación de los recursos naturales renovables, la organización de la producción y comercialización con criterios de complementariedad y especialización, la integración y mejora de la gestión y los servicios públicos, así como la participación de la población en la toma de decisiones del desarrollo subregional”.
- (19) Cfr. artículo 261 e incisos 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 265 de la Constitución; asimismo, artículos 56 al 74 del Título Quinto Del Ordenamiento Jurídico Regional del Texto Unico Ordenado de la Ley de Bases de la Regionalización, aprobado por Decreto Supremo No. 071-88-PCM.

Como quiera que el ordenamiento jurídico regional es de cumplimiento obligatorio para ciudadanos, autoridades y en las relaciones entre ellos, se están sentando las bases de un modelo de descentralización política; por cuanto, toda comunidad que dispone de la potestad de elegir a sus propios representantes y autonormarse, es una entidad con autonomía política, según Kelsen. En tal sentido, el Gobierno Regional tiene un propio dinamismo normativo, sujeto a determinadas competencias y atribuciones, en principio, de su entera responsabilidad normativa. De ahí que es factible que pueda generarse un caos legislativo, entre los gobiernos regionales y el gobierno central o las municipalidades por la gran disparidad de normas y la eventual superposición de las mismas.

En consecuencia, se requiere conocer con meridiana claridad cual es el ordenamiento normativo del Gobierno Regional, a fin de integrarlo al sistema jurídico nacional, entendido este último como un sistema de resolución pacífica y eficiente de conflictos, antes que un conjunto de normas y reglas estáticas a aplicar.

Por ello, siguiendo el texto de la Ley de Bases de la Regionalización, a continuación se identifica cada órgano de gobierno y administración regional y su capacidad para aprobar normas y acuerdos:

- a. Asamblea Regional.— Competente para aprobar (Ley de Bases de la Regionalización arts. 60 y 65):
 - Leyes Regionales.
 - Decretos Regionales.
 - Resoluciones Legislativas.
 - Acuerdos.
- b. Consejo Regional.— Competente para dictar (Ley de Bases de la Regionalización arts. 60 y 67):
 - Decretos Ejecutivos Regionales.
 - Resoluciones Ejecutivas Regionales.
- c. Secretarías Regionales.— Competentes para dictar (Ley de Bases de la Regionalización art. 60 in fine):

- Resoluciones Secretariales Regionales.
- d. Direcciones Regionales.— Competentes para dictar (Ley de Bases de la Regionalización art. 60 in fine):
 - Resoluciones Directorales.
- e. Oficina Subregional de Desarrollo.— Competentes para dictar (Ley de Bases de la Regionalización art. 60 in fine):
 - Resoluciones Subregionales.

2. *Naturaleza Jurídica de las Normas Regionales*

Una vez identificados los órganos y sus atribuciones normativas, cabe analizar la naturaleza y el alcance jurídicos de cada una de las normas positivas componentes del ordenamiento jurídico regional:

Leyes Regionales.— Tienen la misma capacidad obligatoria e intemporal que una ley nacional cualquiera aprobada por el Congreso Nacional. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la ley regional se encuentra limitada al espacio territorial de la región; es decir que esta ley sólo es válida para y en la región cuya Asamblea la aprobó.

Pero, junto a la aplicación espacial delimitada de la ley regional, existe una reserva material de este tipo de ley regional, basada en que sólo se podrá regular mediante esta vía legal determinados asuntos que le transfiera legislativamente el Congreso, según señala el artículo 265, inciso 3 de la Constitución y artículos 57 y 60 de la Ley de Bases de la Regionalización; así como determinadas materias competenciales propias de su ejercicio gubernamental, tales como: la organización del Gobierno Regional; el presupuesto y el plan regional de desarrollo; la cuenta regional; y los demás asuntos que se deriven del ejercicio de las funciones de Gobierno Regional, que requieren el voto favorable de la mitad más uno del número legal de miembros de la Asamblea Regional, según dispone el artículo 22 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Si bien la legislación sobre regionalización no lo prescribe

taxativamente, las leyes regionales que apruebe la Asamblea Regional, en virtud de la delegación de facultades legislativas que le confiera el Parlamento, deberían ser aprobadas por una mayoría calificada. En efecto, la Ley de Bases de la Regionalización señala tangencialmente en el artículo 64, a propósito de la fórmula para remitir la ley regional al Presidente de la República, que esta ley será acordada “con el voto aprobatorio y calificado de la Asamblea Regional”. Al no existir otro artículo que se refiera o más aún que exija la votación calificada para la aprobación de las leyes regionales dadas en mérito a la delegación de facultades del Congreso Nacional, debe entenderse que si para aprobar las materias ordinarias se requiere votación calificada, con mayor razón debe demandarse dicho requisito para los casos de delegación de facultades legislativas del Congreso Nacional a las asambleas regionales.

En tal sentido, los asuntos de importancia sustantiva tanto para el Congreso Nacional, como para el gobierno regional que se deleguen legislativamente requerirán un quórum de votación calificada, lo cual llevaría a realizar compromisos regionales entre todas las fuerzas políticas y sociales, salvo que la ley autoritativa disponga lo contrario.

Por ejemplo, la creación de impuestos regionales y el endeudamiento público externo, según los artículos 139 y 141 de la Constitución, sólo podrá realizarlo la Asamblea Regional mediante delegación de facultades legislativas del Congreso Nacional; en consecuencia, en hipotéticos asuntos como la explotación del Gas de Camisea en la región Inka, o más reales como la ejecución de los grandes proyectos CHAVIMOCHIC en la Región San Martín-La Libertad y MAJES en la Región Arequipa, las leyes regionales tributarias y de endeudamiento externo deberían ser aprobadas como producto de la concertación de las fuerzas integrantes de la Asamblea Regional, dada la importancia de la regulación de dichos proyectos para la región y su repercusión para el país.

Por otra parte, cabe señalar que el texto de las leyes regionales que aprueba la Asamblea Regional, en virtud de la delegación legislativa del Congreso Nacional, las remite el Presidente de la

Asamblea al Presidente de la República, quien puede, según el artículo 61o. de la Ley de Bases de la Regionalización:

a. Promulgarlas.— Si el Presidente de la República no observa o veta las leyes regionales, las promulga y ordena se publiquen, con numeración correlativa, en el diario oficial “El Peruano” y en un diario de la región si hubiera. Para tal efecto, el Presidente de la Asamblea Regional remite al Presidente de la República el texto de la ley regional, de acuerdo con las fórmulas dispuestas en el artículo 64 de la Ley de Bases de la Regionalización.

b. Observarlas.— En este caso el Presidente de la República devuelve la ley regional a la Asamblea Regional de origen en un plazo de quince días a partir de la recepción; indicando por escrito las observaciones que formula.

La Asamblea Regional puede insistir en la promulgación, sólo si lo acuerda la mitad más uno del número legal de miembros. En el caso que el Presidente de la República no la promulgue y mande publicar en un plazo de quince días, la Asamblea Regional se puede dirigir al Congreso de la República, para que su Presidente promulgue y mande publicar la ley regional; análogamente a lo que establece el artículo 193 de la Constitución, para la promulgación de las leyes del Congreso, en caso que el Presidente no lo haga.

Sin embargo, si el Presidente del Congreso de la República también es renuente a promulgar dicha ley regional, aparentemente se crearía un impase no sólo político sino también jurídico, no previsto explícitamente en el bloque de la constitucionalidad. Pero que bien podría encausarse, a través de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Bases de la Regionalización, según el cual “los conflictos entre un Gobierno Regional y un Gobierno Local, entre Gobiernos Regionales y entre un Gobierno Regional y el Gobierno Central son resueltos por la Corte Suprema, tramitándose el proceso, en primera instancia, ante la Segunda Sala Civil y, en segunda instancia, ante la Primera Sala Civil”.

Cabe apuntar que este procedimiento para dirimir conflictos es distinto al que se prevé para los conflictos estrictamente norma-

tivos, desarrollados según acciones y vías procesales, que más adelante se señalan. De manera que el Poder Judicial cumplirá un rol de árbitro para mantener el equilibrio constitucional y legal entre los distintos niveles de gobierno: nacional, regional y local.

c. Vetarlas.— En este caso, el Presidente de la República ejerce facultativamente el derecho de veto, siempre que la ley regional infrinja las causales siguientes, dispuestas en el artículo 57 de la Ley de Bases de la Regionalización:

- Que legisle sobre materia distinta a la delegada y fuera del plazo autorizado.
- Que legisle rebasando o contradiciendo el objeto y el alcance normativo de la delegación; afectando de esta manera a la legislación nacional, alterando el carácter unitario de la República o el ordenamiento jurídico del Estado o atentando contra el interés nacional o el de las otras regiones.
- Que modifique o derogue la legislación nacional, salvo que la ley autorizativa así lo haya facultado específicamente.
- Que en el caso de delegación de materia tributaria, se afecte o exonere a otros sujetos del tributo no contemplados en la transferencia de facultades; que se creen, modifiquen o exoneren de tasas no autorizadas; que se cambie al órgano de recaudación; así como que se derogue o modifique tributos distintos de los permitidos y demás elementos constitutivos del tributo.

Por otro lado, las leyes regionales que apruebe la Asamblea Regional, en mérito de su competencia autónoma, sobre presupuesto, plan de desarrollo y cuentas regionales, así como la organización del Gobierno Regional y demás asuntos necesarios para el ejercicio de sus funciones, según el artículo 65 de la Ley de Bases de la Regionalización, no requieren de su puesta en vigencia por el Presidente de la República, sino que es el propio Presidente de la Asamblea Regional quien las promulga en fórmula análoga a las leyes nacionales, según dispone la parte final del artículo 64 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Estas leyes regionales originarias al igual que las expedidas en virtud de la delegación de facultades legislativas, se mandan publicar en el diario oficial “El Peruano” y entran en vigencia al décimo sexto día posterior de su publicación, salvo en cuanto al plazo disposición contraria de la ley regional misma y cuando se traten de leyes regionales sobre tributos de periodicidad anual, que rigen desde el primer día del siguiente año calendario, según manda el artículo 195 de la Constitución.

Baste señalar, que en el caso concreto de una ley regional extraordinaria, dictada en virtud de la delegación de facultades legislativas del Congreso, y de una ley regional ordinaria dictada en mérito de sus atribuciones autónomas, la primera no puede ser considerada ni superior ni inferior a la otra, sino que son de idéntico rango; por cuanto, las dos se supeditan equidistantemente a la Constitución.

Finalmente, existen materias que el Congreso de la República no puede delegar a la Asamblea Regional; no obstante sus capacidades legislativas de regulación de las personas naturales y jurídicas públicas y privadas, según disponen los artículos 56 y 58 de la Ley de Bases de la Regionalización. Cabe señalar que esta competencia exclusiva y excluyente del Gobierno Central, debió consagrarse a nivel constitucional, dado el carácter de las materias que se reservan, tales como:

- a. Los deberes y derechos de las personas o que alteran el principio de igualdad.
- b. La nacionalidad, ciudadanía, extranjería, asilo y extradición.
- c. Las relaciones exteriores, la seguridad exterior y el orden interno.
- d. La legislación civil, comercial, penal y laboral.
- e. La administración de justicia.
- f. El régimen monetario y bancario.
- g. El régimen de comercio exterior.

- h. La deuda pública y la Hacienda Pública.
- i. Las bases de orientación y coordinación de la planificación nacional.
- j. La legislación básica de la seguridad social.
- k. El régimen jurídico de la administración pública.
- l. La regulación de la marina mercante, la aviación comercial y los ferrocarriles.
- ll. El régimen de prensa, radio, televisión, comunicación postal y telecomunicaciones.

Decretos Regionales.— Son normas regionales administrativas de carácter general expedidas por la Asamblea Regional, en mérito de la delegación de facultades administrativas centrales del Poder Ejecutivo o en virtud de derecho propio, según disponen el artículo 265 inciso 3o. de la Constitución y el artículo 59 de la Ley de Bases de la Regionalización.

El propósito, por un lado, es regular la organización y el funcionamiento de la producción de bienes y la prestación de los servicios públicos en la región; mediante la constitución de empresas de derecho privado, instituciones públicas descentralizadas o proyectos especiales.

De otro lado, se pretende regular el ámbito y las actividades de la administración regional; tales como, fijar la sede del Gobierno Regional, definir el territorio y las funciones de las Oficinas Subregionales de Desarrollo, aprobar la convocatoria a referéndum para proponer las modificaciones en la demarcación regional, declarar el estado de calamidad pública en una o más circunscripciones territoriales de la región. En particular, para definir el ámbito territorial de la subregión se requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros de la Asamblea Regional, según manda el numeral 26 del artículo 27 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Los decretos regionales como es de saber, regulan aspectos y materias administrativas distintas de lo que regulan las leyes regionales; de modo que no existe subordinación jerárquica entre las mismas, como ocurre entre la ley y el decreto supremo reglamentario, sino que existen competencias propias de cada norma que sí requieren de una coordinación horizontal técnica y normativamente apropiada en el seno de la propia Asamblea Regional.

Los decretos regionales son promulgados por el Presidente de la Asamblea Regional, ya sea cuando se trate de los aprobados en mérito del ejercicio de sus propias competencias o inclusive en virtud a la delegación de competencias que le acuerde el Poder Ejecutivo, según dispone el artículo 66 de la Ley de Bases de la Regionalización. En tal sentido, el Presidente de la Asamblea Regional manda se publiquen con una numeración correlativa en el diario "El Peruano" y en un diario de la región. Entran en vigencia al día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria.

Resoluciones Legislativas Regionales.— Aprueban los asuntos de carácter particular de competencia de la Asamblea Regional. Tales como, el nombramiento del Presidente y Vice-Presidente del Gobierno Regional, de los Secretarios Regionales, del Presidente del Consejo Regional de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, la designación de los miembros del directorio de las empresas regionales de derecho público, entre otros.

Cabe señalar que para el caso de la elección y remoción del Presidente de la Asamblea Regional y de los miembros del Consejo Regional se requiere el voto favorable de la mitad más uno del número legal de los miembros de la Asamblea Regional, según dispone el artículo 22 de la Ley de Bases de la Regionalización; mientras que para los demás casos sólo se requerirá la mayoría simple.

Acuerdos Regionales.— Son las decisiones que adopta el colectivo de la Asamblea Regional para expresar su opinión o voluntad según señalan los artículos 60 y 65 de la Ley de Bases de la Regionalización, sobre asuntos tales como: sesionar en diferentes lugares de la región, solicitar la delegación de facultades legislativas y administrativas, fomentar las acciones de cooperación con

los gobiernos locales, o pronunciarse sobre asuntos de interés macroregional o nacional.

Decretos Ejecutivos Regionales. — Son disposiciones generales de carácter administrativo expedidas por el Consejo Regional, encargadas de reglamentar las leyes y decretos de la Asamblea Regional y regular la normatividad sectorial en ejercicio de las funciones del Consejo Regional, según dispone el artículo 67 de la Ley de Bases de la Regionalización; en tal sentido, se supeditan jerárquicamente a dichas leyes y decretos regionales y las desarrollan reglamentariamente.

Estos decretos ejecutivos son refrendados por el Consejo Regional y su Presidente, quien da cuenta a la Asamblea Regional y ordena su publicación con numeración correlativa en “El Peruano” y en un diario de la región.

Resoluciones Ejecutivas Regionales. — Son disposiciones de carácter particular expedidas por el Presidente del Consejo Regional y refrendadas por el Secretario Regional correspondiente; orientadas a establecer derechos, obligaciones o prerrogativas a las personas naturales o jurídicas cuando se relacionan con la administración regional.

Tales como, aceptar donaciones y legados, aprobar los manuales de organización y funciones de los órganos bajo su dependencia, aprobar la celebración de convenios y contratos o designar a representantes del Gobierno Regional ante el Directorio del Banco Regional respectivo que se cree, entre otras tareas.

Con estos actos administrativos normativos el Presidente del Consejo Regional resuelve en última instancia en la vía administrativa los recursos interpuestos contra las decisiones de los órganos dependientes de él; salvo que por disposición expresa le corresponda resolver a otra instancia o a un órgano competente en la materia, según dispone el numeral 12 del artículo 30 de la Ley de Bases de la Regionalización. Asimismo, resuelve en última instancia administrativa las impugnaciones que se efectúen contra los actos emanados de los Concejos Municipales de la región, según

disponen el numeral 4 del artículo 268 de la Constitución y el artículo 123 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, Ley No. 23854 y Ley No. 23853. Su publicación se hace por disposición del Presidente del Consejo Regional y entran en vigencia a partir del día siguiente.

Resoluciones Secretariales Regionales.— Son las disposiciones técnico-normativas de carácter particular —para los órganos del Gobierno Regional— expedidas por los Secretarios Regionales, que permiten formular, coordinar, ejecutar y supervisar los planes y políticas sectoriales y multisectoriales, así como la prestación de los servicios públicos y los programas de concertación, dentro del ámbito de su competencia administrativa, según dispone la parte final del artículo 60 y los incisos 1o. al 5o. de la Ley de Bases de la Regionalización.

De otro lado, con dichas resoluciones las secretarías regionales, también resuelven en segunda instancia, en la vía administrativa, los recursos interpuestos contra las decisiones de las oficinas subregionales de desarrollo, en los asuntos sectoriales que les corresponda; cabe reiterar que las secretarías regionales están divididas en cinco (ver cita 17) en función a materias competenciales. Contra las resoluciones de éstas secretarías procede interponer recursos de revisión ante el Presidente del Consejo Regional, según faculta el inciso 6 del artículo 34 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Resoluciones Directorales.— Son las decisiones técnico-normativas de carácter particular adoptadas por cada uno de los Directores Generales de las Secretarías Regionales, según manda el artículo 60 in fine de la Ley de Bases de la Regionalización.

Así, por ejemplo, se puede señalar que la Secretaría de Asuntos Sociales, es responsable de las siguientes materias: salud y salubridad; educación; trabajo, promoción y previsión social; bienestar y rehabilitación social, y vivienda, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Bases de la Regionalización. En estas áreas de ejercicio competencial, deberá existir un conjunto de Directores Generales, que conduzcan administrativamente los sectores de actividad o servicios sociales.

Resoluciones Subregionales.— Son las resoluciones y disposiciones de carácter particular que adopta el Director Subregional, quien, como órgano dependiente del Consejo Regional, desarrolla —concerta, planifica, presupuesta, coordina, ejecuta y evalúa— las acciones relacionadas con los aspectos sociales de producción de bienes y servicios y de infraestructura, en el ámbito territorial de la subregión, según lo dispone el artículo 42 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Asimismo, las resoluciones subregionales resuelven en primera instancia, en la vía administrativa, los recursos interpuestos contra sus decisiones, según dispone el numeral 4 del artículo 44 de la Ley de Bases de la Regionalización.

3. *Acciones contra las Normas Regionales*

No hay acción sin derecho, ni derecho sin acción, dice el apotegma jurídico. Efectivamente, dado el derecho de autonomía normativa en determinadas materias y funciones de los Gobiernos Regionales, las acciones que se puede interponer contra las normas regionales, son de dos clases:

a. Constitucionales, que son:

- Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales contra las leyes regionales que contravengan por la forma o el fondo la Constitución; y
- Acción Popular ante el Poder Judicial contra los decretos regionales y los decretos ejecutivos regionales que infrinjan la Constitución y las leyes.

b. Administrativas, que son:

- Recursos Impugnatorios (reconsideración, apelación y revisión) en la vía administrativa contra las resoluciones ejecutivas regionales, resoluciones secretariales regionales, resoluciones directorales regionales y las resoluciones subregionales, ante las autoridades administrativas correspondientes, respectivamente.

- Acción de Contradicción en la vía contenciosa-administrativa, contra todas las resoluciones de carácter particular señaladas en el párrafo anterior, siempre que hayan causado estado. Es decir no exista autoridad administrativa superior ante quien reclamar; de esta manera, quedaría expedito el derecho de acudir en la vía contenciosa-administrativa ante el Poder Judicial.

III. *PRINCIPIOS DE INTEGRACION JURIDICA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO REGIONAL AL SISTEMA JURIDICO NACIONAL*

1. *Integración y Conflicto Normativo*

La articulación de los subsistemas jurídicos regionales al interior de un Ordenamiento Jurídico Nacional, supone la posibilidad de entender la existencia simultánea de un ordenamiento jurídico nacional con la creación de ordenamientos jurídicos regionales.

Resulta evidente que el proceso legislativo de la regionalización inicia el establecimiento de un ordenamiento jurídico regional que originará conflictos normativos con el Gobierno Central. La cuestión que se plantea, entonces, es saber si ante un conflicto competencial entre los distintos niveles de gobierno, ¿qué derecho es el que primará? Para dilucidar este cuestionamiento, se requiere desarrollar principios sobre los cuales se asienta el nuevo sistema jurídico peruano, una vez asumido el ordenamiento jurídico regional.

La Constitución y la legislación nacionales han establecido algunas normas, a partir de las cuales, se puedan resolver los conflictos normativos que se presenten entre una norma de mayor y otra de menor jerarquía en un ordenamiento jurídico nacional único. En cambio, el sistema constitucional y legal no ha desarrollado principios y reglas de carácter general, conducentes a superar las eventuales contradicciones internas del nuevo ordenamiento jurídico plural peruano, tal es el caso del conflicto entre el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento jurídico regional, cuando menos.

Esto no significa que los principios y reglas a aplicar o a descubrir constituyan la “panacea” que resolverá todos los conflictos normativos que se presenten; sino que dadas las características peculiares de las competencias, organización y funciones de los gobiernos regionales, se requiere adecuar, reformular e innovar principios y reglas para resolver los conflictos normativos del nuevo ordenamiento jurídico plural del Estado peruano. Ello se puede lograr en virtud a ciertas reglas o principios de derecho, iniciados en otros sistemas jurídicos descentralizados (20), que permitan la integración jurídica del derecho peruano y que operen como un instrumento jurídico-político para la transformación social y el desarrollo regional.

2. *Principios de Integración Jurídica*

Los principios señalan en caso de conflicto de normas, cuales son las ideas rectoras que permiten identificar la norma prevalente en el ordenamiento jurídico y, por tanto, cuál es de aplicación. Para el caso de la regionalización en el Perú, las relaciones entre las normas de nuestro ordenamiento jurídico plural deben basarse en los siguientes principios:

Principio de Unidad y Autonomía.— De acuerdo a lo señalado, conviene identificar un principio básico, en relación a los fundamentos del Estado constitucional peruano. Es decir, el principio de la unidad del gobierno nacional y de la autonomía de las regio-

(20) Si bien existe una abundante bibliografía extranjera sobre la materia, cabe tan sólo señalar algunos libros de dos experiencias de descentralización muy próximas al modelo peruano. En el caso del Estado de las Autonomías de España, revisar a: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, dos tomos, Madrid, Civitas, 1984; *De la Generalitat Valenciana, I Simposium Internacional Derecho Constitucional Autonómico*, Publicaciones de la Generalitat Valenciana, Valencia, 1988; y FERRANDO BADIA, *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Regional*, Tecnos, Madrid, 1978. Para conocer comparadamente el caso del Estado Regional en Italia, revisar a MORTATI, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1976. VIRGA, P., *Diritto Costituzionale*, Palermo, 1961; y GIZZI, E., *Manuale di Diritto Regionale*, Milano, 1971.

nes consagrado en el artículo 79 de la Constitución. Este principio supone el reconocimiento de potestades legislativas al gobierno regional. Su razón de ser se encuentra en el principio democrático ya apuntado, según el cual toda comunidad que elige a sus propios representantes tiene capacidad, en consecuencia, para auto-normarse.

Si bien la Constitución no tiene un perfil definido del alcance del concepto de autonomía constitucional para las regiones, es claro en cambio que cualquiera fuera su ejercicio la Constitución presenta límites al desarrollo de los poderes regionales. Así pues, si el artículo 261 de la Constitución señala que “las regiones tienen autonomía económica y administrativa. . .”; por otro lado, el artículo 266 de la Constitución establece que “la delegación de competencias que acuerde el Poder Legislativo a la región, supone siempre subordinación a la legislación nacional. . .”. De ahí que, el ejercicio legislativo delegado e inclusive originario del gobierno regional no puede alterar el carácter unitario del gobierno nacional, el ordenamiento jurídico del Estado, afectar la seguridad nacional o el interés de las otras regiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 266 de la Constitución.

En efecto, el principio de unidad acarrea una preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses particulares de las regiones. Lo cual no implica negar la autonomía, ni mucho menos justificar la intervención del Estado en los asuntos de carácter regional reservados para sus gobiernos autónomos; sino que, una comunidad nacional requiere que queden bajo responsabilidad del gobierno nacional atribuciones concretas en garantía del interés general de la nación y del Estado.

La prevalencia de los intereses fundamentales del Estado hace que determinadas materias queden bajo responsabilidad de instancias unitarias de alcance nacional. Sin embargo, como quiera que el bloque de constitucionalidad no ha terminado de definir los campos precisos de actuación del gobierno regional, dicho proceso generará una dinámica de conflicto de poderes regionales con el nacional; de donde el poder central tiende siempre a desequilibrar dicha tensión a favor de él, según otras experiencias históricas.

De modo que el equilibrio y estabilidad del proceso de regionalización en el Perú depende ya no de la normatividad establecida en la Constitución y la legislación básica; sino, por un lado, en la mayor o menor dirección política descentralizadora que le imprima el Gobierno Central así como la demanda de las propias regiones, y por otro lado, en las técnicas y posibilidades de resolución de conflictos jurídicos que realicen todo el sistema judicial: magistrados constitucionales, judicatura ordinaria, fiscalías y defensorías del pueblo.

Principio de Competencia.— Un elemento fundamental para lograr la integración jurídica del sistema es conocer la distribución de competencias asignado por la Constitución al gobierno central y a los gobiernos regionales. Es importante, entonces, que sea en la Constitución donde se definan las competencias, por cuanto asegura un respeto a la norma suprema. Sin embargo, la distribución realizada por lista de materias en la Constitución no corresponde definitivamente a sectores delimitados, sino que son asuntos en los que existen al parecer competencias compartidas por el gobierno central y los gobiernos regionales.

Tal es el caso de la Constitución peruana que ha consagrado la autonomía económica y administrativa regional para materias de salubridad, vivienda, obras públicas, vialidad, agricultura, minería, industria, comercio, energía, previsión social, trabajo, educación primaria, secundaria y técnica, entre otras, según el artículo 261 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley de Bases de la Regionalización (21) y, en tal entendido, la misma ley ha creado Secretarías Regionales con áreas competenciales determinadas. Pero, sin definir si son materias competenciales de exclusiva o compartida jurisdicción entre los gobiernos regionales y el gobierno central.

(21) Este sistema ha sido denominado de reparto de competencias por listas. Así la Constitución Italiana de 1947 señala en su artículo 117 las competencias generales para las regiones; mientras que los artículos 148 y 149 de la Constitución Española define listas de competencias tanto para los gobiernos autonómicos, como para el gobierno central.

En tal sentido, este sistema de reparto de competencia por lista, requiere ser complementado por las llamadas cláusulas generales. Según las cláusulas generales se opera un reparto de funciones entre el gobierno central y el gobierno descentralizado de manera abierta y abstracta; así, la función legislativa puede quedar reservada al gobierno central mientras que la función ejecutiva al gobierno regional, caso del federalismo alemán, consagrado el artículo 83 de la Ley Fundamental de Bonn.

En el caso peruano, podría aplicarse cuando el Congreso dicte la legislación de la materia tributaria, según lo dispone el artículo 139 de la Constitución, mientras que el gobierno regional se encargue, en función de su autonomía administrativa, de reglamentar dicha ley o recaudar dichos tributos (inc. 5 del art. 262 de la Constitución).

No obstante lo señalado, existen también las llamadas competencias residuales, según las cuales todas las materias y funciones que no hayan quedado perfectamente delimitadas en la distribución de competencias quedan reservadas al gobierno central en los estados unitarios o a los gobiernos regionales en los Estados federales. Si bien esta cláusula residual no está consagrada explícitamente en nuestro ordenamiento constitucional y legal regional, como en el caso español; sin embargo, a partir del principio de unidad dispuesto en el artículo 266 de la Constitución, cabe formular la tesis según la cual en el caso peruano, las competencias de las regiones son tasadas, es decir están señaladas en la Constitución y las leyes; de modo que, todo lo que está fuera de las listas de competencias de los gobiernos regionales le corresponde al gobierno nacional.

En este entendido, el derecho común es dominio natural del Estado nacional, de manera que sólo en función de que el Estado se autodescentralice de sus funciones legislativas, administrativas y judiciales eventualmente, es que se podrá concebir ordenamientos jurídicos regionales verdaderamente autónomos. De manera que, ante la existencia de un vacío en el reparto de competencias en el bloque de la constitucionalidad sobre la regionalización, se puede aplicar la regla de la prevalencia del derecho estatal sobre el

regional, consagrado en la doctrina europea "Bundesrecht bricht Landesrecht" (22).

De otro lado, las competencias pueden ser distribuidas de tres maneras: competencias exclusivas cuando todas las funciones, por ejemplo de defensa, relaciones exteriores y seguridad interior se asignan positivamente en exclusividad a los organismos del gobierno central, según señala la primera disposición complementaria y transitoria de la Ley de Bases de la Regionalización. Esta reserva de competencias a instancias únicas es propia de un Estado unitario sin perjuicio de su carácter descentralizado.

Pero, también existen materias sobre las cuales se excluye al gobierno regional en favor del gobierno central, como sucede con las materias de derechos y deberes de la persona, relaciones exteriores, seguridad interior, legislación civil, penal, laboral, administración de justicia, entre otras, señaladas en el artículo 58 de la Ley de Bases de la Regionalización, que de manera exclusiva negativa nunca podrán ser objeto de ejercicio gubernamental por parte de las regiones.

Cabe también el supuesto que el Gobierno Regional goce de competencias exclusivas íntegramente de algunas de las materias señaladas en el artículo 261 de la Constitución; pero que se irán perfilando progresivamente, ya que la Constitución ni la legislación han sido explícitas al respecto. En todo caso, en esta hipótesis "las normas regionales prevalecen sobre las normas nacionales, en su ámbito regional y en su respectivo nivel jerárquico" (23).

(22) Cfr. PAREJO, Luciano, *La Prevalencia del Derecho Estatal sobre el Regional*, Madrid, 1981, pág. 120; quien hace una revisión comparada entre las soluciones planteadas en los conflictos normativos en el derecho español, alemán, italiano y el norteamericano. Asimismo, revisar el libro de: ALVAREZ CONDE, Enrique, (editor) *Diez Años de Régimen Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989; donde se evalúa el modelo autonómico español.

(23) LANDA, César, *Las Normas Regionales y el Ordenamiento Jurídico Nacional*, Revista *Derecho* No. 39, Lima, 1985, pág. 224.

No obstante lo señalado, también existen las llamadas competencias compartidas, según las cuales una misma materia es dividida en determinadas áreas de atención y se reparten responsabilidades tanto un nivel de gobierno como otro; lo cual es y será la generalidad del caso en el reparto de competencias entre el gobierno central y los gobiernos regionales.

Así, por ejemplo, la educación según el artículo 261 es competencia del gobierno regional, pero, compartida; por cuanto, al gobierno central le corresponde formular, dirigir y supervisar la educación nacional (art. 24 de la Constitución) y a las municipalidades les corresponde cooperar con la educación primaria (inc. 2o. del art. 255 de la Constitución). De otro lado, lo mismo podría señalarse de la salud, que es una competencia compartida con el gobierno central quien señala la política nacional de salud, y controla y supervisa su aplicación en los llamados establecimientos de salud del tercer nivel, mientras que los gobiernos regionales se encargan de la atención de la salud del segundo nivel, en tanto que los municipios de la medicina del primer nivel, según dispone el art. 16 de la Constitución y literal “a” del art. 8 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Finalmente, se encuentra la concurrencia, cuando el gobierno central y el regional tienen competencias funcionales sobre una misma materia, similar a la figura de la cláusula general. La distinción, se puede apreciar en el caso que se trate de la descentralización del Poder Ejecutivo, donde los gobiernos regionales tan sólo asumen la ejecución de las funciones que en su jurisdicción corresponde a las tareas de los ministerios, organismos centrales, empresas estatales e instituciones públicas, con excepción de las que correspondan a los ministerios de Relaciones Exteriores, del Interior y de Defensa, así como al Instituto Nacional de Planificación, según dispone la primera y segunda disposición complementaria y transitoria de la Ley de Bases de la Regionalización.

De tal manera que los organismos del Poder Ejecutivo a nivel del gobierno central, se encargarán de las funciones de normación técnica general y de la planificación nacional; es decir, se reservarán una función general de entes rectores y orientadores del desarrollo

nacional, dejando la conducción y gestión de las tareas ejecutivas, gubernamentales y administrativas, a los gobiernos regionales.

Principio de Jerarquía.— Este principio es característico de un Estado unitario y centralizado, como históricamente ha sido el caso peruano. Se basa en un ordenamiento jurídico único, jerárquico, exclusivo y excluyente. Efectivamente, la unidad de un conjunto de normas está fundada, según la corriente positivista, por el hecho de que la validez de una norma se sustenta en una norma superior y ésta en una norma suprema que es única, de ahí que la creación de la norma está determinada por otra superior y en última instancia por la Constitución.

Nuestro sistema jurídico unitario se basa en dicho principio, como es el caso de los artículos 87 y 236 de la Constitución (no obstante la cláusula constitucional de la descentralización del artículo 79) según los cuales la norma suprema del Estado es la Constitución y ésta prevalece o se prefiere en caso de contradicción a las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Cabe señalar que, no obstante, la nueva organización del Estado descentralizado que creará una pluralidad de ordenamientos jurídicos, el valor supremo de la Constitución seguirá siendo el pilar del ordenamiento jurídico nacional, regional y local.

De modo que, el principio de jerarquía no podrá responder a los problemas de la integración jurídica de un ordenamiento plural, es decir cuando se trate de resolver los conflictos de aplicación de normas legales del gobierno central o de los gobiernos regionales sobre un mismo asunto o materia competencial; más aún, ahora, cuando los gobiernos regionales disponen de autonomía. Este principio de la autonomía supone que por regla general las leyes regionales que se dictan no son simples desarrollos reglamentarios de las leyes de carácter nacional, pues gozan de una potestad legislativa delegada y eventualmente originaria.

Por tal motivo, se puede señalar que el principio de jerarquía no constituye más el principio rector para resolver los casos de integración jurídica cuando surja un conflicto al interior del ordenamiento jurídico nacional que no sea de rango constitucional.

Sin embargo, el principio de jerarquía mantiene su validez y eficacia permanente cuando se trate de los conflictos normativos al interior de un mismo subordenamiento jurídico; es decir, cuando en el seno del propio ordenamiento jurídico regional exista incompatibilidad entre una ley regional y un decreto ejecutivo regional, se preferirá a la norma de mayor jerarquía.

Si fuese el conflicto entre dos leyes regionales, se aplicarán las reglas del derecho común: ninguna ley se deroga sino por otra ley; sólo la ley posterior deroga a la anterior; la ley especial prima sobre la general; ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, y toda ley es obligatoria a partir del décimo sexto día de su publicación salvo disposición contraria. Como es el caso de los artículos 87 y 236 de la Constitución, según los cuales la norma suprema del Estado es la Constitución y esta prevalece o se prefiere en caso de contradicción a las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

3. *Procedimiento*

Está claro que ni la Constitución ni la Ley de Bases de la Regionalización han regulado expresamente el reparto de competencias por listas de materias entre el gobierno central y el gobierno regional, asignando a cada nivel de gobierno, ya sea competencias exclusivas o concurrentes. De modo que, en cada caso de conflicto que se genere es necesario interpretar cuál es la naturaleza y el alcance de las competencias asignadas, para entonces saber aplicar el derecho correcto. Sin embargo, en función de los principios establecidos, ahora se está en mejores condiciones de perfilar las reglas necesarias para resolver los conflictos que se presenten entre una norma nacional y una norma regional.

Como regla básica está la de identificar la lista de competencias señalada no sólo en la Constitución, sino en todo el bloque de constitucionalidad. Luego perfilar las cláusulas generales y la cláusula residual, de modo que se aplique supletoriamente el derecho nacional. A continuación estudiar las competencias exclusivas, concurrentes o compartidas; para, finalmente, llegado el punto de resolución del conflicto normativo, combinar los principios de

competencia y jerarquía dentro del otro principio base: el de la unidad y autonomía, meollo de la integración jurídica. Todo ello con la finalidad de coadyuvar al desarrollo jurídico-social y a la pacificación del país, a través del postulado democrático de la descentralización. Reto que los hombres de derecho tienen que cumplir, a partir de su compromiso con la justicia.

IV. *EXPERIENCIA NORMATIVA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES*

Una vez instaladas las asambleas regionales de cinco regiones (Grau, Ucayali, Arequipa, Tacna-Moquegua-Puno y Amazonas), tres de ellas hasta la fecha han expedido y publicado sus normas regionales en el diario oficial "El Peruano". Algunas de estas normas pasamos a analizar.

1. *Región del Amazonas*

Esta región creada por la Ley Orgánica 24794, se encuentra instalada y funcionando; ha sido la primera en publicar sus normas regionales en el diario oficial "El Peruano".

La primera norma aprobada por la Asamblea Regional ha sido el Decreto Regional 001-90-AR/RA, publicado el 19 de febrero de 1990 en el diario oficial "El Peruano", en virtud a las competencias para expedir decretos regionales que le asigna el inciso 3 del artículo 265 de la Constitución y los artículos 60 y 66 de la Ley de Bases de la Regionalización, Ley 24650.

En dicho decreto el gobierno regional del Amazonas declara que la Resolución Ministerial No. 150-89-TC-15.14 no tiene aplicación en el ámbito de dicha región. La mencionada resolución fue expedida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones autorizando al Director General de Caminos de dicho ministerio a que suscriba el convenio de desmontaje y traslado del antiguo puente "Shanusi".

Al respecto cabe comentar lo siguiente: primero, es sólo a

partir de la instalación, organización y funcionamiento de acuerdo a ley que la Asamblea Regional puede ejercer su autonomía normativa relativa; segundo, los ministerios y organismos centrales no pueden seguir expidiendo normas, sino iniciar los procesos de transferencia de sus atribuciones y competencias a los gobiernos regionales, una vez instaladas las asambleas regionales; y tercero, durante este proceso de descentralización relativa o imperfecta, a fin de no paralizar la gestión pública, los organismos centrales que actúan en la región deben ir tomando decisiones en consulta, coordinación y finalmente en subordinación a lo que acuerden los órganos de los gobiernos regionales en proceso de constitución.

Este proceso de transferencia recién será iniciado una vez instalada la Asamblea Regional del Amazonas, mediante Decreto Supremo 012.1.90.PCM que establece las directivas para realizar la transferencia de funciones, personal, recursos materiales, financieros, acervo documental y proyectos de inversión a los gobiernos regionales, según ordenaba la primera disposición transitoria de la ley de creación de la Región del Amazonas.

Vale decir que aunque se haya iniciado tardíamente el proceso de transferencia de competencias y recursos a los gobiernos regionales, el gobierno central no puede afectar el ámbito de competencia de los sub ordenamientos jurídicos regionales, ni atentar contra los intereses de la región.

En tal sentido, cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones dispone que el puente “Shanusi” ubicado en la Región del Amazonas debe ser trasladado al departamento de San Martín —que todavía no ha constituido con La Libertad la región que les corresponde— el Gobierno Central está afectando no sólo el interés regional amazonense, sino que sobre todo está quebrando el reparto de competencias entre el Gobierno Central y las regiones.

Esta atribución está garantizada en el artículo 261 de la Constitución según el cual, la región tiene autonomía para regular en materia de obras públicas, vialidad. Más específicamente, los numerales 1 y 2 del literal “I” del artículo 8 de la Ley de Bases de la Regionalización señalan que los gobiernos regionales son compe-

tentes para ejecutar proyectos de construcción de puentes, así como para regular, desarrollar, coordinar y supervisar los servicios y actividades de construcción, ampliación, mejoramiento y conservación de la infraestructura de transporte regional.

De acuerdo a lo señalado, se estaría demostrando que la Resolución Ministerial del Gobierno Central No. 150-89-TC-15.14 vulnera concretamente la competencia regional sobre la materia. En tal entendido, el Decreto Regional No. 001-90-AR/RA del Gobierno Regional del Amazonas que deja sin efecto la vigencia de la norma central, para el ámbito de su jurisdicción gubernamental, sería concordante con las disposiciones y principios constitucionales y legales; que, al redimensionar las tradicionales concepciones jurídicas de la jerarquía normativa, impiden aplicar la fácil regla de la prevalencia de la norma superior sobre la inferior (salvo que ésta infrinja la Constitución). Porque puede suceder, como en este caso, que la norma nacional haya violado la competencia que el gobierno regional tiene para normar sobre determinada materia, asignada en la Constitución y en la Ley de Bases de la Regionalización.

Finalmente, cabe señalar que el conflicto normativo presentado no tendría más respuesta que la prevalencia de la norma regional, se abre el debate de la competencia temporal de los gobiernos regionales. En otras palabras, el Gobierno Regional del Amazonas tiene todas las facultades de administración en su ámbito, a partir de que se instala su Asamblea Regional y para el futuro. Esto significa que no puede normar con efectos retroactivos.

Otorgar facultades o permitir que los gobiernos regionales puedan derogar todas las normas, actos y decisiones centrales o departamentales que se hayan dictado con anterioridad a su existencia, crearía una inseguridad jurídica para los ciudadanos con la eventual vulneración de derechos adquiridos y un entorpecimiento de la gestión pública, contraria a cualquier finalidad descentralizadora.

Pero, precisamente, este es el caso de la Resolución Ministerial del Gobierno Central No. 150-89-TC-15.14, dictada en 1989, que

si bien afecta al interés de la región del Amazonas, sólo cuando se constituyó e instaló la Asamblea Regional en 1990 es que se pudo denunciar mediante Decreto Regional No. 001-90-AR-RA su vigencia, como primer acto de autonomía regional.

En tal sentido, como quiera que las autoridades regionales han sido elegidas por la población regional —a diferencia de los ministros, presidentes de las corporaciones departamentales y prefectos—, gozan de una legitimidad constitucional que les otorga la soberanía popular. En tal sentido, los gobiernos regionales al momento de instalarse podrían tener la opción temporal por única vez, durante seis meses por ejemplo, de revisar las normas, actos y decisiones centrales de los ministerios, organismos públicos descentralizados y empresas del Estado, que consideren afecten al interés de la región. Con lo cual, se garantizaría el principio de la seguridad jurídica necesario en todo sistema de derecho y se ejercería el principio democrático de respeto a la voluntad popular.

Otro caso de singular importancia normativa de la Región del Amazonas es el Decreto Regional No. 003-90-AR/RA; por el cual, se solicita al Poder Ejecutivo la derogación de una norma tributaria específica y luego dispone que el Gobierno Regional la deja en suspenso para su ámbito territorial.

Dicha norma tributaria, consagra el llamado “canon” del alcantarillado (artículo 5 del Decreto Legislativo 150 de 1981); que, a juicio de la Asamblea Regional, causa malestar y justa protesta del pueblo de Iquitos. De manera que, en virtud del artículo 190 de la Constitución y del inciso 3 del artículo 27 de la Ley de Bases de la Regionalización, el Gobierno Regional del Amazonas ha ejercido el derecho de iniciativa para la derogatoria del artículo 5 del Decreto Ley 150, que otorga facultades a SENAPA para fijar y actualizar el “canon” y las tarifas por servicios de alcantarillado y agua potable.

En tal sentido, el Decreto Regional es conforme a las normas y principios constitucionales y legales que permiten la integración jurídica del sistema jurídico nacional con el regional. Sin embargo, la segunda parte del Decreto Regional, por la cual deja en suspenso

los efectos del artículo 5 del Decreto Ley 150, mientras el Poder Ejecutivo se pronuncie sobre su derogatoria, quiebra abiertamente el modelo de integración jurídica.

Por cuanto: Primero, el artículo 139 de la Constitución señala que todo lo referido a legislación ordinaria sobre materia tributaria corresponde de manera exclusiva al Parlamento. Segundo, esta potestad tributaria constitucional puede también ser ejercida por los gobiernos locales según el mismo artículo 139 de la Constitución, pero en virtud de una ley que ponga en actividad dicha potestad tributaria constitucional. Tercero, el Poder Ejecutivo ha venido gozando de la potestad de normar sobre materia tributaria, en virtud a la delegación de facultades legislativas, como es el caso del artículo 5 del Decreto Legislativo 150. Cuarto, los gobiernos regionales también podrán normar materias tributarias cuando el Congreso les delegue por ley expresa facultades de legislación tributaria; mandato que, por otro lado, se encuentra expresamente regulado, en sus posibilidades y límites, por el artículo 57 de la Ley de Bases de la Regionalización.

De lo cual se colige que la Asamblea Regional no tiene competencia normativa originaria alguna en materia tributaria, sino sólo derivada; de modo que, la empresa SENAPA de Iquitos se encuentra en su perfecto derecho de inaplicar el mandato de dicho decreto regional que suspende el cobro del “canon del alcantarillado” y, en su caso, acudir a la vía judicial mediante una acción popular, en tanto una norma de carácter administrativo regional vulnera la competencia tributaria exclusiva del Congreso, consagrada en la Constitución y en la legislación.

Sin embargo, como quiera que el proceso de descentralización regional permite el juego flexible entre el gobierno central y los gobiernos regionales, se ha expedido el Decreto Legislativo N° 562, el 4 de abril de 1990, por el cual el Poder Ejecutivo: primero, deja sin efecto el cobro del llamado “canon del alcantarillado” en el ámbito de la Región Amazonas; segundo, transfiere al Gobierno Regional del Amazonas la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Loreto (SEDALORETO); y tercero, le asigna a la región la atribución establecida en el artículo 5 del Decreto

Legislativo 150, por el cual se autoriza a fijar las tarifas por los servicios de alcantarillado y agua potable.

Con lo cual se descentraliza a la región la potestad reguladora del llamado canon del alcantarillado; pero, por otro lado, pocos días después se dicta el Decreto Supremo No. 029-90-MIPRE, del Ministerio de la Presidencia, por el cual, se produce para el Cuzco la transferencia de SENAPA, pero a las municipalidades provinciales, lo cual pone en evidencia que el proceso de descentralización regional y local que viene realizando el Poder Ejecutivo, no tiene un horizonte jurídico constitucional y administrativo claro, sino que la descentralización se va realizando de manera inconexa, en función de las demandas regionales y locales.

2. *Región Puno-Tacna-Moquegua*

Las primeras disposiciones que expide el gobierno regional del sur y del altiplano, son decretos ejecutivos regionales del Consejo Regional, así como decretos regionales y acuerdos de la Asamblea Regional. Son estas dos últimas modalidades de normas las que permiten realizar el comentario siguiente.

Por Acuerdo No. 002-90-AR/RJCM, la asamblea por mayoría de votos adopta para la región el nombre de José Carlos Mariátegui, sustituyendo la que se le asignó en el artículo 1 de la Ley 25035 de creación de dicha región.

Al respecto, se parte de señalar que para dirimir si prevalece el Acuerdo de la Asamblea Regional o la Ley del Congreso, es necesario conocer el reparto de competencias entre la región y el Gobierno Nacional. Sobre el particular, hay que señalar que el nombre no ha sido ni es posible de considerarlo como una materia competencial a distribuir entre los distintos niveles de gobierno, como son las relaciones exteriores o la educación primaria.

Ante esta situación de inexistencia de una lista de competencias propias para cada nivel de gobierno sobre esta materia, es decir a quien le compete poner el nombre de la región, cabe aplicar el principio de la *cláusula residual* explicada más adelante: según la

cual, en un modelo de Estado unitario y descentralizado, frente a un vacío del constituyente o legislador en cuanto al reparto de competencias, se presume una posición de dominio competencial siempre a favor del Gobierno Central; presunción que juega precisamente de manera inversa en el modelo de Estado federal. En tal sentido, le correspondería al Gobierno Central, vía acción popular, incoar dicho Acuerdo 002-90-AR-RJCM en tanto infringe la Ley 25035.

Interesa también comentar el Decreto Regional No. 027-90-CR/RJCM, por el cual el Gobierno Regional suspende definitivamente los trabajos de perforación de la Southern Peru Cooper Corporation que viene realizando en la laguna de Vizcachas, reservando a favor del desarrollo regional los recursos hídricos, así como ordenando que los estudios técnicos realizados por dicha empresa constituyen patrimonio de la Región José Carlos Mariátegui.

Al respecto, es competencia de región el uso adecuado de los recursos hídricos, así como la protección de cuencas, con fines de desarrollo de la actividad agropecuaria, según el literal “f” del artículo 8 de la Ley de Bases de la Regionalización. En el caso concreto, el Gobierno Central ha priorizado por dos años el uso de las aguas del lago Vizcachas, para el afianzamiento hídrico de la laguna Aricota; que, al encontrarse por debajo de su nivel, pone en peligro el riego de la zona agrícola circundante.

De otro lado, considera la Asamblea Regional, esta medida no pone en riesgo las operaciones minero-metalúrgicas de la Southern, por cuanto, el caudal de agua que requiere la empresa puede ser obtenida de las aguas de Tinajones, laguna de Suches, pozos de Huaytire, entre otros.

En tal entendido, la primera parte del Decreto Regional suspendiendo actividades de perforación a la Southern es conforme a las competencias materiales asignadas a los gobiernos regionales por la ley. Sin embargo, en cuanto a hacer suyos los estudios de perforación efectuados por dicha empresa, contraviene lo dispuesto en la propia Ley de Bases de la Regionalización. Por cuanto, los

recursos patrimoniales de la región son los dispuestos en el artículo 75 de la Ley de Bases de la Regionalización; que señala taxativamente bienes y rentas, impuestos cedidos y demás ingresos provenientes de fondos públicos estatales —salvo donaciones—.

Más aún, existe inclusive la prohibición por el artículo 58 de la Ley de Bases de la Regionalización que el Poder Legislativo o Ejecutivo deleguen facultades legislativas o administrativas en materia de derechos de las personas (entiéndase también personas jurídicas) y en asuntos de legislación civil. Que, para el efecto, es reservar de manera exclusiva positiva para el Gobierno Central la regulación del derecho de propiedad —en este caso propiedad intelectual, ver el numeral 6 del artículo 886 del Código Civil—. Garantizando de manera uniforme en todo el país el derecho de propiedad, según dispone el artículo 129 de la Constitución, pero en armonía con el interés social, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 124 también de la Constitución.

En tal sentido, la suspensión decretada por el Gobierno Regional José Carlos Mariátegui de los trabajos de perforación que realiza la Southern en la laguna Vizcachas se arregla a ley; pero, no el hacer parte de su patrimonio los estudios realizados por dicha empresa, en tanto viola el reparto de competencias expreso en la Ley de Bases de la Regionalización, al vulnerar la regulación de derechos constitucionales asignada en exclusividad al Gobierno Central.

3. *Región Grau*

Esta región si bien fue la primera en constituirse, a través de la instalación de su Asamblea Regional el 2 de enero de 1990, ha tomado un poco más de tiempo en publicar sus normas regionales. Pero la rémora ha sido fructífera, debido a que la Asamblea ha aprobado por Resolución Legislativa Regional No. 001-90 su Reglamento de Organización y Funciones que consta de 172 artículos; con lo cual se puede señalar que cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para una producción legislativa ordenada.

Pero, interesa comentar la Resolución Legislativa Regional

No. 003-90, por la cual, se declara la amnistía laboral en favor de los trabajadores del sector público que hubieren sido despedidos, removidos o trasladados, a partir de 1985, violando la Constitución o las leyes. Asimismo, dicha resolución encarga al Consejo Regional que dicte las medidas necesarias para corregir los errores o abusos que se hubiesen cometido.

Al respecto, la Constitución prevé en su artículo 59 que por ley se regule la carrera administrativa (ingreso, derechos y deberes) que corresponden a los *servidores públicos*, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan; sin embargo, no están comprendidos en la carrera administrativa los *funcionarios públicos* que desempeñan cargos de confianza o políticos, ni los trabajadores de las empresas del Estado. El Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ha reglamentado dicho mandato constitucional, por lo que cabe señalar lo siguiente:

Es inexacta jurídicamente la denominación de trabajadores del sector público que señala la Resolución Legislativa en comentario, por cuanto existen no una sino tres categorías de trabajadores: los servidores, los funcionarios y además los contratados. Quizás al no distinguir jurídicamente estos niveles, el propósito de la Asamblea Regional sea proteger a todos ellos. Si esto fuese así, cabe señalar que los funcionarios que ejercen cargos de confianza (Presidente de Corporación Departamental, Director General y Director Ejecutivo), puestos políticos (Presidente, Parlamentarios, Ministros, Alcaldes, Prefectos y Sub-Prefectos) y los contratados pueden ser absoluta y legalmente removidos, trasladados o destituidos, con excepción claro está de los que provienen por elección popular. Porque, aquellos no gozan de los derechos de hacer carrera pública, estabilidad, sindicalización, huelga, formular recursos contra las decisiones que les afecten, según establece el Decreto Legislativo 276.

En cambio los servidores públicos sí se encuentran protegidos por la Constitución y la ley para no ser trasladados a entidad distinta sin su consentimiento ni ser destituidos, salvo por causales justificadas que prevé la ley taxativamente, según dispone el literal “j” del artículo 24 y el artículo 25 del Decreto Legislativo 276.

Ahora, como la Resolución Legislativa Regional No. 003-90 señala que la amnistía laboral es para aquellos trabajadores del Estado del ámbito regional (departamentos de Piura y Tumbes), cabe pre-concluir que sólo estarían amparados por esta resolución los servidores públicos a quienes se les haya violado los derechos constitucionales y legales.

Sin embargo, al aplicar los principios y técnicas para lograr la integración jurídica de dicha norma con el ordenamiento jurídico nacional, se hace manifiesto que la mencionada resolución constituye una alteración al esquema de la unidad y la autonomía normativa del modelo constitucional peruano. Efectivamente, si identificamos la lista de competencias perfiladas en la Constitución y completadas por la legislación, se colige que de manera exclusiva y excluyente todo lo relativo a legislación laboral y al régimen jurídico de la administración pública, le corresponde al Gobierno Central, según señalan los numerales 4 y 11 del Art. 58 de la Ley de Bases de la Regionalización.

Lo cual no obsta para que el Gobierno Regional pueda destituir a los funcionarios que crea por conveniente de los ministerios y demás organismos públicos que pasan bajo su dependencia, en tanto que los puestos de confianza son desempeñados por funcionarios públicos y son removibles en cualquier momento, a diferencia de los puestos de los servidores públicos que son de carrera administrativa.

En consecuencia, la región no tiene competencia para declarar una amnistía laboral ya que no hay asidero constitucional ni legal; lo cual, no invalida el propósito democrático de dicha norma, pero equivoca jurídicamente la vía para hacerlo.

V. CONCLUSION

Finalmente, cabe dejar sentada la siguiente reflexión: el razonamiento jurídico del legislador y del administrador nacional y regional, deben imbuirse de una mentalidad descentralizadora y pluralista; según la cual, prima el derecho del nivel de gobierno que tiene la competencia para regular determinada materia o ejercer

una función gubernamental. En tal entendido, debe aspirarse a sustituir una mentalidad jurídica tradicional que concibe al ordenamiento jurídico como un sistema de normas único, jerárquico y exclusivo, así como contrarrestar el voluntarismo normativo de las regiones que altera el carácter unitario del ordenamiento jurídico del Estado; lo cual es contrario al modelo jurídico unitario y descentralizado postulado por la Constitución.

La regionalización como proceso democratizador y participativo de la toma de decisiones públicas genera conflictos normativos, pero también permite que se vayan realizando progresivamente los ajustes que se demanden, a fin de lograr la integración jurídica del país. Base institucional necesaria pero no suficiente, para arribar a una solución pacífica y justa de los problemas gubernamentales y sociales del Perú.

Lima, marzo de 1990

CONSTITUCION, DERECHO Y PRINCIPIOS PENALES

Victor Prado Saldarriaga (*)

Introducción

La Constitución de 1979 ha cumplido su primer decenio de vigencia. Durante este período sus claros propósitos humanistas y de democracia social han determinado importantes cambios en la estructura política, económica y cultural del país. Es más, en lo psicosocial podemos reconocer cómo la idiosincracia nacional se ha constitucionalizado, superando así la apatía cívica en que quedó sometida por doce años de dictadura militar. Todo esto, pues, permite un balance positivo: Nuestra Constitución en estos últimos 10 años ha cumplido con muchos de los objetivos que se resumen en su emotivo preámbulo.

Sin embargo, los efectos negativos de la violencia política así como los transtornos sociales ocasionados por la crisis económica, han motivado que también dentro de dicha década hayan transcurrido graves momentos de inestabilidad constitucional. En estas coyunturas, múltiples actos estatales han suscitado agudos conflictos de eficacia o de legitimidad material a los principios rectores de la Constitución. Y uno de esos ámbitos de contradicción entre las normas constitucionales y las decisiones políticas del Estado, ha sido el concerniente a la legislación penal.

Si bien es cierto que en 1981 el Ejecutivo se preocupó seriamente por revisar el derecho penal producido durante el régi-

(*) Profesor de Derecho Penal y Política Criminal PUC y UNMSM.

men castrense, a fin de adecuarlo a las premisas de la nueva Ley fundamental, las disposiciones penales de los años posteriores se fueron alejando de aquella primera intención. Surgiendo en cambio una vocación político criminal sobrecriminalizadora y autoritaria, que no ha dudado en trasgredir los límites que la Constitución establecía para el ejercicio legítimo del *jus puniendi*. Cabe señalar como ejemplos los sucesivos actos de demanda y debates sobre la pena de muerte y los tribunales militares para el juzgamiento de casos de terrorismo.

En una reciente investigación que realizamos sobre la producción de normas penales en el período 1979-1989, pudimos con preocupación constatar que más del 70% del total de leyes promulgadas adolecían de problemas de constitucionalidad. Partiendo, pues, de esa tendencia hacia la inconstitucionalidad que sigue nuestro derecho punitivo, es que hemos optado por presentar algunas reflexiones sobre los contenidos formales y materiales de los principios constitucionales de regulación penal.

Estamos convencidos de que la exigencia de un sistema de control penal acorde al Estado Social y Democrático de Derecho, que postula nuestra Constitución, es también una vía válida y necesaria para superar la violencia que agobia a nuestra población. De otro lado, la consolidación de un modelo penal mínimo y garantista es también un medio importante de defender la estabilidad democrática de un país. Pero en cambio si permitimos que el Estado de Derecho se convierta en un mero Estado de leyes, como infortunadamente suele ocurrir con las democracias latinoamericanas, estaremos creando desde el sistema penal una nueva fuente de intolerancia y de arbitrariedad donde la seguridad del ciudadano debe sucumbir ante la discutida “razón de Estado”.

1. Naturaleza y Función de los Principios Reguladores del Control Penal

Una de las características del Estado liberal fue la elaboración de políticas dirigidas a limitar los canales de intervención del Control Penal en el desarrollo de las relaciones sociales. Ello era coherente con el rol de vigilante del libre mercado de trabajo y

de la reproducción de capitales, que se otorgó al Estado en aquel período. Se trataba, pues, de frenar la omnipotencia del Estado absolutista, y que habría impedido el desarrollo del naciente capitalismo burgués.

Las ideas de igualdad y de libertad dieron al derecho penal un carácter formal menos cruel y agresivo que el que tuvo durante el feudalismo y la consolidación del Estado Absolutista. Además la legitimación del Control Penal, como un recurso necesario para el mantenimiento del contrato social, quebró todo posible rezago de "divinidad" o de confusión entre derecho penal y moral (1).

Con el transcurso de los siglos esos principios limitadores del control se han reforzado formalmente mediante su inclusión en las Constituciones y ante la constatación de los abusos cometidos por los regímenes totalitarios y autoritarios. Es más, muchos de esos principios son hoy también reconocidos y proclamados como derechos o garantías por las diferentes normas internacionales de promoción de los derechos humanos.

Los principios reguladores del Control Penal a los que nos referimos son los siguientes:

1. Principio de Legalidad.
2. Principio del Bien Jurídico Real.
3. Principio de Mínima Intervención.
4. Principio de Humanidad.
5. Principio de Culpabilidad.
6. Principio de Jurisdiccionalidad.
7. Principio de Proporcionalidad de las Sanciones.

En realidad, más que principios se les debería denominar políticas. Entendiendo el término política en sentido estricto; es

(1) Cfr. FOCALT, M. 1976, pág. 82 y ss.; BUSTOS RAMIREZ, J. 1982, pág. 118 y ss.; BECCARIA, C. 1974, pág. 71-79.

decir, como un enunciado que orienta y limita las decisiones del Estado. En nuestro caso las decisiones del Control Penal.

Todas estas políticas tienen una misma función: orientar al legislador hacia la construcción de un sistema de Control Penal respetuoso de los derechos humanos y que busque la solución de los conflictos sociales en vías alternativas al uso de la pena. Es decir, que ellos son la base para la existencia de un derecho penal mínimo y garantista.

Nuestra Constitución en sus artículos 1, 2, 232, 233, 234 y 235 incorpora la mayoría de los principios a que hacemos referencia. Otros en cambio son recibidos de modo indirecto. Esto ocurre con los principios reconocidos en los artículos 4, 5, 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los recogidos en los numerales 6, 7, 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como lo menciona expresamente la decimosexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Carta de 1979, tales instrumentos internacionales también forman parte de nuestro sistema legal. Naturalmente, otra cosa es que la legislación penal adopte y aplique, realmente, esas premisas constitucionales de control. Sin embargo, es de reconocer que los proyectos de código penal de 1985 (Título Preliminar) han consagrado los principios penales de modo expreso e integral).

Fundamentalmente todos estos principios afectan las decisiones de criminalización (P. Legalidad, Bien Jurídico Real y Mínima Intervención) y de definición y aplicación de sanciones (P. Humanidad, Culpabilidad, Jurisdiccionalidad y Proporcionalidad).

A continuación desarrollaremos brevemente los contenidos formales y materiales de cada uno de ellos (2).

(2) Cfr. MAYER, D. 1987, pág. 53-58; VASSALLI, G. 1987, pág. 73-86; PETTITI, L.E., 1987, pág. 167-181; BRAMONT ARIAS, L. 1988, pág. 9; BARATTA, A. 1987, pág. 91 y ss.; VELASQUEZ, F. 1989, pág. 13 y ss.

2. *Principio de Legalidad*

En un sentido formal enuncia que sólo la ley puede señalar qué conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales actos ilícitos.

Asimismo, este principio dispone que sólo puede sancionarse como autor de delito, a quien realizó un acto que previamente la ley, de modo inequívoco, había calificado como delictivo.

Como consecuencia de estas premisas formales del principio de legalidad, derivan las siguientes reglas:

- a. La prohibición de aplicar la analogía para suplir vacíos del derecho penal, salvo el caso de la “analogía en bona partem” y siempre en favor del procesado o condenado.
- b. La irretroactividad de la ley penal en cuanto sea desfavorable al procesado o condenado.

Ahora bien, en su acepción material el principio de legalidad es una garantía de la libertad personal y política de los ciudadanos. El se constituye en un límite jurídico importante para todo acto de poder estatal. Por consiguiente la ley penal debe ser clara y precisa. A través de ella se debe percibir e inferir el ámbito de ejercicio de la libertad ciudadana que es limitado en favor de la convivencia. Pero además la certeza legal acerca de lo delictivo, posibilita impedir toda arbitrariedad o abuso de parte de quien ostenta el poder.

Lamentablemente la legislación peruana, como ya habíamos insinuado, se caracteriza por su escaso respeto hacia el principio de legalidad. Lo cual es mucho más evidente cuando se analizan las cuotas de certeza, que de lo ilícito nos brinda el legislador en las normas penales. Un ejemplo bastante elocuente al respecto se encontraba en el art. 185, inc. b del Código Sanitario. Según dicho dispositivo constituía delito contra la salud, sancionable con hasta 20 años de prisión, “La violación consciente de la norma de salud”.

Pero, ¿cuál era la norma de salud? ¿Cómo evitar entonces su violación? Nada de ello se mencionaba en el citado artículo del Código Sanitario. La inseguridad jurídica y las oportunidades para la arbitrariedad del Control son, pues, peligrosamente potenciadas con disposiciones penales de tales características. En otros casos la vaguedad del lenguaje empleado en la redacción de los tipos penales, conduce a defectos y riesgos similares. Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo 46, y el artículo 288-A del Código Penal, constituyen también un serio atentado al principio de legalidad por su escasa claridad (3).

El principio de legalidad está reconocido constitucionalmente por los párrafos “a”, “b” y “d” del inciso 20 del artículo 2; inciso 8 del artículo 233; y párrafo segundo ab initio del artículo 187 de la Constitución. Los artículos 2 y 3 del Código Penal también lo consagran de modo explícito dentro de las “Garantías de la Ley Penal”.

3. *Principio del Bien Jurídico Real*

Este principio es desde hace algún tiempo, la política más útil e importante para poner límites democráticos al jus puniendi.

Según su enunciado central, el bien jurídico real pretende que toda decisión política de criminalización primaria —crear un delito— sea el resultado de la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia social. Por consiguiente, es arbitrario incriminar conductas sólo para promover o reforzar ideas, credos o intereses particulares de grupos minoritarios. Y tampoco pueden considerarse como bienes jurídicos nociones abstractas o eminentemente valorativas. Este es el caso por ejemplo de conceptos como “buenas costumbres”. Se podrá proteger la libertad de autodeterminación sexual, que si es un interés necesario para la vida social, pero no una “costumbre sexual” (4).

(3) Cfr. HURTADO, J. 1987, pág. 154 y ss.

(4) Cfr. PRADO S. V. 1985, pág. 255 y ss.

El bien jurídico real es también un principio que posibilita una crítica penal permanente. A través de él, como propone Bustos, es posible discutir el por qué de la protección penal. O más aún, evaluar la razón de Estado que determina la intervención del control penal en un ámbito concreto de las relaciones sociales (5). Y para ambos cometidos el bien jurídico real a través de su exigencia de lesividad, se constituye también en un instrumento oportuno y adecuado que denuncia todo exceso criminalizador del Poder (6).

En el Perú, por ejemplo, el rol crítico del Principio de Bien Jurídico Real ha permitido demitificar múltiples “decisiones penales” del Estado. Verbigracia, a través de él se ha podido reconocer que la criminalización de actos de rechazo a la reforma agraria, sólo perseguía la potenciación aplicativa de una política de desarrollo. Y que detrás de la penalización de la huelga de hambre no existía un propósito de proteger la salud, sino un afán autoritario de superar con la represión penal las paralizaciones y demandas sindicales.

Ahora bien, pese a no sostener una posición jurídico-constitucionalista frente al bien jurídico, consideramos que la Constitución aparece como el marco más adecuado y seguro para la identificación social de bienes jurídicos. Basta con señalar que en ella se reproducen la mayoría de derechos individuales y colectivos que por su trascendencia para la interacción social, cumplen con los requisitos que demanda todo objeto de protección penal.

4. *Principio de Mínima Intervención*

Muy ligado a las ideas de libertad individual y de materialidad del interés tutelado por la ley penal, ambas emergentes de los principios de legalidad y de bien jurídico real, encontramos al Principio de Mínima Intervención.

(5) Cfr. BUSTOS RAMIREZ, J. 1984, pág. 50 y ss.; 1986, pág. 27 y ss.

(6) Cfr. VIVES ANTON, T. 1977, pág. 90 y 91; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. 1984, pág. 273 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. 1975, pág. 49 y ss.

Mediante esta política se demanda que el Estado sólo interfiera en la libertad ciudadana, cuando sea necesario proteger un bien jurídico. Pero, además, este principio señala que toda intervención penal del Estado sólo debe operar cuando hayan fracasado otras medidas también útiles para tutelar el bien jurídico. Por tanto, pues, deben agotarse todos los controles extra penales. A esta consecuencia de la política de mínima intervención se le denomina también *principio de Derecho Penal última ratio*.

En nuestro país este principio es permanentemente ignorado por el legislador. Para él todo problema criminal debe ser afectado exclusivamente desde el control penal. El derecho penal es más bien la *única ratio*. La criminalización de actos contra el eco sistema en el proyecto de código penal de 1986 y en el proyecto de código del medio ambiente, son lógicas consecuencias de dicha praxis (7). Es indudable que una tutela eficaz del ambiente dependerá más de un buen orden o control administrativos, que de normas punitivas de dudosa efectividad social.

Ahora bien, los desenlaces técnicos de una política penal que ignora al Principio de Mínima Intervención son negativamente evidentes en nuestra legislación penal. Por ejemplo los casos de duplicidad de tipos legales o la innecesaria "especialización" de objetos de acción típica suelen ser frecuentes. Esto último puede observarse en la ley 24991 que sin necesidad tipifica dentro del artículo 237 del código penal el hurto de semovientes. Y en el decreto legislativo 469 que "amplió" desde la legislación bancaria, los alcances de los delitos de defraudación y falsificación de documentos.

5. *Principio de Humanidad*

El Principio de Humanidad sostiene que el control penal no puede aplicar ni establecer sanciones que afecten la dignidad de la

(7) Cfr. artículos 263 a 270 del Proyecto de Código Penal de 1986, y artículos 296 a 303 del anteproyecto de Código de Protección del Ambiente de 1984. Véase también MARTOS NUÑEZ J. A. 1987, pág. 100 y ss.

persona, ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas.

Asimismo, este principio demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento no constituyan riesgos de deterioro o de lesión al detenido. Que se erradiquen las torturas o las desapariciones y ajusticiamientos extra judiciales, como medios informales de control penal.

Junto con el Principio de Legalidad, la política de humanidad del control fue un importante aporte del liberalismo.

Materialmente, el Principio de Humanidad es un límite a las penas de muerte y de prisión indeterminada. Asimismo, impone al Estado la obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos que impidan que el interno sufra vejámenes y que se desocialice. Por último, que en los interrogatorios policiales la tortura y el maltrato no sean una técnica cotidiana de arrancar confesiones.

Esta política además obliga al Estado a sensibilizar social y cívicamente a sus órganos de control, fundamentalmente a la policía y a la administración penitenciaria.

Está claro que en nuestro país y en la concreta coyuntura que hoy vivimos, la política de humanidad del control no es acatada. Por ejemplo, el secuestro puede ser reprimido con pena de internamiento perpetuo. Aún existe la pena de muerte. Las cárceles son centros de desocialización y de exterminio. Los detenidos por delitos de terrorismo suelen ser objeto de torturas. Y las fuerzas de intervención en las zonas de emergencia son acusadas permanentemente de realizar desapariciones y aplicar ejecuciones extra-judiciales.

El Principio de Humanidad es reconocido formalmente en los párrafos h, j, i del inciso 20 del art. 2; incisos 12 y 19 del artículo 233; y el art. 234 de la Constitución.

Asimismo, él se refleja en el Título Preliminar y en el Título I del Código de Ejecución Penal.

6. *Principio de Culpabilidad*

La culpabilidad como categoría sistemática del delito se encuentra desde hace algunos años en crisis. Es más, en el presente no son pocos los autores que ya no operan dogmáticamente con ella, o que vienen aplicando conceptos alternativos (8).

Ahora bien, al margen de las críticas que se formulan al libre albedrío como base de la culpabilidad, y de las nuevas fórmulas y funciones sustitutivas que se postulan en la doctrina, existe todavía acuerdo en reconocer al Principio de Culpabilidad un rol garantista importante (9). Por tanto, pues, él sigue siendo una base útil para la construcción de un derecho penal coherente con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho (10).

Concretamente, el Principio de Culpabilidad señala que *no hay pena sin culpabilidad*. De este enunciado se derivan tres consecuencias materiales:

- a. Que no hay responsabilidad objetiva o por el mero resultado.
- b. Que la responsabilidad es por el acto y no por el autor.
- c. Que la culpabilidad es la medida de la pena.

Según Roxin la pena puede aplicarse por debajo de la culpabilidad si así aconsejan razones de prevención especial (11). No

(8) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. 1981, pág. 118 y ss.; ROXIN, C. 1981, pág. 57 y ss.; BUSTOS RAMIREZ, J. 1984, pág. 365 y ss.; STRATENWERTH, G. 1980, pág. 90 y ss.; JAKOBS, G. 1983, pág. 392 y ss.

(9) Cfr. BACIGALUPO, E. 1982, pág. 247 y ss.; ROXIN, C. ob. cit. pág. 42 y ss.; STRATENWERTH, G. ob. cit. pág. 109 y ss.

(10) Cfr. MIR PUIG, S. 1985, pág. 79 y ss.

(11) Cfr. ROXIN, C. ob. cit. pág. 103 y ss.

obstante, cabe reconocer que tal afirmación es válida para justificar supuestos de atenuación más o menos tradicionales (imputabilidad restringida, etc.). En ningún caso se puede utilizar dicho criterio para legitimar las atenuantes e impunidades que surgen de aplicar el llamado “derecho penal premial”. Fundamentalmente porque tales medidas afectan los cauces ordinarios y garantías del proceso penal. La reciente ley 25103 constituye, pues, una seria contradicción al sentido limitador del Principio de Culpabilidad.

En el Perú el principio que comentamos ha sido permanentemente afectado. Los casos de represión objetiva han sido sumamente frecuentes en nuestra legislación penal. A modo de ejemplo podemos citar los decretos leyes 17388 y 19910.

El Principio de Culpabilidad se encuentra implícito en el artículo 2, inciso 20:f de la Constitución; en los artículos 1 y 167 del Código Penal; y en el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales.

7. Principio de Jurisdiccionalidad

Por este principio se consagra la exclusividad del Poder Judicial para condenar e imponer sanciones a los autores o partícipes de un delito. Asimismo, de él derivan las principales garantías procesales: doble instancia, juez natural, debido proceso, publicidad del juicio, etc.

Nuestro sistema jurídico reconoce al Principio de Jurisdiccionalidad en los artículos 232 y 233 incisos 1, 2, 9, 14 y 18 de la Constitución. También se refieren a él los artículos 1, 3 y 4 de la L.O.P.J. y el numeral 164 del Código Tributario.

El efecto material de este principio es que no pueden establecerse en el país tribunales paralelos a la justicia ordinaria penal, para avocarse al juzgamiento de delitos comunes. No obstante, en el pasado han sido frecuentes los tribunales especiales para juzgar determinados delitos. Basta con recordar al Consejo Nacional Ejecutivo contra el Tráfico de Estupefacientes creado por el decreto-ley 11005.

En otros casos el Principio de Jurisdiccionalidad ha sido trasgredido a través del sometimiento de civiles al Fuero Castrense. Prototipo de ello fue el decreto-ley 17716 (octava disposición especial).

Ahora bien, en la actualidad el principio que analizamos es restringido en sus efectos por la aplicación de la ley 24150. Esta ley, que regula la intervención de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en las zonas de emergencia, ha motivado interpretaciones contradictorias sobre la competencia judicial en los delitos comunes, cometidos por militares o policías en agravio de civiles.

Infortunadamente, la Corte Suprema ha reconocido en algunos casos facultad jurisdiccional al Fuero Militar. Lo cual contradice abiertamente el claro sentido del artículo 324 del Código de Justicia Militar. Según esta disposición la Justicia castrense sólo puede juzgar delitos comunes cuando tanto el autor como la víctima tienen la condición de militares.

Esta equivocada tendencia del Tribunal Supremo ha originado que en la doctrina jurídico-militar se entienda que en las zonas de emergencia la Justicia ordinaria no tiene atribuciones. Así por ejemplo lo expresan Temple y Avalos: “Los casos de intervención de personal militar o policial en cumplimiento o con ocasión de la misión asignada durante la vigencia de los Estados de Excepción declarados en una zona determinada, y que tengan como resultado lesiones o muerte de civiles, los presuntos delitos o responsabilidades son de exclusiva competencia del Fuero Privativo Militar. *Las autoridades judiciales del fuero Ordinario, no tienen atribuciones para intervenir, por encontrarse en suspenso su jurisdicción y competencia*” (12).

Es menester, pues, recuperar el espacio perdido por la justicia ordinaria en las zonas de conflicto. No hacerlo implica renunciar al Principio de Jurisdiccionalidad y dejar al ciudadano en si-

(12) TEMPLE DE LA PIEDRA, L. y AVALOS ZELASCO, A. 1988, pág. 185.

tuación de indefensión frente a la arbitrariedad. Por consiguiente, pues, urge modificar y hacer más explícitos los alcances de la Ley 24150 (13).

8. *Principio de Proporcionalidad de las Sanciones*

De origen retribucionista, esta política demanda que la sanción debe guardar relación con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido. Por consiguiente, la aplicación de sanciones debe ser proporcional al delito y a las circunstancias de su comisión. Lo cual relaciona de modo directo a este principio con el de culpabilidad (14).

Del Principio de Proporcionalidad se desprende que todo uso desmedido de las sanciones, sean penas o medidas de seguridad, representa una restricción o privación de derechos abusiva. De él también deriva la necesidad de establecer límites claros y tolerables a cada pena.

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en los últimos 50 años una vocación draconiana y de simbolismo preventivo-general. La pena, pues, ha sido fundamentalmente un medio emocional de apaciguamiento y de terror sociales. Un buen ejemplo de esta tendencia es lo ocurrido con el delito de secuestro extorsivo. Frente al incremento de este tipo de infracciones, el legislador modificó el artículo 223 del Código Penal, estableciendo pena de internamiento para dicho delito. Con esta decisión se colocaba al secuestro extorsivo a la altura del asesinato. Se quebraba pues la proporcionalidad en razón de los bienes jurídicos tutelados. De otro lado, la seguridad de la víctima era disminuida notablemente, pues su muerte a manos del secuestrador no representaba una pena mayor (15).

(13) Cfr. BERNALES, E. *Recomendaciones Generales*. 1988, pág. 12 y ss.

(14) Cfr. MIR PUIG, S. ob. cit. pág. 83 y ss.; STRATENWERTH, G. ob. cit. pág. 71 y ss.

(15) PRADO, V. *Debate Penal No. 1*, 1987, pág. 66 y ss.

El Principio de Proporcionalidad no está regulado de modo expreso en nuestra legislación. Sin embargo, su aceptación como política reguladora del control surge del artículo 4 de la Constitución y de la aplicación sobria de los artículos 50 y 51 del Código Penal.

BIBLIOGRAFIA CITADA

1. BACIGALUPO, E.
¿Tienen Rango Constitucional las consecuencias del Principio de Culpabilidad?. En: *Derecho Penal y Criminología*, No. 18, 1982.
2. BARATTA, A.
Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. En: *Derecho Penal y Criminología*, No. 31, 1987.
3. BECCARIA, C.
De los delitos y de las penas. Ed. Aguilar. Madrid, 1974.
4. BERNALES BALLESTEROS, E.
Violencia y Pacificación. Recomendaciones Generales. Senado de la República. Lima, 1988.
5. BRAMONT ARIAS, L.
La Nueva Constitución y los Principios Penales. En *Temas de Derecho Penal*, Tomo 1. SP Editores. Lima, 1988.
6. BUSTOS RAMIREZ, J.
Introducción al Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá. 1986.
7. BUSTOS RAMIREZ, J.
Manual de Derecho Penal. Parte General. Ariel Barcelona, 1984.
8. BUSTOS RAMIREZ, J.
Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá, 1982.
9. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.
Derecho Penal. Parte General. U. de Valencia. Valencia, 1984.

10. FOCAULT, M.
Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión. Ed. Siglo XXI. México, 1976.
11. GIMBERNAT ORDEIG, E.
Estudios de Derecho Penal, 2a. Ed., Ed. Civitas. Madrid, 1981.
12. HURTADO POZO, J.
Manual de Derecho Penal. Parte General, 2a. Ed. EDDILI. Lima, 1987.
13. JAKOBS, G.
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1983.
14. MAYER, D.
Principes Constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français, En: *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, No. 1, 1987.
15. MARTOS NUÑEZ, J.A.
El Principio de Intervención Penal Mínima. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fascículo I, 1987.
16. MIR PUIG, S.
Derecho Penal. Parte General. 2a. Ed. PPU. Barcelona, 1985.
17. MUÑOZ CONDE, F.
Introducción al Derecho Penal. BOSCH. Barcelona, 1975.
18. PETTITI, L.E.
Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, En: *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, No. 1, 1987.
19. PRADO SALDARRIAGA, V.
Notas críticas a la política criminal del gobierno "de todos los peruanos", En: *Debate Penal*. No. 1, 1987.

20. PRADO SALDARRIAGA, V.
Política Criminal Peruana. Ed. Cuzco. Lima, 1985.
21. ROXIN, C.
Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Ed. REUS. Madrid, 1981.
22. STRATENWERTH, G.
El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad. U. Complutense. Madrid, 1980.
23. TEMPLE DE LA PIEDRA, L. y AVALOS ZELASCO, A.
La Justicia Militar en Estado de Excepción, En *Revista de Marina*. Marzo-Abril, 1988.
24. VASALLI, G.
Le droit italien, principes généraux applicables a la matiere pénale. En: *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, Nò. 1, 1987.
25. VELASQUEZ VELASQUEZ, F.
Normas Rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986, En: *Anuario de Derecho Penal '88*. Asociación Peruana de Derecho Penal. Lima, 1989.
26. VIVES ANTON, T.S.
Reforma Política y Derecho Penal. En: *Cuadernos de Política Criminal*, No. 1, 1977.

LAS REGLAS CONSTITUCIONALES PARA LA APLICACION DE LA NORMA LABORAL

Javier Neves Mujica

A. *INTRODUCCION*

Las normas son fórmulas genéricas y abstractas diseñadas para la regulación de los hechos específicos y concretos que resulten comprendidos en sus supuestos. El proceso de adaptación del precepto general al caso particular, exige a la instancia declaratoria del derecho la consideración de ciertos criterios que rigen la aplicación de la normativa. Estos criterios están, en sus lineamientos básicos, contenidos en la Constitución, la que es complementada al respecto por determinadas normas importantes. Siendo así, las reglas para la aplicación del ordenamiento son, en un inicio, comunes a todas las áreas jurídicas, integrando una materia conocida como teoría general del derecho. Sin embargo, las peculiaridades de cada área jurídica conllevan generalmente la imposición de modificaciones sustanciales a esas reglas comunes. Este es, sin duda, el caso del Derecho del Trabajo que, sustentándose en la teoría general del sistema jurídico, tiene una lectura singular de algunas de sus principales instituciones.

El propósito de este trabajo es realizar una sistematización de los más importantes criterios que deben orientar la aplicación de la normativa laboral en cada uno de los supuestos esenciales en que esa tarea pudiera resultar compleja, que son los identificados en el sumario precedente. Este esfuerzo, que se emprende con la finalidad de brindar un instrumento útil a los operadores del derecho, señalará en cada caso los problemas especiales que se presenten y, si las hubiera, las diversas posiciones planteadas en los temas más polémicos.

Queremos, finalmente, dejar expresa constancia de que muchas de las ideas aquí expuestas, han sido construidas colectivamente por el equipo docente del curso de Derecho Laboral, que dictamos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Como ha escrito Ribeyro, los conceptos pertenecen al dominio público, sólo las formas son privadas. Sin embargo, no pretendemos comprometer a sus integrantes con muchas de las afirmaciones efectuadas aquí, sobre todo respecto de los temas más controvertidos.

B. *VIGENCIA DE LAS NORMAS EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO*

I. *En el espacio*

1. Estaremos ante un caso de Derecho del Trabajo Internacional —materia de conexión entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho del Trabajo—, cuando una relación de trabajo tuviere elementos internacionales o extranacionales (Ermida Uriarte). Ubicándonos en nuestro país, el fenómeno descrito ocurriría si un contrato de trabajo se celebrara y ejecutara total o parcialmente dentro y fuera del Perú. La situación se presentará con frecuencia en las empresas o grupos de empresas transnacionales, en las que hubiere desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro.

2. El primer asunto que debemos considerar es el concepto del territorio, ya que éste será la clave para determinar tanto la competencia jurisdiccional como la legislación aplicable. Según los artículos 97-99 Const., aquel comprende el suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo, éstos últimos hasta 200 millas marinas desde las costas. Este territorio, por un lado, en virtud de tratados internacionales, incluye a las sedes diplomáticas peruanas en países extranjeros, así como las naves de bandera peruana que naveguen en zonas marítimas o aéreas internacionales, y por el otro lado, excluye a las sedes diplomáticas de países extranjeros y de organismos internacionales en nuestro país. El espacio ocupado en el Perú por empresas extranjeras es territorio peruano, estando estas expresamente sometidas a las leyes y tribunales de

nuestro país (art. 136 Const.). Nacionales y extranjeros residentes están sujetos al ordenamiento peruano; éstos últimos tienen limitaciones en número y remuneraciones en el desempeño de una actividad laboral (art. 42 Const. y D.L. 22452).

3. Constatada la existencia de una cuestión de Derecho del Trabajo Internacional, deberá seguirse una serie de pasos sucesivos para resolverla: los más importantes de ellos serán la determinación del juez competente y de la ley aplicable. Ambos factores deberán precisarse atendiendo a lo dispuesto por los tratados internacionales y, a falta de ellos, por nuestro ordenamiento (Mac Lean Ugarteche, citado por los hermanos Tovar Gil). En los puntos siguientes nos referiremos a este último.

4. Respecto de la competencia jurisdiccional, cabe señalar dos temas. En primer lugar, nuestro Poder Judicial tendrá en estricto sentido jurisdicción más que competencia sólo sobre asuntos sucedidos en nuestro territorio (art. 237 inc. 1 Const.). En segundo lugar, nuestro Derecho del Trabajo carece de reglas propias sobre esta materia, razón por la cual se aplican supletoriamente las contempladas en el Código Civil (art. IX T.P.). En virtud de éstas, los tribunales peruanos serán competentes: a) si el empleador demandado domiciliare en el territorio nacional (art. 2757), y, b) por excepción, aun cuando domiciliara en país extranjero, si b.1) la relación laboral debiera ejecutarse o el contrato de trabajo se hubiera celebrado en el territorio nacional, o b.2) las partes se sometieran expresa o tácitamente, a la jurisdicción peruana (art. 2858 incs. 2 y 3). El criterio decisorio general es el domicilio.

5. Respecto de la ley aplicable, nuestro Derecho del Trabajo sí tiene criterios específicos y están previstos en los arts. 46 y 47 del reglamento de la Ley 4916. De conformidad con éstos, la ley peruana rige las relaciones laborales: a) que hubieran sido ejecutadas en el Perú, independientemente de si sus contratos de origen se hubieran celebrado en el Perú o en país extranjero (ley del lugar de cumplimiento), y, b) por excepción, que hubieran sido contratadas en el Perú, aunque se hubieran ejecutado en país extranjero (ley del lugar de celebración). El criterio decisorio general es el lugar del cumplimiento.

6. Cabe en este último tema, formularnos dos interrogantes muy vinculadas entre sí: ¿podría utilizarse supletoriamente el art. 2095 Cod. Civ.?, ¿habría lugar para acudir al principio de la norma más favorable? Según el artículo mencionado, las obligaciones contractuales se rigen en forma alternativa y sucesiva: a) por la ley expresamente elegida por las partes, b) en su ausencia, por la ley del lugar de cumplimiento, y c) si éste no pudiera determinarse, por la ley de lugar de celebración. Seguimos preguntando: en una relación laboral celebrada y/o ejecutada en el Perú, aunque con elementos internacionales o extranacionales, ¿podrían las partes elegir la ley aplicable?; en todo caso, ¿podrían hacerlo siempre o sólo si ésta fuera más favorable para el trabajador que la ley peruana?; por último, ¿podría el juez aplicar el principio de la norma más favorable, practicando la selección entre las legislaciones de los Estados involucrados?. Sin desconocer que esta difícil cuestión podría admitir más de una solución, nos inclinamos por una respuesta negativa, fundada en la naturaleza imperativa de las normas laborales nacionales en juego, que no deja margen para la autonomía de la voluntad ni para la norma más favorable. Creemos que el único resquicio para la libertad de elección de las partes serían las normas mínimas hacia arriba y no hacia abajo y las dispositivas, pero esta salida no derivaría de una interpretación del art. 2095 Cód. Civ., que permitiría el apartamiento tanto de normas imperativas como dispositivas (hermanos Tovar Gil), sino del carácter protector del Derecho de Trabajo. De otro lado, estimamos que sí procedería la aplicación supletoria del referido artículo del Código Civil para esclarecer el lugar de cumplimiento o determinar en su ausencia la aplicación de la ley del lugar de celebración.

7. Como puede apreciarse de lo expuesto hasta aquí, siempre que el juez peruano fuera competente, la ley aplicable sería la de nuestro país, salvo en el extraño supuesto en que, pese a no haberse ejecutado la relación laboral ni haberse celebrado el contrato respectivo en este territorio, el empleador demandado domiciliara en el Perú o las partes decidieran expresa o tácitamente someterse a la jurisdicción peruana, hipótesis en las cuales resultará aplicable la ley de un país extranjero. En ese caso, el juez peruano debería aplicar la ley del país correspondiente, excepto si ella contrariara

el orden público internacional (art. 2049 Cod. Civ.) (hermanos Tovar Gil). En este raro supuesto que nos ocupa, para determinar la ley aplicable, debería utilizarse supletoriamente el art. 2095 Cód. Civ.

II. *En el tiempo*

8. El criterio general en esta materia es la irretroactividad de las normas (art. 187 Const.). Las normas rigen normalmente desde su promulgación y publicación hacia adelante y no hacia atrás: a) la ley y el decreto legislativo, desde el décimo sexto día ulterior a su publicación, salvo disposición contraria (arts. 195 y 188 Const. y 3 inc. 1 Dec. Leg. 217); y b) el reglamento, desde el día que él mismo indique o, de no hacerlo, desde el día siguiente a su publicación (art. 3 inc. 2 Dec. Leg. 217). En el caso del convenio colectivo, como veremos después, la aplicación retroactiva ha sido generalizada.

9. La teoría imperante en nuestro sistema jurídico en cuestión de vigencia de las normas en el tiempo, es la de los hechos cumplidos, no por disposición constitucional que no opta a este respecto sino del Código Civil (art. III T.P.): la nueva norma tiene aplicación inmediata, regulando a los nuevos hechos y sus efectos, pero también a los efectos no cumplidos de los hechos anteriores (Rubio Correa). ¿Es conciliable la adopción de esta teoría con el respeto a los derechos adquiridos, tradicional en nuestro Derecho del Trabajo? Este asunto lo abordaremos al tratar el principio de la condición más beneficiosa.

10. La retroactividad de las normas consistiría en la aplicación de la nueva norma a hechos anteriores y a los efectos ya cumplidos de los mismos (Rubio Correa). Aquella es admitida en nuestro ordenamiento en materia laboral (y penal y tributaria), si la nueva norma es más favorable al trabajador (art. 187 Const.).

11. Creemos que la retroactividad, por ser una excepción a la regla, debería ser declarada en forma expresa. Esta declaración podría ser hecha a través de: a) una norma estructural, en virtud de la cual todas las normas de un determinado tipo que se produ-

jeran serían automáticamente retroactivas; o b) una norma sustantiva, que para sí misma dispusiera su retroactividad. La primera modalidad está prevista en nuestro ordenamiento laboral para los convenios colectivos (y en otras áreas jurídicas: en el Derecho Penal y en el Derecho Tributario es lo referido a las sanciones), y la segunda la utilizan las normas estatales. En el caso de los convenios colectivos, ellos normalmente rigen no desde la fecha de la celebración del acuerdo entre las partes o de la decisión sustitutoria emanada de un tercero dirimente, sino desde la presentación del respectivo pliego de reclamos (art. 47 D.S. 6-71-TR), comprendiendo a los trabajadores cesados durante el trámite de la negociación colectiva (Directiva jurisdiccional 18-SP-FTCCLL).

C. DEFECTO O DEFICIENCIA NORMATIVA

Antes de abordar cada una de estas situaciones, conviene recordar la precisa distinción entre ellas elaborada por Rubio Correa a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según ese autor, el defecto consiste en la insuficiencia de la norma y se resuelve con su interpretación, y la deficiencia consiste en la inexistencia de la norma y se resuelve con su integración.

I. Defecto

12. Por ser toda norma una regla general que requiere ser adaptada por el juez al caso particular, como ya hemos dicho, hará falta siempre a estos efectos establecer su interpretación. En verdad, no es esta interpretación simple la que proviene propiamente de un defecto de la norma, sino que éste provocará la necesidad de una interpretación compleja: ante la oscuridad de la norma, deberá aclararse su sentido. Estaremos, en rigor, ante un caso de duda. ¿Cómo escoger uno entre los dos o más sentidos que la norma tiene?

13. El Derecho Civil ha formulado diversos métodos, derivados de concepciones distintas, para solucionar el supuesto descrito: literal, lógico, sistemático, histórico, sociológico, etc. (Rubio Correa). En nuestro ordenamiento, esta tarea plantea tres proble-

mas fundamentales: el primero consiste en que ninguna norma señala los métodos de interpretación de las normas, como sí lo hace el Código Civil (art. 168-170) respecto de los criterios de interpretación de los actos jurídicos; el segundo, consiste en que no existe, en consecuencia, un orden de aplicación de los variados métodos; y el tercero, consiste en determinar la relación entre los criterios mencionados y el principio del *in dubio pro operario*, específico del Derecho del Trabajo para esa hipótesis. Los dos primeros problemas pueden ser enfrentados eficazmente, recogiendo los diversos métodos aceptados por el derecho comparado más próximo y aplicándolos combinadamente. Una buena fuente de inspiración al respecto podría ser el art. 3 del Código Civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. El tercer problema vamos a tratarlo a continuación.

14. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto de la ley, debiendo aplicar en tal caso los principios generales del derecho (art. 233 inc. 6 Const. y art. VIII T.P. Cód. Civ.). En caso de duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición laboral, se optará por la interpretación más favorable al trabajador (art. 57 Const.). ¿Cómo ensamblar el principio del *in dubio pro operario* con los métodos clásicos de interpretación de las normas? ¿Es posible establecer de antemano una preferencia? Creemos que es muy difícil en este punto establecer un criterio apriorístico con validez general, sin apreciar todas las circunstancias de cada caso que el juez deberá tener en cuenta. Sin embargo, pensamos que resultará siempre natural aplicar primero el método literal, dado que no cabe forzar la interpretación, y, si subsistiera la duda, acudir antes al principio específico de nuestra disciplina que a las reglas comunes a todo el ordenamiento. No podemos olvidar que el *in dubio pro operario* justifica su existencia en la desigualdad real de los sujetos de la relación laboral, al igual que los demás principios del Derecho del Trabajo, debiendo ser por ello preferido frente a los criterios clásicos que presuponen una igualdad entre las partes. De la Cueva señalaba que nuestra

área jurídica debería optar por una interpretación finalista y no formalista de las normas, y el propósito de esta disciplina es la protección al trabajador.

15. El principio del *in dubio pro operario* está recogido en nuestra Constitución, en los términos siguientes: “En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador” (art. 57). La fórmula asumida exige plantear aunque sea brevemente cinco temas. En primer lugar, pareciera que en toda interpretación y no sólo la que ofreciera dudas, cabría la aplicación del principio, cuestión que ya hemos expuesto y desechado. En segundo lugar, la duda podría recaer sobre el ámbito subjetivo (alcance) u objetivo (contenido) de la norma: a quiénes comprende y qué manda. En tercer lugar vamos a ver en el punto siguiente, de qué tipos de disposiciones estamos hablando. En cuarto lugar, por materia de trabajo debemos entender todo aquello que tuviera a los trabajadores como destinatarios. Y, en quinto lugar, como han señalado algunos autores, si hubiera duda respecto de lo que fuera más favorable para el trabajador, el juez debería permitirle a éste practicar la elección.

16. La disposición dudosa podrá ser: a) una norma heterónoma (cualquier norma estatal); o b) una norma autonóma (convenio colectivo o reglamento interno de trabajo). Respecto del convenio colectivo podríamos preguntarnos si el principio se aplicará también a su parte obligacional o sólo a la normativa. Si bien en la parte obligacional existe en rigor un contrato paritario, por lo que podría no haber fundamento para favorecer al sindicato, creemos que es más conveniente optar por un criterio unitario para la interpretación de todo el convenio colectivo. ¿Se extenderá el principio a la interpretación del contrato de trabajo y/o de los hechos? En el caso del contrato de trabajo, pensamos que no pueden resultar de aplicación las reglas previstas en el Código Civil para la interpretación de los actos jurídicos, aunque aquél sea uno de éstos, porque —ya lo hemos dicho— presuponen la paridad, que aquí no se da. El propio Código Civil exceptúa de esas reglas a los contratos no paritarios producidos en su ámbito, como es el caso de los celebrados a partir de cláusulas generales de contratación, cuya interpreta-

ción en caso de duda debe hacerse en favor del contratante (art. 1401). En el caso de los hechos que debieran ser acreditados en un proceso, el asunto es bastante controvertido. La discrepancia no comprende la prueba de la existencia de la costumbre, que debe ser realizada por quien la alega, sino a los demás hechos referidos por las partes. En realidad, en esta materia debemos atenernos a las reglas procesales sobre la carga de la prueba, que podrían favorecer al trabajador si las normas lo previeran expresamente mediante el juego de los apercibimientos, presunciones, etc. En nuestro ordenamiento, el trabajador debe probar la existencia de la relación laboral y el empleador su cumplimiento de las disposiciones legales o convencionales (art. 32 D.S. 3-80-TR y art. 34 D.S. 6-72-TR), sin tener el primero ningún favorecimiento para ese fin (no existe entre nosotros, por ejemplo, la presunción de que toda prestación de servicios es en principio laboral, salvo prueba en contrario). En lo referido a la valoración de la prueba creemos que no cabe la aplicación del principio o debería utilizarse en todo caso como último recurso.

II. *Deficiencia*

17. Nos encontramos ante una deficiencia cuando un hecho no está regulado por ninguna norma. Para esa situación, denominada laguna, nuestro ordenamiento ha previsto la siguiente secuencia: a) constatada la presencia de una laguna en un caso concreto, el juez no puede dejar de resolverlo, sino que debe brindarle una respuesta específica a través de alguno de los métodos de integración (art. 233 inc. 6 Const. y art. VIII T.P. Cód. Civ.); b) luego, debe dar cuenta de esa situación a sus superiores, para que éstos a su vez hagan lo propio con el Congreso (art. X T.P. Cód. Civ. y art. 115 inc. 5 LOPJ); c) la Corte Suprema tiene derecho de iniciativa legislativa en este campo, por lo que puede presentar al Congreso el proyecto de ley correspondiente (art. 190 Const. y arts. 115 inc. 5 y 137 inc. 3 LOPJ); y d) por último, el Congreso, tomando en cuenta el proyecto de ley elaborado por el Poder Judicial u otro, debe subsanar la inexistencia normativa, creando la norma respectiva. Esta misma secuencia, con pocas y evidentes variaciones, se daría en el supuesto del defecto normativo, antes tratado. La deficiencia —como el defecto— debería, pues, ser una situación transi-

toria. De otro lado, en lo que toca a la deficiencia de las leyes, las autoridades administrativas tienen igual responsabilidad que las judiciales —de no dejar de resolver el caso concreto—, debiendo acudir a las fuentes supletorias del Derecho Administrativo (art. 2 del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos).

18. Tanto en el caso de la integración como de la interpretación, no encaja con el esquema descrito en el punto anterior que el Poder Judicial produzca directamente normas, es decir, realice cualquiera de las dos tareas mencionadas con efectos generales y no particulares (en el caso de interpretación, es más obvio aún: según el art. 186 inc. 1 Const., sólo el Congreso interpreta las leyes). Esto pone sobre el tapete el espinoso tema de las directivas mal llamadas jurisdiccionales, que son verdaderas normas (art. 8 Dec. Leg. 384). Creemos al respecto, como solución provisional a la pendiente integración plena del Fuero de Trabajo al Poder Judicial (que mediante una eventual casación ante la Corte Suprema pudiera homogenizar las sentencias dispares de los diversos tribunales de trabajo), que las directivas son medidas aceptables y convenientes.

19. Los dos principales métodos de integración, comúnmente admitidos, son la analogía y los principios generales del derecho. La primera consiste en aplicar la norma que regula un hecho a otro que carece de ella, pero que guarda con el primero una semejanza sustancial (Rubio Correa). Los segundos son las ideas fundamentales que informan una normativa, bien sea obtenida por abstracción de las normas singulares que la componen o, agotadas éstas, del derecho natural o científico (Albaladejo, citado por Rubio Correa).

20. Este tema plantea algunos problemas en nuestro ordenamiento, por cuanto la analogía no aparece expresamente reconocida como un método de integración, al lado de los principios generales que sí están mencionados. ¿Cabe acudir a la analogía para resolver una laguna? Las únicas referencias a ella en nuestro sistema jurídico son para excluirla: en materia penal (art. 233 inc. 8 Const.) (Muñoz Conde considera que la analogía favorable al reo debería ser aceptada) y cuando se establezca excepciones o restrinja dere-

chos (art. IV T.P. Cód. Civ.). Frente a ello caben dos posibilidades: la consideramos eliminada o la admitimos pese a su falta de recepción expresa. Nos inclinamos por esta segunda opción, ya sea por estimarla comprendida dentro del concepto de los principios generales, operación que practican algunos autores (Rubio Correa), como por entender que, al igual que éstos, la analogía no requiere de mención expresa para ser aceptada, limitándose ésta sólo a reforzarla (Plá Rodríguez).

21. ¿Hay algún orden en la aplicación de los métodos de integración? Consideramos que debería utilizarse primero la analogía que los principios generales, por cuanto aquella nos permite permanecer dentro del ordenamiento positivo, sin salir de él a buscar la solución, tarea a la que nos fuerzan los últimos. Más complejo podría ser determinar una prioridad entre la analogía y la supletoriedad. En ésta, si una norma no contiene regulación para un hecho, se aplica otra que sí la contiene, porque entre ambas hay una remisión. En nuestro sistema jurídico, el Derecho Civil es supletorio del Derecho del Trabajo, siempre que no haya incompatibilidad de naturaleza (art. IX T.P. Cód. Civ.). Si no existiera una norma laboral que rigiera un hecho, ¿deberíamos acudir primero al campo civil, definido como supletorio, a indagar por una respuesta?, ¿o deberíamos quedarnos en el campo laboral e intentar encontrarla antes aquí, mediante la analogía o los principios generales? Pensamos que lo más técnico sería utilizar primero la supletoriedad del Derecho Civil, dado que por esta vía tendríamos una norma aplicable vinculada con la laboral por envío previo y expreso, y después, acudir a la analogía o, por último, a los principios generales, que nos proporcionarían una norma o un criterio aplicable, respectivamente, encontrados en forma posterior a la constatación del problema. Este dilema no se presentará en el terreno procesal, en el cual a falta de regulación laboral se aplicará la civil (art. 68 D.S. 3-80-TR, art. 62 D.S. 6-72-TR y art. 55 D.S. 6-71-TR), sino en el sustantivo y de modo sumamente excepcional, por cuanto la supletoriedad civil brindará una respuesta a las cuestiones más generales, que podría además ser incompatible con la naturaleza del Derecho del Trabajo, y la analogía laboral solucionará los asuntos más específicos. Ejemplificando, diremos que el Derecho Civil nos servirá para determinar ciertos conceptos básicos sobre los derechos de

personas, familia, actos jurídicos, obligaciones, contratos, etc., que podrían ser utilizables en el ámbito laboral, pero no nos permitirá extender a los empleados un beneficio creado para los obreros, que no fuera inherente al diverso tipo de labor ejecutada por ambas categorías, misión que el procedimiento analógico realiza con frecuencia.

D. *CONFLICTO O SUCESION NORMATIVA*

I. *Conflicto*

22. El conflicto supone la regulación simultánea de un mismo hecho por dos o más normas vigentes, de contenidos incompatibles entre sí. En esa hipótesis se hace necesario escoger una sola de las normas en cuestión, desplazando a la otra u otras del caso concreto, pero sin eliminarlas del ordenamiento (Martín Valverde). La norma seleccionada, bajo ciertas condiciones, será la más favorable al trabajador (Camps Ruíz).

23. El principio específico del Derecho del Trabajo para el supuesto de conflicto es, pues, el de la norma más favorable. Esta afirmación requiere, sin embargo, un análisis más profundo, por cuanto surgen inmediatamente tres interrogantes: ¿todo tipo de conflicto conduce al desplazamiento de una de las normas en juego, o algunos llevan a la eliminación de una de ellas? ¿el principio aludido se aplica sólo en la hipótesis de conflicto o se extiende a otras de concurrencia no conflictiva? ¿cómo se relaciona el principio de la norma más favorable, específico del Derecho del Trabajo, con las reglas clásicas de jerarquía, especialidad y temporalidad que rigen las situaciones de conflictos en el derecho común? Respecto del primer problema, Martín Valverde distingue entre la contradicción y la divergencia, a partir de la comprobación de la existencia o no de una negación recíproca entre los preceptos antinómicos, que ocurre en la primera pero no en la segunda, reservando el concepto de conflicto en sentido estricto para la divergencia. En ésta el órgano productor y el ámbito de regulación de ambas normas son parcialmente coincidentes, pero no idénticos. Mientras en la divergencia, entonces, habría inaplicación de uno de los preceptos al caso particular, en la contradicción la colisión se resolvería

con la eliminación de uno de los preceptos. En definitiva, el primero sería propiamente un tema de conflicto, en tanto que el segundo lo será más bien de la sucesión, cuestión que trataremos en el tema siguiente.

24. El segundo problema, referido a la extensión o no del principio de la norma más favorable más allá de los límites del conflicto, genera discrepancias en la doctrina: Camps Ruiz lo considera aplicable también al supuesto de suplementariedad, en el cual una norma mínima es mejorada por otra, que por ser la más ventajosa para el trabajador será la que regule el caso; en cambio, para Martín Valverde, en la suplementariedad se da la aplicación simultánea de ambas normas, dado que el mejoramiento por la segunda de ellas estaba previsto por la primera, siendo innecesario e improcedente acudir al criterio de la norma más favorable en este caso. Nosotros adherimos al planteamiento de este último autor, en tanto entendemos que en la suplementariedad la norma más ventajosa absorbe a la otra, sin suprimirla ni excluirse, por lo que su aplicación conlleva la de ambas a la vez.

25. El problema de la relación entre el principio de la norma más favorable y las reglas de jerarquía, especialidad y temporalidad, comunes al ordenamiento, vamos a analizarlo desagregadamente en cada uno de los supuestos de conflicto. Para estos efectos, debemos señalar antes —siguiendo a Camps Ruiz— que en este ámbito es necesario tener en cuenta tres tipos de límites que encauzan la utilización del principio: materiales, instrumentales y aplicativos. Los límites materiales se refieren a los contenidos respecto de los cuales actúa el principio: la divergencia debe producirse entre normas válidas en fondo y forma, ya que si una de ellas no lo fuera, por haber transgredido las reglas sobre jerarquía, competencia o procedimiento, el conflicto sería sólo aparente, puesto que aquella norma debería ser eliminada del ordenamiento (Camps Ruiz). Este sería el caso, por ejemplo, de un reglamento que concediera más ventajas al trabajador que las otorgadas en una ley, o de un convenio colectivo que vulnerara las pautas comúnmente mínimas o excepcionalmente máximas fijadas por una ley, o de una costumbre contraria a una ley.

26. Los límites instrumentales aluden a las normas entre las que actúa el principio (Camps Ruiz). En nuestro ordenamiento hemos identificado cinco supuestos al respecto:

a. *Normas estatales*

Las normas estatales se rigen en sus conflictos por los criterios clásicos de jerarquía, especialidad y temporalidad, conduciendo aquellos frecuentemente a contradicciones y no a divergencias. Si se tratara de normas de diversa jerarquía, la superior prevalecerá sobre la inferior (art. 87 Const.), no habiendo espacio para la aplicación del principio de la norma más favorable, y ni siquiera para la suplementariedad. Si las normas tuvieran el mismo nivel deberíamos distinguir: a) si fueran dos normas generales entre sí o dos especiales entre sí, la posterior prevalecerá sobre la anterior; o b) si fuera una especial y una general, la primera prevalecerá sobre la segunda, generándose cierta dificultad si, b. 1) una norma general posterior más favorable entrará en conflicto con otra especial, a la que no derogara expresamente, y b. 2) una norma especial posterior menos favorable entrara en conflicto con otra general. En estos dos últimos casos, con bastantes reservas, podría preferirse el principio específico de la norma más favorable sobre la regla genérica de la especialidad.

b. *Norma estatal y convencional*

Aunque las normas estatales suelen tener carácter mínimo para las convencionales, por lo que no es usual un conflicto entre ellas, si éste se produjera deberá resolverse mediante la aplicación del principio de la norma más favorable. Normalmente la norma seleccionada a través de este mecanismo será el convenio colectivo, salvo en el extraño supuesto de que la norma estatal se hubiera creado después, con un contenido mejor.

c. *Normas convencionales*

Dado que la negociación colectiva en nuestro país se produce generalmente a nivel de empresa o, por excepción, a nivel de rama de actividad, pero siempre en forma excluyente y no simultánea

(las causas habría que encontrarlas en las resistencias de los empleadores y autoridades), no se producirán superposiciones entre los ámbitos de vigencia de dos convenios colectivos. En este supuesto inexistente, podría haber lugar para un conflicto (al lado de otras relaciones posibles, como la competencia, suplementariedad, complementariedad, etc.), que podría a su vez ser resuelto por el principio de la norma más favorable, que no constituye la única solución posible (cabría también utilizar de alguna manera las reglas clásicas), pero sí la más conveniente desde nuestro punto de vista.

d. *Norma internacional y estatal o convencional*

Pese a que las normas internacionales incorporadas a nuestro derecho interno tienen nivel constitucional si se refieren a derechos humanos (art. 105 Const.) o superior al legal si son comunes (art. 101 Const.), serán desplazadas por las normas estatales o convencionales, siempre que éstas establecieran mejores derechos. Así lo han previsto expresamente los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5 inc. 2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5 inc. 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29) y Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (art. 19 inc. 8). En consecuencia, en este campo se aplicará el principio de la norma más favorable.

e. *Normas internacionales*

También en este caso es el principio de la norma más favorable, la solución diseñada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para resolver sus eventuales conflictos. Así está establecido en forma bastante general (comprendiendo en rigor otros supuestos) en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 46), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 24) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29). Adicionalmente, los dos Pactos mencionados (en sus arts. 22 inc. 3 y 8 inc. 3, respectivamente) adoptan el mismo criterio para enfrentar cualquier divergencia que

podiera surgir entre aquellos y el Convenio 87 OIT en materia específica de la libertad sindical.

27. La cuestión de un posible conflicto entre una norma nacional y otra extranjera, y de una eventual aplicación del principio de la norma más favorable a ese supuesto, que forma parte del Derecho del Trabajo Internacional, ya la hemos abordado en el punto 6 de este trabajo, al cual nos remitimos.

28. Por último, los límites aplicativos aluden a la unidad de comparación que debe utilizarse entre las normas (Camps Ruiz). La cuestión no ofrece dificultad cuando se trata de un solo derecho y éste es traducible cuantitativamente, sólo que en tal caso estaremos seguramente ante un supuesto de suplementariedad y no de conflicto. El asunto se complica cuando: a) tenemos varios derechos contenidos en las normas, en alguno de los cuales una de éstas es más beneficiosa que la otra, siendo menos beneficiosa en otro de aquellos; o b) son derechos de tipo cualitativo. Para estas hipótesis, podrá optarse por la teoría del conjunto (que realiza la comparación en forma global entre las normas), la acumulación (que compara entre preceptos de una y otra norma) o la inescindibilidad (que hace la comparación entre unidades conceptuales al interior de cada norma) (Pla Rodríguez, Camps Ruiz, Martín Valverde). Los tres autores referidos acogen esta última teoría, que también nos parece la más apropiada. Si no hubiera certeza sobre la mayor favorabilidad de una u otra norma, el juez debería dejar la elección en manos del trabajador.

II. *Sucesión*

29. El supuesto de sucesión se verifica cuando una norma es eliminada del ordenamiento por otra, bien sea por derogación o anulación (Martín Valverde). La derogación se produce —según ese autor— cuando una norma posterior de suficiente nivel (igual o mayor) suprime a otra anterior. En nuestro ordenamiento, la derogación puede derivar de: a) declaración expresa; b) incompatibilidad (por contradicción y no por divergencia) entre la nueva norma y la anterior; o c) regulación íntegra de la materia de la primera norma por la segunda (art. I T.P. Cód. Civ.). La anulación pueden

decretarla el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Poder Judicial, respectivamente, cuando una norma de inferior nivel transgrede a otra superior: a) una ley que sea inconstitucional (art. 298 inc. 1 Const. y Ley 23385); o b) un reglamento que sea inconstitucional o ilegal (art. 295 Const. y Ley 24968).

30. En materia laboral, comúnmente la sucesión es mejorativa y no peyorativa en cuanto a los contenidos normativos, por la tendencia progresiva y no regresiva que caracteriza en circunstancias normales a esta área jurídica. En la hipótesis frecuente de la sucesión mejorativa, no habrá ninguna dificultad para la aplicación inmediata de la nueva norma, conforme con la teoría de los hechos cumplidos asumida por nuestro Código Civil (art. III T.P.).

31. El problema se presenta en el supuesto excepcional de una sucesión peyorativa. Aquí debemos practicar dos distinciones: ¿es indiferente la posición adoptada por la nueva norma sobre su afectación a las situaciones y relaciones existentes? ¿Es igual que las normas que se suceden sean estatales entre sí o convencionales entre sí? La primera interrogante debe ser respondida negativamente. La nueva norma puede tener respecto de los derechos nacidos de la anterior, una de las tres posiciones siguientes: a) se pronuncia expresamente por el respeto a los derechos adquiridos, b) guarda absoluto silencio, y c) declara expresamente su aplicación inmediata, comprendiendo a las situaciones existentes y a las futuras. El caso uno es el más frecuente en nuestro ordenamiento laboral, en el que las disposiciones transitorias de las nuevas normas suelen contener referencia expresa a su respecto a los derechos adquiridos. El caso tres, sumamente excepcional, nos pone en el dilema de escoger entre un principio no recogido por ninguna norma y una norma que lo niega, situación en la que no cabe sino optar por la segunda (Plá Rodríguez). Es el caso dos, en consecuencia, el único en el que podría plantearse la alternativa: ¿aplicación inmediata o derechos adquiridos? Vamos a detenernos en este tema en el punto siguiente. Respecto de la segunda interrogante arriba planteada, hay dos posiciones doctrinales: a) se trata igual la sucesión de normas estatales que la de las convencionales; o b) se adopta un criterio distinto para esta última, dado que su sucesión peyorativa toca al tema de la renuncia de derechos, que a su vez,

b. 1) algunos autores admiten en ese caso, y b. 2) otros no (este tema lo abordaremos en el punto correspondiente de este trabajo). Nosotros nos inclinamos por brindar la misma respuesta en el sentido de garantizar el respeto por los derechos adquiridos en ambas hipótesis, reconociendo incluso un mayor sustento en la segunda que en la primera, por la conservación de la vigencia de los convenios colectivos hasta su sustitución por otros previsiblemente mejores (art. 44 D.S. 6-71-TR) y la contemplación expresa del principio de la irrenunciabilidad de derechos (art. 57 Const.), que resolvería en favor de los trabajadores el caso dos pero también el tres, por existir en éste una nulidad.

32. Ubicándonos en el supuesto de la sucesión normativa peyorativa, surgirá una nueva y fundamental discrepancia doctrinaria: ¿será o no de aplicación el principio de la condición más beneficiosa a ese supuesto? Este principio permite la conservación de las ventajas alcanzadas por el trabajador, a pesar de la eliminación y sustitución peyorativa del acto que las produjo, pero ¿sólo de las ventajas de origen contractual o también de los de origen normativo? Algunos autores consideran que el principio actúa: a) únicamente en el supuesto de condiciones de origen contractual frente a las establecidas en nuevas normas que sustituyan a las anteriormente vigentes (Sala Franco); mientras para otros, b) opera además en el supuesto de condiciones de origen normativo (Ojeda Avilés). Hay acuerdo, en consecuencia, en que las ventajas pactadas en un contrato de trabajo, concedidas por el empleador unilateralmente o producidas de hecho y consolidadas por el transcurso del tiempo, deben ser respetadas por el empleador, pudiéndosele oponer el principio de la condición más beneficiosa a cualquier acto de aquel que pretendiera vulnerarlas. El desacuerdo aparece otra vez respecto de la modificación bilateral de esas ventajas, tema de nuevo propio de la renuncia de derechos que trataremos en ese punto.

33. El problema principal se encuentra, pues, en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la sucesión normativa peyorativa. En nuestro ordenamiento, ya lo hemos dicho, rige la teoría de la aplicación inmediata de la nueva norma. ¿cómo sustentar, entonces, la subsistencia de los derechos ad-

quiridos, nos preguntamos en el punto 9 de este trabajo? Los autores que lo hacen se apoyan en la incorporación al nexo contractual de los mandatos normativos, cuestión que ocurre cuando éstos han tenido aplicación efectiva a aquel (Ojeda Avilés). Nosotros consideramos que en el Derecho del Trabajo, por su peculiar carácter protector del trabajador, tanto la vigencia retroactiva —como ya vimos— como la aplicación inmediata, están condicionadas a su benignidad. Esto significa que en nuestra área jurídica impera también la teoría de los hechos cumplidos (y no la opuesta, de los derechos adquiridos, que supondría la regulación total del hecho, para lo favorable y lo desfavorable, por la norma a cuyo amparo se produjo), pero con un matiz fundamental: la nueva norma tendrá aplicación inmediata siempre que mantenga o mejore los derechos de los trabajadores; en caso contrario, cada uno de éstos le podría oponer el principio de la condición más beneficiosa para conservar su ventaja. Debemos recordar que el Derecho Civil es supletorio del Derecho del Trabajo, siempre que no haya incompatibilidad de naturaleza, como la que aquí se produciría si adoptáramos la teoría civil en su forma pura.

34. Finalmente, cabe señalar dos importantes características del principio de la condición más beneficiosa, que operan como límites del mismo: a) si la normativa anterior concedía un derecho, a.1) en forma más beneficiosa que la nueva, inhibe la aplicación de ésta sin acumularse ambas ventajas, pero a.2) si la normativa sustituyente no contempla un derecho concedido por la anterior, si habría acumulación (Ojeda Avilés); y b) si la nueva norma establece un derecho mejor (en materia salarial o, al menos, traducible numéricamente), las ventajas anteriores se extinguen; compensándose con las nuevas mayores, siempre que haya mandato expreso al respecto (Sala Franco).

E. RENUNCIA DE DERECHOS POR EL TRABAJADOR

35. La renuncia ha sido definida por De la Villa, como un negocio jurídico unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. Estos elementos distinguen a la renuncia de otros actos o hechos con los que pudiera a simple vista confundirse:

el no ejercicio definitivo o el mero retraso en el ejercicio del derecho (en los que no hay declaración de voluntad), la disposición (que es el género del cual la renuncia es una especie y que impediría no sólo la extinción sino también la modificación del derecho), la transacción (negocio jurídico bilateral que mediante concesiones recíprocas decide sobre algún asunto dudoso o litigioso, conforme al art. 1302 Cód. Civ.), etc. (De la Villa, Prados de Reyes).

36. El negocio jurídico que nos ocupa queda invalidado justamente por el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (art. 57 Const. y varias otras disposiciones). Esta es la regla en el Derecho del Trabajo, mientras que en el Derecho Civil es más bien la excepción (son irrenunciables en esta última disciplina, por ejemplo, los derechos inherentes a la persona (art. 5 Cód. Civ.). La nulidad de una cláusula no acarrea la de las demás que forman un mismo negocio jurídico: a) ni en el convenio colectivo (art. 48 D.S. 6-71-TR); b) ni en el contrato de trabajo (art. 224 Cód. Civil, aplicado supletoriamente).

37. Respecto de la actuación de este principio cabe plantearse cuatro preguntas fundamentales: ¿desde qué momento un derecho es irrenunciable? ¿sólo los derechos del trabajador son irrenunciables o también algunos del empleador? ¿todos los derechos del trabajador son irrenunciables? ¿es igual una renuncia ejecutada por un sujeto individual que por un sujeto colectivo? Vamos a analizar las dos primeras interrogantes en este punto y las otras en los siguientes. La doctrina concuerda en que un derecho es irrenunciable tanto antes como después de adquirido, porque lo que no pueden las partes es apartar de la relación constituida entre ellas la vigencia de una norma imperativa. El tema de si ciertos derechos del empleador, señaladamente su poder de dirección, entran también en el campo de la irrenunciabilidad, es más bien controvertido. Es claro, en todo caso, que estaríamos ante una excepción, cuya base normativa no sería el art. 57 Const. sino tal vez el art. V T.P. Cód. Civ. Algunos autores, como Montoya Melgar y Ojeda Avilés (citados por Sala Franco) responderían afirmativamente, en tanto que otros lo harían negativamente (Sala Franco). Este último considera que, a falta de una prohibición expresa por el orde-

namiento, una interpretación teleológica llevaría a admitir la disposición por el empleador de su poder de dirección. El límite de esta propuesta, con la que coincidimos, sería la desnaturalización de los papeles que corresponden a cada una de las partes de la relación laboral.

38. Con referencia a si todos los derechos del trabajador son o no irrenunciables, De la Villa distingue entre las normas de: a) derecho necesario absoluto, que producen derechos indisponibles en cualquier dirección (a las que deberíamos añadir —siguiendo a García-Perrote Escartín— las máximas de derecho necesario, que producen derechos disponibles hacia abajo); b) derecho necesario relativo, que producen derechos indisponibles hacia abajo pero disponibles hacia arriba; y c) derecho dispositivo, que producen derechos disponibles en cualquier dirección. Serán, en consecuencia, derechos irrenunciables los nacidos de normas de derecho necesario absoluto o relativo por encima de los mínimos (éste es el caso de la costumbre, excepto la llamada por una norma, y el contrato de trabajo). En nuestro ordenamiento, creemos que la fórmula utilizada por el art. 57 Const. permitiría una interpretación extensiva, comprendiendo en la protección a los derechos creados por cualquier fuente normativa o no normativa.

39. La cuestión de los diferentes efectos de la renuncia en las relaciones individuales o colectivas, es también polémica. Mientras hay acuerdo en la doctrina respecto de que la renuncia operada por un sujeto individual será nula (si aquella recayera sobre un derecho nacido de un convenio colectivo o resolución estatal sustitutoria, la base normativa sería el art. 43 D.S. 6-71-TR), no lo hay respecto de la renuncia operada por un sujeto colectivo, dada la supuesta equiparación entre las partes. En esta hipótesis, De la Villa distingue la renuncia hecha por la categoría profesional (a través de un convenio colectivo) respecto de derechos: a) individuales, caso en el cual podría optarse por a.1) el respeto a los derechos adquiridos o por a.2) el predominio del interés colectivo sobre el individual; y b) colectivos, que sería inadmisibles si se tratara de derechos básicos. Ya hemos expresado, para el supuesto de la sucesión peyorativa de convenios colectivos, nuestra preferencia por el respeto a los derechos adquiridos (punto 31 de este

trabajo), lo que se refuerza con la constatación de la insuficiente capacidad de autotutela que en nuestro país poseen las organizaciones sindicales, por causas fácticas y jurídicas. Téngase en cuenta que, una vez celebrado un convenio colectivo —recogiéndose la teoría de la incorporación al nexo contractual—, el sindicato ya no sería titular de las cláusulas normativas, que pertenecerían a cada trabajador individual, sino sólo de las obligacionales, que serían en todo caso las únicas disponibles para él. En consecuencia, a nuestro parecer, el segundo convenio colectivo peyorativo podrá derogar al primero, pero sus efectos sólo comprenderán a los nuevos trabajadores incorporados a la unidad de negociación. No queremos dejar de reconocer, sin embargo, que incluso una concepción de la irreversibilidad de los convenios colectivos, no carecería de cierto fundamento.

F. DISCRIMINACION EN PERJUICIO DEL TRABAJADOR

40. En materia del principio de la igualdad, Rodríguez Piñero distingue entre: a) la igualdad ante la ley (de derecho público), que significa la paridad en la eficacia de las normas, obliga a la actuación imparcial del Estado, aunque permite diferenciar entre situaciones distintas en la búsqueda de la igualdad sustancial; y b) la igualdad de trato (de derecho privado), que significa la consideración igual de los iguales en iguales circunstancias, actuando como límite a los poderes del empleador en sus medidas colectivamente relevantes y a la autonomía colectiva e imponiendo la comparación entre trabajadores de la misma empresa (Blanco, Cremades). En nuestra área jurídica, la igualdad ante la ley es previa a la constitución de la relación laboral y se satisface con el cumplimiento de los derechos mínimos del trabajador, mientras que la igualdad de trato actúa con posterioridad a dicha constitución (Cremades). Esta última es un principio específico del Derecho del Trabajo.

41. Una y otra manifestación del principio de la igualdad prohíben la discriminación, entendida como diferenciación arbitraria, carente de justificación objetiva y razonable, ya sea favorable o adversa a toda persona o al trabajador, respectivamente. Ambas se encuentran recogidas por nuestro ordenamiento y los instrumen-

tos internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por nuestro país: a) la igualdad ante la ley impide la expedición de leyes especiales por la diferencia de las personas (art. 187 Const.) y la discriminación entre éstas por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (art. 2 inc. 2 Const.), listado complementario al de los instrumentos internacionales que veremos en seguida (art. 7 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos); y b) la igualdad de trato invalida las decisiones emanadas de la autonomía privada individual o colectiva que resulten discriminatorias por cualquier causa (art. 42 Const.), con especial referencia a la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2 inc. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 inc. 1 y 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 inc. 2, 3 y 7 inc. c Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Convenio 111 OIT). Hay particular énfasis en lo específicamente salarial: art. 43 Const., art. 23 inc. 2 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 inc. a Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Convenio 100 OIT. La fórmula, pues, es amplia y abierta por la cláusula sobre “cualquier otra condición”, que podría comprender la edad, origen étnico, condición civil, orientación sexual, deficiencias físicas, etc. (O'Donnell). A las causas vedadas para una discriminación, habría que agregarles el ejercicio de cualquier derecho, señaladamente los derivados de la libertad sindical (Convenio 98 OIT).

42. ¿Cómo opera el principio de la igualdad de trato? La secuencia de aplicación del principio será la siguiente: a) el empleador toma una decisión unilateral o la adopta por acuerdo con la organización sindical, consistente en el establecimiento de una regla general para la empresa; b) sin causa justificada se excluye —o eventualmente se incluye— en ella a un trabajador; c) éste impugna la medida ante la autoridad competente, que en nuestro caso es la Autoridad Administrativa de Trabajo o el Fuero de Trabajo, según el vínculo laboral esté vigente o no, respectivamente

(aunque creemos que debería ser el Fuero de Trabajo, por carecer la primera de jurisdicción); d) la carga de la prueba recae en el trabajador (Sagardoy Bengoechea), aunque en algunos ordenamientos, en materia de libertad sindical, la carga se invierte (Villavicencio Ríos); y e) la autoridad competente ordena el cese de la medida discriminatoria.

43. Por último, debemos añadir —siguiendo a Rodríguez Piñero— que este tema debe ser leído a la luz de la búsqueda de la igualdad sustancial, configurada como un valor superior del ordenamiento, insatisfecho con la mera protección al trabajador, que pretende corregir la realidad misma de la cual deriva la necesidad de esa protección. En nuestra Constitución se encuentra consagrada en artículos como el 42 y el 80, sobre todo, en virtud de los cuales todos los habitantes de la República deben tener por igual la oportunidad de una ocupación útil, en el marco de un Estado promotor de la justicia y los derechos humanos.

G. BIBLIOGRAFIA

- BLANCO, Juan Eugenio
La consideración igual de los iguales, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, No. 74.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel
Los conflictos entre normas laborales, en: AA.VV., *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981.
- CREMADES, Bernardo María
El tratamiento igual en la empresa, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, No. 83.
- DE LA CUEVA, Mario
El nuevo Derecho mexicano del Trabajo, México, Editorial Porrúa S.A., 1981.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique
El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, No. 85.
- ERMIDA URIARTE, Oscar
Empresas multinacionales y Derecho Laboral, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1981.
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio
Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- MARTIN VALVERDE, Antonio
Concurrencia y articulación de normas laborales, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1978, No. 119.

- MUÑOZ CONDE, Francisco
Introducción al Derecho Penal, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1975.
- NEVES MUJICA, Javier
Fuentes y principios laborales en la Constitución, en: *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco S.A., Editores, 1989.
Determinación de la norma más favorable, ponencia presentada al X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, abril de 1989.
- O'DONNELL, Daniel
Protección internacional de los derechos humanos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.
- OJEDA AVILES, Antonio
El principio de condición más beneficiosa, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1982, No. 134.
- PLA RODRIGUEZ, Américo
Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
- PRADOS DE REYES, Francisco Javier
Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1980, No. 127.
- RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel
El principio de igualdad y las relaciones laborales, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979, No. 121.
- RUBIO CORREA, Marcial
El sistema jurídico, Introducción al derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1984.
Título Preliminar. Para leer el Código Civil III, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1986.

- *SAGARDOY BENGOCHEA*, Juan Antonio
Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, Madrid, ACARL, 1989.

- *SALA FRANCO*, Tomás
El principio de la condición más beneficiosa, en: *Revista de Política Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, No. 114.
Lecciones de Derecho del Trabajo, (Sala Franco, Director), Valencia, Tirant Lo Blanch, 1988.

- *TOVAR GIL*, María del Carmen y Javier
Derecho Internacional Privado, Lima, Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1987.

- *VILLAVICENCIO RIOS*, Alfredo
Constitución y libertad sindical, en: *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989.

REGIMEN DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA CONSTITUCION DE 1979

Guillermo Figallo A.

El Título III de la Constitución Política de 1979 dedica especialmente su Capítulo II a los recursos naturales y el que se inicia con el artículo 118 que establece lo siguiente:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación”.

“Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales, y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a particulares”.

A. *CONCEPTO DE RECURSOS NATURALES*

Una bella definición de los recursos naturales dice que son “el patrimonio de los pueblos, su riqueza y su heredad. El medio en que vive el hombre como especie. . .” (Marc Dourojeanni). Según otra definición recurso natural es “una oportunidad del ambiente que ha sido identificada y valorada por una población de usuarios potenciales”. (Richard L. Meier).

Las Naciones Unidas han definido los recursos naturales como todo aquello que encuentra el hombre en su ambiente natural y que puede en alguna forma utilizar en beneficio propio. Bifani critica esta definición diciendo que es “un tanto amplia” y que tiene el defecto de ignorar el proceso activo de apropiación y transformación de los recursos naturales a través de la aplicación del conocimiento científico-tecnológico limitándose a enfatizar el carácter pasivo de tales recursos.

El proyecto de Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales los define “como todos aquellos elementos del ambiente que son o pueden ser útiles directa o indirectamente al ser humano”. En resumen, los recursos naturales son las cosas existentes en la naturaleza que sirven para que el hombre directamente o transformándolas, pueda satisfacer sus necesidades.

Recursos naturales y productos básicos

El funcionamiento de la sociedad moderna se sustenta en la utilización masiva de elementos naturales en forma directa o a través de complejos procesos de transformación, lleva a establecer una distinción entre lo que puede considerarse como recursos “intrínsecamente naturales” y aquellos que, siguiendo la terminología utilizada en el comercio internacional, se agrupan como “productos básicos” y que a su vez incluyen elementos que son esencialmente materias primas y las materias procesadas.

1. Caracteres de los recursos naturales

Los recursos naturales no son siempre los mismos, tienen carácter dinámico debido a dos factores básicos que son:

- i) El desarrollo científico-tecnológico que descubre elementos de la naturaleza o características antes desconocidas de éstos o crea nuevos procedimientos para su extracción y procesamiento; y
- ii) Las nuevas necesidades sociales y hábitos de consumo que plantean nuevas demandas sobre los recursos naturales.

Este dinamismo ocasiona la obsolescencia de ciertos recursos. Un ejemplo clásico es el árbol silvestre del caucho de la Amazonía cuya explotación se redujo frente a la competencia de especies cultivadas y la extracción masiva desarrollada en Malasia, la que posteriormente sufrió el embate del caucho sintético. A la inversa, el descubrimiento de nuevas propiedades de un recurso o de su uso en otras actividades pueden revalorizarlo determinando la necesidad de restablecer o aumentar su explotación. Tal es el caso de la

caña de azúcar de la que se obtiene alcohol para reemplazar a los derivados del petróleo, así como papel y materiales de construcción.

2. *Caracter sociológico*

La faceta dinámica de los recursos naturales se complementa con el aspecto sociológico, pues los elementos de la naturaleza son considerados “recursos” sólo en relación con una sociedad dada y en determinado momento histórico, que define su marco económico, su forma institucional y organizativa; y permite su explotación, distribución y consumo. Este uso origina en el sistema social un flujo de materiales que dan lugar a una cantidad de residuos, desechos, etc. que quedan en el ambiente y de no ser adecuadamente tratados causan graves daños tanto económicos como inmateriales.

Actualmente, el concepto de recursos naturales engloba no solamente los conocidos tradicionalmente, como los minerales, tierras, aguas, bosques, que enumera la Constitución, sino también aspectos cualitativos y procesos naturales como el aire, el paisaje, la flora y la fauna silvestre, las formaciones geológicas, geomorfológicas y procesos de recarga de las aguas subterráneas, de sedimentación y alimentación energética, y el propio espacio.

B. *CLASIFICACION DE LOS RECURSOS NATURALES*

1. *División tradicional*

El primer acápite del artículo 118 de nuestra Constitución sigue la división tradicional de los recursos naturales en renovables y no renovables, también llamados duraderos y agotables. Los primeros son llamados así porque se conservan no obstante su uso mientras que los segundos se consumen al primer uso.

Ciertos autores califican como recursos renovables a los que rinden frutos sin consumirse, y como recursos no renovables a los que dan productos que los consumen. Pero, esta distinción no coincide con la naturaleza de ciertos recursos naturales como el agua

que tradicionalmente han sido considerados renovables y no producen frutos.

La tierra (suelo), el agua, la atmósfera, el espacio aéreo, el clima, el paisaje, los bosques, la flora y fauna silvestre, de origen terrestre o acuático, la energía solar, eólica, hidráulica, etc., han sido considerados como recursos renovables, mientras que los recursos minerales en general y los combustibles fósiles se clasifican como no renovables.

La clasificación del artículo 118 de la Constitución es considerada como demasiado simple para responder a la realidad de la sociedad actual (Ramón Vicente Casanova).

La *equivocada* creencia de que las fuentes naturales de riqueza son ilimitadas y que cualquiera que sea su manejo se renuevan constantemente, ha impulsado la desenfrenada e irracional depredación de nuestros recursos y ocasionado no sólo su pérdida sino daños irreparables a otros. Desde un punto de vista ecológico, en *strictu sensu*, ningún recurso es totalmente renovable. La renovabilidad depende de la forma como se usa el recurso o como se ve afectado por el manejo de otros recursos que interactúan con él en un mismo sistema.

Para una concepción integral de los recursos naturales la distinción entre renovabilidad y no renovabilidad carece de sentido, pues un mal manejo o uso predatorio ocasionan su escasez o agotamiento mientras que una gestión racional produce un rendimiento adecuado.

Los excesos cometidos en nuestra época demuestran que ciertos elementos de la naturaleza llamados tradicionalmente “bienes libres” considerados inagotables (agua y aire) pueden agotarse o convertirse en escasos en la medida que su utilización se traduzca en una pérdida de calidad incapacitándolos para satisfacer las necesidades humanas, como sucede con la tierra de la que en cierto sentido podría decirse que no es renovable (Antonio Carrozza).

2. *Clasificación moderna*

Actualmente se propone una clasificación más completa de los recursos naturales que los divide en:

- i) Inagotables.— Que sólo son afectados por el uso secular, es decir, que prácticamente cambian de modo imperceptible. Entre éstos se incluyen la energía solar, la nuclear y la topografía.
- ii) No renovables.— Que se agotan, como los yacimientos minerales, la energía fósil, etc.
- iii) Renovables.— Que no se agotan sino que pueden restablecerse.

C. *RECURSOS NATURALES RENOVABLES*

Desde el punto de vista jurídico-económico, los recursos naturales renovables pueden ser definidos como bienes de producción de uso duradero provistos por la naturaleza (R.V. Casanova).

La enumeración ejemplificativa de los recursos naturales que contiene el segundo acápite del art. 118 de la Constitución menciona “las tierras, bosques y aguas”, que pertenecen a la categoría de renovables y son objeto de la actividad agraria. A ellos deben agregarse los recursos fitogenéticos, la fauna silvestre, los espacios naturales.

1. *Clases de recursos naturales renovables*

La doctrina moderna considera que los recursos naturales renovables pueden dividirse en:

- i) “aparentes” cuando son capaces de formarse o reciclarse, pero no reproducirse, como el suelo, las corrientes de agua y el aire; y

Otra clasificación de los recursos naturales renovables distingue entre:

Autorenovables, que se renuevan espontáneamente por causas ajenas a la acción humana, como los ríos y el agua de lluvia; y

Renovables propiamente dichos que se multiplican en unidades disponibles para el uso a intervalos distintos (Hoover).

D. DOMINIO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

1. *Antecedentes*

Los juristas romanos enumeraban entre las cosas fuera del comercio las que son susceptibles de utilización por todos, como el aire, las aguas corrientes y del mar, las riberas, etc. Eran consideradas “rescommunis”, pertenecientes a la humanidad en su conjunto (Ulpiano).

El derecho histórico español distinguía las cosas que pertenecen a cada hombre y las que pertenecen a todos los hombres, incluyendo entre éstas el aire, el agua de lluvia y el mar (Partida 3, Título XVIII, Ley II).

Pero, la posibilidad de que ciertos recursos naturales pudieran ser objeto de ocupación o aprensión, como las tierras, minas, bosques, etc. permitió su apropiación privada. Sin embargo, como ha señalado Andrés Bello, “la susceptibilidad de ser ocupadas no es el único requisito que legitime la apropiación de las cosas o la posesión que tomamos de ellas con ánimo de reservarlas a nuestra utilidad exclusiva. Porque, si una cosa permaneciendo común puede servir a todos sin menoscabarse, ni deteriorarse, o sin que el uso racional de los unos embarace al de los otros, y si por otra parte, para que una cosa nos rinda todas las utilidades de que es capaz, no es necesario emplear en ella ninguna elaboración o beneficio; no hay duda que pertenece al patrimonio indivisible de la especie humana, y no es permitido marcarla con el sello de la propiedad”.

Empero, la tendencia del Estado liberal a favor de la privatización de todos los bienes facilitó la apropiación monopolista de los recursos naturales, y a que el ansia de ganancia ilimitada realizara una explotación acelerada de éstos olvidando que Naturaleza y Sociedad forman un binomio indivisible en permanente interacción, lo que ha tenido graves repercusiones “en el habitat humano y en el propio equilibrio socio-somático de los individuos” (A. Pérez Luño).

El Código Civil de 1852 distinguía las “cosas públicas que pertenecen a la Nación y cuyo uso es de todos” (art. 459). Se consideraba que sobre estos bienes, denominados “públicos”, el Estado tenía un amplio y comprensivo poder de policía y no un derecho de propiedad por cuanto eran de la comunidad (Rafael Bielsa). En cambio, los recursos naturales susceptibles de ocupación o aprensión quedaban a merced de la libre iniciativa de los particulares, como bienes vacantes en el caso de la tierra, los bosques, la fauna y la flora o susceptibles de “denuncio” en el caso de las minas.

El artículo 195 del anteproyecto de Constitución de 1933 elaborado por la Comisión Villarán contiene la primera referencia específica a “las minas, tierras, bosques y aguas, y demás fuentes naturales de riqueza” como propiedad del Estado, de acuerdo a la nueva teoría del dominio público para la cual “la pertenencia al Estado es elemento esencial de su definición como tales”. Pero, reconocía “los derechos legalmente constituidos sobre tales bienes”. La iniciativa fue recogida por el artículo 37 de la Constitución de 1933 que decía: “Las minas, tierras, bosques, aguas y en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión o propiedad o usufructo a los particulares”. Este enunciado significó un relativo avance respecto a la libre apropiación privada de los recursos naturales, pues asignaba al legislador la atribución de establecer los requisitos y condiciones de su concesión a los particulares; pero, adolecía de dos defectos notorios: 1) reconocía los “derechos adquiridos” sobre las fuentes naturales de riqueza; y 2) facultaba su otorgamiento en propiedad, incluso a favor de empresas extran-

teras. El peligro de esta renuncia a la soberanía nacional quedó de manifiesto en el célebre caso de la International Petroleum Co. que alegó la “propiedad” del yacimiento de hidrocarburos de la Brea y Pariñas.

El Código Civil de 1936 también hace la clasificación de bienes del Estado y de los particulares en el Título II de la Sección Segunda de los Bienes del Libro III de los Derechos Reales. El artículo 822 inciso 4 incluía entre los bienes del Estado:

“Las tierras públicas, las minas y los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión; los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y alveos”.

La Exposición de Motivos expresa que: “la clasificación de bienes en públicos o del Estado y de particulares sólo tiene importancia en cuanto a la determinación de las diferentes especies de bienes que se comprenden en la primera clase. El único problema difícil es el de la categoría en que han de colocarse las cosas sin dueño, como son las tierras públicas, las minas, las aguas, antes de que sean de propiedad particular. El punto sobre las tierras tiene capital importancia en los países de enorme extensión territorial y de una población en que la mayor porción del suelo no se halla aún dentro de la masa de la propiedad privada”. Según este criterio, casi resultaba imperioso que los recursos naturales pasaran a la mayor brevedad posible a ser propiedad privada, excepto las aguas, corrientes y lagos para los que establece un régimen único de dominio público.

2. *Régimen vigente*

El artículo 118 de la actual Constitución ha suprimido el reconocimiento de “derechos adquiridos” sobre los recursos naturales lo que era inaceptable frente al dominio que el Perú debe tener sobre éstos y significaba un rezago privatista en asuntos que ahora son de interés público (M. Rubio y E. Bernal).

Cabe preguntarse si de ello se deduce que el Perú ha nacionalizado los recursos naturales, o como sostienen otros, sólo se trata

de la reiteración de la vieja tradición hispana del dominio originario del Estado sobre los recursos naturales.

En cualquier caso, nuestro derecho constitucional ha sentado una doctrina que reviste especial trascendencia tanto porque los particulares deben exhibir títulos que la ley considere suficientes para tener derecho a la explotación de dichos recursos, como porque la concesión es a lo sumo una propiedad resoluble y está sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones sino porque además expresa el reconocimiento de que todos los recursos naturales son patrimonio de la Nación.

En apariencia habría contradicción entre el primer acápite del artículo 118 de la Carta, que dice los recursos naturales “son patrimonio de la Nación” y el segundo que expresa “todos los recursos naturales pertenecen al Estado”, pues, como sabemos los vocablos Nación y Estado no son sinónimos. Basta decir para que tal contradicción desaparezca que la Nación carece de personería jurídica y que el Estado la representa por lo que resulta titular de estos bienes. Pero como han señalado M. Rubio y E. Bernalles la importancia de la referida declaración constitucional reside en que plantea de manera correcta el problema de la pertenencia de los recursos naturales mejorando la concepción de la Carta Política de 1933 al establecer “una pareja de componentes, diciendo que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y pertenecen al Estado”.

Una de las reivindicaciones de los países del Tercer Mundo en su lucha por alcanzar la independencia económica ha sido que se reconozca el dominio de los pueblos sobre sus recursos naturales.

La referencia al derecho patrimonial de la Nación significa que los recursos naturales no pueden estar separados del interés nacional. Es decir, que no deben ser explotados exclusivamente en beneficio de intereses privados por cuanto es principio esencial de derecho que un patrimonio beneficie a quien le pertenece, que en este caso es la Nación. De ahí que los recursos naturales como riqueza potencial de enormes proporciones, no pueda estar sujeta a la explotación privada en exclusivo beneficio propio. El Estado

concede su uso o aprovechamiento en armonía con el interés social cuando decide no hacerlo directamente. La Constitución reconoce la propiedad privada de la tierra (art. 157).

Además el término “patrimonio” obedece a la idea de conjunto o globalidad que coincide con la concepción actual del ambiente como un “continuo” físico-biológico-cultural que no puede ser fraccionado arbitrariamente.

De ahí que los recursos naturales se encuentren bajo un status propio fijo e invariable del que se deriva su inalienabilidad e imprescriptibilidad, pero sin que deje de haber cierto poder de disposición del Estado que no es comparable al que la ley permite en el ámbito privado y que de ningún modo implica su transferencia a otro sujeto.

Por las mismas razones resulta inaplicable la prescripción tanto extintiva como adquisitiva. La primera porque el status jurídico de bien patrimonial de la Nación, como todo status no puede perderse por el transcurso del tiempo. Tampoco es aplicable la usurpación ya que la cualidad de recurso natural deriva de su particular naturaleza que no puede surgir por su posesión o transcurso del tiempo a favor del particular, ya que significaría cesación de su estado jurídico que es inherente a su condición de recurso natural.

3. Los recursos naturales y el Derecho Internacional

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, ha sido considerada como el marco jurídico para la implementación del nuevo Orden Económico Internacional. La Carta establece que: “Todo Estado tiene y ejerce libremente su soberanía plena y permanentemente incluso posesión, uso y disposición sobre toda la riqueza, recursos naturales y actividades económicas” (art. 2).

A simple vista se advierte que la Carta obedece a una concepción más avanzada que la de nuestra Constitución sobre los recursos naturales, pues declara que el derecho del Estado sobre los

recursos naturales es inherente a la soberanía y que tiene su permanente posesión y disposición.

4. *Clases de Recursos Naturales Renovables*

Los recursos naturales no constituyen una categoría homogénea, ni están sujetos a un régimen unitario, salvo aquellos caracteres generales que hemos indicado derivados de su propia definición. A cada uno corresponde un régimen propio.

5. *Las Tierras*

Las tierras productivas, como recurso natural renovable, se encuentran sujetas a un régimen propio. Según expresa disposición del artículo 159 de la Constitución pueden ser objeto de propiedad privada y su inalienabilidad solamente es establecida por la misma Carta Política cuando se trata de Comunidades Campesinas y Nativas.

Es importante subrayar además que también de acuerdo con los acápite segundo y tercero del citado artículo 159 de la propia Constitución, el derecho de propiedad privada sobre las tierras es de carácter “resoluble”, por cuanto el Estado sólo garantiza dicho derecho cuando el titular cumple con el deber jurídico.

Desde la época de la Colonia se ha considerado que el territorio se encuentra dividido en tres Regiones Naturales: Costa, Sierra y Selva en las que el relieve de los suelos, el clima, la flora y la fauna, así como las modalidades de vida de los pobladores se presentan como conjuntos equilibrados y netamente diferenciados.

La anterior división tradicional de las regiones naturales del Perú ha sido considerada demasiado simplista habiéndose reconocido desde hace tiempo otra división en cuatro regiones: Costa, Sierra, Ceja de Selva y Selva.

Nuestro derecho adopta una posición ambigua. Las leyes de Reforma Agraria 15037 y 17716 distinguen entre Costa, Sierra, Ceja de Selva y Selva, pero adoptan disposiciones comunes para la

sierra y ceja de selva. El Decreto Supremo No. 01-70-AP del 2 de enero de 1965 (modificado por el D.S. No. 288-70-AG) que establece los límites de las Regiones Naturales para los efectos de la aplicación de las referidas leyes, considera sólo tres regiones:

- i) La Costa, que comprende el territorio situado en la vertiente occidental de los Andes desde el nivel del mar hasta los 2,000 metros de altura.
- ii) La Sierra y Ceja de Selva que se ubican entre los 2,000 metros sobre el nivel del mar en la vertiente occidental de los Andes hasta los 1,500 a 2,000 metros en la vertiente oriental.
- iii) La Selva, que se extiende desde los 2,000 a 1,500 metros sobre el nivel del mar en la vertiente oriental de los Andes y comprende el llano Amazónico hasta nuestras fronteras con Colombia, Ecuador, Brasil y Bolivia.

La Ley No. 22175 de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, y la Ley No. 21147 Forestal y de Fauna Silvestre, aunque se refieren a la Selva y Ceja de Selva, no establece distinción entre éstas, considerándolas como una sola Región.

El eminente geógrafo Javier Pulgar Vidal ha planteado la existencia de Ocho Regiones Naturales: En el declive occidental (Yunga Marítima): Chala o Costa, Yunga y Quechua y en el declive oriental (Yunga Fluvial: Suni, Puna, Janca, Rupa Rupa o Selva Alta y Omagua o Selva Baja.

Por último la Constitución Política distingue la Región de la Amazonía del resto del país y plantea para la conservación de su lábil equilibrio ecológico un régimen especial.

Indudablemente que la tierra como “suelo” es el sustento físico de todas las actividades humanas y, por consiguiente, objeto natural de todas las ramas del Derecho.

Para Escriche suelo es el terreno o sitio en que se siembra planta o edificio. El derecho civil distingue el suelo, subsuelo y sobresuelo que puedan ser objeto de derechos distintos, de donde resulta el suelo una mera expresión geométrica. “El suelo no tiene espesor, por lo que separado idealmente del sobresuelo y del subsuelo sería no sólo física, sino sobre todo, económicamente inconcebible” (Messineo).

En cambio, la Constitución utiliza la palabra tierra para referirse al recurso natural necesario para la fertilización, sustento y desarrollo de las especies vegetales y lo somete a las normas del régimen agrario que se informan en principios propios dada su condición de medio de producción natural. Tierra es pues, la denominación genérica de “suelo productivo”.

La R.M. No. 466-83-VI-9300, del 21 de noviembre de 1983, ofrece una definición de suelo como sinónimo de tierra diciendo que es el cuerpo natural dinámico, constituido por elementos físicos, químicos y biológicos que conforman la capa superficial de la corteza terrestre en la que se sostienen las plantas y de la que absorben el agua y los elementos nutritivos necesarios para su desarrollo.

Esta ambigüedad produce confusiones. De cualquier modo el sentido del vocablo suelo en el Derecho Civil no corresponde al de tierra en la Constitución que coincide con el derecho agrario, para el que ésta es un bien que comprende además del suelo, el subsuelo hasta donde llegan las raíces de los vegetales y el sobresuelo hasta donde alcance el vuelo de sus hojas no pudiendo separarse la superficie del subsuelo, ni de los aires.

a. *La fertilidad de la tierra*

Por ser factor fundamental en la producción de alimentos, y además susceptible de apropiación individual, la tierra es entre los recursos naturales llamados renovables el más codiciado. Pero esta preocupación ha dado lugar a que se olvide su importancia “como eslabón crucial en el funcionamiento del sistema natural” (Bifani). Los suelos o tierras no son simple “polvo inerte” sino entes diná-

micos con diferentes propiedades físicas (textura, porosidad, estructura, capacidad de retención o infiltración de agua, etc.); químicas (composición factor pH, capacidad de intercambio catiónico, salinidad, etc.) y biológicas (calidad y cantidad de materia orgánica, seres vivos, etc.). A estos factores debe agregarse la “fracción” mineral del suelo. La conjunción de todos estos factores constituye la “fertilidad” de la tierra que es definida como la capacidad propia de producir alimentos para los vegetales.

Clasificación de las tierras

Nuestro ordenamiento legal distingue las siguientes clases de tierras:

(1) *Eriazas*. Que son definidas como “no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos; exceptuándose los de forestación y reforestación, las lomas con pastos naturales dedicadas a la ganadería, los terrenos urbanos y los usados con fines domésticos o industriales” (art. 192 D.L. 17716).

Esta definición es a simple vista defectuosa y contradictoria, pues las “lomas” y las tierras de forestación y reforestación son productivas. Y ciertas tierras eriazas pueden ser habilitadas para uso urbano o agrícola, tal como sucede con ciertas zonas desérticas de la Costa Peruana. Además, obedece a una concepción que ha sido superada por los avances de la ecología que han demostrado la interdependencia de los seres vivos con el ambiente y el valor estético y económico del paisaje y de las tierras de protección.

El Tribunal Agrario ha establecido que nadie puede mantener el dominio sobre bienes que no ha ocupado y que tienen la condición de eriazos, ni puede ceder un uso que nunca ha ejercido; y que los campesinos que han ganado con su esfuerzo dichas tierras para la agricultura y las han cultivado tienen la condición de auténticos poseedores, aunque tales terrenos se hayan encontrado dentro de los linderos señalados en títulos de propiedad a favor de terceros. (causa No. 634/-3-3-70).

(2) *Terrenos urbanos*. Los situados en centro poblado y que

se destinan a vivienda o cualquier otro fin urbano así como los terrenos sin edificar que cuentan con los servicios generales de la población en que se ubican o los establecidos por los Reglamentos correspondientes, (Reglamento Nacional de Construcciones art. II-II.1).

(3) *Tierras rústicas.* Las no comprendidas en la definición anterior y que pueden ser objeto de actividades agrarias.

(4) *Clases de tierras rústicas:*

(a) Según la explotación económica, el artículo 27° de la Ley de Reforma Agraria distingue las clases siguientes: a) tierras de cultivo bajo riego; b) tierras de secano; c) tierras de pastos naturales; y d) tierras forestales.

Esta clasificación tiene gran importancia debido a que el límite de la extensión de la propiedad rural es diferente, según la clase de tierras. Así, para las tierras de secano es el doble que para las tierras de bajo riego y para las tierras de pastos naturales se fija de acuerdo con la soportabilidad de los pastos, mientras que las tierras forestales pertenecen al dominio público.

(b) Clasificación según la capacidad de uso mayor.— El Reglamento de Clasificación de los Recursos Naturales (ONERN) aprobado por Decreto Supremo No. 0062/75-AG, de 5 de enero de 1975, distingue los grupos de tierras siguientes:

- i) Tierras aptas para cultivo en limpio, que reúnen condiciones ecológicas que permiten la remoción periódica y continuada del suelo para el sembrío de plantas herbáceas o semiarbusivas de corto período vegetativo, bajo técnicas económicamente accesibles a los agricultores del lugar, sin deterioro de la capacidad productiva del suelo, ni alteración del régimen hidrológico de la cuenca;
- ii) Tierras aptas para cultivos permanentes, que no presenten características apropiadas para la fijación de cultivos en limpio o intensivos, pero que son adecuadas para el

establecimiento de cultivos perennes (frutales, principalmente) así como forrajes; se advierte que esta clasificación de las tierras de cultivo se basa en la modalidad de éste;

- iii) Tierras aptas para pastoreo, que no son apropiadas para la fijación de cultivos intensivos, ni permanentes, pero admiten el desarrollo de pastizales para el sostenimiento de una ganadería económicamente rentable;
- iv) Tierras aptas para la producción forestal, que presentan características impropias para fines agropecuarios, pero tienen aptitudes para la producción forestal dentro de condiciones económicas; y,
- v) Tierras de protección, que son inapropiadas para su uso agropecuario o forestal pero sirven para suministro de energía, vida silvestre, defensa contra la erosión, atracción paisajista, etc.

El potencial de las tierras del país, de acuerdo a la anterior clasificación, es la siguiente:

4'902,000 Has. Aptas para Cultivo de Limpio (3.81%)
2'707,000 Has. Aptas para Cultivo Permanentes (2.11%)
17'916.000 Has. Aptas para Pastos (13.94%)
48'696.000 Has. Aptas para Producción Forestal (37.89%)
34'300,560 Has. Tierras de Protección (32.25%).

De lo expuesto resulta que el Perú es un país eminentemente rico en tierras aptas para la producción forestal distribuidas en su integridad en la región Amazónica y pobre en tierras apropiadas para fines agrícolas, pues apenas abarcan el 6% de la extensión territorial.

Comentario sobre las clasificaciones anteriores. En cuanto a las tierras aptas para el cultivo se advierte que el interés de la primera clasificación está dado por la modalidad de riego y en la segunda por la modalidad del cultivo mismo; y mientras la primera

distingue las tierras eriazas considerándolas improductivas, la segunda las califica como tierras de protección estimando que tienen un valor económico y que no se encuentran fuera del universo agrario.

6. *Las Aguas*

A nadie escapa la gran trascendencia económica y jurídica del agua. Elemento esencial para la vida, puede decirse que tiene un carácter promedio por las diversas formas que adopta y sus múltiples usos. Muestra la complejidad de su problemática jurídica desde el primer momento, pues suscita dudas acerca de si puede ser objeto de relaciones jurídicas entre particulares dada su falta de corporeidad y porque, salvo las estancadas, resultan incoercibles. Tampoco es pacífica la doctrina acerca de la naturaleza mueble o inmueble de las aguas. En este aspecto la actual visión heraclitiana se enfrenta a la tradicional concepción parménica del Universo.

Dominio y uso de las aguas

No obstante que la Constitución actual no exceptúa a las aguas del status general de los recursos naturales y no reconoce derechos adquiridos, ni reconoce propiedad privada sobre las aguas, algunos autores estiman que ha debido expresar que “el dominio” del Estado sobre las aguas es inalienable e imprescriptible, recogiendo de este modo el avance logrado por la Ley de Reforma Agraria No. 15037 y la Ley General de Aguas No. 17752, que establecen que el uso de las aguas es de carácter aleatorio y debe ser justificado y racional y estar en armonía con el interés social.

La Ley General de Aguas, Decreto Ley No. 17752, promulgada el 24 de julio de 1969, constituye un ordenamiento legal, sistemático e integral en materia de aguas, conceptualmente avanzado y adecuado a la tradición histórica y a la realidad ecológica y socio-jurídica del Perú, cuya Costa es una Región desértica donde el agua es el factor limitante de la agricultura, en la Sierras el agua de lluvia agrava la erosión de las fuertes gradientes de los Andes, y en la Selva el exceso de agua convierte grandes extensiones en aguajales.

El artículo 1 de la Ley establece que “Las Aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país”.

El dominio público comprende todas las aguas del territorio y espacio nacional que abarca las marítimas, terrestres y atmosféricas, en todos sus estados físicos. Esta descripción incluye las aguas en estado de condensación; las provenientes de las lluvias de formación natural o artificial; los nevados y glaciares; los ríos y sus afluentes, los arroyos, torrentes y manantiales; los lagos, lagunas y embalses; las aguas subterráneas, las minero-medicinales, las reunidas y producidas, las de desagües, de filtraciones, de drenaje, etc. (art. 4).

Para garantizar la preservación y el uso racional de todos los recursos hídricos y la seguridad nacional, la ley extiende el dominio inalienable e imprescriptible del Estado, con iguales caracteres de inalienable e imprescriptible, a las siguientes tierras:

- i) La extensión comprendida entre la baja y la alta marea más una faja no menor de 50 metros de ancho paralela a la línea de alta marea; y los terrenos marginales marítimos reservados por razones de seguridad nacional o uso público;
- ii) Todos los cauces y alveos de las aguas; las áreas ocupadas por los nevados y los glaciares;
- iii) Los estratos o depósitos donde corren o se encuentran las aguas subterráneas;
- iv) Las islas existentes o que se formen en el mar, lagos, lagunas o en los ríos siempre que no procedan de una bifurcación de aguas al cruzar una propiedad particular; y los terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas, esteros y otros cursos o embalses de agua. Esta norma reviste importancia pues modifica sustancialmen-

te el concepto privatístico de la accesión. Sólo faculta la enajenación de estas nuevas tierras a personas privadas con fines de Reforma Agraria o para viviendas.

7. *Los recursos forestales*

Tradicionalmente se ha considerado que la flora y la fauna silvestres conforman lo que se llama recursos biológicos. Estos términos incluyen todos los vegetales y animales en libertad, desde formas de vida tan elementales como los virus hasta seres tan complejos como los árboles o los mamíferos.

El Perú cuenta con un increíble número de especies vegetales y animales lo que hace que la diversidad genética nuestra sea la mayor del mundo, siendo el país que ha entregado más plantas domesticadas y semidomesticadas a la humanidad (más de un millar, entre ellas la papa y el tomate). En cuanto a los animales posee la mayor cantidad de especies de aves y varios millones de otras especies muchas aún desconocidas.

La conservación de la flora como de la fauna del territorio nacional, debe ser abordada en conjunto no sólo por su obvia interdependencia, sino porque son los ecosistemas a que pertenecen los que deben ser apropiadamente manejados para producir bienes en forma sostenida, sin pérdidas de especies, ni interferencias abusivas en los ciclos y procesos naturales.

Los estudios ecológicos han demostrado que las especies no viven aisladas sino interrelacionadas entre sí y el entorno formando cadenas bióticas en equilibrio dinámico que constituyen ecosistemas cuyo arquetipo es el bosque, que como hemos visto es el recurso natural de mayor importancia del país.

De ahí que en la enumeración de los recursos naturales que contiene el art. 118° de la Constitución se haya incluido a "los bosques". De este modo nuestra norma fundamental reafirma el carácter especial de los bienes forestales determinando que el vínculo jurídico forestal no se reduce al simple uso o goce de una clase de bienes, sino que configura una clase propia de recursos naturales

por cuya razón la tierra —cuya capacidad de uso mayor es forestal— los bosques y toda la flora silvestre pertenecen al dominio público y no hay derechos adquiridos sobre ellos. El uso o aprovechamiento de los “productos forestales” por los particulares debe hacerse de acuerdo con el interés nacional previo contrato con el Estado, excepto los casos de subsistencia personal. (Ley Forestal y de Fauna Silvestre —Decreto Ley 21147 del 13 de mayo de 1975).

Los bosques son definidos por el D.L. 21147 como comunidades vegetales naturales en que predominan especies leñosas referidas a determinada superficie del suelo, así como las plantaciones forestales (art. 8).

Clasificación de los bosques:

Clases de bosques

Por su origen los bosques pueden ser naturales o cultivados. Los bosques naturales pueden ser declarados: Bosques Nacionales, Bosques de Libre Disposición y Bosques de Protección. Los Bosques Nacionales y los de Libre Disposición se denominan genéricamente bosques de producción y comprenden una vasta superficie de 48'696,000 Has. aproximadamente, es decir el 37.8% del territorio nacional. La masa forestal propia del trópico húmedo se centra en la Amazonía (Selva Alta y Baja). Además, la región de la Ceja de Selva dispone de una respetable superficie de terrenos apropiados para la reforestación y también los hay en una parte de la Costa Norte.

Los Bosques de Protección ocupan 13'858,600 Has. que se consideran entre las “unidades de conservación”, también son conocidas como “espacios naturales protegidos”.

Las unidades de conservación peruanas son:

- i) Los parques nacionales o áreas destinadas a la protección con carácter intangible de las asociaciones naturales de la flora y la fauna silvestre y de las bellezas paisajistas que contienen;
- ii) Reservas nacionales o áreas destinadas a la protección y pro-

pagación de especies de la fauna silvestre cuya conservación sea de interés nacional;

- iii) Santuarios nacionales, o sea áreas destinadas a proteger con carácter de intangible una especie o comunidad determinada de plantas o animales, así como las formaciones naturales de interés científico o paisajístico;
- iv) Santuarios históricos, es decir, áreas destinadas a proteger, con carácter de intangible, los escenarios naturales en que se desarrollaron acontecimientos gloriosos de la historia nacional.

Las definiciones anotadas corresponden al texto de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Los parques nacionales se pueden establecer únicamente en tierras del dominio público ya que, en ellas, ninguna forma de aprovechamiento privado de los recursos es tolerada, a excepción del turismo, la recreación y obviamente, la ciencia y la cultura. De otro lado, suelen proteger varios ecosistemas y los ecotonos o transiciones entre ellos, y por lo tanto suelen ser extensos.

En las reservas nacionales el Estado o los particulares pueden aprovechar los recursos de fauna susceptibles de manejo. Por otro lado, es admisible que bajo ciertas limitaciones puedan realizarse ciertas actividades agropecuarias compatibles con los fines de la reserva, ya que en éstas no siempre es posible que todas las tierras sean públicas.

E. POLITICA DEL ESTADO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

El artículo 119 de la Constitución señala que: “El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo, fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico”. Este enunciado concede al Estado respecto de los recursos naturales las siguientes atribuciones:

- i) Evaluación y preservación;

- ii) Fomento del aprovechamiento racional; y,
- iii) Promoción de su industrialización.

La Constitución da un tratamiento separado a los recursos naturales y al ambiente en cuanto a las técnicas operativas del Estado para el logro del desarrollo sin tener en cuenta que los primeros son elementos constitutivos del segundo.

Esta separación obedece a una concepción tradicional que se encuentra totalmente superada y que según Bifani reduce el enfoque de la utilización de cada recurso natural por dos razones: 1) Por que considera el producto “per se” desvinculado del sistema del cual forma parte; 2) Por el criterio economicista de la valoración de los recursos.

Los elementos de la naturaleza que el hombre obtiene para su aprovechamiento no se encuentran aislados sino que forman parte de un sistema orgánico y abierto en que cada elemento interactúa con los otros y desempeña un papel específico en su funcionamiento.

Dentro del sistema capitalista los recursos naturales son valorados exclusivamente en función de su posibilidad de apropiación y de su valor de cambio o sea por su capacidad de generar rentas y de tener un precio que permita su intercambio en el mercado. Sin embargo, hay ciertos recursos naturales que no son susceptibles de apropiación ni se transan en el mercado, y que se utilizan por el hombre directamente y como insumos en el proceso de extracción y transformación de otros recursos naturales en materias primas y procesadas. El argumento tradicional y conocido es que dichos recursos son inagotables y constituyen un don de la naturaleza. El agua y el aire son ejemplos típicos. La teoría económica los considera como bienes tan abundantes que su valor marginal para cada usuario real o potencial es cero. Empero, la utilización creciente de ambos recursos ha determinado que deban ser considerados en términos cualitativos y no solamente cuantitativos. Por último el enfoque reduccionista ignora el aspecto distributivo, pues valora recursos en función de la demanda efectiva, reflejo de una determinada distribución de la riqueza y no de las necesidades de los pueblos.

1. *Evaluación y Preservación*

El mandato constitucional de evaluación por el Estado de los recursos naturales se cumple a través de la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales que realiza reconocimiento e inventario de las potencialidades de los recursos suelo, agua y bosques. Más adelante nos referimos al sistema de evaluación aplicado por ONERN.

También señala la Constitución como función del Estado la preservación de los recursos. Esto significa ponerlos a cubierto anticipadamente de un daño o peligro. La norma debe ser concordada con el artículo 123 de la misma Carta *in fine*, que señala el deber del Estado de conservar el ambiente del que los recursos forman parte inseparable.

Si bien el tema de la conservación de los recursos naturales ha sido considerado antes por el Derecho, éste se ha ocupado de ellos en forma aislada y fragmentaria. La trascendencia de la nueva concepción reside en que los diferentes recursos naturales no deben ser tratados separadamente pues integran un sistema en que el equilibrio es necesario.

Los especialistas distinguen entre el proteccionismo y conservacionismo, expresiones de distintas actitudes frente a la explotación de los recursos naturales.

La conservación abarca la preservación, el mantenimiento, la actualización sostenida, la restauración y mejora del ambiente natural. Son pilares de la conservación:

- i) El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de sostenimiento de la vida;
- ii) La preservación de la diversidad genética;
- iii) La utilización sostenida de las especies y ecosistemas (UICIN, 1980).

La unidad e interdependencia de los recursos naturales renovables (suelos, agua, flora y fauna) como integrantes de un univer-

so biológico productor de materia orgánica ha llevado al distinguido jurista agrarista venezolano Ramón Vicente Casanova a sostener la vigencia del Derecho Agrario como derecho de los recursos naturales renovables que “intenta ordenar las relaciones jurídicas que se originan en la tenencia y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, concebidos como unidad en la figura de la propiedad territorial (del Estado o de los particulares, individual o colectiva), con miras a establecer una convivencia humana que sea al mismo tiempo convivencia con la naturaleza”.

2. *Fomento del aprovechamiento racional*

El precepto constitucional propone como actividad estatal el fomento del “racional aprovechamiento” de los recursos naturales. Una expresión semejante utilizada por la Constitución española ha sido criticada afirmándose que no es “objetiva”, ni un concepto jurídico, sino “metafísico”.

También ha sido considerada anticuada por los ecologistas que prefieren hablar de “uso sostenido” de la biósfera por el ser humano, entendiéndolo como tal el que produzca el mayor beneficio para las generaciones actuales pero que mantenga la potencialidad de los recursos para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras (Estrategia Mundial para la Conservación).

En cambio, el empleo del vocablo “racional” para referirse al uso o aprovechamiento de los recursos ha sido aceptado por el lenguaje de las Constituciones Políticas dictadas últimamente, como la portuguesa y española, y sus defensores sostienen que debe mantenerse, pues el uso racional comprende la restauración, conservación y mejora porque de lo contrario no sería racional.

La creencia que algunos recursos naturales podrían renovarse siempre, cualquiera que fuese su manejo, y por lo tanto garantizaban un abastecimiento seguro, se tradujo, en muchos casos, en acciones de tipo predatorio e irracional, que a la larga han afectado seriamente su renovabilidad. En sentido estricto, ningún recurso es totalmente renovable, pues la renovabilidad depende de la forma en que se usa el recurso o cómo se ve afectada su existencia por la

explotación de otros recursos que interactúan con él en el mismo sistema. De ahí que debe ser imperativo el uso racional o sostenido de los recursos naturales.

3. *Promoción de la industrialización*

La última parte del segundo acápite del artículo 119 de la Constitución vincula la promoción de la industrialización de los recursos como función del Estado con el desarrollo económico.

Hemos señalado que los recursos naturales son elementos del ambiente por lo que la regulación de su aprovechamiento debe estar vinculada estrechamente a la del ambiente. También indicamos que el tratamiento separado que les da la Constitución implica un enfoque unidimensional del desarrollo el que se manifiesta en esta parte del texto constitucional que solamente hace referencia al desarrollo económico sin advertir que el desarrollo engloba tanto lo social, lo político y lo cultural.

Ha sido precisamente esta visión segmentada del desarrollo como simple crecimiento económico que ha llevado a la depredación y agotamiento de los recursos naturales y las catástrofes ecológicas. "La revolución industrial y la concepción positivista del progreso concibieron el dominio e incluso la destrucción o negación de la naturaleza como la empresa más significativa y próspera del hombre" (N. Lipari).

Actualmente se reconoce que las tendencias y modelos del crecimiento económico del pasado en general no han sido satisfactorios. Los beneficios del crecimiento se han distribuido desigualmente entre los países y dentro de éstos. Mientras que los modelos de producción y de consumo han conducido a un rápido agotamiento de los recursos naturales (M. Kamal Tolba).

La Declaración de la Conferencia de Estocolmo (Naciones Unidas, junio de 1972) expresó que los Estados deberán adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que queda asegurada la compatibilidad del desarro-

llo en la necesidad de proteger y mejorar el mundo humano en beneficio de la población (Principio 13).

De modo que la industrialización de los recursos no debe tener como mira únicamente el desarrollo económico, siendo el desarrollo integral y con justicia social.

Lima, 31 de enero de 1990

LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PERU

Guillermo Fernández-Maldonado C.*

Introducción

Cumplida la primera década de vida de la Constitución peruana de 1979, resulta propicio profundizar nuestra reflexión sobre su contenido y vigencia. Con este propósito, dentro de la materia específica de los tratados internacionales, intentaremos señalar las notas que, a nuestro juicio, son las más relevantes de la normativa constitucional en relación con el sistema de fuentes de derecho, poniendo al descubierto los aspectos más problemáticos del tema.

Debo advertir que este trabajo se ha realizado desde una óptica poco usual, que puede plantear muchos más problemas que soluciones, mostrando contradicciones y oscuridades que están en el propio texto constitucional, aunque pocos parecen haber reparado en ellas.

La regulación constitucional de los tratados es un tema apasionante pero poco estudiado en nuestro medio, pese a que nuestra Carta introduce preceptos novedosos y avanzados en esta materia. Por regla general, nuestros constitucionalistas no han prestado mayor atención a la problemática de la acción exterior del Estado y, entre sus múltiples aspectos, a los tratados internacionales. Esto ha sucedido, probablemente, en el entendido que se trata de una labor que corresponde realizar a los internacionalistas; éstos, a su

(*) El presente trabajo es una reelaboración del que realizara a propósito del XX Curso Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, celebrado en Bogotá, en junio de 1989.

vez, han preferido analizar los tratados en el marco doctrinal y siguiendo lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, donde la referencia constitucional es accesorio. Existe, pues, un paralelismo a todas luces perjudicial.

Muchos constitucionalistas entienden que los avances del Derecho Internacional son, en el fondo, derrotas que se infringen a la soberanía del Estado, por lo que tradicionalmente se han resistido a ellos. Este ha sido el trasfondo de las disputas doctrinales entre las tesis monistas y dualistas o, más modernamente, respecto de la constitucionalidad de la normativa comunitaria europea. Por su parte, los internacionalistas hallan en la soberanía estatal el principal obstáculo para el desarrollo del Derecho Internacional.

Esta realidad, antes que fomentar el análisis parcial desde cada especialidad, evidencia la necesidad de conjugar esfuerzos multidisciplinarios para comprender en su real dimensión estos temas, para lo cual es preciso reforzar la formación constitucional de los internacionalistas y viceversa.

Existen aspectos que tradicionalmente han sido retenidos en la esfera internacional pero que, al interactuar o conjugarse con otros, resulta imprescindible su estudio desde otra perspectiva, como la constitucional y de la ciencia política. Temas como la democratización y la acción exterior del Estado, los órganos de representación, gestión y control de la acción exterior, la constitucionalización de los principios internacionales, la Constitución como límite a la acción exterior, el papel del Ejecutivo y el Congreso en las diversas fases de la celebración y denuncia de los tratados o el control de la constitucionalidad de éstos, son sólo algunos ejemplos.

1. *La regulación general de los tratados en la Constitución peruana*

La Constitución peruana de 1979 contiene un capítulo exclusivamente reservado a la regulación de los tratados internacionales, normando de forma bastante más amplia y detallada que las cartas precedentes, los diversos aspectos relacionados y adoptando, ex-

presa o tácitamente, muchos de los principios que hoy rigen en el derecho internacional (1).

La especial atención prestada por los constituyentes a estos instrumentos internacionales, revela la importancia adquirida en la actualidad y constituye un significativo avance en torno a diversos problemas derivados de la oscuridad o simple omisión que caracterizaba su regulación constitucional previa; pero, además, se caracteriza por haber otorgado a los tratados de *"una importancia y jerarquización importante dentro de nuestro sistema jurídico"* (2).

El contenido de las normas constitucionales pertinentes, plantea una sugerente forma de regulación, estableciendo una serie de distinciones que están dirigidas a valorar en diverso grado a los tratados guiándose, en algunos casos, por la materia a la que estén referidos. En otras palabras, la materia regulada informará su relación jerárquico-normativa con otros tratados y las normas internas. Estas son las líneas maestras que organizan y orientan la regulación constitucional de los tratados que, a continuación, pasamos a examinar.

2. Concepto y alcance del término "tratado" en la Constitución

Existe relativo consenso en entender por tratado al acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de derecho internacional, dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por el derecho internacional (3).

-
- (1) Una visión sistemática de los textos constitucionales peruanos puede hallarse en UGARTE DEL PINO, Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Edit. Campodónico, Lima, 1971 y en PAREJA PAZ-SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano*. Studium, Lima, 1973.
 - (2) RUBIO CORREA, M. y BERNALES, E. *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Edit., Lima, 1981, p. 313.
 - (3) Véase, entre otros, a REUTER, P. *Introducción Droit des Traités*, París, 1972, pp. 39 y ss.; JIMENEZ DE ARECHAGA, E. *Curso de Derecho Internacional Público*. T. I, Montevideo, 1959, p. 98; DIEZ DE VELAZCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 96; SORENSEN, M. *Manual de Derecho Internacional Público*. México, 1973, p. 155, etc.

La definición de tratado que aparece en el artículo 2, párrafo 1 literal a) del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados —dirigida a establecer el ámbito de su aplicación—, contiene dos limitaciones al concepto antes expuesto:

“Artículo 1.— Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

La primera restricción consiste en que sólo considera como tratados a los acuerdos que adoptan la forma escrita. La segunda, cuyo contenido limitativo es mucho más importante, se plasma en el hecho de que reconoce como sujetos de derecho internacional capaces de celebrar tratados sólo a los Estados, excluyendo así a las organizaciones internacionales (4).

No obstante, debemos notar que las restricciones que incorpora el concepto de tratado de la Convención de Viena de 1969 operan, únicamente, a los efectos de la aplicación de sus disposiciones y no restan validez jurídica a los tratados que escapan a su esfera de aplicación directa.

En nuestro país, a pesar que la práctica internacional peruana, en los hechos, está orientada por las normas de la Convención de Viena, las obligaciones jurídicas en cuanto a la observancia obligatoria de tales reglas no son exigibles, pues el Perú no ha ratificado aún dicho instrumento.

(4) Inicialmente la Comisión de Derecho Internacional no realizó esta exclusión, su posterior incorporación en el texto definitivo de la Convención, así como el retiro de la propuesta de los Estados Unidos, obedecen a las complicaciones y retraso que supondría regular los peculiares tratados con organizaciones internacionales, y no a una tácita adopción de la tesis soviética respecto de estas organizaciones. Véase: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. II, p. 206 y ss.

Existe relativo consenso en la doctrina jurídica nacional en el sentido que la Constitución atribuye el mismo significado y alcance a los tratados y a los convenios. Para sostenerlo se puede citar el art. 210.14, donde dice que el Presidente de la República tiene entre sus facultades la de "...celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución".

Sin embargo, esta primera afirmación debe ser contrastada con un análisis más detenido del significado de convenio y tratado que se desprende del articulado del Capítulo V de la Constitución, "De los Tratados". Como detallamos más adelante, el término "convenio" se utiliza para designar los tratados que celebra y ratifica el Presidente en materias de su exclusiva competencia y sin la previa intervención del Parlamento. Por otro lado, el artículo 101 de la constitución, al referirse a los tratados, alude únicamente a los celebrados por el Perú "*con otros Estados*". La presencia de los organismos internacionales como sujetos de derecho internacional, según nuestra Constitución, se reduce al ámbito de los convenios regulados por el artículo 104. Estas consideraciones apoyan la tesis de que, en los tratados que requieren preceptivamente de la aprobación del Parlamento, es decir, aquellos que modifican o necesitan desarrollos legislativos, no podrían ser parte las organizaciones internacionales.

Otro aspecto de especial importancia de la definición de tratado inicialmente transcrita, es el relativo a la denominación utilizada. El concepto que adopta la Convención de Viena de 1969 señala con claridad que las características jurídicas del tratado se mantienen "cualquiera sea su denominación particular", codificando de esta forma la postura generalizada que sostiene que "la diversidad terminológica es jurídicamente irrelevante" (5).

Es cierto que históricamente los tratados han adoptado múltiples denominaciones, no obstante (6), "la diferencia formal entre

(5) VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1978, p. 129.

(6) PORTOCARRERO OLAVE, F. *Derecho Internacional Público*. Ediciones Peruanas, Lima, 1966.

acuerdo, acta, protocolo, convenio, convención o tratado no tiene ninguna importancia desde el punto de vista del valor internacional de las obligaciones contraídas”.

Atendiendo a todo ello y desde la perspectiva del derecho internacional, las denominaciones que sean adoptadas por las partes al celebrar un acuerdo con las características anotadas, no afectan la naturaleza ni los efectos jurídicos del mismo. Esta situación puede variar cuando se ingresa dentro de la esfera del derecho interno, pues las normas constitucionales pueden realizar una distinción entre tratado y convenio que no es sólo nominativa, sino que tiene relevancia jurídica para el ordenamiento interno, correspondiéndoles materias, sujetos y procedimientos diversos, temas que reseñaremos a continuación.

3. *Celebración y entrada en vigor*

El artículo 211 de la constitución, en donde se establecen las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, dispone en su numeral 14:

“Artículo 211.— Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

14.— Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución”.

La norma utiliza de forma indistinta el término convenio o tratado, pese al tratamiento diferenciado que se sugiere en el Capítulo V de la Constitución. La presencia de ambos términos puede explicarse por el hecho de que el Presidente de la República participa en los distintos procedimientos establecidos por la Carta, para la celebración y entrada en vigor de ambos instrumentos.

No obstante, este razonamiento podría resultar insuficiente para otras normas constitucionales que utilizan indistintamente los términos convenio, pacto o protocolo, cuando aluden a la categoría de “tratado” que hemos esbozado, como es el caso del art. 99

y las disposiciones generales décimo sexta y décimo séptima. No obstante, estas normas aluden a acuerdos internacionales particulares que llevan tal denominación: Convención del Mar, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, Convenio 151 de la OIT, etc., y no al “tratado” o “convenio” como categorías generales en la Constitución.

3.1. *El caso de los tratados*

Normalmente cuando existe acuerdo entre las partes sobre los términos de un futuro tratado, fruto de la previa negociación, los representantes de los Estados “adoptan” el texto del mismo, para luego concluir en su autenticación.

En el Perú, la Cancillería registra y archiva el texto del tratado autenticado, dejando que el impulso hacia su perfeccionamiento proceda del sector ministerial respectivo, procedimiento que ha provocado más de una crítica por contribuir a la ya excesiva morosidad en estos trámites (7).

Sin duda, la etapa de mayor complejidad del proceso de celebración de los tratados es aquella en la que los Estados manifiestan su consentimiento, es decir, expresan su voluntad de obligarse en los términos del mismo. El carácter esencialmente interno de esta etapa, hace que las disposiciones de derecho internacional sean bastante genéricas, dejando al derecho nacional su regulación específica.

Siguiendo la práctica extendida en la mayor parte de los países, la Constitución de 1979 establece dos instancias, dirigida la primera a la aprobación por parte del Parlamento, requisito necesario para que el Presidente de la República, en una segunda instan-

(7) DE LA LAMA EGGERSTEDT, M. *La Constitución política de 1979 y los Tratados*, en: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Eguiguren, F. compilador. Edit. Cuzco, Lima, 1987.

cia, proceda a la ratificación respectiva. El fundamento constitucional se halla en el artículo 102 de la Carta: *“Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República”*, disposición cuyo contenido es reiterado en los artículos 186.3 y 211.14, relativos a las atribuciones del Congreso y a las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, respectivamente.

La intervención del Parlamento se efectúa en ejercicio de su facultad de control, expresiva de la vigencia de la división de poderes (8). El objeto de este medio de control es que el tratado sea aprobado “de conformidad con la Constitución” (art. 186 inciso tercero), compatibilidad que también se verifica respecto de los compromisos internacionales contraídos previamente por el país y de la legislación interna. Esta aprobación es necesaria, por otro lado, pues el Parlamento pierde cierto margen de competencia legislativa, en la medida en que el tratado prevalecerá sobre las leyes aprobadas y por aprobarse por el Congreso.

La política exterior se ha visto democratizada en el presente siglo. Locke, Rousseau, Tocqueville, reconocían que la acción exterior precisaba de mayor libertad y flexibilidad para el Ejecutivo, por lo que el Parlamento, debido al número de representantes, su inestabilidad y heterogeneidad, además de tradicional lentitud, debía abstenerse de participar salvo en aspectos puntuales, como la conclusión de tratados que afectasen la vida, la hacienda o las leyes, así como los referidos a la declaración de guerra.

Esta postura ha prevalecido en el constitucionalismo decimonónico y fue posteriormente reelaborada para sostener doctrinariamente regímenes autoritarios, como ha sido el caso de la tesis del “poder exterior” (auswärtige Gewalt) de E. Wolgast en el Tercer Reich o como fluye de la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942 y la Ley Orgánica de Estado de 1967, de la dictadura de Franco en España.

(8) Véase MELO VEGA, J. *Control Parlamentario en: La Constitución peruana de 1979 y sus problemas*. op. cit., pp. 497 y ss.

Nuestra Constitución ha desechado la tesis autoritaria, optando por la democratización de la política exterior que, en palabras de REMIRO BROTONS (9) “implica hacer efectivo el principio de la soberanía popular en el ámbito de la política exterior del Estado, hasta el límite en que su naturaleza lo permita”.

La aprobación por el Congreso se plasma en Resoluciones Legislativas, numeradas correlativamente a las leyes. Sobre su naturaleza jurídica aún no hay acuerdo en la doctrina nacional, pues algunos le asignan el rango de ley (10), mientras que otro sector sostiene que se trata de actos administrativos del Congreso (11). Un elemento a tomar en consideración en el momento de tomar partido por una de estas posturas, lo constituye el hecho de que la aprobación congresal es la que brinda legitimidad a los tratados para que puedan imponerse a las leyes en caso de colisión normativa, tesis que plantea problemas si se sostiene que se trata de simples actos administrativos.

Debemos subrayar también que las referidas Resoluciones Legislativas se limitan a mencionar la aprobación de determinado tratado, pero el texto del instrumento internacional no es publicado, sino que pasa a ser archivado en la Cancillería. Esta omisión es importante, en la medida que si estos tratados, según el art. 97 de la Carta, forman parte del derecho nacional, su publicidad es esencial para su existencia, como expresamente establece el art. 87 in fine de la Constitución. Al respecto, tampoco parece aconsejable publicar el texto del tratado conjuntamente con la Resolución Legislativa, pues podría erróneamente creerse que es desde su publicación que se calcula la vigencia del tratado, cuando en realidad es preciso que se verifiquen otros actos, como la ratificación presidencial.

La ratificación que realiza el Presidente de la República, de-

(9) REMIRO BROTONS, A. *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 16.

(10) RUBIO/BERNALES. *Perú: Constitución*. . . op. cit., p. 313.

(11) DE LA LAMA E., M. *La Constitución*. . . op. cit. pp. 477 y ss.

biera ser el acto mediante el cual las normas de derecho internacional convencional contenidas en el tratado, ingresan a formar parte del ordenamiento jurídico interno. No obstante, la ratificación no es suficiente para que el Estado se vea obligado internacionalmente, es necesario todavía que manifieste al exterior su consentimiento. En efecto, es preciso que la ratificación o, en su caso, la adhesión, sea comunicada a las demás partes del tratado. Incluso es posible que la comunicación mediante el intercambio o depósito del instrumento de ratificación, no baste para la entrada en vigor del tratado y, en consecuencia, para que las obligaciones que contiene el instrumento sean exigibles entre las partes.

Finalmente, como se sabe, un tratado entra en vigor en la fecha que en él se disponga o acuerden las partes, tal como aparece dispuesto en el artículo 24 de la Convención de Viena de 1969, aunque en los tratados multilaterales, es frecuente que la entrada en vigencia se supedita al depósito de un determinado número de instrumentos de ratificación.

En tal virtud, mientras que el acuerdo de voluntades que supone el tratado no se perfeccione y tenga vigencia efectiva, no existe tratado en propiedad y las normas constitucionales relativas a los “tratados” no pueden ser aplicadas.

3.2. Los convenios sobre materias de competencia exclusiva del Presidente de la República

Como ha sido subrayado, para el derecho internacional, la denominación particular que pueda asignarse a un acuerdo de voluntades entre sujetos de su esfera y sometidos a su regulación, no reviste relevancia jurídica alguna. Siempre que se compruebe que el objeto del acuerdo es la producción de efectos jurídicos, regulados por el derecho internacional, se está en presencia de un tratado internacional.

Por esta razón, la distinción que se realiza en el derecho norteamericano entre “treaties” y “executive agreements”, análogamente a lo que se opera en el Perú respecto a los “tratados” y

“convenios”, debiera revestir importancia sólo a efectos del derecho interno.

Esta distinción, que la doctrina conoce como tratados formales y acuerdos en forma simplificada, valora en los segundos su ágil expedición y la ausencia de la intervención previa del Congreso, tal como dispone el artículo 104 de la constitución:

“Artículo 104.— El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste”.

El precepto constitucional peruano ha optado por el sistema de “lista negativa”, es decir, los acuerdos internacionales que no son materia exclusiva del Presidente de la República precisan la aprobación previa del Parlamento; es una competencia de carácter residual que tiene algunos inconvenientes y complicaciones.

Parece mejor el sistema de “lista positiva”, plasmado, por ejemplo, en el artículo 94.1 de la carta constitucional española, que establece los casos en que se requiere la intervención del Parlamento. La norma española cuida de señalar los tratados que, necesariamente, deben contar con la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado: los de carácter político, militar, que afecten la integridad territorial o los derechos fundamentales, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y, finalmente, los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. En esta línea se hallan el art. 53 de la Constitución francesa, el art. 80 de la Constitución italiana, 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn de la República Federal de Alemania, etc.

Los acuerdos en forma simplificada, caracterizados por tener un procedimiento más ágil y menos solemne, se celebran mediante un canje de notas, memoranda de entendimiento, minuta aprobada o por convenios con una redacción de menor solemnidad que la que se dispensa a los tratados clásicos. En el caso peruano, la ra-

tificación por parte del Presidente de la República se materializa en una Resolución Suprema.

Los problemas que plantea este procedimiento se enmarcan estrictamente en la esfera del derecho interno, ya que los efectos hacia el exterior no sufren modificación alguna. Ello obedece a que las normas de la Convención de Viena son bastante amplias en esta materia y se remiten, básicamente, a las condiciones que contenga el propio tratado, al acuerdo e intención de las partes y al derecho interno de cada Estado (12).

Así, en el ámbito interno, la dificultad principal se centra en establecer los criterios para diferenciar los tratados que requieren de la aprobación previa del Congreso, de los que pueden ser celebrados y ratificados por el Presidente de la República sin este requisito previo. La importancia de esta determinación estriba en que en virtud de tal operación, se podrá conocer el valor normativo que le corresponde a dicho texto legal en el sistema de fuentes de derecho interno. Esto, en el entendido que los convenios se hallan por debajo de las leyes y ningún precepto constitucional reservado a los tratados le resulta aplicable.

El enunciado del artículo 104 de la Constitución resulta excesivamente genérico cuando intenta delimitar un ámbito competencial para los convenios, pues no llega a definir el alcance de “las materias de exclusiva competencia del Presidente de la República”. Al parecer, el constituyente juzgó que con esta fórmula no podría generarse un conflicto normativo, pues tanto el Presidente de la República como el Parlamento actuarían dentro de materias reservadas.

Un primer aspecto a destacar es que, en rigor, el Presidente de la República carece de competencias exclusivas, es decir, competencias que pueda ejercer por sí y ante sí. En efecto, nuestra Constitución establece la irresponsabilidad política del Jefe de

(12) Esta materia se halla regulada básicamente por los artículos 12 al 14 de la Convención de Viena de 1969.

Estado y, en tal virtud, el art. 213 de la Carta sanciona con nulidad los actos del Presidente de la República que carezcan de la correspondiente refrendación ministerial.

Dejando de lado lo anterior, las materias en las que puede existir competencia exclusiva del Presidente, que el texto constitucional señala de forma dispersa y poco clara, no se hallan necesariamente fuera del campo de acción de la labor legislativa. Veamos por ejemplo la potestad reglamentaria, característica del Poder Ejecutivo y recogida en el texto constitucional:

“Artículo 211.— Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

11.- Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”.

Admitiendo que ésta podría ser una materia de exclusiva competencia del Presidente de la República, ello no obsta para que el Parlamento legisle regulando en la forma y en el fondo diversos aspectos relativos a la potestad reglamentaria. En otras palabras, el ejercicio de esta potestad es exclusivo del Presidente, pero su regulación legal corresponde al Parlamento.

Veamos otro ejemplo extraído del texto constitucional:

“Artículo 211.— Son atribuciones. . .

22.- Regular las tarifas arancelarias”.

Según esta norma, la regulación arancelaria es exclusiva del Presidente de la República y, de existir un acuerdo internacional sobre esta materia, éste debiera entrar dentro de la categoría de convenios que la constitución reconoce, con los efectos jerárquico-normativos consecuentes. No obstante, la gran mayoría de *tratos* sobre integración y muchos de cooperación incluyen normas relativas al desarme arancelario temporal o paulatino.

La confusión crece cuando notamos que el artículo 104 es

potestativo: “El Presidente de la República puede. . .”. En tal sentido, siendo una atribución facultativa, el Presidente puede no elegir la vía del 104, optando por el procedimiento que corresponde a los tratados. Esto es perfectamente posible y constitucional, de modo que el resultado será un tratado sobre materias de exclusiva competencia presidencial. Esta hipótesis demuestra la insuficiencia del principal elemento diferenciador que propone el texto constitucional, a saber, las materias de exclusiva competencia del Presidente de la República.

Así, la “exclusiva competencia” presidencial sólo informa sobre las materias en las que el Presidente de la República *puede* utilizar el ágil procedimiento que consigna el artículo 104, diverso al que constitucionalmente corresponde para los tratados y, por ende, no todo acuerdo que regule materias que ingresen dentro de tal competencia presidencial deben, automáticamente, ser clasificados como convenios.

Dado que el propio texto constitucional no nos puede dar luces suficientes para dar solución a este problema, se ha intentado aproximarse doctrinalmente a él (13), señalando que la fórmula constitucional “implica los acuerdos meramente ejecutivos, administrativos y reglamentarios”. Postura análoga fluye de la cláusula general contenida en el artículo 94.1 in fine de la Constitución española, al definirlos como aquellos acuerdos internacionales que no modifiquen la legislación nacional y que no exijan leyes complementarias para su ejecución.

De esta forma, el método más simple para determinar si se trata de un tratado o un convenio, no ingresa a analizar la materia, sino se refiere únicamente a la norma interna que lo contiene. Si se trata de una Resolución Legislativa se está ante un tratado, si es una Resolución Suprema se trata de un convenio.

No obstante, este método es básicamente formal y tiene sentido si efectivamente se respeta lo dispuesto por el artículo 104,

(13) DE LA LAMA EGGERSTEDT, M. *La Constitución*. . . op. cit., p. 484.

es decir, optar por la vía simplificada sólo cuando se trata de materias de exclusiva competencia del Presidente. Por ello, considerando que es el propio Poder Ejecutivo el que decide si se trata de un acuerdo sobre estas materias y, en tal virtud, aprueba o ratifica el convenio sin la aprobación previa del Parlamento, resulta necesario que se ejerza un control sobre tal calificación y actuación, así como sobre su legalidad y constitucionalidad.

Es cierto que el Parlamento, cuando estudia el texto de un tratado para su aprobación, debe ejercer un control sobre su constitucionalidad, pero éste sólo puede llevarse a cabo si el Ejecutivo decide remitirle el texto para su aprobación. El control parlamentario a posteriori aparece consignado en el artículo 104 in fine de la Constitución, que está referido únicamente a los convenios celebrados y ratificados por el Presidente, de los que en todo caso debe darse cuenta al Congreso. Sin embargo, se trata de un control escasamente realizado en la práctica y que parece dirigirse a un hecho consumado.

A diferencia de lo que ocurre en otros Estados, en el Perú no existen de forma expresa controles preventivos ni reparadores sobre la constitucionalidad de los acuerdos internacionales, sea sobre el fondo o la forma. El art. 298 de la Constitución, al referirse a las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales,⁷ señala que puede declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo, enumeración taxativa que no alude a los tratados o los convenios internacionales, así como tampoco a las Resoluciones Legislativas.

En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, conforme al art. 95.2 de la Constitución, está encargado de declarar la inconstitucionalidad material de un tratado internacional, decisión que es obligatoria y previa a su aprobación y ratificación. En los casos en que el tratado ya ha sido aprobado por el Parlamento, el art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incorpora a los tratados entre las normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales, pese a que el texto constitucional no lo señala

de forma expresa. Se debería estudiar la posibilidad de subsanar la omisión que también se presenta en nuestra Carta, mediante su expresa incorporación en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

4. *Valor normativo de los tratados internacionales*

Las normas constitucionales han establecido ciertas precisiones en torno al valor de los tratados internacionales, que están dirigidas a dar pautas en los casos que puedan existir conflictos con leyes internas, con otros tratados y con la propia Constitución.

El contenido de estos preceptos configuran un sistema de relaciones normativas, donde confluyen consideraciones de orden jerárquico y competencial. La regla general es la de otorgar una situación de privilegio a los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes de derecho interno. El sustento de estas normas constitucionales es el reconocimiento de la naturaleza propia del derecho internacional convencional, el cual posee un carácter “ius supra partes”. Como señala Santi Romano (14), “el acuerdo normativo produce una voluntad que no es la de los Estados en particular, sino una voluntad distinta, única, en la que aquélla se funda y que es superior a ellas”.

De esta forma, se garantiza de forma muy amplia la aplicación preferente de las normas de derecho convencional internacional en la esfera interna, reconocimiento que se traslada del campo de la simple interpretación al de su consagración explícita en la lex superior del derecho interno, a saber, la Constitución.

Para mostrar con mayor claridad el alcance de las normas constitucionales que regulan esta materia, hemos considerado adecuado reseñar las soluciones que resultan de su aplicación sobre posibles conflictos normativos.

(14) SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*. Madrid, 1963, p. 145.

5. *El conflicto entre tratado y ley interna*

Según establece el texto constitucional:

“Artículo 101.— Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

La norma constitucional reconoce el tratado como parte del ordenamiento interno para, a continuación, indicar su ubicación jerárquica dentro del sistema de fuentes de derecho. Siguiendo este planteamiento, la doctrina nacional entiende, de forma unánime, que los tratados están situados dentro de la jerarquía que corresponde a las leyes (15).

Sin embargo, cuando en este supuesto se presente una colisión normativa, en principio entre normas de igual jerarquía, la solución no resulta de la aplicación del principio “*lex posterior derogat priori*”. En efecto, los constituyentes, atendiendo a que los tratados suponen una obligación del Estado con el exterior, les otorgaron prevalencia sobre las demás leyes internas que se le opongan.

De esta forma, las leyes internas que contengan normas que se hallen en contradicción con las disposiciones de un tratado dejarán de aplicarse en favor de éste y, por otro lado, las leyes que se aprueben con posterioridad a la entrada en vigencia de un tratado, tampoco podrán tener efectos jurídicos que puedan impedir la aplicación del instrumento internacional.

Nótese que en este caso la prevalencia no tiene explicación suficiente en razón de la jerarquía, sino que es necesario atender a criterios de competencia. No se trata, sin embargo, que median-

(15) Véase la postura de RUBIO/BERNALES y DE LA LAMA, en los textos citados y CHIRINOS SOTO, E. *La Constitución al alcance de todos*, Lima, 1984, p. 114.

te esta norma de aplicación general se reserva materias que ingresan dentro de la exclusiva competencia de los tratados. Las leyes internas no pierden total competencia en tales materias, el Parlamento puede legislar, pero si existe colisión será de aplicación el principio constitucional de prevalencia de los tratados.

En realidad se trata de regulaciones que apuntan a establecer los criterios que deben utilizarse para elegir la norma aplicable. Al respecto resulta necesario efectuar dos precisiones en torno al valor normativo de los tratados como regla general de aplicación. En primer término, se asigna a los tratados un valor jerárquico equivalente al de las leyes, llegando a atribuírseles los efectos que el derecho interno reserva a las leyes sobre las normas inferiores jerárquicamente, incluso el efecto derogatorio (16). Sobre este último punto descubrimos varios problemas e interrogantes, por ejemplo, en el caso de verificarse la derogación, ¿qué normas inferiores a la ley serían aplicables en los casos en que se trate de sujetos que no son parte del tratado o no pueden invocarlo?, ¿en qué situación quedan dichas normas luego que el tratado finaliza por cumplirse su plazo de vigencia o por denuncia efectuada por el Presidente de la República?

En segundo lugar, atendiendo a criterios de competencia, se reconoce la prevalencia de las normas contenidas en tratados internacionales sobre aquellas normas dispuestas en leyes internas que se le opongan. En este caso, se trata de una relación horizontal y no vertical como la jerárquica, razón por la que sus efectos no son derogatorios sino de inaplicabilidad.

Es así que el tratado no deroga los preceptos de una ley que le sean opuestos, únicamente los deja inaplicables a efecto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de su condición de parte del tratado. Esta obligación sólo existe para los supuestos en que debe aplicarse el tratado, de modo que la ley mantiene plena vigencia sobre la misma materia que regula el tratado en los demás casos. La ley resulta aplicable, en todo caso, en virtud de que no existe contradicción con ningún tratado.

(16) CHIRINOS SOTO, F. *La nueva constitución*, . . . op. cit. p. 114.

6. *El conflicto entre tratados*

Ha quedado establecido con meridiana claridad, que la regla general es la de otorgar a los tratados una jerarquía equivalente a la de las leyes internas, aunque con prevalencia en caso de colisión normativa.

Siguiendo esta regla general, resultaría aplicable el principio de que un tratado posterior, celebrado entre las mismas partes, deroga el anterior. No obstante, si bien este principio mantiene vigencia plena respecto de las obligaciones existentes en la esfera del derecho internacional, la Constitución peruana contiene normas que establecen distingos entre los tratados según la materia que regulan, cuya principal consecuencia será la no aplicación de este principio en el derecho interno.

Antes hemos visto que cuando existe colisión normativa entre un tratado y una ley, el dato fundamental no es la materia que es regulada, sino la norma que contiene el mandato. En otras palabras, si existen preceptos que regulan una misma materia de forma contradictoria y éstos son recogidos por una ley y un tratado, respectivamente, deberá aplicarse el que figura en el tratado. De este modo, todas las disposiciones de una ley interna, sin distinción de la materia que regulen, quedan inaplicadas si entran en colisión con alguna disposición de un tratado, donde también resulta indistinta la materia en sí.

Cuando asistimos a una colisión normativa entre dos tratados, el razonamiento anterior ya no resulta aplicable. En efecto, conforme a nuestra Constitución, un mismo tratado puede contener normas a las que corresponde asignar distinta fuerza normativa, determinación que se realiza atendiendo a la materia. Por esta razón, a diferencia de la colisión normativa tratado-ley, los efectos de la aplicación de la norma constitucional pueden dirigirse a artículos específicos que regulan materias específicas, mientras que la colisión de los demás preceptos del mismo tratado deberán ser resueltos haciendo uso de las reglas aplicables al conflicto entre normas de igual jerarquía, tal como veremos a continuación.

6.1. *Los tratados que contienen normas relativas a los Derechos Humanos*

En abril de 1978, el Perú ratificó los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados en el marco de las Naciones Unidas en 1966, donde se desarrollan los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, la misma que fue incorporada al ordenamiento interno peruano de 1959. El Perú también ha ratificado el Protocolo Facultativo al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

En adición a la prevalencia que el artículo 101 de nuestra Constitución otorga a los tratados internacionales, los constituyentes juzgaron oportuno disponer una regulación más especial aún, en los casos que existan disposiciones relativas a los derechos humanos en los tratados internacionales, tal como queda plasmado en el artículo 105 de la Carta:

“Artículo 105.— Los preceptos contenidos en tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

Antes de ingresar al estudio de los posibles efectos de esta norma, es preciso hacer notar que la interpretación correcta de su alcance, a nuestro juicio, es que la norma está referida a los preceptos relativos a derechos humanos que estén contenidos en cualquier tratado, sin distinción. En tal sentido, si un precepto no tiene efecto ni relación alguna con la materia específica, aunque figure en un tratado que en su título y en la mayoría de su articulado sí se refiera a los derechos humanos, no puede considerarse que está dentro del campo de aplicación de la norma. Análogamente, si por ejemplo, un tratado sobre desarme o cualquier otra materia genérica contiene alguna disposición relativa a los derechos humanos, ésta se halla dentro del supuesto del artículo 105. Las demás normas de este tratado tendrán el valor jurídico que resulte de

aplicar la regla general contenida en el artículo 101 de la Carta. Sostener lo contrario implicaría la desprotección de muchos preceptos que regulan la materia de derechos humanos, desnaturalizando el objetivo perseguido por la norma constitucional.

Los criterios que se utilizan para subrayar la importancia jurídico normativa de este tipo de tratados son, fuera de toda duda, de orden competencial. Se ha establecido esta regulación preferente “*ratione materiae*”, considerando que lo que se pretende es privilegiar de forma especialísima determinadas normas de los tratados, en virtud de que regulan aspectos relativos a los derechos humanos. Por otro lado, esta interpretación resulta plenamente coherente con el énfasis que el resto del articulado constitucional coloca al regular estos derechos (17).

Si bien ésta es la vía adecuada para determinar a qué normas le corresponde aplicar el artículo 105 de la Carta, los efectos jurídicos de preeminencia no son de índole competencial sino jerárquico. En efecto, hemos visto que la Constitución establece, como regla genérica, que los tratados adquieren la jerarquía normativa de leyes internas, del mismo modo que dispone su prevalencia sobre éstas últimas cuando le son opuestas. En el siguiente apartado, al analizar los tratados de integración, descubriremos que nuestra Constitución también intenta establecer cierta prelación en función de campos competenciales específicos: la integración.

Sin embargo, ninguna de las reglas precedentes coincide con la elegida por el constituyente para el caso de las normas relativas a los derechos humanos. En este último supuesto, la prevalencia se sustenta en el otorgamiento de una jerarquía superior a la legal, se trata, como señala expresamente la norma, de una “jerarquía constitucional”.

Como consecuencia de lo anterior, los efectos jurídicos que

(17) Sobre este tema véanse los estudios de ALIAGA ABANTO, O. y QUIROGA LEON, A., ambos en: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas*. . . , op. cit. pp. 19-93 y 97-165.

se derivan de semejante situación jerárquica difieren de los anotados para los tratados anteriores, tanto en el caso de un conflicto normativo entre un tratado y una ley interna, como en el que se suscite entre dos tratados.

En este sentido, los efectos jurídicos derivados de la aplicación de la regla general, para los casos de colisión normativa con jerarquía de ley, ya no serán observados. Ello obedece a que la norma relativa a los derechos humanos contenida en el tratado, se le reconoce la jerarquía constitucional en el derecho interno y, por ende, sus efectos sobre las normas inferiores que le sean opuestas, serán semejantes a los que se verifican en el caso de colisión Constitución-ley.

Es por esta razón que no sólo se dejaría inaplicada la ley contraria, como en el caso del conflicto tratado-ley, sino que podría atacarse la validez de la norma interna opuesta, con el fin de lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, siguiendo los cauces que la propia Constitución prevé para estos casos (18).

Somos de la opinión de que en este caso, dada la especial naturaleza de la materia regulada y la postura constitucional perceptible a lo largo de su articulado, no puede existir discriminación entre los que son parte del tratado y los que no lo son, de modo que las obligaciones que se derivan de estos instrumentos internacionales podrían ser exigidas sin distinción de los sujetos. La norma del tratado se aplicará en todos los casos en detrimento de las normas internas inferiores.

Por otro lado, cuando se trate de un conflicto entre normas de dos tratados, se aplicará la que sea relativa a los derechos humanos. Arribamos a esta conclusión apoyándonos, nuevamente, en la jerarquía constitucional otorgada a estas normas, por lo que

(18) Sobre el tratamiento general de las vías de control sobre las normas contrarias a la Constitución véase: SOUZA CALLE, M. y DANOS ORDOÑEZ, J. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad*. . . , en *La Constitución peruana de 1979 y sus*. . . , op. cit.

prevalecerán en pie de igualdad a una norma constitucional. Resulta pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 87 de nuestra Carta: “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal”.

Fluye de lo anterior que, cuando existe una colisión normativa entre preceptos contenidos en tratados, a los cuales les corresponde una jerarquía de ley y constitucional, respectivamente, la solución es la prevalencia de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento interno, vale decir, la relativa a los derechos humanos (19).

Desde otra perspectiva, debemos subrayar que dentro del supuesto del artículo 105 no están las normas relativas a los derechos contenidas en un tratado y otorguen menos derechos que los que reconoce la propia Constitución. En efecto, en tal supuesto existiría una colisión entre un tratado y la Constitución, siendo de aplicación lo preceptuado en el artículo 103 de la Carta, que exige que su aprobación siga el procedimiento que rige la reforma constitucional, antes de la ratificación presidencial. Sólo la interpretación anterior explica por qué el artículo 105, establece que estas normas adquieren automáticamente la jerarquía constitucional. para luego disponer, como requisito necesario para su modificación, el seguir el procedimiento que corresponde a la reforma constitucional.

No obstante, subsisten algunas zonas oscuras sobre la situación normativa de estos preceptos. En primer término, el constituyente ha cuidado de subrayar la vocación de permanencia de estas normas, al descartar tácitamente la posibilidad de derogación y estableciendo de forma negativa la vía para su modificación: “No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige

(19) Resultaría interesante analizar que sucede con las posibles responsabilidades del Estado, originadas por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en un tratado que no es aplicado gracias a la prevalencia de los que regulan materias relativas a los derechos humanos, según nuestro artículo 105, en especial si consideramos que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 para estos casos.

para la reforma de la Constitución". Ello puede ser interpretado en el sentido que la aprobación congresal, necesaria para la denuncia del tratado que regula el artículo 107, debe seguir el procedimiento descrito. Sin embargo, ¿qué sucede en el hipotético caso que el tratado llegue a su fin por expiración del plazo? ¿Acaso las normas constitucionales se mantienen en vigor mientras no sean modificadas según el procedimiento que establece la norma constitucional, vale decir, la reforma constitucional? Dejamos planteados estos problemas.

6.2. *Los tratados de integración*

El mejor modo de ingresar al tema de la regulación constitucional de los tratados de integración es transcribiendo una de sus normas, la que nos brindará la perspectiva adecuada para el análisis e interpretación de las demás normas del texto:

"Artículo 100.— 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".

Tomando como marco este precepto, el constituyente dispuso posteriormente:

"Artículo 106.— Los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales entre las mismas partes".

Esta norma no surte efectos adicionales a la solución ya planteada en los casos de conflicto entre el tratado y la ley, es decir, la inaplicación de la ley en favor de la norma del tratado. Sin embargo, sin que se extienda una jerarquía constitucional a los tratados de integración, éstos prevalecen sobre otros tratados en caso de colisión, siempre que se cumpla con los supuestos del artículo 106. En este último caso, la prevalencia en favor de un tratado sobre otro operaría como consecuencia de un reparto competencial específico: la integración.

6.2.1. *La materia de la integración*

Debemos partir del supuesto de que la prevalencia que la Constitución otorga a estos tratados, opera en virtud de la materia que regulan y el objetivo que persiguen. Esto es, interesa privilegiar las materias incorporadas dentro de un proceso de integración y que están reguladas por un tratado de esta naturaleza.

En este sentido, para aplicar la norma constitucional, es preciso determinar previamente si las disposiciones del tratado son materia de un proceso de integración. Aquí encontramos un primer escollo, pues en rigor no existen materias exclusivas de las que pueda afirmarse posean una naturaleza integrativa típica. Por esta razón, el primer paso a seguir para determinar las materias abarcadas por un proceso de integración, es la referencia que las normas del propio tratado puedan señalar, incluso el grado de integración deseado en cada materia.

Así por ejemplo, en el Tratado de Montevideo de 1960, mediante el cual se crea la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), se entiende que son materia de integración aquellas que están ligadas a la conformación de una zona de libre comercio, abarcando ciertas materias de índole económico, en especial los aspectos arancelarios.

Por otro lado, el Acuerdo de Cartagena no sólo plantea una zona de libre comercio, sino que aspira a consolidar una unión económica, por lo que se pueden hallar normas que regulan, dentro de los Estados, las materias que están comprendidas en “un proceso de coordinación de sus planes de desarrollo en sectores específicos y de armonización de sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar a un régimen de planificación conjunta para el desarrollo integrado del área” (20).

Fluye de lo anterior que no existen materias que puedan

(20) Artículo 26 del Acuerdo de Cartagena.

exhibir autónomamente una naturaleza comunitaria o integrativa. Así por ejemplo, existen tratados de integración que regulan materias comerciales, pero existen también otros tratados no integrativos que regulan estas mismas materias.

Se puede ir más lejos aún, pues los tratados pueden resultar insuficientes como fuente que determine las materias que, en determinado momento, se hallan dentro del marco integrativo. Ello se debe a la particular naturaleza de la integración como “proceso”, el cual presupone etapas o grados de integración. De esta forma, puede que existan materias que están consignadas en el tratado, pero aún no han sido desarrolladas o no son parte del proceso, no existiendo ninguna obligación para el Estado hasta el momento en que efectivamente se verifique dicho desarrollo.

También puede suceder que la dinámica del proceso de integración llegue a tal grado, que las competencias se extiendan hacia materias que no se hallan contenidas de forma explícita en el tratado. Como subraya Dagtolou (21), *“el ámbito de la acción comunitaria se extiende sin cesar, aunque con grados de intensidad diferentes”*.

En síntesis, las materias susceptibles de ser comprendidas por la integración no están preestablecidas, sino que son determinadas interpretando las normas de los tratados de integración y en su momento deben ser establecidas entendiendo la integración como “estado de cosas” y no como “proceso”.

Dado que no puede existir una diferenciación autónoma entre materias de integración y las que no lo son, para determinar si una materia es de naturaleza integrativa no nos podemos guiar por la materia en sí, sino que debemos atender al sentido de su regulación. Al respecto reiteramos que dos tratados pueden regular materias similares y sólo uno de ellos encajar dentro de lo que se entiende por integración.

(21) DAGTOLOU, P. *Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea*, en: *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 43.

Por otro lado, la naturaleza integrativa de un tratado dependerá de la existencia o no de principios reguladores integrativos. Así, de existir principios de carácter integrativo o comunitario, es decir, enmarcados dentro de un proceso gradual de integración en diversos sectores, el tratado ingresa en la categoría de los tratados de integración. A nuestro juicio, éste debe ser el criterio idóneo para determinar si se está ante un tratado de integración y, en consecuencia, resulta aplicable la prevalencia establecida por el artículo 106 de la Constitución.

6.2.2. Las Partes de un tratado de integración

Para la prevalencia de los tratados de integración sobre otros tratados es preciso, además de la determinación de la materia, que estos últimos tengan carácter multilateral y sean celebrados entre las mismas partes, tal como aparece en la norma constitucional. En consecuencia, todo parece indicar que debe entenderse que los tratados bilaterales quedan fuera del supuesto planteado por la norma. Así por ejemplo, en el supuesto que un tratado bilateral, celebrado entre el Perú y uno de los países del Pacto Andino, colisione con normas del Acuerdo de Cartagena, éste, a pesar de tener carácter integrativo, no prevalecerá sobre el tratado bilateral, pues se estaría fuera del campo de aplicación del artículo 106 de la Carta.

Más de uno podría ensayar una interpretación constitucional más amplia de la norma, atendiendo a la voluntad objetiva e inmanente allí expresada (*voluntas legis*), considerando que su finalidad es la protección y garantía de los avances del proceso de integración que puedan contener este tipo de tratados. En efecto, no existe duda que la prevalencia normativa otorgada está justificada por la materia regulada y los principios orientadores, ambos ligados al proceso de integración, del que, constitucionalmente, el Perú es promotor, según se desprende de la lectura del artículo 100. Aceptemos esta hipótesis de trabajo.

Se deriva de lo anterior, que si no se admite en el derecho interno la inaplicación de un tratado de integración en virtud de otro tratado multilateral, celebrado entre las mismas partes, pierde sentido la garantía de prevalencia si se admite que sólo dos Estados

Parte sí puedan imponerse a un tratado de integración. La interpretación literal de la norma no deja otra salida que una reforma constitucional, dirigida a armonizar el objetivo perseguido por el artículo 106, con los medios que establece para lograrlo.

Otro vacío de la norma es el relativo a los tratados celebrados con Estados que no son parte de un tratado de integración. En efecto, el artículo 106 no considera el caso de un acuerdo internacional que, celebrado con un tercer país, afecte el contenido y las obligaciones derivadas de un tratado de integración.

Al parecer, el constituyente no se colocó en esta hipótesis o, siendo consciente de esta posible colisión, decidió finalmente consignar la fórmula del artículo 106, la misma que no extiende la prevalencia de los tratados de integración. Este análisis podría complicarse si ingresamos a la problemática que se plantea en el caso del Acuerdo de Cartagena, pero es una materia que excede el objeto planteado para este trabajo (22).

6.2.3. Alcance del Artículo 106

El espíritu de la norma, además de lo que indica el mencionado artículo 100, puede sustentarse en dos supuestos diferentes. En primer lugar, se puede entender que los intereses nacionales resultan siempre compatibles o complementarios con el interés comunitario o, en segundo término, admitiendo posibles conflictos de intereses, se debe preferir siempre el interés integrativo. En todo caso, esto supone que se debe asumir los principios comunitarios como criterio de orientación, existiendo la posibilidad de efectuar interpretaciones no restrictivas de la norma (23).

(22) Véase sobre esta materia FERNANDEZ-MALDONADO CASTRO, Guillermo. *Aspectos Jurídico-constitucionales de la Integración Andina*. Tesis Doctoral. Universidad de Alcalá de Henares, 1987, p. 543 y ss.

(23) Una obra de consulta, en extremo útil en materia de interpretación jurídica, es la de DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1973.

En efecto, una interpretación restrictiva, basada en el principio "*quod non est in codice non est in mundo*", podría originar una aplicación normativa que tenga, precisamente, los efectos que se intentan evitar mediante el artículo 106.

Con anterioridad hemos subrayado las ventajas que tendría una interpretación amplia del artículo 106, en especial en lo que concierne a su aplicación en los supuestos de "tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes". No obstante, ante el peligro de generar un quiebre constitucional a través de una interpretación que podría desnaturalizar la norma en cuanto al ámbito de su aplicación allí señalado, es aconsejable seguir el procedimiento de reforma de la constitución para remediar estos vacíos y deficiencias.

7. *El conflicto entre el Tratado y la Constitución*

El ordenamiento jurídico peruano se organiza de forma análoga a la mayoría de países. La relación existente entre las distintas clases de normas se fundamenta en criterios básicamente jerárquicos (24). Esta es la pauta a seguir para determinar la norma que prevalece en caso de colisión. Dentro de este sistema jerarquizado de fuentes de derecho, la Constitución es, siguiendo a Pérez Royo (25), "*fuerza de derecho y norma que regula las fuentes de derecho*", colocándose en una posición de supremacía jerárquica que es ampliamente reconocida en doctrina (26).

Por otro lado, la primacía jerárquica que corresponde a la constitución como "*lex superior*", se halla expresamente establecida en el propio texto constitucional:

(24) Un estudio clásico sobre estos aspectos en el Perú fue realizado por FURNISH, Dale. *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*, en: *Derecho* No. 30, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1972, pp. 61 y ss.

(25) PEREZ ROYO, J. *Las fuentes de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1984.

(26) El principal impulsor de esta teoría fue Kelsen, aunque su positivismo jurídico no se siga con igual entusiasmo en doctrina. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*.

“Artículo 87.— La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica”.

Como hemos visto, los tratados internacionales, por regla general, poseen un valor normativo equivalente al de las leyes y, por ende, son normas inferiores a la Constitución. La cuestión, por lo tanto, consiste en determinar si puede ingresar válidamente un tratado en el ordenamiento interno, aún en el caso de contener disposiciones opuestas a la Constitución; en segundo término, admitiendo tal posibilidad, se debe indagar sobre lo que el propio texto constitucional establece para estos casos.

Orientándonos por la sistematización utilizada por De la Lama (27), las posturas en el derecho constitucional comparado se agrupan básicamente en alguna de las tres posibilidades o vías de solución siguientes:

Un primer tipo de regulación constitucional se caracteriza por otorgar una primacía relativa al tratado por encima de la Constitución. Aquí no existe un procedimiento diverso al utilizado normalmente para aprobar un tratado, pues el propio texto constitucional es el que explícitamente establece esta prevalencia (28). Esta postura, muy poco utilizada, es la expresada por la Constitución del Reino de los Países Bajos:

“Artículo 63.— Si el desarrollo del orden legal internacional lo requiere, el contenido de un tratado puede apartarse de ciertas disposiciones de la Constitución” (29).

(27) DE LA LAMA E., M. *La Constitución política*. . . op. cit. p. 487 y ss.

(28) La norma de derecho internacional no es, per se superior al derecho interno, dado que su prevalencia se basa, precisamente, en la aplicación de las normas de derecho interno que regulan su valor normativo.

(29) Esta previsión constitucional ha sido utilizada para admitir la transferencia de competencias hacia la Comunidad Europea.

Una segunda alternativa de solución se deriva de la simple aplicación del principio de jerarquía normativa. Así, el tratado que colisiona con la Constitución no puede ser aprobado. Esta es la opción más difundida y condiciona la aprobación de un tratado a su plena compatibilidad constitucional.

La última de las vías generalmente utilizadas en el derecho constitucional comparado permite que, previa modificación constitucional operada en la norma contradictoria, se apruebe el tratado. Del mismo modo que en el caso anterior, el tratado que colisiona con el texto constitucional no puede ingresar en el derecho interno, pero, en cambio, establece la vía para remover el obstáculo que significa esta colisión normativa, es decir, la reforma constitucional.

La Constitución peruana tiene la virtud de incorporar una nueva modalidad de respuesta al problema suscitado por una colisión entre un tratado y la Constitución. Esta formulación, alejada de las antes reseñadas, está consignada de la forma siguiente:

“Artículo 103.— Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

En estos casos, el procedimiento que la Constitución establece para la aprobación de los tratados es sustituido por el de la reforma constitucional. En realidad, el Parlamento se mantiene como el órgano competente para aprobar estos tratados, pero deberá seguir un procedimiento más dilatado y riguroso. En síntesis, de acuerdo al artículo 306 de la Carta, el tratado *“debe ser aprobado en una Primera Legislatura Ordinaria y ratificado en otra Primera Legislatura Ordinaria consecutiva”*; por otro lado, *“la aprobación y la ratificación —se refiere a la segunda aprobación— requieren la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras”*.

Debemos notar que no se trata de una simple variación de la

tercera de las vías de solución mencionadas. En efecto, mientras que en un caso el texto constitucional es modificado y, por ende, sólo una nueva reforma puede poner en vigencia la norma modificada, en la fórmula peruana no existe ninguna reforma constitucional. Así, en el primer caso existe una modificación o derogación de la norma constitucional y, en el caso peruano, lo que opera es una restricción en los campos de aplicación de la norma, “ello implica que la norma constitucional seguiría rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recuperaría su plena vigencia en caso que éste llegara a terminar” (30). Como consecuencia, la sustitución de la norma constitucional por la del tratado, sólo se verifica sobre el campo de aplicación del tratado. En todos los demás casos la Constitución mantiene plena vigencia y aplicabilidad.

El modelo que consagra la Constitución peruana presenta algunas ventajas respecto de los que enumeramos inicialmente. Así por ejemplo, en el caso de la denuncia o de la expiración del plazo de un tratado, la plena entrada en vigor de la norma constitucional es automática. Por el contrario, en este mismo supuesto, las vías que exigen la reforma constitucional previa deberán realizar una nueva reforma para lograr la vigencia de la norma modificada, de modo que a pesar de la desaparición de la causa de la reforma, vale decir, el tratado opuesto a la Constitución, tales efectos perdurarán hasta que se haya completado el dilatado y agravado proceso de reforma constitucional.

Por otro lado, las vías que establecen la previa y necesaria reforma constitucional presentan un problema adicional. En efecto, puede ocurrir que la norma constitucional sea efectivamente reformada y que, sin embargo, el tratado que origina la reforma no entre aún en vigencia y ésta no dependa de la voluntad de tal Estado; esto puede darse, por ejemplo, cuando se exige como requisito el depósito de un determinado número de instrumentos; en el extremo de los casos, puede que la vigencia se vea postergada por un largo período o que el tratado nunca llegue a entrar en

(30) DE LA LAMA E., M. *La Constitución política*. . . op. cit. p. 487.

vigor, mientras que la reforma constitucional surte plenos efectos jurídicos, creándose un desfase normativo.

8. *La supremacía del Derecho Internacional en la Constitución de 1979*

Apoyándose en las diversas normas que regulan los tratados de nuestro texto constitucional, el profesor De la Lama ha concluido en que la Carta Fundamental peruana *“presenta una clara tendencia monista, reconociendo la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno peruano”* (31). La primacía del derecho internacional sobre el derecho interno ha sido defendida por los tribunales internacionales y constituye la piedra angular de su eficacia. El profesor Miaja de la Muela (32) realiza una exhaustiva investigación de los argumentos que sostienen y evidencian la necesidad de esta supremacía, entre los que extraemos uno particularmente clarificador: *“no se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados, destinatarios de las normas de aquél”*.

Al respecto es pertinente efectuar una distinción entre el derecho internacional general y el convencional, pues es en este último donde se ha experimentado los mayores avances. En efecto, la Convención de Viena de 1969, particularmente el artículo 27, nos sitúa, en palabras de Sánchez Rodríguez (33), *“en presencia del principio general de prevalencia de las normas contenidas en los tratados sobre las normas propias del ordenamiento interno de los Estados obligados por aquéllos”*.

(31) DE LA LAMA E., M. *La Constitución política*. . . op. cit. p. 491.

(32) MIAJA de la Muela, A. *La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario Europeo*. En: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 1 a 3, agosto-diciembre de 1974, p. 1001 y ss.

(33) SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*. Madrid, 1974, p. 23.

No debemos olvidar, sin embargo, que el citado artículo 27 está, a su vez, recogido en un tratado, lo que significa que se trata de una norma de derecho internacional convencional, por lo que, eventualmente, podría seguir el mismo destino que las normas que pretende regular. Ello no hace sino dotar de mayor importancia el afán del constituyente peruano, al establecer expresamente la supremacía de las normas internacionales en el texto constitucional. En tal sentido, la obligada observancia de esta prevalencia por parte de los órganos del Estado, especialmente de los jueces, no fluye de un tratado o de un principio de derecho internacional, sino de la norma de mayor jerarquía en el derecho interno. También se ha destacado que *"hay que distinguir la incorporación del tratado al derecho interno con rango de ley o con jerarquía superior a la ley. La diferencia es clara, puesto que en el primer caso el tratado podría ser derogado o modificado por una ley posterior, hipótesis imposible si se reconociese la supremacía del tratado sobre la ley"* (34).

Sobre ello, como hemos podido comprobar, la Constitución peruana ha logrado el efecto deseado, sin que la fórmula sea estrictamente jerárquica. El tratado posee jerarquía igual a la ley, elevándose por encima de las normas subordinadas, pero además tiene prevalencia sobre las normas con rango de ley que le sean opuestas. La ley no deroga ni modifica al tratado. El tratado logra la inaplicación de la ley en todo lo que le es opuesta y en el campo de su aplicación, pero no la deroga, pues mantiene vigencia en los demás supuestos ajenos al tratado. Sin dejar de advertir la importancia de estas disposiciones respecto de las obligaciones ad extra del Estado, su principal virtud se aprecia en las posibilidades que son extendidas al particular para invocar y exigir, en su caso, la observancia y aplicación preferente de las normas convencionales de derecho internacional.

La prevalencia otorgada al derecho convencional internacional no se reduce al reconocimiento de su jerarquía de ley, con apli-

(34) MIAJA DE LA MUELA, A. *La primacía sobre los ordenamientos...* op. cit. p. 1000.

cación preferente. La carta constitucional peruana permite que tratados que le sean opuestos puedan ingresar en la esfera del derecho interno, disponiendo como único requisito la utilización del procedimiento de reforma para su aprobación en las cámaras. Incluso, respecto de las normas de tratados relativas a los derechos humanos, la regulación constitucional otorga jerarquía constitucional sin que sea preciso observar el requisito de procedimiento anterior. Este conjunto de normas constitucionales, más allá de los problemas que puedan generar dentro del sistema de fuentes de derecho interno, configuran el marco y el fundamento jurídico, necesarios para preservar la vigencia del derecho convencional internacional, sobre la base de reconocer su prevalencia sobre las normas internas.

LA MEDIDA CAUTELAR EN LA ACCION DE AMPARO

Samuel B. Abad Yupanqui

“El problema del proceso es, ante todo, encontrar el hombre digno de juzgar”.

Carnelutti Francesco, *Derecho y Proceso*,
Buenos Aires: E.J.E.A., p. 83.

Una de las razones, probablemente la decisiva, que ha determinado el frecuente empleo del amparo en el Perú, ha sido la posibilidad de poder contar rápidamente con una resolución cautelar que permita suspender provisionalmente el acto reclamado. Esta posibilidad de obtener una resolución con tales características, en base a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, ha generado serios problemas en nuestra experiencia cotidiana, los cuales no se han limitado a enfrentar a las partes en litigio, sino que en ocasiones han afectado a terceros extraños al proceso e incluso propiciado serios conflictos sociales. Ello no ha sido causa exclusiva de una insuficiente regulación legislativa, sino que además se ha debido al empleo abusivo efectuado por ciertos abogados, y a la equivocada actuación de algunos magistrados quienes se han sentido armados de facultades que la Constitución jamás les reconoció.

Y es que una institución tan delicada, bautizada por los mexicanos como suspensión del acto reclamado y conocida por los procesalistas como medida cautelar, no ha debido ser entendida al margen de los caracteres y presupuestos fundamentales que permitan su cabal otorgamiento, cuya observancia debe ser respetada por la judicatura en ejercicio de una especial madurez de criterio.

Es por ello que en el presente trabajo pretendemos analizar y

reflexionar sobre los alcances de esta institución, la cual de operar correctamente permitiría —en palabras de Ricardo Couto (1)— “mantener viva la materia de amparo” a fin de que el transcurso del tiempo no la haga desfallecer. Con tal objeto abordaremos previamente los orígenes de la institución en el derecho comparado, la importante influencia del derecho procesal en su configuración, y por último sus caracteres, presupuestos y funcionamiento en nuestra realidad, planteando los principales problemas que en ella se han generado.

Esperamos de esta manera aportar al análisis y debate de un instrumento que lejos de salvaguardar el valor eficacia en el proceso, ha servido con frecuencia para desnaturalizar su real contenido y alcances.

1. *LA SUSPENSION DEL ACTO EN EL DERECHO COMPARADO*

El amparo de origen mexicano ha influido en el surgimiento y desarrollo de instrumentos similares en otros ordenamientos tanto de Latinoamérica como Europa, en los cuales ha adquirido determinadas peculiaridades que lo diferencian de la matriz original. Tales distinciones, que no enervan su principal identidad de tutelar derechos fundamentales, hacen necesario bosquejar brevemente los caracteres de la suspensión en el derecho comparado, a fin de poder contar con los elementos de juicio necesarios que nos permitan descubrir la influencia recibida por el artículo 31 de nuestra Ley de Habeas Corpus y Amparo. Con tal efecto conviene conocer la experiencia brindada tanto por México —cuna del juicio de amparo— como por Argentina —país donde ha tenido un singular desarrollo—.

1. *El caso mexicano*

El juicio de amparo mexicano se plasma por primera vez en la

(1) COUTO, Ricardo. *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 3ra. ed., México; Porrúa, 1973, p. 40.

Constitución del Estado de Yucatán de 1841 debido a la intervención de don Manuel Crescencio Rejón. Posteriormente don Mariano Otero, se encargaría de perfeccionarlo en el proyecto constitucional de minoría de 1842, siendo incorporado en al Acta de Reformas de 1847, e incluido en el texto constitucional de 1857. En la actualidad, el amparo se encuentra regulado por la Constitución de 1917 y por su ley reglamentaria de 1936, vigentes con varias reformas.

Es en este contexto en que los mexicanos descubren la importancia de contar con un mecanismo previo a la sentencia definitiva que permita frenar, paralizar o detener el acto lesivo a fin de impedir su irreparable ejecución, la cual de suceder haría perder al amparo su finalidad (2).

Tal mecanismo, denominado suspensión del acto reclamado, tuvo como uno de sus primeros antecedentes al proyecto de ley elaborado por don José Urbano Fonseca durante la vigencia del Acta de Reformas de 1847 (3). Con posterioridad, fue incorporado en la Ley Orgánica de Amparo de 1861 y mantenido en las leyes sucesivas, alcanzando finalmente rango constitucional en el texto de 1917.

Un autor clásico como Ignacio Burgoa ha considerado que la suspensión en el amparo “es aquél proveído judicial (auto o resolución que concede la suspensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado” (4). De acuerdo con tal concepto, la suspensión mexicana cuenta

(2) GONZALEZ, Arturo. *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 1985, p. 209.;

(3) BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 1986, p. 706.

(4) BURGOA, Ignacio, *obl cit.*, p. 711.;

con las siguientes características fundamentales:

- a) Equivale a frenar, paralizar, detener o evitar la ejecución de un acto o el mantenimiento de una determinada situación (5). Carece así de efectos restitutorios, los cuales son privativos de la sentencia definitiva (6). Por ello se afirma que la suspensión no opera frente a actos consumados, pues hacerlo implicaría restituir al quejoso en el goce de sus derechos afectados.
- b) No anticipa provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva. Hacerlo importaría efectuar una evaluación judicial previa de la posible inconstitucionalidad del acto lesivo, aspecto que resulta extraño a la suspensión pues en ella no cabe examinar la validez constitucional del acto reclamado (7). Así lo ha entendido la Corte Suprema al sostener que cuando se resuelve un pedido de suspensión, no pueden estudiarse las cuestiones referidas al fondo del amparo (8).
- c) Su viabilidad se determina de acuerdo con la naturaleza del acto reclamado. De modo tal que procede frente a actos de carácter positivo (aquellos que importan un hacer de la autoridad responsable), actos prohibitivos (los cuales imponen una obligación o limitación a la actividad de las personas), aquellos actos de tracto sucesivo pero sólo en lo referente a evitar la continuación de la lesión, y finalmente frente a las amenazas ciertas e inminentes. En cambio, no procede ante las omisiones (actos negativos) por no ser susceptible de suspender aquello que aun no se ha realizado, ni contra los actos consumados, es decir aquellos que se han realizado en toda su integridad (9).

(5) Ibid. p. 712,;

(6) GONZALEZ, Arturo. ob. cit., p. 211,;

(7) BURGOA, Ignacio. ob. cit., p. 712.

(8) GONZALEZ, Arturo. ob. cit. p. 211,;

(9) BURGOA, Ignacio. ob. cit., p. 714.

- d) El procedimiento varía según se conceda en un proceso de amparo indirecto (bi instancial) o se trate de la suspensión otorgada de un amparo directo (uni instancial) (10). En el primer caso, cuyos alcances nos interesa destacar por ser más próximo a nuestra realidad, puede expedirse tanto de oficio —en situaciones expresamente señaladas— o a pedido de parte —en los casos restantes—. En este último supuesto, ella puede ser provisional —concedida cuando la urgencia de la situación amerita una rápida actuación judicial sin audiencia a la otra parte— o definitiva —otorgada luego de una audiencia incidental y del contradictorio correspondiente—.

Las características anotadas no han sido aceptadas pacíficamente por la generalidad de la doctrina mexicana. Es así que autores como Ricardo Couto —a quien Mariano Azuela califica como “el teórico de la suspensión” (11)— postulan la necesidad de juzgar sumariamente la validez constitucional del acto reclamado, criticando aquella jurisprudencia que impide evaluar las cuestiones de fondo del amparo (12). Asimismo, considera que la suspensión debe producir los efectos de un “amparo provisional”, en la medida que su otorgamiento anticipa los efectos de la sentencia de amparo de modo temporal y no definitivo por ser esto último propio de la resolución final, suspensión que también debería contar con efectos restitutorios. Desde otra perspectiva, de raíz procesal, Fix Zamudio critica las restricciones de la suspensión a la cual califica como una medida cautelar y a la que estima aplicable los lineamientos fijados por la doctrina procesal (13).

(10) Una clasificación muy difundida en el derecho mexicano distingue el amparo indirecto del amparo directo, debido al distinto tipo de procedimiento, a la diferente materia y a las instancias que originariamente lo conocen: Jueces de Distrito en el primer caso y Tribunales Colegiados de Circuito o la Corte Suprema en el segundo.

(11) AZUELA, Mariano. *Juicio Crítico*. En: COUTO, Ricardo, ob. cit., p. 7.

(12) COUTO, Ricardo. ob. cit., p. 43.

(13) FIX ZAMUDIO, Héctor. *Reflexiones sobre la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo como providencia precautoria*. En: *La Justicia*, México, 1976, No. 555, p. 59.

2. *El caso argentino*

En Argentina el amparo fue una creación jurisprudencial surgida a partir de los "leading cases" Angel Siri (1957) y Samuel Kot (1958). Posteriormente, luego de una importante experiencia jurisprudencial, fue reglamentado por la Ley 16986 de 18 de octubre de 1966, en actual vigencia.

La ley reglamentaria reconoce en su artículo 15° de un modo indirecto la posibilidad de suspender el acto lesivo al disponer que "Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3° y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado". De acuerdo con ello la doctrina y jurisprudencia argentina han entendido que:

- a) La suspensión del acto impugnado es una medida cautelar de no innovar, en consecuencia deben serle de aplicación los presupuestos propios de toda medida cautelar. Por lo demás, así lo sostienen tanto José Luis Lazzarini (14), Germán Bidart (15), Nestor Sagués (16), Adolfo Rivas (17) y Eduardo de

(14) LAZZARINI, José Luis. *El juicio de amparo*, Buenos Aires: La Ley, 1967. El referido tratadista considera que "la medida de no innovar encierra la suspensión del acto lesivo, e impide la continuación del agravio durante el corto lapso de sustanciación del proceso y en consecuencia no es retroactiva".

(15) Dicho autor entiende que "la suspensión encierra, en rigor, una orden de no innovar en forma de mandamiento de prohibición". BIDART CAMPOS, Germán. *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*. Buenos Aires: Ediar, 1968, p. 328.

(16) SAGUES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional - Acción de Amparo*, 2a. ed., Buenos Aires: Astrea, 1988, T. III, p. 462. En la citada obra se sostiene que "la suspensión del acto impugnado consiste esencialmente en una orden de no innovar".

(17) Para quien resulta claro que "el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no contempla la suspensión como medida específica; de ahí que la doctrina considere que se trata en realidad de un supuesto comprendido en la prohibición de innovar, o si se quiere, en la medida de no innovar". RIVAS, Adolfo Armando. *El amparo*. Buenos Aires: Edic. La Rocca, 1987, p. 350.

Lázzari (18). Ello no significa que en el amparo argentino no quepan otra clase de medidas cautelares, v.g. de tipo innovativo, sino que ellas se decretan en virtud de la aplicación supletoria de las normas procesales civiles que implícitamente las contemplan a través de las llamadas medidas cautelares genéricas (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 232°).

- b) Al ser una medida de no innovar no procede frente a hechos consumados, es decir aquellos íntegramente realizados; ni contra las omisiones. La suspensión, explica Bidart, se limita a detener el acto lesivo y conservar el “statu quo” existente, o evitar su inmediata ejecución si se trata de una amenaza. En consecuencia, jamás retrotrae la situación al estado de cosas anterior ni invalida los actos ya realizados.
- c) El procedimiento para otorgar una medida cautelar no ha sido previsto por la ley 16986, aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La ley reglamentaria se limitó a reconocer indirectamente tales medidas, regulando el trámite de la apelación que se caracteriza principalmente por concederse en ambos efectos, aspecto que por lo demás ha sido severamente criticado por la generalidad de la doctrina platense.

II. *LA INFLUENCIA DEL DERECHO PROCESAL EN LA SUSPENSION DEL ACTO RECLAMADO*

1. *Amparo Mexicano y Derecho Procesal*

Si bien los mexicanos fueron los creadores del amparo a mediados del siglo pasado, lo hicieron cuando la corriente científica del derecho procesal aún no se había iniciado. En efecto, el amparo mexicano nació desprovisto de una teoría general del proceso

(18) DE LAZZARI, Eduardo Néstor. *Medidas Cautelares*. 2a. ed. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1988, T. II, p. 264. También entiende que la suspensión del acto es una prohibición de innovar.

que fortaleciera sus raíces. Ello ha traído como consecuencia que por lo general los estudios efectuados sobre él no sólo hayan dejado de lado su importante vinculación con el derecho procesal, sino que incluso la hayan rechazado. En este sentido, Mariano Azuela —Magistrado de la Suprema Corte de México y Profesor de la UNAM— ha llegado a sostener que “es más lo que los procesalistas extranjeros tienen que aprender de nuestro juicio de amparo, para enriquecer sus doctrinas generales, que lo que nosotros podemos obtener de las últimas teorías en orden a esclarecer y sistematizar los principios de nuestra institución” (19).

Tal afirmación, cuyo sentido no compartimos, y que corresponde a una visión tradicional del amparo no ha sido aceptada por la totalidad de la doctrina. Es así que autores como Fix Zamudio —discípulo del notable procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo—, han iniciado en México una corriente procesalista calificada por el propio Fix como minoritaria pero que cuenta con importantes seguidores. Ella, examina al amparo sin desconocer sus aspectos peculiares y además “tomando en consideración los lineamientos de la corriente científica del derecho procesal, que se inició en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y pasó posteriormente a Italia, país en el cual ha tenido un florecimiento extraordinario, y actualmente también a España y Latinoamérica” (20).

Estas distintas maneras de examinar al amparo —una procesalista y la otra que deja de lado los lineamientos del derecho procesal— también coexisten al momento de estudiar la suspensión del acto.

Y es que en el derecho mexicano se presenta una importante controversia respecto a reconocer la naturaleza cautelar de la suspensión y en torno a la posibilidad de aplicarle los lineamientos fijados por la doctrina procesal.

(19) AZUELA, Mariano. Ob. cit. p. 9.

(20) FIX ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo y la enseñanza del Derecho Procesal*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, 1975, No. 22-23, p. 428-429.

En efecto, Fix Zamudio distingue dos principales corrientes de opinión en torno a tan delicado asunto:

- Una, bajo la dirección de Ignacio Burgoa, compartida además por Mariano Azuela, Romeo León Orantes, Jorge Trueba Barrera, entre otros, considera que si bien “la suspensión en el amparo es una providencia o medida cautelar o precautoria, sin embargo no se le pueden aplicar los lineamientos de la doctrina del derecho procesal” (21).
- La otra corriente integrada por el propio Fix Zamudio y también por Humberto Briceño Sierra y J. Ramón Palacios, sostiene que la suspensión “constituye una especie dentro del género de las providencias precautorias o cautelares y a ella se le aplican los principios generales de esta institución establecidas por la doctrina procesal moderna” (22).

Nosotros, afiliándonos a la corriente procesalista defendida por Fix y recordando que el amparo es materia de estudio del Derecho Procesal Constitucional, pensamos que la suspensión del acto reclamado constituye en estricto una medida cautelar, razón por la cual resulta necesario acudir a la doctrina procesal que a ellas las informa.

2. *La medida cautelar en el Derecho Procesal Civil*

El Derecho Procesal a fin de salvaguardar el valor eficacia en el proceso, ha instituido las llamadas medidas cautelares que constituyen “una actividad preventiva que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstan-

(21) FIX ZAMUDIO, Héctor. *Reflexiones sobre la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo como providencia precautoria*. En: *La Justicia*, México, 1976, No. 555, p. 55.

(22) FIX ZAMUDIO, Héctor. ob. cit., p. 55.

cias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento" (23).

Estas medidas cautelares, por su especial naturaleza, se caracterizan por:

- Sus efectos jurídicos permanecen hasta que se expida el fallo definitivo (provisoriaidad); (24)
- Pueden ser modificadas antes de dictarse sentencia en la medida que la variación de las circunstancias así lo aconseje (variabilidad); (25).
- No constituyen un fin en sí mismas sino que están subordinados a la expedición de la resolución final, es decir operan como un instrumento para evitar el peligro que puede generar la demora en la expedición de la sentencia (instrumentalidad) (26).

Por otro lado, existen diversas clasificaciones de las medidas cautelares. De tal modo, un importante sector de la doctrina, distingue las medidas "no innovativas o conservativas" de aquellas "innovativas". Así, el procesalista argentino Jorge Peyrano entiende que:

(23) DI LAZZARI, Eduardo. ob. cit., T. I. p. 6.

(24) CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ed. Bibliografía Argentina, 1945, pp. 36-37.

(25) CALAMANDREI, Piero. ob. cit., p. 90.

(26) MONROY GALVEZ, Juan . *Temas de proceso civil*. Lima: Studium, 1987, pp. 37-38.

- Las medidas de no innovar buscan conservar o inmovilizar una situación de hecho para impedir los cambios que luego pudieran frustrar el resultado del proceso principal, careciendo de efectos retroactivos (27).
- Las medidas innovativas son excepcionales y tienden "a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, (...), ordenando, sin que medie sentencia firme que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente". A diferencia de la anterior, esta sí cuenta con efectos retroactivos (27a).

En cambio, autores como Francesco Carnelutti (28), prefieren sustituir la anterior clasificación bipartita por una división tripartita que distinga tres aspectos marcadamente diferenciados: la inhibición, la eliminación y la anticipación del cambio. Para ello se refiere al:

- Proceso cautelar inhibitorio, que se configura cuando el juez impide el cambio probable de una situación.
- Proceso cautelar restitutorio, aquel en que el juez elimina el cambio ya ocurrido a una situación, disponiendo su restitución, y

(27) PEYRANO, Jorge. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: De Palma, 1981, p. 13.

(27a) PEYRANO, Jorge. ob. cit., pp. 21-22.

(28) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal - Derecho y Proceso*. Buenos Aires: AJEA, 1971. T. I. pp. 415-416. En la citada obra, el notable procesalista italiano sostiene que "no resulta justo distinguir (...), el proceso conservativo del proceso innovativo, ante todo porque toda providencia aporta una novedad, esto es, algo que de otra manera no habría ocurrido: también cuando el juez opera en modo de impedir un cambio y de conservar así las cosas tal como son, modifica el curso de la historia, según el cual de otro modo las cosas se habrían cambiado; por otra parte, también cuando innova disponiendo que sea eliminado un cambio ya ocurrido, conserva el estado de cosas existente precedentemente; por eso, conservación e innovación se implican recíprocamente".

- Proceso cautelar anticipatorio, en el caso que el juez anticipe el cambio probable o posible de una situación.

En nuestra opinión, la clasificación tripartita propuesta por Carnelutti no resulta precisamente extraña a la división bipartita antes mencionada, pues el proceso cautelar inhibitorio se asemeja a la medida de no innovar, mientras que el restitutorio y el anticipatorio constituyen dos aspectos de la medida innovativa.

Adicionalmente, el Derecho Procesal ha fijado determinados presupuestos que permiten el despacho favorable de una medida cautelar. Conceptos como la apariencia del derecho invocado (“*fumus bonis juris*”), el peligro en la demora (“*periculum in mora*”), la contracautela y la irreparabilidad del perjuicio —este último tratándose de una medida innovativa—, constituyen presupuestos que el juez debe apreciar prudentemente para salvaguardar el valor eficacia en el proceso y evitar un uso indiscriminado y arbitrario que atente contra los nobles fines de esta institución.

III. *LA SUSPENSION DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO PERUANO*

1. *Antecedentes*

La acción de amparo, como garantía autónoma, nace recién en la Constitución de 1979. Sin embargo, podemos hallarle antecedentes en la Ley No. 2223 de febrero de 1916 —en tanto permitía teóricamente la tutela de derechos distintos a la libertad individual (29)—, en el Habeas Corpus de la Constitución de 1933 —similar

(29) El artículo 7 de la Ley No. 2223 señalaba que “Todas las garantías contenidas en el Título IV de la Constitución del Estado, darán lugar a recursos destinados a amparar a los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades o a hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad. Son aplicables a estos recursos las disposiciones de la Ley de Habeas Corpus en cuanto a las autoridades que deban conocer de ellos, a las personas que puedan presentarlos y a las reglas de su tramitación”. Este dispositivo ha sido considerado como el antecedente más remoto del artículo 69 de la

por su amplitud al juicio de amparo mexicano (30)—, y en el Decreto Ley No. 17083 de octubre de 1968 que fijó un trámite especial —en la vía civil— para el Habeas Corpus (31). Empero, ninguna de tales normas concedió al juez la potestad de suspender provisionalmente el acto reclamado. Tan sólo un proyecto, que no llegó a

Constitución de 1933, vale decir del Habeas Corpus no sólo protector de la libertad individual sino de todos los demás derechos individuales y sociales. Por ello Ricardo Bustamante Cisneros, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, diría que “. . . la Constitución de 1933, en su artículo 69, instituye esa acción en amparo de todos los derechos humanos y sociales declarados en ella, confiriendo categoría constitucional a la norma que ya regía en nuestro ordenamiento positivo, a tenor del artículo 7 de la Ley de 10 de febrero de 1916” (*Habeas Corpus y Acción Popular*. Trujillo: Publicaciones del Departamento de Extensión Cultural del Instituto Moderno, 1961, p. 8). Si bien es posible considerar al artículo mencionado como antecedente del Habeas Corpus de la Constitución de 1933, vale decir como un antecedente del amparo, en la práctica no tuvo mayor elaboración. Así, Domingo García Belaunde ha sostenido que “En cuanto a la jurisprudencia del Habeas Corpus en el período 1897-1933 es en extremo exigua limitándose a la defensa de la libertad personal” (*El Habeas Corpus en el Perú*, Lima: UNMSM, 1979, p. 30).

- (30) El artículo 69 de la Carta de 1933 disponía que “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”. La amplitud de la norma explica la actitud del procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, quien al comentar el anteproyecto del Código de Procedimientos Penales, prefirió utilizar el término “juicio de amparo” al de “recurso de Habeas Corpus” que como epígrafe encabezaba el título respectivo. (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *La reforma procesal penal en el Perú - El Anteproyecto Zavala*, Revista del Foro, Lima, julio-diciembre 1939, Nos. 07 al 12, p. 376.
- (31) Pese a que la Constitución de 1933 amplió el ámbito de protección del Habeas Corpus a todos los derechos individuales y sociales, el Código de Procedimientos Penales sólo lo reguló en función de la libertad individual. Con el objeto de establecer las pautas procesales para la tramitación del Habeas Corpus en el caso de los demás derechos individuales y sociales, se dictó el D.L. No. 17083, al que Fix Zamudio calificó como “Ley de Amparo” (FIX ZAMUDIO, Héctor. *El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca*, en: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 07, p. 229).

convertirse en Ley, presentado a la Cámara de Diputados por el grupo parlamentario de la Democracia Cristiana en junio de 1967, propuso su introducción de acuerdo con los siguientes términos:

“*Artículo 19.*— Si el Juez, al examinar las circunstancias que rodean la restricción o violación de un derecho, hallare hechos susceptibles de probanza, ordenará la suspensión provisional de los actos reclamados, así como la del ejercicio del derecho, citando a audiencia pública para, dentro de las 72 horas siguientes a fin de que las partes ofrezcan las pruebas o alegatos que convengan a su derecho. Cumplidos estos trámites el juez pronunciará resolución ordenando la cesación definitiva de los actos y procederá respecto de los responsables, con arreglo a los artículos 24, 25 y 26 de la presente ley” (32).

La doctrina nacional previa de la Ley No. 23506, tampoco ha brindando mayor atención a la problemática de la suspensión. Solamente autores como Domingo García Belaunde y Alberto Borea propusieron su implantación siguiendo la terminología mexicana (33).

A su turno la actual Constitución, como correspondía, tampoco abordó el tema de la suspensión dejando que la ley respectiva se avoque a su reglamentación.

(32) El proyecto fue publicado en el *Boletín del Instituto de Ciencias Penales*, Lima, UNMSM, No. 03, junio 1967, pp. 25-32. Nosotros citamos el texto que obra como apéndice en: BERNAL MATA LLANA, Gloria. *El Habeas Corpus y sus reformas en el Perú*, Tesis Bachiller PUC, 1969, p. 101. Cabe indicar que, según lo afirma Luis Taxa, el proyecto fue suscrito por el entonces diputado Valentín Paniagua (TAXA ROJAS, Luis. *La protección jurisdiccional de los derechos constitucionales en el Perú*, Tesis Bachiller PUC, 1968, p. 32).

(33) GARCIA BELAUNDE, Domingo; BOREA ODRÍA, Alberto, *Comentario al proyecto de Código de Procedimientos Penales en lo referente al Habeas Corpus*. En: *Revista del Foro*, Lima, 1977, año LXIV, No. 1, p. 101. Cfr. también BOREA ODRÍA, Alberto. *La Defensa Constitucional: el amparo*, Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1977, pp. 92-95.

2. *El artículo 31 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo: el texto original (Ley No. 23506)*

Antes de examinar los alcances de la norma conviene recordar el texto original del artículo 31, incorporado en la Ley No. 23506, que se convirtió en la práctica en un instrumento que en manos de ciertos abogados y jueces negligentes sirvió para desvirtuar su naturaleza cautelar, convirtiendo al amparo en un verdadero “sanalotodo” al cual se acudía fundamentalmente para obtener una suspensión que satisfaga los intereses del quejoso. Esta penosa situación —que llegó a convertirse en un verdadero festín donde cada parte buscaba su propia suspensión ya sea en el juzgado de origen o en otro, y donde todo se suspendía, hasta por ejemplo proyectos de ley—, originó una reacción legislativa que dio a luz la reforma del artículo 31 por la Ley No. 25011. Las modificaciones sufridas por la norma original, y las razones que explican lo sucedido, ameritan el análisis del dispositivo vigente así como el de su predecesor ya derogado.

2.1. *Proyectos y Anteproyectos*

La Ley No. 23506 del 07 de diciembre de 1982 tuvo como antecedentes a los proyectos elaborados por Javier Valle-Riestra y Alberto Borea, de los cuales sólo el último abordó el tema de la suspensión. En efecto, el proyecto Borea disponía:

“Artículo 35.— El Juez o la Corte, al recibir la demanda instruirá al actor de la posibilidad de solicitar la suspensión del acto que reclama de inconstitucional”.

“Artículo 36.— Mediante la suspensión del acto proveerá al levantamiento de toda medida destinada a atacar el derecho reclamado”.

“Artículo 37.— Para decretar la suspensión del acto, el Juez deberá obligar a quien lo solicita a afianzar debidamente el derecho de la administración de llevar adelante el acto ejecutado. Esta fianza será acordada teniendo en cuenta el acto que se suspenda y la posibilidad económi-

ca del agredido. En ningún caso se deberá denegar este beneficio por incapacidad económica del solicitante”.

El citado proyecto utilizó el término suspensión del acto —y no la expresión medida cautelar— que como se ha indicado procede del derecho mexicano. Más aún al disponer que el solicitante debía prestar fianza suficiente, denotaba la influencia mexicana recibida, pues en dicho sistema en determinadas circunstancias se exige el cumplimiento de tal requisito para hacer efectiva la suspensión. Por lo demás el indicado texto olvidó mencionar los requisitos indispensables para decretar la suspensión, así como los elementos que la caracterizan. La exposición que fundamentaba el proyecto tampoco precisó tales aspectos, limitándose a establecer:

“El artículo 35 obliga al Juez a informar que, de considerarlo conveniente, el reclamante puede pedir que se suspenda el acto mientras dura la tramitación a efectos de no hacer devenir en ilusorio el derecho del triunfante. Los artículos 36 y 37 regulan con mayor precisión y detalle este derecho”.

La Comisión presidida por Domingo García Belaunde, que elaboró el anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo, sustituyó los dispositivos del proyecto Borea por uno en el cual se decía:

“*Artículo 32.*— A solicitud de parte y en cualquier momento, el juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor lo considere procedente”.

La respectiva exposición de motivos se limitó a afirmar:

“Los artículos siguientes precisan los términos que debe observar el juez, a quien se faculta la suspensión del acto reclamado” (artículo 39), facultad discrecional que se considera de suma importancia”.

En consecuencia, a juicio de la Comisión, la suspensión del acto reclamado —expresión de origen mexicano— era una facultad discrecional del Juez concedida en base a lo fundamentado por el actor; sin embargo, se olvidó aclarar si en realidad se trataba de una medida cautelar a la que resultaran aplicables los lineamientos del derecho procesal.

El anteproyecto de ley fue aprobado por el Consejo de Ministros (18-12-81) y presentado al Congreso de la República como proyecto de ley del Poder Ejecutivo, siendo finalmente aprobado con algunas modificaciones y convirtiéndose en la Ley No. 23506.

2.2. Alcances de la norma

El artículo 31 de la Ley No. 23506 dispuso que “A solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor lo considere procedente”. De acuerdo con ello, la suspensión contaba con las siguientes características fundamentales:

- La norma se refería a la suspensión del acto reclamado, expresión de origen mexicano. En consecuencia resultaba coherente acudir a su antecedente mexicano que debía marcar sus lineamientos y caracteres.
- Procedía a pedido del actor, jamás de oficio y su concesión no estaba limitada a alguna etapa procesal sino que podía ser otorgada en cualquier momento, tanto en primera instancia, en la Corte Superior o en la Corte Suprema.
- Era facultad del Juez concederla en la medida que la fundamentación esgrimida por el actor así lo aconsejará.
- Se dictaba sin audiencia previa a la otra parte.
- Finalmente, no se precisaba si la resolución que la concedía era o no apelable.

La suspensión del acto, que traducida al lenguaje procesal era una medida cautelar de no innovar, tuvo en la práctica cotidiana un intenso trajín en el que se apreció cómo la insuficiencia de la norma, aunada a un uso indiscriminado de la misma, así como a la equivocada actuación de algunos magistrados y a la carencia de una teoría coherente que le diera sustento, llevó a la crisis a la institución propiciando una reacción legislativa que buscó su inmediata modificación. Un interesante ejemplo de lo sucedido fue el empleo del amparo durante el pretendido proceso de estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros. En ello, tanto sectores de ideología neoliberal, como de centro izquierda, mostraron una singular similitud de opiniones.

En efecto, el parlamentario Felipe Osterling (PPC) en la 17ª sesión del Senado, realizada el 04 de octubre de 1988, sostuvo:

“Desde que se dictó la Ley de Amparo y sobre todo a raíz de la estatificación del sistema bancario y financiero, ha habido una enorme proliferación de acciones de amparo, y me parece que hay una tendencia dentro del Poder Judicial de abusar de la suspensión del acto respecto del cual se reclama.

Desde este punto de vista, quiero transmitirle a través de la Presidencia, al señor Valle-Riestra mi entero acuerdo en la posición que debe revisarse las facultades jurisdiccionales para suspender un acto que supuestamente infringe la Constitución mediante la Acción de Amparo” (34).

A su turno, Enrique Chirinos Soto (actualmente vinculado a las filas del FREDEMO), consideró:

“Todos estamos de acuerdo en que efectivamente, se ha

(34) *Diario de los Debates del Senado*. Primera Legislatura Ordinaria de 1988, 17ª Sesión, 04-10-88, p. 176.

abusado (. . .) de la Acción de Amparo, y que hay que ponerle freno a este abuso” (35).

Similar posición esgrimió Javier Valle-Riestra (APRA) (36) a quien le cupo una intensa participación en el debate parlamentario. Es por ello que resulta interesante analizar desde una perspectiva jurídica, lejos de las pasiones que en su momento generó, el funcionamiento de la medida cautelar durante la pretendida estatización del sistema financiero.

2.3. La aplicación del artículo 31 durante el proceso de estatización del sistema financiero

Con motivo del inicio del proceso de estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros, se suscitó en el país uno de los más interesantes debates jurídicos de nuestra historia republicana.

Los grandes grupos de poder afectados buscaron un instrumento que les permitiera mantener intangibles sus intereses, evitando la actuación gubernamental y desconociendo la aplicación de las disposiciones legales dictadas. Fue entonces como encontraron a un mecanismo procesal de nobles orígenes en el derecho comparado, pero de corta experiencia en nuestra realidad: la acción de amparo.

a) En efecto, desde un principio se presentaron varias demandas de amparo contra la decisión del gobierno de intervenir las empresas bancarias, financieras y de seguros en base a lo dispuesto por el D.S. No. 158-87-EF de 29 de julio de 1987, y de conformi-

(35) *Diario de los Debates del Senado*. Primera Legislatura Ordinaria de 1988, 17º Sesión, 04-10-88, p. 284.

(36) *Diario de los Debates del Senado*. Primera Legislatura Ordinaria de 1988, 17º Sesión, 04-10-88, p. 274.

dad con el artículo 132 de la Constitución (36a). Se trató de cuatro procesos de amparo.

De este modo, los accionistas de las empresas bancarias (20° Juzgado Civil), financieras (22° Juzgado Civil) y de seguros (8° Juzgado Civil), plantearon sus respectivas demandas ante distintos juzgados, en las que de inmediato se dispuso la suspensión del acto lesivo. Solamente en un caso, iniciado por la accionista de una empresa financiera ante el 18° Juzgado Civil, y en el cual se adujo cierta presión estatal, fue rechazado el pedido de suspensión. Ello motivó la solicitud del gobierno de acumular los procesos en trámite a fin de unificar criterios, lo cual no llegó a cumplirse pues la propia accionante se desistió de la demanda planteada. De estos procesos surgieron algunos aspectos sobre los que conviene reflexionar:

- En el amparo iniciado por Mario Brescia Caferata y otros accionistas de las Compañías de Seguros, el 8° Juzgado Civil de Lima concedió la suspensión solicitada, que fue apelada por el Supremo Gobierno y elevada a conocimiento de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior. La Sala por resolución de fecha 09 de setiembre de 1987 (Exp. No. 2026-87) declaró nulo el concesorio y en consecuencia improcedente el recurso de apelación presentado, pues entendió que no podía impugnarse la resolución que disponía la suspensión del acto reclamado. Con ello estableció un criterio que no fue uniforme a nivel de nuestros tribunales. Sucedió así algo paradójico pues algunas salas de la Corte admitían la apelación y otras las rechazaban. La

(36a) La intervención dispuesta por el Decreto Supremo 158-87-EF, implicaba la suspensión de la competencia de las juntas generales de accionistas de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Las funciones y atribuciones que les correspondían a dichas juntas serían ejercidas por los llamados Comités de Administración, integrados por tres miembros nombrados por Resolución Suprema. Asimismo, el indicado decreto cesaba en sus funciones a los directorios de las empresas intervenidas, otorgando dichas funciones a los citados Comités de Administración.

falta de un criterio unívoco importaba un serio atentado contra el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

- En la acción de amparo iniciada por Betty Imaña Ramírez, accionista de Financiera Progreso S.A., el 18° Juzgado Civil de Lima denegó el pedido de suspensión del acto reclamado, hecho que motivó la solicitud del gobierno de acumular los procesos en trámite. Ante tal situación, el juzgado corrió traslado a los demandantes en las restantes acciones de amparo presentadas a fin de evitar resoluciones contradictorias. Pocos días después, la accionante Sra. Imaña se desistió del amparo planteado. Sin embargo, quedó vigente la duda, ¿cabía la acumulación de procesos en los cuales existieran medidas cautelares contradictorias y cuya similitud era evidente?

b) Otro importante grupo de demandas planteadas fueron dirigidas contra la supuesta amenaza basada en el proyecto de ley de estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros que aún se estaba debatiendo en el Congreso de la República.

Se trató de catorce acciones de amparo interpuestas por diversos accionistas de las referidas empresas. Tres de ellas fueron presentadas ante el 22° Juzgado Civil de Lima y las once restantes fueron planteadas ante el 24° Juzgado Civil. En todas ellas, en forma sumamente rápida, fueron concedidas sendas medidas cautelares. Examinemos brevemente dos casos presentados ante distintos juzgados.

- En la acción de amparo planteada por Teófilo Huertas Vega y otros accionistas de diversas empresas bancarias (22° Juzgado Civil), con fecha 04 de setiembre de 1987 se dispuso la inmediata suspensión del acto reclamado pese a tratarse de una supuesta amenaza basada en un proyecto de ley.

Dicha resolución fue apelada por el Supremo Gobierno y elevada a la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, la cual atribuyendo a la suspensión la calificación de medida cautelar y en consecuencia exigiendo el cumplimiento de los requisitos propios a toda medida de ese tipo (apariencia del

derecho vulnerado e irreparabilidad del perjuicio) revocó con fecha 30 de setiembre de 1987 la suspensión indebidamente concedida.

Sin embargo, pese a la citada revocatoria, el juzgado el 13 de octubre del mismo año, debido a que el día anterior entró en vigencia la Ley No. 24723 de estatización del sistema financiero, dictó nuevamente una medida cautelar a favor de los accionistas de las empresas bancarias, que la Tercera Sala Civil de la Corte Superior en una resolución caracterizada por su escasa claridad recién dejó sin efecto el 9 de noviembre de 1988, es decir, luego de más de un año de haber sido dictada. Ello se debió no sólo a la clásica lentitud judicial, sino a las maniobras dilatorias que permitieron varios aplazamientos de los informes orales solicitados, así como a la recusación de los vocales que finalmente sería declarada infundada.

Este caso planteó serias interrogantes sobre los alcances de la medida cautelar, ¿resultaban viables frente a proyectos de ley? ¿Podían ser dictadas nuevamente pese a haber sido previamente revocadas? ¿Cabía efectuar informes orales y luego solicitar su aplazamiento en un incidente de medida cautelar? ¿El hecho que la Sala haya intervenido al momento de revocarla impediría que ella participe al conocer de la segunda apelación planteada? ¿Ello acaso importaba un prejuzgamiento que ameritaba la recusación de los vocales?

- En el amparo planteado ante el 24° Juzgado Civil de Lima por Santiago Gerbolini Isola y otros accionistas de “El Sol” Compañía de Seguros Generales, se concedió inmediatamente la medida cautelar solicitada, que fue apelada en un sólo efecto y elevada a la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. La Corte con fecha 23.10.87 revocó la suspensión otorgada y posteriormente el juzgado —con un nuevo titular pues el anterior magistrado había sido destituido— declaró improcedente la demanda planteada (10.11.87). Debido a ello el juez, sin percatarse que la resolución cautelar había sido revocada, dejó sin efecto la medida cautelar inicialmente concedida (10.11.87). ¿Era posible dejar sin efecto una resolución anteriormente

revocada? ¿Si el incidente de suspensión hubiera estado pendiente de resolver por la Corte Superior, el juez hubiera podido dejarla sin efecto? ¿Y si sólo se limitaba a declarar improcedente la demanda, ello significaba que automáticamente la medida cautelar quedaba sin efecto?

c) Un tercer número de acciones de amparo se dirigieron contra la Resolución CONASEV No. 148-87-EF/94.10 de 14 de agosto de 1987 que dispuso la suspensión de la negociación bursátil de las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Dicha resolución fue dictada en base a lo dispuesto por el Decreto Legislativo No. 198, Ley Orgánica de la CONASEV (Art. 11, Inc. a) y el Decreto Legislativo No. 211, Ley Normativa del Mercado Bursátil (Art. 15) (37). En esta ocasión, se trató de nueve demandas presentadas tanto en el 24° Juzgado Civil (tres causas), como en el 22° Juzgado Civil (seis procesos), y en todas ellas se concedieron sendas medidas cautelares que permitieron a los demandantes negociar sus acciones en la Bolsa de Valores. Como consecuencia de tal decisión se presentaron tres situaciones particulares:

- En cuatro procesos de amparo (22° Juzgado Civil, Exp. Nos. 1641-87, 1766-87, 1767-87 y 1704-87) luego de concederse la medida cautelar solicitada y de poderse efectuar la respectiva transferencia de acciones, los accionantes se desistieron de su demanda, petición que rápidamente fue acogida por el juzgado. Con ello demostraron su poco interés en el proceso principal, pues lo único que se pretendía era obtener una medida cautelar para así poder vender libremente sus acciones. Acaso, ¿podía la suspensión ser utilizada para obtener lo que sería el resultado del proceso principal? ¿Qué interés tendría el de-

(37) La resolución dictada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV, conforme se desprendía de su parte considerativa, fundamentó la medida adoptada en el hecho que el debate en el Congreso del proyecto de ley de estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros estaba generando situaciones expectantes en el mercado que podían influir en el precio de las acciones, alterando el ritmo normal de la Bolsa de Valores.

mandante en obtener sentencia si con la suspensión ya había conseguido el objeto de su pretensión? ¿En este supuesto se estaba manteniendo el “statu quo” o más bien se estaban anticipando los efectos del fallo definitivo?

- En dos casos, en los cuales el juez declaró improcedente la demanda luego de haber concedido la suspensión solicitada, los accionantes dejaron vencer los plazos establecidos para apelar de la sentencia que los “perjudicaba” (24° Juzgado Civil, Exp. Nos. 404-87 y 417-87). Evidenciaron así que lo único buscado era la obtención de la tan preciada medida cautelar, dejando en debate una seria interrogante, pues si la sentencia declaraba improcedente la demanda ¿eso significaba que automáticamente la medida cautelar quedaba sin efecto? Si ello era así y ya se habían vendido las acciones, ¿esa transferencia hubiera podido ser anulada en un juicio posterior?
- Sólo en un caso cuando se rechazó la demanda por improcedente —que contaba con una medida cautelar inicialmente concedida—, los demandantes interpusieron recurso de apelación para salvaguardar así sus intereses (24° Juzgado Civil, Exp. No. 406-87). En las dos causas restantes (22° Juzgado Civil, Exp. Nos. 1662-87 y 1784-87), los autos fueron apelados por el Supremo Gobierno pues la sentencia y la suspensión correspondiente favorecían a los demandantes.

d) Vinculadas a la transferencia de acciones del Banco de Crédito a sus trabajadores (37a) —que inicialmente fue calificada

(37a) La Ley No. 24723 dispuso la reserva para el Estado del sistema financiero, introduciendo diversas normas destinadas a fomentar el accionariado difundido, especialmente los artículos 13 y 14.

Dichas normas, de modo excepcional, exoneraban de la expropiación “a los actuales accionistas” de las empresas bancarias, financieras y de seguros, en la medida que observaran determinados requisitos, es decir, a nivel individual debería tratarse de personas naturales con acciones cuyo valor total no excediera de 40 UIT, y siempre que el conjunto de

por el gobierno como una operación simulada— se plantearon ante el 9º Juzgado Civil, dos acciones de amparo.

- Una de ellas, presentada por José Gagliardi Wakeham y otros accionistas y trabajadores del Banco de Crédito, que según la discutida operación de transferencia eran los nuevos propietarios, fue interpuesta cuando ya estaba en vigencia la Ley No. 24723, a fin de que el Supremo Gobierno se abstuviera de realizar actos que amenacen sus derechos de propiedad sobre las acciones del Banco y además contra el acuerdo de la CONASEV de fecha 21.10.87 que declaró en abandono la citada transferencia de acciones. El juzgado de inmediato dispuso la suspensión de “toda clase de actos que tiendan administrativamente a invalidar la operación bursátil (. . .) hasta que culmine este procedimiento” (Exp. No. 5024-87).
- La otra demanda fue planteada ante el mismo juzgado por Felipe Barclay P. y otros agentes de Bolsa (Exp. 5018-87). Como se sabe, la operación de transferencia de acciones fue declarada en abandono por la CONASEV debido a no haberse cumplido con efectuar el pago dentro del plazo establecido. Ello se debió a que los respectivos cheques no fueron abonados en la cuenta que la Bolsa de Valores tenía en el Banco de Comercio pues ellos no contaban con la firma del Comité de Administración del Banco de Crédito. Ante dicha situación, se concedió una medida cautelar disponiéndose que el Banco de Comercio “reciba y tramite la cobranza de dichos cheques”, “que el Gerente

los accionistas exceptuados no excediera del 30% del capital social de las empresas sujetas a expropiación. Tales dispositivos motivaron que los propietarios del Banco de Crédito, interpretando opinablemente lo dispuesto por la ley, realizaran una operación de transferencia de acciones a sus trabajadores —que el gobierno inicialmente calificó como simulada— a fin de evadir la aplicación de la referida ley. Cabe recordar que la indicada transferencia fue declarada en abandono por el Director de la Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores aplicando el acuerdo adoptado por el Directorio de la CONASEV en virtud de la consulta efectuada por la Bolsa de Valores. Con posterioridad la criticada operación fue reconocida como válida por el propio gobierno mediante el Decreto Legislativo No. 468.

General de la Bolsa de Valores efectúe el depósito en cobranza de dichos documentos ante el Banco que corresponda”, y que se suspenda la medida de “suspensión en el ejercicio de sus funciones dispuesta en contra de los accionantes por el Director de la Bolsa de Valores de Lima” (21.10.87).

Es decir, a través de una suspensión se quiso perfeccionar la operación celebrada en la Bolsa de Valores y que había sido declarada en abandono por la CONASEV. Se utilizó esta medida no para mantener las cosas tal como estaban, lo que hemos visto es el típico efecto de la suspensión mexicana inspiradora de nuestra institución, sino más bien para que los demandados realicen determinados actos que permitan la consumación de la indicada operación. Con ello, se dispuso algo que en México —tal como viene siendo entendida la suspensión— jamás hubiera podido suceder.

e) Otro grupo de acciones de amparo, estuvieron dirigidas a evitar la aplicación de la Ley No. 24723 y el inicio del procedimiento expropiatorio. Se trató de cuatro demandas presentadas ante distintos juzgados (15°, 16°, 20° y 22° Juzgado Civil de Lima).

Así por ejemplo, en el amparo planteado ante el 22° Juzgado Civil (Exp. No. 1791-87) se ordenó “abstenerse de cometer actos en aplicación del artículo octavo de la Ley No. 24723 y de la R.S. No. 168-87-EF, que desvían a los demandantes del Juez y procedimiento previamente establecido para conocer y resolver de la expropiación de las acciones de los demandantes en el Banco Wiese Ltda.” El Juez de Primera Instancia dictó dicha resolución pese a que la Disposición Complementaria de la Ley No. 24723 disponía que en estos casos la autoridad competente para tramitar el amparo y conceder la suspensión era la Corte Superior (38). Más aún, si

(38) La referida disposición señalaba que “son de estricta aplicación los artículos 45 y 57 de la Ley General de Expropiación o Decreto Legislativo No. 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

como se sabe una acción judicial —y con mayor razón una medida cautelar— no puede obstruir, o paralizar un procedimiento de expropiación que por lo demás ya había sido iniciado ante la Corte respectiva.

f) Si bien durante el proceso de estatización los accionistas de las empresas bancarias, financieras y de seguros sobrecargaron de acciones de amparo al Poder Judicial (hemos detectado treintitrés) también el Estado, así como un particular muy asiduo a las acciones de garantía, tuvieron su cuota de participación.

- Es así que ante la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, el Estado interpuso demanda de amparo contra el 24° Juzgado Civil por su equivocada actuación judicial evidenciada al dictar una medida cautelar en la demanda de amparo planteada frente a un Proyecto de Ley. Es decir, se trataba de un amparo interpuesto contra la resolución cautelar dictada en otro proceso de amparo. En esta ocasión no fue concedida la medida cautelar solicitada, ¿acaso resultaba viable hacerlo?
- Un caso singular fue el de Santiago Sanguinetti Galindo quien planteó ante el 27° Juzgado Civil de Lima demanda de amparo contra la Asociación de Bancos del Perú y otros a fin de que el Poder Judicial les ordenara el cumplimiento inmediato de la Ley No. 24723, de estatización del sistema financiero. Alegaba para ello su calidad de cuentacorrentista y ahorrista de diversos bancos lo cual le confería legítimo interés económico y moral. El Juez antes de decidir sobre la suspensión solicitada, “están-

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 tres 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 No. 23506”.

do al principio de contradicción que consagra nuestro ordenamiento procesal civil”, dio traslado a la otra parte, para resolver luego de contestada la demanda. A su turno, el Juzgado no concedió la medida cautelar solicitada, pero dejó en pie la duda: ¿Podía darse traslado a la otra parte antes de resolver sobre un pedido de suspensión? ¿Sería ello conveniente y legal?

El pretendido proceso de estatización del sistema financiero que motivó encontradas oposiciones políticas, generó un intenso debate jurídico, cuyo curso hemos reseñado, y que demostró cuan insuficiente resultaba la norma contenida en el Art. 31 de la Ley No. 23506 y que necesaria era la presencia de una teoría general que le diera coherencia y sustento. Esta situación, aunada por cierto, a la presentada en los demás casos judiciales, donde por lo general la motivación no estaba presente en las resoluciones de suspensión, donde siempre había la posibilidad de obtener una medida cautelar pues el demandante coordinaba previamente con el Juez y de acuerdo con ello presentaba su demanda o acudía a otro juzgado pues la práctica hizo que no se requiriera ir al de turno, y donde todo era susceptible de suspenderse, desde un convenio internacional hasta otra resolución cautelar, propició una reacción que facilitó la aprobación de la Ley No. 25011 de reformas a la ley de amparo.

3. *El Artículo 31 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo: el texto actual (Ley No. 25011)*

3.1. *Proyectos y Anteproyectos*

Los problemas generados por el mal funcionamiento de la Ley original, propiciaron el surgimiento de un afán reformador que se plasmó en la presentación y discusión de proyectos modificatorios del texto original del artículo 31 de la Ley.

De tal modo, en la 17a. Sesión del Senado de la República realizada el 04 de octubre de 1988, se leyeron tanto el proyecto No. 1750/87-S suscrito por el Senador Enrique Bernaldes (15.04.88), como el proyecto sustitutorio presentado por la Comisión

de Justicia (31.05.88) elaborado sobre la base de un texto remitido por el Fiscal de la Nación con fecha 25 de noviembre de 1987.

El proyecto Bernalles proponía la modificación del Art. 31 bajo los siguientes términos:

“A solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez o la Corte podrá disponer la suspensión provisional del acto que dio lugar al reclamo, siempre que existan indicios razonables de que el bien materia de afectación pueda devenir en irreparable por la continuación del acto demandado como lesivo.

El Juez o la Corte corre traslado de esta petición por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada y, con la contestación expresa o ficta, resolverá lo conveniente. Contra la resolución del Juez o de la Corte, procede la apelación en ambos efectos o, en su caso, el recurso de nulidad, respecto del incidente. El Superior Tribunal o la Corte Suprema recepcionará el incidente en el término de un día, resolviendo lo conveniente, previa vista fiscal, en igual plazo, bajo responsabilidad” (39).

Esta propuesta, similar a la norma vigente, inicialmente no fue acogida pues se prefirió discutir el texto sustitutorio elaborado por la Comisión de Justicia, integrada entre otros por Javier Valle-Riestra e incluso suscrito por el propio Senador Bernalles.

El texto sustitutorio, de mayor extensión, precisaba:

“En cualquier momento, la Corte Superior podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando su cumplimiento pudiere producir perjuicios

(39) *Diario de los Debates del Senado*. Primera Legislatura Ordinaria de 1988, 17º Sesión, 04.10.88, p. 271.

irreparables; pero en estos casos, quien solicita la suspensión prestará fianza en monto prudencialmente determinado por el Juez, si éste considera que con la suspensión del acto perjudicare derechos de terceros.

La suspensión se solicitará al Juez de Primera Instancia que conozca de la demanda y se correrá traslado a la otra parte por el término de un día. El Juez podrá disponer, a su arbitrio, que en el término de 48 horas se constituya fianza bastante; y, en su caso, cumplida tal formalidad, formará cuaderno separado con copias certificadas de las piezas pertinentes y las elevará a la Corte Superior, la misma que resolverá, sin más trámite, en el término de 24 horas. La resolución que recaiga en el incidente podrá ser recurrida; pero si no lo fuera será elevada en consulta. En caso no se diera la fianza ordenada, se deja en suspenso la tramitación del incidente, hasta que se cancele aquella.

No procede la suspensión, en los siguientes casos:

- 1) Contra actos negativos;
- 2) Contra actos que protegen la salud pública;
- 3) Contra actos que promuevan la construcción de obras, constitución de servidumbres y demás relativas a la irrigación y a la viabilidad;
- 4) Contra actos derivados de la aplicación de una norma dictada por el Poder Ejecutivo que disponga la Expropiación, en el caso previsto en el artículo 3° del Decreto Legislativo No. 313;
- 5) Contra los que dispongan la expulsión del territorio peruano de extranjeros indeseables, previa audiencia y derecho de interponer recurso de nulidad, conforme al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y al inciso 6) del artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica;
- 6) Contra los actos que tiendan a suprimir los juegos de azar;

- 7) Contra actos derivados de la aplicación de una ley aprobada por el Congreso de la República o de un decreto legislativo;
- 8) Contra actos que velan por la moral pública;
- 9) Contra actos consumados e irreparables;
- 10) Contra actos administrativos dictados en interés social que afectan el orden público o que perjudique a un servicio público;
- 11) Contra actos legítimos encaminados a la investigación de un delito;
- 12) Contra actos relacionados con la defensa nacional;
- 13) En general, contra actos en cumplimiento de preceptos constitucionales” (40).

Durante el debate parlamentario, senadores de ideologías opuestas como Javier Valle-Riestra (APRA), Felipe Osterling (PPC), Enrique Chirinos (actualmente integrante del FREDEMO) y Róger Cáceres (FRENATRACA), entre otros, compartían un sentimiento común de modificar la regulación de la suspensión, para evitar los evidentes excesos que se habían presentado. Sin embargo, la discusión se centraba en torno a sus alcances, efectos y procedimiento. De esta manera, aspectos opinables como el otorgamiento de fianza suficiente para conceder la suspensión, su improcedencia frente a actos negativos y la complejidad del procedimiento establecido para su despacho, generaron intensa discusión al interior de la Cámara. Ello motivó la variación del proyecto, que finalmente fue aprobado por el Senado en la sesión realizada el 10.11.88. El texto aprobado dispuso:

“*Artículo 31.*— A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo. De la solicitud corre traslado por el término de 48 horas. Con contestación o sin ella el

(40) *Diario de los Debates del Senado*. Primera Legislatura Ordinaria de 1988, 17º Sesión, 04.10.88, p. 273.

Juez o la Corte Superior, dentro del plazo de 48 horas, bajo responsabilidad, resolverá pudiendo disponer la suspensión del acto supuestamente lesivo y, según la naturaleza del caso, que se constituya o no fianza.

La resolución que dicte el juez o, en su caso, la Corte Superior, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de 72 horas de elevados los autos, bajo responsabilidad.

En estos incidentes no interviene el fiscal, ni procede el recurso de nulidad. Consentida o ejecutoriada que sea la resolución que dispone la suspensión del acto, el juez o la Corte Superior sólo la aplicará cuando se constituya la fianza que se hubiere ordenado”.

A su turno, la Cámara de Diputados remitió el proyecto aprobado en el Senado para que tanto la Comisión de Justicia y Derechos Humanos como la de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento emitieran el dictamen correspondiente. Dichas Comisiones elaboraron un dictamen conjunto (18.11.88) en el que propusieron un texto sustitutorio, pues se consideró que tanto el depósito de una fianza, como los términos fijados para su otorgamiento no eran convenientes para la eficacia de la suspensión, a la cual calificaban como medida cautelar de no innovar. Finalmente, el texto aprobado por la Cámara de Diputados, con las modificaciones introducidas en el curso del debate (24.11.88), dispuso:

“Artículo 31.— A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo. De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, sin intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el Juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicte el Juez o, en su caso, la Corte, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad”.

Devuelto el proyecto modificado a la Cámara de Senadores, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió dictamen (29.11.88) pronunciándose por la no insistencia “atendiendo a los perfeccionamientos que de nuestro proyecto ha efectuado la coladora”.

Como quiera que el proyecto no logró ser aprobado en la Legislatura Ordinaria que terminaba el 15 de diciembre de 1988, el Presidente de la República convocó a legislatura extraordinaria para tratar entre otros aspectos las modificaciones a la Ley No. 23506. En dicha legislatura finalmente fue aprobada la ley No. 25011.

3.2. *Alcances de la Norma*

a) ¿Suspensión del acto o medida cautelar?

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos destacado el origen mexicano de la suspensión y la intensa discusión existente sobre su contenido y alcances. Se ha mostrado también como en Argentina coexisten la suspensión —entendida como una medida cautelar de no innovar— y la llamada medida innovativa —regulada por las normas procesales civiles—.

Sin embargo, entre nosotros se plantea la duda, pues el artículo 31 de la Ley se refiere a la “suspensión del acto” y no utiliza la expresión medida cautelar (41). ¿Acaso la suspensión es

(41) La versión actual del artículo 31, según la Ley No. 25011, dispone “A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante podrá disponerse la suspensión del acto que dió origen al reclamo.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, sin intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el Juez o la Corte Superior resolverá, dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el Juez o, en su caso, la Corte, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad”.

una medida cautelar? Y de responder afirmativamente, ¿qué clase de medida cautelar será? ¿De tipo innovativo o una medida de no innovar?

En primer lugar, si bien reconocemos que la expresión suspensión del acto surge en México desprovista de una connotación rigurosamente procesal, es evidente que por las características que incluso en México le han sido atribuidas (ser una resolución provisional dictada antes de la sentencia definitiva que busca evitar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad) constituye una verdadera medida cautelar. Ello, pues para calificar la naturaleza de las instituciones, no basta acudir al nombre con el que cuentan sino a sus caracteres fundamentales. En efecto, puede afirmarse que la suspensión del acto es una medida cautelar instaurada en el proceso de amparo, y como tal deben serle de aplicación los lineamientos propios del derecho procesal, en la medida que ellos sean compatibles con la naturaleza urgente y sumaria del remedio constitucional.

En segundo lugar, si seguimos la experiencia foránea que la informa y a la cual nos hemos referido con anterioridad, podremos concluir que ella constituye en rigor una medida cautelar de no innovar, y por ende debería limitarse a conservar e inmovilizar una situación de hecho o de derecho a fin de impedir los probables cambios que pudieran frustrar el resultado del proceso de amparo y la eficacia misma de la sentencia. En consecuencia, carecería de efectos retroactivos, y no procedería frente a omisiones (actos negativos), ni hechos consumados. Por lo demás, este carácter no innovativo fue reconocido en el dictamen conjunto de las Comisiones de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, y Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados (18.11.88) que inspiró la fórmula adoptada en la Cámara Baja y que posteriormente fue aprobada en el Senado. Incluso, uno de los comentaristas más destacados de la ley, integrante de la Comisión que elaboró el anteproyecto respectivo, así lo dejó entrever, al caracterizar a la suspensión como una medida provisional que debía recaer sobre actos positivos, y que era incapaz de hacer retroceder

los hechos sucedidos hasta antes de haberse concedido (42).

Sin embargo, este carácter no innovativo, que respondía a los antecedentes que orientaron la introducción de la suspensión, no fue tomado mayormente en cuenta cuando los jueces empezaron a concederla. En ello, la experiencia brindada por el amparo durante el pretendido ensayo de estatización del sistema financiero, constituyó un claro ejemplo de cómo la suspensión no se limitó a mantener el “status quo”, sino que avanzó mucho más convirtiéndose en la práctica en una verdadera medida innovativa. Pero realmente lo preocupante de este “avance jurisprudencial” —de una medida cautelar de no innovar a una de tipo innovativo— fue la escasa, por no decir nula, fundamentación que llevó a nuestros tribunales a considerar —sin decirlo pues se limitaban a concederlas— que el artículo 31 de la Ley, pese a la influencia mexicana recibida, también estaba reconociendo medidas innovativas:

- En efecto, en el amparo interpuesto por Juan Chico Quiróz contra el Alcalde del Concejo Provincial de Cajamarca, el Primer Juzgado Civil de esa ciudad dispuso la suspensión de la sanción interpuesta al accionante y en consecuencia ordenó se le restituyera en sus labores (03.06.86).

Con ello, sin mayor fundamentación, estaba restituyendo los derechos del afectado, y no sólo conservando la situación de hecho existente.

- A su vez, en los seguidos por Felipe Barclay P. y otros (Exp. No. 5018-87), el 9º Juzgado Civil concedió medida cautelar

(42) BOREA ODRÍA, Alberto. *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 225. En dicho texto el autor se pregunta “¿Qué es lo que puede suspender? Naturalmente que la suspensión debe de recaer sobre actos positivos o sobre la continuación de efectos positivos en el presente o posibles de verificarse en el futuro. La suspensión no puede retroceder en un minuto los hechos hasta antes de haberse decretado. Ni aún pudiendo el juez pronunciarse sobre esto deberá hacerse así pues no se trata de la sentencia definitiva”.

disponiendo que el Banco de Comercio “reciba y tramite la cobranza de dichos cheques”, que el Gerente General de la Bolsa de Valores “efectúe el depósito en cobranza de dichos documentos ante el Banco que corresponda” y además que sea suspendida la medida de suspensión impuesta a los accionantes en el ejercicio de sus funciones (21.10.87). Es decir, por un lado está disponiendo que se realicen determinadas conductas, y por otro estaba restituyendo a los demandantes en el ejercicio de sus funciones.

- De modo similar, en el amparo presentado por el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Justicia contra los ministerios de Economía y Finanzas y otro, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima confirmó (30.01.90) el auto apelado y dispuso que tanto el Ministro de Economía y Finanzas como el de Justicia dieran cumplimiento a lo ordenado por el artículo 334 de la Ley No. 24977 (43). Es decir, dicha medida cautelar no se estaba limitando a petrificar una situación de hecho, sino que estaba ordenando la nivelación del Sector Justicia con el mejor remunerado de la Administración Pública.

En los casos mencionados —que tan sólo son unos ejemplos de lo que ha venido sucediendo en la realidad— pese a que el artículo 31 se refería a la expresión “suspensión” se concedieran verdaderas medidas cautelares de tipo innovativo. Ello, no nos preocuparía si no fuera porque la medida innovativa configura una institución muy peculiar, cuya presencia en el panorama procesal ha llevado a que autores como Jorge Peyrano la califiquen

(43) El citado artículo dispuso que “El sistema de homologación, cuya elaboración ha dispuesto el Supremo Gobierno, establecerá su aplicación progresiva comenzando por los Sectores de menores niveles remunerativos totales como Justicia y Trabajo, hasta que alcancen el nivel del Sector mejor remunerado incluyendo bonificaciones y demás beneficios sociales.

Lograda la nivelación de todos los sectores, cualquier incremento salarial o beneficio adicional se otorgará por igual a todos los sectores, sin excepción”.

como una medida excepcional, no sólo porque no resulta viable si existe otra providencia cautelar idónea para conseguir el fin perseguido —v. g. una de no innovar—, sino porque además su otorgamiento exige una prudencia extrema por parte de la judicatura (44), aspectos que por lo general no han sido debidamente valorados en nuestra jurisprudencia.

En síntesis, pensamos que la expresión “suspensión del acto” configura una medida cautelar de no innovar y por ende le es de aplicación la teoría procesal que informa a todas las medidas cautelares. Sin embargo, debemos reconocer, que nuestros jueces han extendido, —sin mayor fundamentación— los alcances de esta institución hasta darle también la posibilidad de incluir medidas de tipo innovativo. Ello en abstracto no nos parece incorrecto siempre que se tome en cuenta su naturaleza excepcional y se apliquen estrictamente los presupuestos exigidos para su despacho, aunque no podemos dejar de reconocer que a nuestro juicio tal interpretación excede los alcances del artículo 31° de la Ley.

b) Presupuestos para su otorgamiento

En cuanto a los presupuestos que deben observarse para conceder una medida cautelar, el artículo 31° de la Ley se limita escuetamente a señalar que “a solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo”. Es decir, no brinda mayores elementos de juicio para determinar cuando debe concederse o rechazarse una solicitud de suspensión, dejando aparentemente al libre arbitrio del juez los casos en que ella debe ser otorgada. Probablemente, la versión original (Ley No. 23506) fue menos incompleta que el texto actual pues permitía su despacho “cuando por los fundamentos expuestos por el actor (el juez) los considere procedentes”.

De tal manera, la falta de una regulación adecuada que exija

(44) PEYRANO Jorge. ob. cit. p. 29.

el cumplimiento de determinados requisitos para suspender el acto reclamado, ha facilitado que nuestros magistrados otorguen medidas de esta naturaleza cuando ellos discrecionalmente lo decidan, olvidándose a menudo que la motivación de las resoluciones judiciales constituye “una garantía de la administración de justicia” que debe ser respetada.

Empero, si rescatamos la naturaleza cautelar de la suspensión y acudimos a la teoría procesal que la informa, llegaremos a la conclusión que su despacho está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos que el juez debe evaluar prudentemente y que son propios de toda medida cautelar. Veamos:

- *Apariencia del derecho invocado* (“fumus bonis juris”). En otras palabras, debe existir verosimilitud —sumariamente acreditada— de que el demandante está viendo amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales. Como lo expresa Calamandrei, el Juez al evaluar este presupuesto debe limitarse a efectuar una cognición sumaria sobre la existencia del derecho; es decir, no se trata de una plena declaración de certeza sino tan sólo de una simple aproximación o hipótesis. “En sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, (. . .), basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar” (45). Adicionalmente, creemos que este requisito exige implícitamente que la pretensión del demandante sea viable a través de la acción de amparo, vale decir que si ella es manifiestamente improcedente no será posible conceder una medida cautelar (46). Ello, en la medida que antes de evaluar suma-

(45) CALAMANDREI, Piero. ob. cit., p. 77.

(46) Así lo sostuvo el voto del doctor Gauna en la causa “Francisco Riccio” resuelta por la Corte Suprema Argentina el 26 de febrero de 1985. Dicho magistrado sostuvo que “si la prohibición de innovar que se solicita (...), no es autónoma sino que se peticiona dentro del ámbito de la acción de amparo, para establecer su procedencia debe partirse del presupuesto —entre otros— que el derecho invocado fuere verosímil, exi-

riamente la existencia del derecho afectado, debe examinarse si la demanda planteada es procedente, pues si ella no resulta viable sería innecesario efectuar un cálculo de probabilidades sobre la apariencia del derecho alegado. Así por ejemplo, de plantearse un amparo frente a un proyecto de ley, el pedido de medida cautelar efectuado debería ser rechazado pues mal se podría ingresar a evaluar la verosimilitud del derecho afectado si la propia demanda es evidentemente improcedente.

- *Peligro en la demora* (“*Periculum in mora*”). Es decir, no basta con que la medida cautelar busque prevenir un daño a los derechos del solicitante, sino que es necesario “que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que (. . .), se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera” (47).

Este peligro en la demora, el cual debe ser evaluado prudentemente por el juez, permite el dictado de una medida urgente y rápida sin que resulte necesario esperar el fallo definitivo.

En este orden de ideas, pese a que por lo general las resoluciones de suspensión no se han caracterizado por ser fundamentadas, en algunos casos se han esgrimido argumentos interesantes. Así por ejemplo, en los seguidos por Teófilo Huertas Vega y otros con el Supremo Gobierno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima revocó (30.09.87) la medida cautelar concedida en el amparo iniciado contra la hipotética amenaza basada en un proyecto de ley, pues no se había acreditado la

gencia que no se cumple con la sola consideración a priori de que le pudiese asistir razón al peticionante, sino que es necesario además que esa razón pueda tener acogida por la vía de la acción impetrada, ya que si la acción intentada no es pertinente implícitamente hay carencia de jurisdicción para conocer en ella”. Revista *La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1985-C, p. 777.

(47) CALAMANDREI, Piero. ob. cit., p. 42.

existencia del peligro en la demora “que no sólo se constituye por la existencia de un peligro, sino que también es indispensable que dicho peligro sea inminente (máxime si no aparecía) de los actuados una identificación concreta y definitiva con relación a la naturaleza de la amenaza que gravite sobre los actores”. A su vez, en la demanda interpuesta por el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Justicia contra el Ministerio de Economía y Finanzas y otro, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 334 de la Ley 24977 que disponía la nivelación progresiva del Sector Justicia con el sector mejor remunerado de la Administración Pública, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima (30.01.90) confirmó la medida otorgada sosteniendo que el pedido de suspensión debía evidenciar la apariencia del derecho invocado y el peligro en la demora el cual “está determinado por la constatación de parte del Juez de la urgencia de la medida cautelar para garantizar el cumplimiento del fallo definitivo”, agregando que “si el órgano jurisdiccional no actúa ya, es muy probable que nunca pueda ser eficaz (pues de lo contrario) esta medida, se transformaría en un daño efectivo en razón del grave proceso inflacionario que sufre el país”.

Irreparabilidad del perjuicio.— Al decir de Peyrano (48) se trata de un requisito especial exigido cuando se solicita el otorgamiento de una medida innovativa. Como se recordará, la teoría procesal ha distinguido entre aquellas medidas cautelares de no innovar y aquellas de tipo innovativo, cuya diferencia fundamental radica en la modificación o el cambio en la situación de hecho o de derecho producida por su dictado. En efecto, esta última cuenta con una naturaleza excepcional pues no sólo implica la imposibilidad de acudir a una medida de no innovar por su falta de idoneidad en el caso concreto, sino además porque su despacho exige una extrema prudencia por parte de la judicatura. Es por ello que para concederla no basta con la presencia de los requisitos antes mencionados,

(48) PEYRANO, Jorge. ob. cit., p. 27.

sino que es consustancial a su dictado la posibilidad que de no hacerlo se produzca un “daño irreparable” al quejoso.

Ahora bien, el sintagma “daño irreparable”, o en términos de José Acosta “agravio irreparable”, genera algún margen de incertidumbre sobre sus reales alcances, pues se trata de la unión de dos términos que ofrecen cierta ambigüedad. Empero, siguiendo al citado autor, debe entenderse el elemento “agravio” como sinónimo de lesión u ofensa, y la expresión “irreparable” como aquella “imposibilidad de revertir una situación jurídica al estado en que se hallaba antes del agravio” (49).

En otras palabras, sólo debe otorgarse una medida cautelar innovativa, cuando de no hacerlo el perjuicio generado por el acto lesivo traiga como consecuencia la imposibilidad que la sentencia definitiva cuando se dicte permita revertir la situación de hecho o de derecho al momento en que se hallaba antes de la lesión a los derechos del demandante. Así por ejemplo, Jorge Peyrano destaca como “leading case” el fallo “Bortulé, Néstor c/ Jockey Club de Rosario”, pues en él la Corte concedió correctamente una medida innovativa (50). En dicho caso, el Jockey Club demandado había inhabilitado al jinete accionante impidiéndole el ejercicio de su labor por espacio de cuatro años, luego de seguirle un proceso en el cual no se le había permitido ejercitar su defensa (aspecto que evidenciaba la presencia de un primer requisito: la apariencia del derecho invocado). El Tribunal, percatándose que la sanción impuesta y la larga inactividad en el ejercicio de la profesión de jinete le generaría la pérdida de su aptitud profesional, concedió la medida cautelar solicitada pues de no hacerlo en el supuesto que la demanda fuese amparada ello no impediría el daño irreparable ya consumado. Así en este caso no resultaba suficiente dictar una medida de no innovar porque ella se hubiera limitado a mantener la situación de hecho dejando al agraviado sin poder ejercitar su profesión. Resultaba indispensable alterar la situación existente,

(49) ACOSTA, José V. *Agravio Irreparable*, Buenos Aires: Ediar, 1978. p. 76.

(50) PEYRANO, Jorge. ob. cit., pp. 56-57.

levantando la inhabilitación impuesta al afectado y concediendo una medida cautelar innovativa.

En resumen, los presupuestos mencionados son aquellos que necesariamente deben estar presentes para la procedencia de una medida de suspensión. Sin duda, ellos no han sido claramente concebidos por el artículo 31 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, pero a tal exigencia se llega partiendo del reconocimiento de la naturaleza cautelar de la suspensión y en consecuencia de la aplicación de las categorías propias de la teoría procesal. Por lo demás, en algunas ocasiones nuestra jurisprudencia así lo ha dejado establecido. En efecto, en el incidente de suspensión No. 2191-89, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, revocó con fecha 21 de diciembre de 1989 el auto apelado de dos de febrero del mismo año, declarando sin lugar la suspensión solicitada en atención a “que la medida cautelar no solamente debe concederse por cuenta, costo y riesgo del solicitante sino que fundamentalmente debe dictarse cuando por determinados elementos concurrentes a la vista del juez aparece un agravio de un derecho constitucional (“fumus bonis juris”), que de continuar por razones de la demora del proceso (“periculum in mora”), podría acarrear mayor perjuicio al demandante; por estas razones y estando a que de los presentes actuados no fluye la existencia de estos requisitos que la doctrina exige, REVOCARON el auto (apelado y) declararon sin lugar la medida cautelar solicitada por la demandante” (El Peruano, 21.03.90, p. 14).

c) El problema de la contracautela

Cuando el derecho procesal enumera los presupuestos que deben reunirse para el despacho de una medida cautelar incluye a la llamada contracautela. Ella, en realidad, no constituye un requisito fundamental para su procedencia sino más bien opera como un presupuesto de su ejecución, por cuanto luego de haber sido concedida no podrá ser ejecutada si es que el beneficiario no cumple con otorgar garantía suficiente que repare el posible perjuicio causado al emplazado (51).

(51) DE LAZZARI, Eduardo Néstor. ob. cit., T. I, p. 40.

La contracautela, entonces, consiste en la garantía (real, personal o caución juratoria), otorgada por el solicitante de la medida cautelar, que permite de ocasionarse un daño a la otra parte, indemnizarla si es que la demanda finalmente fuera rechazada. Como dejamos dicho, para la viabilidad de una medida cautelar es suficiente contar con la verosimilitud del derecho invocado, sin que resulte necesario la certeza absoluta del juzgador, aspecto que es propio de la sentencia definitiva. Ello, como se comprenderá, abre la posibilidad de una eventual concesión equivocada de la suspensión y el consecuente riesgo de un daño a la otra parte, resultando oportuno la exigencia de una contracautela que garantice la reparación del posible daño causado a la parte perjudicada.

La contracautela, por cierto, no es una institución exclusiva de la teoría procesal civil, pues incluso en determinadas circunstancias es exigida por la versión mexicana del amparo.

Así por ejemplo, si existiera la posibilidad de causar daños a un tercero (el llamado “tercero perjudicado”), se otorgará garantía suficiente para la ejecución de la medida de suspensión (art. 125, Ley de Amparo Mexicana), la cual podrá ser personal (fianza), real (prenda, hipoteca) o depósito en dinero. Incluso, se llega a admitir la facultad del tercero de otorgar una contra-garantía que pueda dejar sin efecto la suspensión dictada y en consecuencia permitir la ejecución del acto lesivo (art. 126 Ley de Amparo). En cambio, tratándose de un amparo enderezado contra el cobro de tributos, la garantía exigida, por lo general, consiste en el depósito previo de la cantidad que se pretende cobrar (art. 135, Ley de Amparo). Asimismo, en el amparo argentino, por aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se exige el otorgamiento de una contracautela para hacer efectiva la medida cautelar concedida, requisito que en la Provincia de Buenos Aires, según lo dispone el artículo 23 de la Ley No. 7166, es facultativo para el órgano jurisdiccional (52).

(52) El citado artículo dispone que “En cualquier estado de la instancia el juez o tribunal podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentarán en forma inmediata sin perjuicio de su ulterior notificación.

Ahora bien, en nuestro país el problema se plantea cuando se discute la posibilidad de exigir la contracautela en el proceso de amparo. Sobre el particular existen algunas opiniones opuestas (53), incluso su tratamiento legislativo fue debatido tanto al momento de elaborar la versión original del artículo 31 como cuando se discutió el texto vigente, siendo en ambos casos rechazada.

El tema no deja de ser apasionante, pues sobre él existen razones suficientes para mantener una intensa discusión. Sin embargo consideramos —reconociendo lo opinable de nuestra afirmación— que tratándose específicamente del amparo, por la materia que busca tutelar, exigir una garantía real (prenda, hipoteca) o personal (fianza) para poder ejecutar la orden de suspensión limitaría la eficacia de la institución a aquellas personas que cuentan con los medios económicos suficientes, restringiendo su acceso a la generalidad de los justiciables. Empero ello no significa negar totalmente las ventajas de la contracautela, pues en algunos sistemas como el argentino existe regulada la llamada “caución juratoria” que creemos podría ser aplicada válidamente en nuestro país. Este tipo especial de contracautela prevista por el artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación “consiste

En caso de hacerse lugar, el juez o tribunal podrá exigir la contracautela pertinente para responder de los daños que dichas medidas ocasionaren. La solicitud deberá resolverse en el mismo día de su presentación.

Cuando la suspensión acordada por la medida de no innovar afecte al servicio público o a la administración, podrá ser dejada sin efecto por el juez o tribunal, quien deberá declarar a cargo de la autoridad demandada o personalmente de los que la desempeñen la responsabilidad de los perjuicios que se deriven de la ejecución”.

- (53) Una posición a favor es esgrimida por MONROY GALVEZ, Juan, Cfr. *Temas de proceso Civil*, Lima-Studium, 1987, pp. 33-34. También puede examinarse el trabajo del mismo autor titulado *La medida cautelar en el proceso de amparo*, en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima: CAJ, 1989, pp. 114-115. En cambio, una posición en contra de la exigencia de la contracautela (fianza) en el amparo ha sido sostenida por BOREA ODRÍA, Alberto. *El amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*. Lima: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, pp. 231-232.

en la manifestación solemne de quien obtiene la medida, efectuada por escrito en el expediente, de que se hace cargo de los eventuales daños y perjuicios” (54). Es decir, trasladando la institución al caso peruano, podría exigirse que el beneficiado con una medida cautelar antes de su ejecución se comprometa en escrito con firma legalizada por el Secretario de Juzgado a responder por los posibles daños que genere la suspensión concedida si la demanda fuera finalmente rechazada. En tal supuesto, y dentro de un breve plazo contado desde la fecha en que queda consentida o ejecutoriada la sentencia, en un procedimiento distinto al amparo, y a pedido de parte, el juez deberá establecer el monto de la indemnización que el afectado por la suspensión deberá obtener, sin necesidad de ingresar a discutir la eventual culpabilidad del demandante, pues ella ya quedó establecida cuando aquel se comprometió formalmente a responder por los posibles daños causados.

La caución juratoria, que según la crítica del procesalista argentino Eduardo de Lazzari se ha convertido por obra de los Tribunales en “una especie de fondo común, al que se recurre como principio general, exigiendo otro tipo de contracautelas solamente como excepción” (55), podría operar como un elemento que evite la absoluta irresponsabilidad de la que gozan en los momentos actuales aquellos que se beneficiaron con medidas cautelares finalmente rechazadas.

d) Cuenta, costo y riesgo: el problema de la responsabilidad

La versión actual del artículo 31 dispone que podrá suspenderse el acto reclamado a solicitud de parte y “por cuenta, costo y riesgo del solicitante”. Tal expresión, tomada de la normatividad propia del embargo preventivo (art. 235, C.P.C.: “El embargo preventivo. . . se entiende decretado de cuenta y bajo la responsabilidad de quien lo solicita”), en modo alguno constituye una con-

(54) DE LAZZARI, Eduardo Néstor. ob. cit., T. I, p. 115.

(55) Ibid., p. 115.

tracautela pues no garantiza el probable daño causado a la otra parte si es que finalmente la demanda fuera rechazada. Por lo demás, al carecer de un vehículo procesal expeditivo, se ha convertido en una interesante declaración lírica que no soluciona el grave problema ocasionado por el otorgamiento injustificado de medidas cautelares.

No obstante lo afirmado, procesalistas de la talla de Giuseppe Chiovenda han llegado a sostener que las medidas cautelares se ejecutan “por regla general, a cuenta y riesgo del actor, es decir, que éste, en caso de revocación o desistimiento, (es) responsable de los daños causados por la resolución, tenga o no culpa” (56). En otras palabras, se considera que la expresión “cuenta y riesgo”, similar a la contenida en el artículo 31 de la Ley, obliga al beneficiado con la medida cautelar a indemnizar por los daños causados con independencia de su culpabilidad, vale decir asumiendo un tipo de responsabilidad objetiva. Esta propuesta no deja de ser interesante, pero dudamos que el legislador nacional así la haya asumido. En efecto, la tesis predominante en materia de responsabilidad descansa en la teoría de la culpa y no en la objetiva tal como lo dispone el artículo 1969 del Código Civil; en consecuencia, mal podría considerarse que para determinar la responsabilidad del demandante no se necesite acreditar su eventual culpabilidad, hecho que evidentemente, tal como están redactadas las normas actuales, tendría que efectuarse en un proceso judicial distinto al amparo y que carece de particularidad alguna.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que la inclusión de la expresión “cuenta, costo y riesgo” en el proceso no ha importado ningún avance significativo en la regulación de la responsabilidad proveniente de la suspensión.

e) El procedimiento para disponer la suspensión del acto

El trámite procesal que debe seguirse para suspender el acto

(56) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 2da. Ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, Vol. I, p. 282.

reclamado ha generado fundadas críticas en distintos sectores, pues tales modificaciones llevadas a la realidad permiten desvirtuar el valor, eficacia, y fundamento de toda medida cautelar.

En primer lugar, se ha establecido que el incidente de suspensión debe seguirse en cuerda separada y con traslado a la parte emplazada por el término de un día. Ello, no sólo desvirtúa la naturaleza “inaudita pars” característica de las medidas cautelares, sino que además se fundamenta erróneamente en la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa del demandado. A nuestro juicio, semejante posición no resulta conveniente pues el plazo establecido, que la práctica cotidiana se ha encargado de extender, facilita la irreparable ejecución del acto lesivo convirtiendo a la suspensión en un instrumento ineficaz. Así, en el clásico ejemplo de la resolución de alcaldía que en forma manifiestamente arbitraria dispone la demolición inmediata del inmueble en que domicilia el demandante, de correrse traslado a la otra parte, debido a la demora que ello implica, la resolución se ejecutaría y demolería dicho inmueble, con lo cual la medida cautelar habría perdido todo sentido. Más aún, sostener que la norma salvaguarda el derecho de defensa del emplazado resulta harto discutible pues el carácter “inaudita pars” (sin audiencia a la otra parte) no constituye ninguna arbitrariedad en detrimento de un derecho fundamental sino tan sólo una lógica consecuencia de la necesidad de mantener el valor eficacia que se vería afectado si se cumpliera con dicho trámite. En tal supuesto se estaría en presencia de una restricción razonable y temporal al principio de la bilateralidad de la audiencia (57).

(57) Al respecto Jorge Peyrano ha sostenido que “en varias hipótesis, aparentemente, no juega el principio de bilateralidad de la audiencia. Así, v.g., (. . .), sucede con el despacho de medidas cautelares (. . .). Preciso es aclarar que los casos que hemos propuesto como ejemplo no son excepciones al contradictorio, sino meras restricciones temporales a su vigencia. Ello porque (. . .) la bilateralidad de la audiencia reaparece pasada la oportunidad en que resultaba contraproducente su imperio”. En *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 154-155.

En segundo lugar, la norma ha llegado al extremo de disponer que la resolución que otorga la suspensión “será recurrida en doble efecto ante la instancia superior”. Es decir, concede la alzada no sólo con efecto devolutivo sino además con efecto suspensivo. Con ello se termina de facilitar el desfallecimiento de la materia de amparo, que contradictoriamente a través de la suspensión buscaba mantenerse con vida. De tal modo, en el hipotético caso que la autoridad policial sin contar con mandato judicial notifique a una persona que en fecha próxima y determinada ingresara a su morada para realizar un registro, amenazando su derecho a la inviolabilidad de domicilio; si se concediese la suspensión, bastará con apelar de ella para que la medida no se ejecute hasta que el recurso sea resuelto por el superior. De modo tal que en el caso en mención la medida cautelar no podría cumplir con su objetivo, es decir, impedir la consumación de la amenaza evitando la irreparabilidad del perjuicio, pues la urgencia que requiere su dictado y ejecución no se condice con la demora real que implica la revisión ante el Tribunal Superior. De esta manera, el legislador nacional, se ha afiliado a lo dispuesto por la Ley de Amparo Argentina (artículo 15 de la Ley No. 16986) que concede la apelación en “ambos efectos” desconociendo que ella ha sido severamente criticada por la generalidad de la doctrina platense (58), la cual la ha calificado incluso de inconstitucional (59), casualmente por impedir la inmediata ejecución de la medida cautelar decretada.

Sin lugar a dudas, la actual regulación del trámite para conceder la suspensión del acto no responde a su especial naturaleza

(58) SAGUES, Néstor Pedro. ob. cit., pp. 469-470.

(59) DE LAZZARI, Eduardo Néstor. ob. cit., T. II, p. 267. El citado autor entiende “que la solución es inconstitucional y así podrán declararlo los jueces, en la medida en que la protección cautelar inaudita parte se vincula con la adecuada prestación del servicio de la justicia y con el resguardo pleno de los derechos de defensa y propiedad. La inviolabilidad de estos últimos no aparece suficientemente garantizada si no se estatuye un mecanismo que evite su frustración durante el lapso que insume el proceso de conocimiento”.

cautelar (60), por lo que en este aspecto la norma requiere una urgente modificación. En nuestra opinión, los términos de la reforma deberían encaminarse a regular un vehículo procesal expeditivo en el cual la regla general sea conceder la suspensión sin audiencia a la otra parte y siempre que “prima facie” estén presentes los presupuestos propios de toda medida cautelar. La excepción sería el traslado al emplazado cuando dichos presupuestos a criterio del juez no aparezcan del todo diáfanos, a fin de que el informe de la otra parte aclare tal situación. Además, pensamos que la reforma propuesta debería conceder la apelación tan sólo en efecto devolutivo —es decir sin suspender la ejecución de la resolución concedida—, y en la medida que el demandado previamente de cumplimiento a la orden de suspensión decretada.

f) Algunos problemas que ha planteado la suspensión en el amparo

En nuestro país el procesalismo científico no ha tenido mayor desarrollo. La vigencia de un Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuya base teórica hunde sus raíces en la normatividad española del siglo pasado (1881), es un claro ejemplo de ello. Esta situación ha generado que las instituciones procesales —y más aún su funcionamiento— no respondan idóneamente a las expectativas actuales. Ello ha venido sucediendo con la medida cautelar que salvo contadas excepciones —v.g. el embargo— no ha contado con regulación alguna (61). Sólo en los últimos años, tales medidas han

(60) Así por ejemplo, Rabel Vásquez de Velasco P., ha señalado que el actual procedimiento para conceder una suspensión, con traslado y apelación en ambos efectos, en la práctica judicial dura un mínimo de 33 días. Cfr. *Las matemáticas de la mora del amparo*, El Dominical, El Comercio, 24-09-89, p. 12.

(61) MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de proceso Civil*, Lima: Studium, 1985, p. 31. A nivel jurisprudencial, como extraña excepción, el 12º Juzgado Civil de Lima, Dr. J. Rodríguez Ayma, en el juicio ordinario seguido por Empresa de Transporte Aéreo del Perú S.A. AEROPERU con el Tribunal del Servicio Civil sobre impugnación de resolución administrativa, basándose equivocadamente en el art. II del Título Preliminar del Código Civil (“La Ley no ampara el abuso del Derecho. El intere-

despertado un singular interés (62), que ha permitido la inclusión en el anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles de todo un libro dedicado a su regulación (63). Sin duda, en ello ha influido el enorme auge obtenido por el empleo de la suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo.

Esta falta de tradición en materia cautelar, explica en parte su deficiente regulación por la Ley No. 25011, situación que recrudece debido a la imposibilidad de aplicar supletoriamente las normas

sado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda") dispuso la suspensión de los efectos de la resolución 0342-89-TSC del 22.06.89 hasta que se dicte sentencia definitiva en dicho proceso.

- (62) A nuestro juicio, en el Perú el primer trabajo serio sobre la medida cautelar ha sido elaborado por MONROY GALVEZ, Juan, titulado: *Introducción al estudio de la medida cautelar*, ob. cit., pp. 11-86. Posteriormente, con el indudable auge de la suspensión en el amparo, se publicaron los siguientes ensayos: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La Ley No. 25011 de reforma a la acción de amparo: razones para una discrepancia*, pp. 87-105; MONROY GALVEZ, Juan, *La medida cautelar en el proceso de amparo*, pp. 107-119. GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Las vueltas del amparo*, pp. 121-127, QUIROGA LEON, Aníbal, *El Amparo y su modificación: la Ley No. 25011*, pp. 129-140. Los citados trabajos fueron publicados en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, No. 3, Lima: CAJ, 1989. Un último artículo en el que se aborda la problemática de la suspensión fue elaborado por ABAD Y., Samuel B., y SAN MARTIN C., César, *La medida cautelar en el amparo: Ley 25011. Derecho y Sociedad, Revista de Derecho Público*, Año I, No. 1, octubre 1989, pp. 41-44. No obstante los esfuerzos realizados, aún en algunas esferas se sigue denominando a las medidas cautelares como "medidas precautelatorias o precautelativas", calificación que no sólo es técnicamente incorrecta (en realidad se trata de medidas cautelares o precautelatorias) sino más aún resulta evidentemente redundante.
- (63) El referido anteproyecto fue elaborado por la Comisión Especial, constituida por R.M. No. 123-87-JUS, y presidida por César A. Mansilla Novella. Los primeros 82 artículos aprobados por la Comisión en los que se desarrolla el Título Preliminar y la parte del Libro I, fueron publicados en separata especial de "El Peruano" el 05.02.1990. En dicha publicación se incluye el índice general del Anteproyecto de Código, cuyo libro III está dedicado a regular los "Procesos Cautelares".

procesales civiles —tal como sucede en Argentina— pues nuestro Código carece de una normatividad sistemática y coherente que permita suplir los vacíos existentes.

Ante tamaña situación, no debe llamar la atención la falta de respuesta legislativa a una serie de interrogantes que la experiencia de la suspensión en el amparo planteó abiertamente. Señalemos tan solo algunos ejemplos:

- *La improcedencia de una medida cautelar.* Hemos visto que ella resulta improcedente cuando no reúne los presupuestos indispensables para su despacho. Sin embargo, la experiencia judicial ha mostrado determinados aspectos opinables que requieren de alguna precisión.
- Así, a nuestro juicio no resulta viable la suspensión cuando existe con anterioridad un proceso de amparo seguido entre las mismas partes y por el mismo objeto, pues como hemos indicado si la demanda resulta manifiestamente improcedente por existir un proceso de amparo pendiente, la medida cautelar como lógica consecuencia también lo será; máxime si en el proceso anterior pudo evidentemente solicitarse la suspensión que se pretende. Esta causal de improcedencia del amparo no siempre ha sido entendida por nuestros tribunales, desconociendo por ejemplo la experiencia mexicana que rechaza al amparo interpuesto “contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentra pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas” (art. 73, III, Ley de Amparo Mexicana).
- Igualmente ha existido enorme discusión en torno a la posibilidad de dictar medidas cautelares contra resoluciones judiciales. Sobre el particular, un primer aspecto opinable es el relativo a determinar quién debe conceder la suspensión: el juez de Primera Instancia que actúa como Juez de trámite o la Corte Superior que dicta sentencia. En tal supuesto cabe destacar que la Corte Suprema en los autos “Miguel Valdivia Mares c/. Pri-

mer Juzgado Civil de Tacna s/ acción de amparo” (El Peruano, -Ejecutorias Supremas- 03.09.84, pp. 2382-2363) sostuvo que el juez comisionado por la Corte Superior a que se refiere el artículo 29 de la Ley No. 23506, no cuenta con la atribución de disponer la suspensión del acto reclamado, pues de ella sólo puede hacer uso el juzgado cuando conoce originariamente en primera instancia. Un segundo aspecto opinable lo constituye el de determinar en que supuestos puede concederse la suspensión contra una resolución judicial. Sin duda en este punto ha existido una gran controversia propiciada por el frecuente pedido injustificado de medidas cautelares, lo cual ha motivado que por ejemplo en materia laboral se dicten normas expresas que dispongan que “En los casos en que se interponga la acción de amparo contra las resoluciones expedidas por el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley No. 23506” (Décimo Segunda Disposición Transitoria, Dec. Leg. No. 384 de 29 de agosto de 1986). Sin embargo, lo dispuesto por la norma no resuelve plenamente el problema central, consistente en determinar en que casos debe habilitarse la suspensión en un proceso de amparo enderezado contra resolución judicial. En este aspecto, debemos tomar en consideración que una interpretación razonable de lo dispuesto por la Constitución y ciertamente de los artículos 5 y 6 Inc. 2 de la Ley No. 23506 puede conducirnos a sostener que el amparo frente a actos jurisdiccionales sólo es viable cuando dicho acto configure un atentado manifiesto al debido proceso legal (64). En tal situación, y no en otra, deberá habilitarse el amparo, ¿pero también la medida cautelar?. En nuestra opinión la respuesta debe ser afirmativa siempre que se cumpla con reunir los presupuestos propios de toda medida cautelar. Así por ejemplo, si en un proceso de aviso de despedida se dispone el lanzamiento de una persona a la cual no se le permitió ejercitar su derecho de defensa, ella para evitar el desalojo correspondiente podrá

(64) ABAD Y., Samuel B. *¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?*. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* No. 2, Lima: CAJ, 1988, pp. 35-71.

obtener una medida cautelar para suspender tal acto lesivo. Empero no podemos dejar de reconocer lo delicado de esta situación, y la necesidad que la judicatura en casos como éste extreme la prudencia al momento de conceder una medida cautelar.

También ha generado importante discusión la posibilidad de otorgar la suspensión en un amparo interpuesto contra una norma de carácter general. En primer lugar debemos tomar en cuenta que el legislador no previó la hipótesis de un amparo frente a normas generales, sólo lo consintió frente a actos. Ello explica que la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo elaborado por una Comisión presidida por el profesor Domingo García Belaunde indicara “que el Amparo y el Habeas Corpus no proceden contra normas, sino contra actos (acción u omisión)”. Sin embargo, nuevamente la realidad ha desbordado lo dispuesto por la norma y ha consentido en algunos casos la viabilidad del amparo enderezado directamente contra normas. En tales supuestos, no previstos por la ley, ¿debe o no concederse la suspensión? En principio debemos destacar que cuando el constituyente incorporó al amparo lo hizo sin establecer limitación expresa (contra cualquier autoridad, funcionario o persona), y cuando reguló la acción de inconstitucionalidad y la acción popular lo hizo en el primer caso prácticamente impidiendo la legitimación del particular afectado (deberán ser 50,000 ciudadanos los que la interpongan) y en ambos supuestos sin otorgarle a las sentencias correspondientes efectos retroactivos. Ello explica en parte el empleo del amparo frente a normas, que en nuestra opinión una interpretación amplia de la Constitución no podría rechazar. Obviamente, siempre que se trate de normas autoaplicativas (de aplicación inmediata) y no si se trata de normas heteroaplicativas (que requieren para su aplicación de un acto posterior) (65). Así por ejemplo, si entrara en

(65) Sobre el particular Arturo Gonzales Cosio, sostiene que “basta con que las leyes establezcan o contengan en sí mismas, un principio de ejecución, para que se les considere como Autoaplicativas y pueda ejercitar-

vigencia una ley autoaplicativa que dispusiera el despido inmediato de todos los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada que tuvieran setenta o más años de edad, cualquier sindicato o los propios trabajadores afectados podrían interponer la demanda respectiva y solicitar la suspensión del acto reclamado a fin de paralizar el despido ordenado. En cambio, si se tratase de una ley heteroaplicativa que concediese al empleador cuando lo juzgue necesario la facultad de disponer el despido de las personas que cuentan con la indicada edad, el amparo no podría ser utilizado directamente contra dicha ley, pues se requeriría el acto de aplicación del empleador que disponga el despido del agraviado. En tal caso, por cierto, no podría concederse una medida cautelar. En resumidas cuentas si se tratase de una norma autoaplicativa y se reuniesen todos los demás presupuestos exigidos, podría otorgarse una medida cautelar. No obstante, en estos casos el juez debe ser particularmente riguroso para no trastocar el Estado de Derecho impidiendo la actuación legislativa y recordando como lo entendió la Corte Suprema Argentina en los autos “Francisco Orquín c/ Gobierno Nacional” que la medida cautelar “debe interpretarse restrictivamente cuando se la plantea respecto de la aplicación de las leyes, en cuanto juega a favor de éstas la presunción de validez de los actos de los poderes públicos” (66).

- Durante el proceso de elaboración de la Ley No. 25011 (art. 31), uno de los proyectos formulados estableció expresamente determinados supuestos en los cuales resultaba improcedente conceder la suspensión. Así por ejemplo, no resultaba viable contra aquellos actos que protegieran la salud pública, aquellos que suprimieran los juegos de azar, aquellos encaminados a la investigación de un delito, o los que velaran por la moral pública. Dicha propuesta evidenciaba una clara influencia me-

se contra ellas la acción de amparo (. . .), porque hay leyes que por su sola expedición no causan perjuicio ni lesionan intereses de particulares, sino cuando son propiamente aplicadas, a las cuales se les denomina Heteroaplicativas”. ob. cit., p. 66.

(66) Revista *La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1984-A, p. 646.

xicana, pues conforme lo dispone el artículo 124 II de su Ley de Amparo, la suspensión puede decretarse cuando de ella “no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. Se considerará, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza; o se permita el incumplimiento de las órdenes militares”.

El planteamiento previsto por la norma mexicana no constituye un temperamento aislado, pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (1979) al regular la suspensión en el amparo, dispone que ella podrá ser denegada cuando de no hacerlo se pudiera perturbar gravemente los intereses generales (art. 56).

Por cierto, la aplicación de tal supuesto exige una especial madurez de criterio del juzgador que permita equilibrar la magnitud del perjuicio que pueda sufrir el demandante de ejecutarse el acto lesivo, con el agravio susceptible de afectar los fines de interés colectivo buscados por el acto reclamado (67). Ello es explicable dado que el amparo, tal como lo señala Ignacio Burgoa, busca armonizar el interés particular del individuo con el interés social, pues en dicho equilibrio se denota la búsqueda de mantener un régimen de derecho (68). En efecto, aparte de los casos expresamente mencionados por la

(67) BURGOA, Ignacio. ob. cit., p. 737.

(68) Ibid., p. 744.

ley mexicana, jurisprudencialmente ha quedado establecido que tampoco será viable la suspensión contra la aplicación de las leyes expropiatorias, contra la fijación del salario mínimo o contra aquellos actos que importen medidas de salubridad pública, etc. (69).

Ahora bien, en el caso peruano un requisito semejante al exigido por la ley mexicana carece totalmente de tratamiento legislativo y tampoco ha contado con un desarrollo jurisprudencial consistente. Únicamente ha destacado como notable excepción la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima (30.09.87) en el amparo seguido por “Teófilo Huertas Vega y otros con el Supremo Gobierno” donde se sostuvo que para conceder la suspensión entre otros aspectos, debía exigirse “que con ella no se ocasione perjuicio al interés general ni se contravengan disposiciones de orden público”.

A nuestro juicio, la carencia de una norma como la mexicana podría ser suplida por un criterio jurisprudencial creador —prueba de ello es el fallo que como solitario ejemplo hemos citado— que determine cuando no debe concederse la suspensión pues de hacerlo se estaría atentando contra el interés social o disposiciones de orden público. Sin embargo debemos reconocer que la tendencia jurisprudencial predominante no viene exigiendo el cumplimiento de tal requisito, el cual en nuestro criterio debería ser pretoriamente observado.

- *La inexistencia de prejuzgamiento.* El dictado de una medida cautelar puede generar algunas discrepancias en relación a la necesaria imparcialidad del juzgador al momento de dictar sentencia. En efecto, algunos se han preguntado ¿el hecho que el juez haya otorgado o rechazado la suspensión solicitada le impide resolver el proceso principal por haber prejuzgado? ¿O cuando la Corte conoció de la medida apelada ya no deberá

(69) Ibid., p. 746.

dictar sentencia? ¿Acaso deberá aplicarse la causal de recusación prevista por el artículo 89 inciso 4 del Código de Procedimientos Civiles?

Ahora bien, si recordamos, siguiendo a Santiago Sentís Melendo, que el prejuzgamiento debe “referirse al mismo hecho contemplado en toda su amplitud y en la totalidad del material probatorio, tanto si (. . .) se produce en el mismo proceso como si se produce un proceso distinto” (70), podremos concluir que en rigor el juez o la Corte en los casos mencionados no llega a prejuzgar. Y no lo hace porque la visión del juzgador al momento de evaluar el pedido cautelar no es plena, sino restringida al examen de los presupuestos propios de toda medida cautelar y limitada a una investigación probatoria mínima, distinta a la exigida al momento de dictar sentencia. Por lo demás, así lo considera tanto el propio autor citado como el procesalista Eduardo De Lazzari (71), posición que en Argentina cuenta con el respaldo de la tendencia jurisprudencial predominante. Sin embargo, conviene precisar —como necesario límite—, que si el juez lejos de avocarse a examinar los elementos probatorios indispensables para otorgar la suspensión solicitada, se extralimita groseramente y evalúa los aspectos referidos al fondo del asunto, podrá decirse que ha prejuzgado (72).

- *La modificación de una medida cautelar.* Como se recordará, una de las notas características de las medidas cautelares es la llamada variabilidad. Ello significa que “pueden estar sujetas, aún antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia considere que la medida cautelar ini-

(70) SENTIS MELENDO, Santiago. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina, 1964, Tomo XXII, voz: Prejuzgamiento, p. 848.

(71) DE LAZZARI, Eduardo Néstor. ob. cit., T. I, p. 31.

(72) SENTIS MELENDO, Santiago. ob. cit., pp. 838-839.

cialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo” (73). Esta característica no es ajena al juicio de amparo mexicano pues incluso en él se faculta al juez, mientras no haya sido dictada sentencia definitiva, a modificar o revocar la resolución que haya concedido o negado la suspensión, en la medida que ocurra un hecho superviniente que le sirva de fundamento (Ley de Amparo, art. 140).

Frente al panorama descrito, resulta fácil apreciar la precariedad con que cuenta el artículo 31 de nuestra Ley, pues no le brinda la más mínima atención al carácter variable de la suspensión. No obstante, debido a que hemos considerado a dicha institución como una verdadera medida cautelar es que no podemos negarle —pese al vacío legislativo existente— su naturaleza variable, siendo por ello necesario acudir a la doctrina que la informa.

En efecto, la teoría exige para la modificación o revocación correspondiente, no sólo que esté en curso el proceso de amparo, es decir que aún no haya culminado, sino fundamentalmente que varíen las circunstancias existentes o ocurran hechos supervinientes que inicialmente no hayan estado presentes.

Así las cosas, si luego de haber sido rechazada la suspensión solicitada por no haber reunido los presupuestos establecidos, se presentan hechos o circunstancias nuevas que denotan la existencia de los requisitos inicialmente ausentes, podrá el juez conceder la suspensión. De tal modo, en el caso hipotético que se niegue la medida cautelar solicitada por no ser aún irreparable el daño alegado, si debido a un hecho posterior se hace necesario dadas las circunstancias existentes suspender el acto lesivo, el juez que inicialmente rechazó el pedido deberá acceder a lo solicitado modificando su anterior resolución. No hacerlo, y en consecuencia negar el carácter variable de la

(73) CALAMANDREI, Piero. ob. cit., p. 89.

medida cautelar, atentaría contra el valor eficacia, fundamento de dicha institución, impidiendo que en su momento se pueda ejecutar la sentencia obtenida, y haciendo desfallecer la materia amparo.

Ahora bien, dos aspectos finales merecen especial atención. En primer lugar, determinar si luego de haber sido apelada la resolución cautelar y antes de ser resuelta, puede el juez modificarla o revocarla. Sobre el particular es preciso distinguir los motivos de la apelación, de las razones que acreditan la variación de una medida cautelar. Como lo recuerda Couto, la Corte cuando conoce de la apelación lo hace evaluando las consideraciones legales que sirvieron de fundamento a la resolución cautelar, sin examinar las circunstancias posteriores o los motivos sobrevinientes que debieran ameritar su variación; en consecuencia el juez al alterar la resolución cautelar no afecta la materia que viene conociendo la Corte Superior, es decir, no invade su esfera de competencia (74).

En segundo lugar, si la resolución apelada ha sido confirmada por la Corte Superior, ¿podría el juez variar la suspensión otorgada? Si seguimos el razonamiento anterior, podemos distinguir el motivo de la apelación —la ausencia o el error en el momento de dictarse la suspensión de los presupuestos indispensables para su despacho—, de las razones posteriores —hechos o circunstancias sobrevinientes— que fundamentan la variación. Ahora bien, acogiendo dicha distinción el juez podrá revocar o modificar la suspensión siempre que ella se base en la presencia de un elemento posterior, ausente en el momento en que se decretó la medida cautelar. Sólo en ese supuesto, no existiría obstáculo alguno para que el juez haga uso de la facultad de variar la suspensión otorgada (75). En consecuencia, si el juez dispusiera la modificación de una resolución por los mismos fundamentos que ameritaron la confir-

(74) COUTO, Ricardo, ob. cit., p. 202.

(75) Ibid., p. 202.

matoria de la Corte Superior, actuaría invadiendo esferas que no son de su competencia.

- *La ejecución de la medida cautelar.* Uno de los graves problemas con los que se ha enfrentado la suspensión en nuestro país, ha sido la falta de una adecuada normatividad que regule la forma en que debe ser acatada y el consiguiente apercibimiento que facilite su ejecución ante la desobediencia del demandado. Sin duda en este aspecto nuestra ley de amparo ha dejado un serio vacío que no sólo atenta contra la eficacia de la medida cautelar, sino que llega a remover las bases mismas del Poder Judicial, pues ¿acaso es concebible un poder que administra justicia y no pueda ejecutar la decisión dictada con la urgencia e idoneidad requerida?

En efecto, en la actualidad luego del “cúmplase” correspondiente el juez de amparo para poder ejecutar la suspensión decretada, se encuentra limitado a oficios a la Corte a fin de que el emplazado acate inmediatamente lo resuelto, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente por la inobservancia del mandato judicial. Este apercibimiento, restringido a una posterior sanción penal luego del proceso correspondiente, no satisface las mínimas expectativas que el justiciable requiere. Así las cosas, si ante el ejemplo que hemos venido utilizando de una resolución de alcaldía que dispone arbitrariamente la demolición de un inmueble, se concediera la suspensión y no fuera cumplida, ¿acaso la posterior sanción penal sería suficiente para salvaguardar las pretensiones del quejoso? Evidentemente que no, pues durante la secuela del proceso penal, con la intervención inicial del Ministerio Público, el inmueble por la demora correspondiente sería demolido y el demandante se encontraría ante la difícil realidad de contar con un mandato cautelar que no pudo lograr su cometido, es decir que fue incapaz de mantener viva la materia de amparo. Con ello no sólo se vería afectado el justiciable, sino en conjunto se desprestigiara aún más la criticada función jurisdiccional.

Este problemático vacío en la legislación nacional merece ser urgentemente solucionado, por ello en una propuesta de reforma debería pensarse por ejemplo en una institución de origen

angloamericano conocida como desacato disciplinario (“contempt of court”) cuyo cometido facilita la obediencia de los mandatos judiciales, permitiendo al juez ante el incumplimiento del emplazado disponer su inmediata detención o arresto, o de ser el caso, imponerle una multa que podría ir aumentando progresivamente (astreintes). Con ello se lograría, ante el temor de un severo apercibimiento, que el demandado cumpla con la resolución cautelar independientemente de la posterior sanción penal que sin duda debe seguir existiendo, pues el desacato disciplinario se limita a constituir un medio de coacción personal para obtener la ejecución de un mandato cautelar y carece de efectos punitivos (76). Asimismo, el derecho mexicano ha previsto otros importantes mecanismos destinados a lograr el cumplimiento de la suspensión. Así por ejemplo se dispone que si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación al demandado, la resolución no es cumplida, se requerirá al superior jerárquico de la autoridad emplazada, para que lo obligue a cumplir con tal resolución, y si careciera de una autoridad superior se requerirá directamente al demandado (Ley de Amparo, art. 105).

Al margen de ello puede el juez comisionar al Secretario de Juzgado para hacer cumplir su mandato o constituirse él mismo para ejecutarlo, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública (Ley de Amparo, art. 111) (77).

No obstante la presencia en el panorama procesal de tales medidas, el legislador nacional no las tomó en consideración y elaboró una norma (el Art. 31) que en la práctica ante su incumplimiento no permite su inmediata ejecución, generando la insatisfacción de los justiciables. Por ello, en este aspecto se requiere una urgente reforma de nuestra legislación que acuda a la experiencia comparada y que no olvide como lo expresa

(76) PEYRANO, Jorge. *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 117.

(77) BURGOA, Ignacio. ob. cit., p. 808.

Peyrano “que el juez debe echar mano, si es que desea prestar jurisdicción de modo eficaz, a los apercibimientos judiciales para encausar o impulsar el trámite. Bienvenidos sean, entonces, los magistrados ingeniosos que saben dar en la tecla al formular el apercibimiento judicial más indicado en el caso. Con ello queda demostrado, una vez más, que la judicatura moderna (aparte de prudente y sabia) debe también ser “imaginativa” (78).

IV. *A MODO DE REFLEXION FINAL*

A lo largo del presente trabajo hemos destacado la insuficiencia del artículo 31 de la Ley para regular la suspensión en el proceso de amparo, así como la falta de una teoría coherente que le diera sustento. Estos aspectos, aunados a la escasa creación jurisprudencial por parte de nuestros tribunales y al frecuente empleo indiscriminado de esta institución, han hecho que la medida cautelar en el amparo se encuentre atravesando una difícil situación.

Frente a este panorama, las críticas y propuestas de reforma planteadas en el presente documento no pueden ser concebidas si se olvidara que quien en definitiva otorgará la suspensión solicitada será el juzgador, y es ahí donde el criterio judicial, sereno y maduro adquiere especial importancia, pues corresponderá finalmente a la judicatura el otorgamiento de una medida de suspensión y, en consecuencia, en ella ha de recaer la grave responsabilidad de hacerlo con cautela e idoneidad. Es evidente entonces que las palabras empleadas por Carnelutti resultan plenamente aplicables, pues en definitiva el gran problema del proceso y concretamente de la medida cautelar depende mucho de encontrar al hombre digno de juzgar.

(78) PEYRANO, Jorge. ob. cit., p. 101.

SECCION VARIA

LIBERTAD DE CATEDRA: ¿MONOPOLIO DOCENTE?*

Ricardo León Pastor

INTRODUCCION

Al consultar las posibilidades de realización de este trabajo a un investigador en derecho y obtener la objeción de que “ya existía la libertad de cátedra” nos reafirmamos en la voluntad de hacerlo. Nuestra perspectiva no era “estrictamente jurídica” —felizmente—, sino que era más amplia, intentaba abarcar nociones de dos materias: el derecho y la pedagogía superior.

Teníamos la impresión que la enseñanza en nuestras universidades era un asunto bastante empírico, donde había buena voluntad y nada más (salvo honrosas excepciones que confirmaban la regla). Teníamos la idea de poderlo demostrar con un estudio de campo en el terreno de los hechos, pero la brevedad del tiempo y la falta de apoyo técnico pudieron más.

Así, nos avocamos a un estudio bibliográfico de los principales contenidos de la enseñanza superior, y nos fueron de gran ayuda revistas especializadas recientes que tuvimos la suerte de consultar. Complementamos nuestra información con algunos libros especializados de la década de los 70 que fue lo más actualizado que pudimos conseguir. Otra de las canteras importantes de nuestra reflexión la constituyó ese cúmulo informe de experiencias que uno tiene más o menos conscientemente cuando está por salir de la universidad.

* El presente trabajo obtuvo el Primer Puesto del Primer Concurso de Investigación Jurídica 1989 para alumnos.

El método empleado para procesar la información, en la primera parte del trabajo, ha sido deductivo, el propio de los análisis jurídicos, aunque se han ensayado algunos “aterrizajes” a la realidad de los hechos. En la segunda parte no se sigue ningún método en especial, empleándose básicamente la reflexión crítica a base de comparaciones.

La idea general que preside el trabajo (que no pretendemos “demostrar”, ya que carecemos de elementos para ello) consiste en que la deficiente percepción de la libertad de cátedra por parte de profesores y autoridades universitarias, los ha llevado a cometer una serie de abusos contra la formación de los estudiantes, entendiendo esta libertad como un paraguas inmenso que los cubría de cualquier incomoda gota. Insistimos en la necesidad de la preparación pedagógica docente para asumir un ejercicio responsable de la labor educativa y la libertad de cátedra que ella implica.

Somos concientes de las limitaciones personales en la realización del trabajo. Seguramente se nos puede acusar de principistas o pro-estudiantiles, lo cual, unido a nuestra poca experiencia en investigación, puede restar el interés en su lectura. Sin embargo, hemos intentado, a pesar de estas constantes en nuestra vida universitaria, hacer un esfuerzo de objetividad. Sobre los resultados de tal esfuerzo no nos corresponde pronunciarnos.

Esperamos que este ensayo sirva a quienes está dirigido: estudiantes y profesores compañeros en el quehacer universitario. Si algunas reflexiones les motiva su lectura, quedaremos ampliamente satisfechos.

“La autonomía, considerada a la luz de la Historia, significa sustraer la enseñanza universitaria a la arbitrariedad ministerial”.

Samamé Boggio

1. *EL MARCO JURIDICO. LOS SUPUESTOS DE LA LIBERTAD ACADEMICA*

1.1 *La enunciación del principio*

La libertad académica es aquella potestad que tienen las Universidades para ejercer las actividades académicas que le son propias sin intervención estatal, independientemente a cualquier imposición gubernamental. En sentido positivo, comprende tres libertades fundamentales: la de enseñar, la de investigar y la de aprender (Gabaldón 1982: 144). Por lo general, se encuentra positivizada en las legislaciones nacionales.

No obstante, existe mucha confusión entre el principio mencionado y sus realizaciones concretas. Muchos piensan que la libertad académica es libertad sólo de enseñanza, o que ésta se asimila a la libertad de cátedra, o que autonomía universitaria y libertad de enseñanza son conceptos análogos. Si bien los autores no se han puesto de acuerdo en la nomenclatura de los conceptos, por lo menos éstos sí se hayan bien delimitados. Hagamos los distinguos necesarios.

1.2 *Las manifestaciones del principio*

1.2.1 *Libertad de Enseñanza*

La libertad de enseñanza es aquel derecho de las entidades educativas a crearse mediante la acción estatal o la iniciativa privada, comprendiendo a los diferentes niveles educativos: primario, secundario, técnico y superior. Está reconocida mediante norma expresa en el artículo 21 de la Constitución peruana vigente de 1979 (in fine). También es conocida como libertad de educación (1).

En lo referente a las universidades, el artículo 31 constitucional establece en su segundo párrafo que: “. . .nacen por ley. Son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares. . .”

En el terreno de los hechos, existen actualmente en el país 23 universidades nacionales y 10 privadas, obedeciendo la diferencia de proporciones a la dificultad que implica organizar un ente universitario para los agentes privados dada la envergadura de la empresa. Así, el Estado se ve en la obligación de crear servicios universitarios —las más de las veces, deficientemente—, para satisfacer la demanda social. Sin embargo éste es otro problema que requeriría una investigación expresa.

1.2.2 *Autonomía Universitaria*

Los autores están de acuerdo en que ésta es un requisito de funcionamiento de la libertad de cátedra. Tiene por finalidad:

“...defender los principios dirigidos a proteger la libertad académica, que debe ser la característica

(1) CAMACHO, Roberto *La Libertad académica en Colombia*, Tesis de doctor. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1979. 149 p. Reproduce una interesante discusión ideológica al respecto, que excede los límites de este trabajo.

fundamental de la vida universitaria. . . es preciso eliminar toda amenaza procedente del poder público o de la vida política del país, que puede interferir con dicha libertad” (Gabaldón 1982: 157).

Así, la autonomía universitaria, históricamente, resulta ser una conquista por la que han luchado denodadamente las universidades latinoamericanas, tan proclives a la nefasta influencia de un poder público vertical y antidemocrático.

En la actualidad, gran parte de las legislaciones nacionales han constitucionalizado este fundamental derecho universitario. La Constitución peruana lo regula en su artículo 31, ab initio: “Cada universidad es autónoma en lo académico, económico, normativo y administrativo, dentro de la ley”. Esta ley a la que hace alusión la norma es la ley universitaria (L. 23733) la que, en su artículo 4 desarrolla la noción de autonomía:

“La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes de la República e implica los derechos siguientes:

- a. Aprobar su propio Estatuto y gobernarse de acuerdo con él;
- b. Organizar su sistema académico, económico y administrativo;
- c. Administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley.

La violación de la autonomía de la Universidad es sancionable conforme a ley”.

Pues bien, es muy lógico que las universidades gocen de esta autonomía que, en cuanto a lo académico, las libera de las presiones estatales y les asegura una independencia de criterios para organizar los contenidos y la metodología de las carreras profesionales que brindan. Sin embargo, también es razonable que, den-

tro de esta autonomía de facultades, la universidad no desnaturalice su esencia, por lo que la Constitución nacional establece los objetivos de la educación universitaria: “. . . la creación intelectual y artística, la investigación científica y tecnológica y la formación profesional y cultural” (art. 31, ab initio); como finalidades genéricas de la educación señala, entre otras: la promoción de la integración nacional, y latinoamericana, la solidaridad internacional, la formación ética y cívica, la lealtad a los principios constitucionales —familia como célula básica de la sociedad, trabajo como deber y derecho que representa el bienestar nacional, justicia como valor primario en el ordenamiento social, Estado democrático basado en la voluntad popular— (arts. 22, 28 y Preámbulo).

Por lo tanto, la autonomía universitaria, como condición y garantía de la libertad académica, no puede ser pretexto para el desarrollo de una ciencia “ascéptica” o “químicamente pura” de contenidos sociales. Al decir de Gabaldón:

“Debe recordarse que la libertad académica es el resultado de un compromiso entre la sociedad que mantiene una institución y utiliza sus productos y la institución que en recompensa sirve a dicha sociedad” (1982: 152).

1.2.3 *Libertad de Cátedra*

Esta es una tercera manifestación de la libertad académica, por lo que guarda íntimas vinculaciones con las realizaciones descritas anteriormente; sin embargo, las oscuridades que se ciernen sobre ella para los ojos de discentes, docentes y autoridades universitarias, que imposibilitan su cabal contemplación, son las más difundidas. Intentemos proyectar algunas luces sobre esta cuestión.

A. *Una percepción confusa*

Los profesores, estudiantes y autoridades universitarias, cuando son preguntados respecto a la libertad de cátedra, tienen unas nociones aparentemente claras, que se podrían sintetizar en “aquella

potestad del profesor para tener libertad de opinión respecto a los contenidos de su curso”. Hasta aquí todo bien. Pero, inmediatamente después, si uno pretende averiguar un poco más acerca de las evidencias que de este concepto se tiene, encuentra una serie de distorsiones que, en la praxis de la vida universitaria encuentran lamentablemente su asidero.

Muchos profesores y, lo que es peor, muchos estudiantes, convienen en que el profesor es el “amo y señor” de la cátedra, que él lo sabe y lo puede todo —erigiéndose casi en una divinidad académica— y que, por ende, puede ser intolerante con las humildes opiniones de sus aprendices, razón —o sinrazón— por la cual privan de opinión a los alumnos. ¿La justificación? ¡Hay libertad de cátedra!

En cuanto a la programación temática de los cursos, una buena cantidad de profesores “dicta” lo que se le antoja, obviando temas, incluyendo otros no previstos “ya que su experiencia (¿docente?) les indica que es lo más importante”. La mayor parte de las veces no existe una programación temática seria organizada en un sílabo y, a los estudiantes, no parece interesarles el problema. Se hace lo que se puede con la buena voluntad del docente, amparado para tales efectos en su libertad de cátedra.

Otros profesores consideran que, dentro de su libertad de cátedra, están facultados para exigir la asistencia obligatoria de sus alumnos (y no de ellos) a clases; establecen porcentajes máximos de inasistencia que, una vez superados, conllevan la eliminación automática de sus cursos. No contemplan razones como el carácter antipedagógico de tal medida ni las necesidades de los estudiantes.

Finalmente, algunos profesores creen que pueden evaluar a los estudiantes como les parezca, aunque sus mecanismos evaluatorios sean inadecuados, irracionales o antipedagógicos. La mayoría de los docentes aplican métodos memorísticos, amparados nuevamente y una vez más en su libertad de cátedra. ¡Oh providencial derecho que todo lo permite!

Todo este conjunto de falsas percepciones de la libertad de

cátedra, sufridas por largos años como estudiantes, ensombrecen el panorama. Haremos algunas aclaraciones en los apartados siguientes.

B. *El contenido esencial del derecho*

Ya habíamos dicho que la autonomía universitaria era un prerequisite fundamental de la libertad académica, en consecuencia, también lo es el de la libertad de cátedra. Zierer "... enfoca la autonomía universitaria dentro de la lógica deóntica. ... sostiene la tesis de que la autonomía universitaria tiene su origen justificatorio en la libertad de cátedra. . ."; formalizando en el plano lógico una serie de axiomas y proposiciones, logra demostrar la validez de sus afirmaciones, que resume en el siguiente esquema (1979: 14):

NIVEL	DESCRIPCION
I. Filosofía* (valores)	— Respecto a los derechos humanos — Responder a las expectativas legítimas de la sociedad. — Unión entre enseñanza e investigación. — Libertad de cátedra.
II. Política* (principios)	— Condiciones intrínsecas (idoneidad y ética docente) — Condiciones extrínsecas
	AUTONOMIA UNIVERSITARIA
III. Normas	— Ley de Bases — Estatutos — Reglamentos
IV. Acciones	— Vida institucional

Tanto la autonomía como la libertad de cátedra, que Zierer ubica en los niveles político y filosófico respectivamente, se encuentran constitucionalizadas efectivamente en el país.

* Consagradas en la Constitución

El artículo 31 constitucional, segundo párrafo, ab initio, es parco: "El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia". La doctrina es igualmente parca: Rubio y Bernal, Pareja Paz Soldán, Ruiz Eldrege y Chirinos Soto no dedican, en conjunto, más de diez páginas de comentarios de rigor. La única noticia rescatable, la da Chirinos Soto al manifestar que la Constitución de 1933 contenía una norma similar en el artículo 80 y que el autor de la segunda afirmación de la norma vigente ("... y rechaza la intolerancia") fue Luis Alberto Sánchez.

La ley universitaria (L. 23733) amplía en algo el concepto al mandar como deber de los profesores universitarios: "... El ejercicio de la cátedra con libertad de pensamiento y con respeto a la discrepancia" (art. 51-a).

Pues bien, normativamente, el contenido esencial del derecho es el siguiente: la libertad de cátedra es un derecho y un deber docente en virtud del cual el profesor conduce su enseñanza con libertad de pensamiento y con respeto a la discrepancia. Este es sólo el marco jurídico en el cual se engarza la actividad docente, es el señalamiento de una condición: la libertad que, obviamente, no agota el proceso de enseñanza-aprendizaje, ni faculta al profesor para desnaturalizarlo. Sobre los supuestos del proceso educativo diremos algo en la segunda parte del trabajo.

C. *¿Libertad absoluta?*

"... la libertad académica está afectada en todas partes por una serie de limitaciones que no pueden dejarse de tener en cuenta. No debe por ello causar gran aflicción las restricciones que necesariamente existirán. . . Pero esas limitaciones de la libertad académica, necesariamente para que la universidad cumpla los fines para los cuales es establecida, no quiere en ninguna forma decir que en todo momento, tanto académicos como estudiantes no sean libres para expresar sus pensamientos, dentro o fuera del recinto universitario. . ." (Gabaldón 1982: 150-151).

La observación de Gabaldón tiene plena validez, no existen derechos absolutos, como algunos profesores, estudiantes y autoridades piensan. Retomemos los problemas que dejamos planteados cuando tratamos las confusiones respecto a la libertad de cátedra.

¿Puede un profesor impedir la libertad de opinión a sus alumnos en el aula de clase? Como hemos visto, esta práctica difundida en algunas universidades en ciertas materias está reñida frontalmente con el derecho constitucional a la libertad de opinión (art. 2-20-e) y el derecho del estudiante a “Expresar libremente sus ideas y no ser sancionado por causa de ellas” (Ley universitaria, art. 58-b). Ni el profesor puede abusar de su rol conductor en clase ni el alumno debe abusar de su derecho de libre expresión con intervenciones manifiestamente impertinentes o incoherentes. Es menester desterrar este espíritu vertical de la docencia universitaria en nuestro país.

¿Es una atribución docente la programación temática de los cursos? En instituciones universitarias donde impera el desorden y la improvisación, tal vez los profesores tengan amplias facultades para organizar los contenidos de sus cursos, ya que nadie les ofrece siquiera una orientación general. Sin embargo, esta práctica defectuosa, común en nuestro sistema universitario, debe ser erradicada. Al decir de Gabaldón, hablando de la libertad de enseñanza: “Esa libertad la gozan las autoridades académicas correspondientes, pero los subalternos estarán obligados a seguir lo que éstas aconsejan” (1982: 45). Es urgente reestructurar científicamente nuestros planes de estudios con el auxilio de las técnicas pedagógicas.

La determinación de la asistencia obligatoria, ¿también está dentro del ámbito competencial del profesor? No lo creemos. La asistencia obligatoria es un requisito de exigencia académica que se inscribe en una política académica global que implementa cada universidad —y facultad, en su caso—. Por tanto, escapa de la competencia del profesor establecer este tipo de requisitos. La experiencia demuestra que este tipo de medidas es contraproducente y antipedagógico.

2. *EL EJERCICIO DE LA FACULTAD Y LAS EXIGENCIAS DE LA EDUCACION UNIVERSITARIA*

"El amateurismo en enseñanza ya no es aceptable".

Beard

En la primera parte de este trabajo hemos definido el contenido y alcances de la libertad de cátedra, diferenciándola de conceptos emparentados con ella misma con los que se reclama recíprocamente.

Sin embargo, la apreciación de situaciones problemáticas como la que nos ocupa, no puede agotarse en la descripción del marco jurídico, del "modelo" normativo. Este, en cuanto libertad competencial, sólo constituye una atribución, una facultad, que ha de ser ejercida al interior de la vida universitaria; es como una caja que, diseñada para albergar algún objeto, espera recibirlo para ser una realidad completa, viva. Así, esta parte está destinada a observar el quehacer universitario y, básicamente, el desempeño docente en el proceso enseñanza-aprendizaje, proponiéndonos así, explicar las desadecuaciones entre nuestro marco normativo y nuestra realidad fáctica.

2.1. *Noción de Pedagogía Universitaria*

"El tema de la pedagogía en la enseñanza superior, a pesar de ser objeto de una preocupación relativamente reciente en las instituciones de ese nivel educativo en América Latina, ocupa en la actualidad un lugar importante dentro del conjunto de reflexiones y discusiones de docentes, investigadores, administradores, estudiantes, planificadores y políticos. . ." (Silvio 1985: 19).

El citado autor ubica en 1965 la expansión alarmante de la matrícula estudiantil y la diversificación de la educación superior acompañadas de un intenso movimiento estudiantil, tanto en el mundo desarrollado como en el subdesarrollado. “Este activismo era la expresión no sólo de inquietudes exclusivamente pedagógicas. . . sino también de un cambio de valores en la juventud, por la irrupción violenta de una nueva generación en la escena política, económica, social y cultural, en busca de un mundo diferente” (Ibid). Pensando en la situación nacional, la cita nos releva de mayor comentario.

Beard describe la situación cambiante y la incapacidad de las universidades para afrontarla en los siguientes términos:

“El clamor de las lamentaciones sobre la enseñanza en la educación superior, y más especialmente sobre los métodos de enseñanza en las universidades. . . , nos hace dirigir la atención lejos de la importante reorientación que ha empezado recientemente. Las lamentaciones, por supuesto, no son injustificadas. Al tratar de resolver de modo no global problemas que derivan del rápido desarrollo de las materias de estudio, muchos profesores han permitido que sus cursos empezaran a estar sobrecargados. . . , o bien han enfrentado a sus estudiantes con un número de asignaturas aparentemente no relacionadas... Muchos, por otra parte, no han desarrollado métodos de enseñanza para tratar adecuadamente con gran número de estudiantes. . . ” (1974: 13).

El actual manejo de los problemas pedagógicos se encuentra dentro de una “administración por crisis”, esto es, se están atacando los problemas que han alcanzado tal magnitud, que imposibilitan tomar medidas encuadradas dentro de un modelo de gestión (Silvio 1985: 19).

Es así que para arriesgar una conceptualización de la educación universitaria, debemos tener siempre presente esta situación crítica por la que atraviesa, y la incapacidad de una “pedagogía” tradicional por resolver los problemas presentes.

“... hasta mediados de la década de los 60, la enseñanza superior transcurría en un ambiente relativamente ‘plácido’, en el cual los docentes se contentaban con transmitir un cúmulo de conocimientos, mediante la tradicional lección magistral, preparada con frecuencia de manera intuitiva y empírica, de acuerdo a lo ‘heredado’ de sus profesores anteriores. Se trataba simplemente de transmitir un conocimiento de la manera más natural posible, sin preocuparse por el método ni por la manera como sus mensajes eran recibidos por los alumnos (... quienes...) se limitaban a recibir esos mensajes...” (Ibid).

Dentro de esta situación de crisis, avivada por la persistencia en esta no-pedagogía tradicional (que no tenía la menor preocupación por ordenar los contenidos de enseñanza ni los métodos de aprendizaje), han venido surgiendo una serie de respuestas que, aunque esporádicas y asistemáticas, van dando paso a una mayor preocupación por la pedagogía superior. Estos intentos se pueden resumir en:

- a. Limitación del acceso a la educación superior;
- b. Diversificación de la oferta educativa;
- c. Nuevos métodos de enseñanza;
- d. Métodos de evaluación del aprendizaje;
- e. Organización del proceso educativo en departamentos;
- f. Regionalización y nuclearización de la enseñanza superior;
- g. Reforma del currículum;
- h. Unidades de asesoría pedagógica;
- i. Centros de recursos para el aprendizaje;
- j. Educación abierta y a distancia (Ibid: 19-21).

Si intentáramos definir moderna y técnicamente a la enseñanza, lo haríamos citando a Lafourcade:

“Si la enseñanza constituye un conjunto de procedimientos estimulantes, orientadores y reguladores de los procesos de aprendizaje de un sujeto, y un conocimiento

más o menos claro y preciso de los mismos, garantizará en gran medida la eficacia de tales procedimientos” (1974: 67).

En adición, entiende al aprendizaje como:

“... un proceso dinámico de interacción entre el sujeto y algún referente, y cuyo producto representará un nuevo repertorio de respuestas o estrategias de acción, o ambas a la vez, que le permitirán al primero de los términos, comprender o resolver eficazmente situaciones futuras que se relacionen de algún modo con las que produjeron dicho repertorio” (Ibid: 67-68).

La enseñanza es un proceso, inherentemente gradual, que, mediante la participación de dos actores (estudiante y profesor), ensaya una labor de aprendizaje del alumno, según determinados métodos adecuados al objeto de estudio y al discente. Tradicionalmente se había enfatizado demasiado un extremo de la relación, la del profesor, librándolo a su “experiencia” e “improvisación creadora”. Lamentablemente, los docentes tradicionales echaron mano a la repetición como elemento principal de enseñanza, inhibiendo el desarrollo del pensamiento de sus alumnos, haciéndolos “... apáticos o trabajar solamente por recompensas externas como unos buenos resultados en los exámenes” (Beard 1974: 23). Nuevamente, la cita, pensada para la sociedad inglesa, es perfectamente aplicable en el Perú.

Lafourcade destaca diferentes componentes del proceso de aprendizaje, según se espere un producto objetivo (conocimiento teórico) o uno subjetivo (habilidades cognoscitivas). Explica lo dicho mediante el siguiente cuadro (1974: 70):

Sujeto	Referente	Tipo de Interacción	Modo de Interactuar	Producto Esperado
I. Capac. intelec.	Agentes humanos	Cognoscitivo	Dominac. por el referente	Conocim. teórico
II. Prerrequisitos	Realidad	Afectivo	Libre gestión del sujeto	Habilidad. cognosc.

2.2. *Los Objetivos*

El primer objetivo y finalidad última de la enseñanza superior es la de cumplirse a cabalidad, el realizarse ella misma según sus principios y criterios técnicos. Esto, a pesar de ser una verdad de perogrullo, muchas veces se olvida, dada su evidencia. Es ésta una de las principales causas de la crisis de la enseñanza tradicional, que, amparada en la libertad de cátedra, transmitía —y sigue transmitiendo—, conocimientos, sin preocuparse de los criterios técnicos de organización y desarrollo de los mismos.

Los objetivos “Constituyen puntos de llegada de todo esfuerzo intencional y, como tales, orientan las acciones que procuren su consecución y determinen predictivamente la medida de dicho esfuerzo” (Lafourcade 1974: 25). El mismo autor señala que existen dos criterios básicos para determinar estos objetivos: la derivación y la enunciación (Ibid: 25-35).

Mediante la derivación se formulan los objetivos de la universidad, luego los de las carreras profesionales, después los de los ciclos, para, finalmente, diseñar los de las líneas curriculares o áreas.

La enunciación consiste en la formulación de los objetivos según plazos relativamente medianos. La enunciación debe ser muy concreta para la posterior evaluación que del cumplimiento de los objetivos se haga.

En el país, ninguno de estos criterios se ha asomado siquiera, las universidades, al gozar de su mal entendida autonomía, no se han interesado en formular objetivos precisos en ninguno de sus niveles. Es natural que instituciones sin rumbos definidos, no tengan medios de evaluar sus logros o los motivos de sus endémicas crisis.

Lafourcade (Ibid: 68-69) propone una serie de “productos” u objetivos específicos del aprendizaje propiamente universitario:

- a. Una cierta información sobre datos que deberá renovarse;

- b. Adecuada proporción de conceptos y teorías que faciliten la comprensión de nuevas masas de datos;
- c. Serie de habilidades cognoscitivas que permitan uso inteligente de las mismas;
- d. Conjunto de técnicas y modos de aplicación para desempeño en tareas específicas del campo;
- e. Serie de actitudes y tendencias a la acción que garanticen continuo perfeccionamiento, empleo ético del conocimiento, compromiso social.

Todos estos objetivos, con los necesarios matices que impone cada institución universitaria, podrían ser tomados en cuenta para generar una amplia discusión sobre los objetivos de la universidad peruana, para empezar a tomar seriamente el compromiso que ésta tiene con el país.

2.3. *Las Estrategias Educativas*

Estas han experimentado un sorprendente desarrollo en los últimos años. No obstante, las discusiones en cuanto a las posiciones asumidas por los mismos pedagogos, son arduas y frontales. Recojamos un ejemplo a propósito del método conferencial:

“La conferencia y el discurso deben tener una subestructura racional bien construida. Pero a ello, el conferencista elocuente agrega otra fuerza: un enunciado variado y atrayente, frases elegantes y retenibles en la memoria del oyente, ejemplos llamativos y una vinculación personal con el auditorio. En lugar de revelar simplemente la verdad para que los alumnos la asimilen, este tipo de conferencista la ofrece de tal manera que ellos se sienten estimulados, conmovidos y cautivados por ella” (Highet, citado por Lafourcade 1974: 109).

“Tratándose de alumnos universitarios, no han de pretender que la clase que les da un profesor sea agradable, sugestiva, distraída, sino sólo que sea valiosa, rica en

contenido y eficaz. Lo demás (la motivación) es cuenta suya. El maestro ha de motivar a los niños, porque sus intereses andan lejos de los objetivos escolares; pero quien va a la Universidad debe llevar ya la motivación dentro de sí: quién dice que se interesa por la ciencia acométala por la vía directa, que es el estudio sistemático" (Quintana 1985: 423).

La discusión no es nueva, y muchas veces ha sido el motivo de encendidas polémicas y posiciones radicales. Bravo Mejía ya decía en 1931:

"Necesitamos. . . que en. . . algunos de nuestros institutos superiores, se destierren para siempre los procedimientos verbalistas, la enseñanza dogmática, las lecciones de memoria y todo aquel ritualismo carcomido y decrépito que considera al educando como un recipiente vacío. . ." (1931: 98-99).

2.3.1. *Las posiciones tradicionales*

De alguna manera las hemos venido refiriendo a lo largo de nuestro trabajo. Son aquellas que se escudan en una libertad de cátedra "absoluta" para que, sin preocuparse de una actividad docente responsable y técnicamente ejercida, puedan continuar inalteradas sus actividades "como siempre". Son las posiciones más conservadoras, reticentes al más mínimo cambio (Lafourcade 1974: 18-19). Hamelin hace una aguda descripción de ellas:

"Dentro de la estructura de la enseñanza tradicional, organizada en clases, el profesor es la agencia privilegiada de noticias, detentadora de un monopolio; yo soy el maestro, vosotros los discípulos. Yo soy quien conoce, vosotros no conocéis nada. El maestro, pues, no manda, en principio, porque imponga su autoridad, sino porque es el hombre indispensable sin el que la máquina no funcionaría, el hombre providencial. El carácter excepcional dentro del grupo se deja notar incluso en la disposición material de la clase, en su

arquitectura, en su mobiliario: un pasillo rectangular, una nave de iglesia en la que el altar resulta ser la cátedra magistral hacia la que deben convergir los ojos de los fieles (¡incluso de los infieles!). Todo intercambio queda rigurosamente sujeto a seguir una línea vertical. . . el intercambio se reduce, las más de las veces, al monólogo” (1973: 48-49).

Las principales críticas hechas al método conferencial son: contribuyen a la actitud pasiva de los estudiantes, los sistemas de interacción alumno-profesor se reducen al mínimo, los estudiantes conocen sólo una versión interesada de la temática expuesta, se estudia sólo a través de las notas de clase prescindiendo de la consulta bibliográfica, lo que se expone ya está impreso en libros. (Lafourcade 1974: 99-100). Sin embargo, a pesar de todas las críticas, este método tendrá que seguirse empleando en muchas partes de Latinoamérica y el Perú, ya que constituye una de las formas más económicas de la enseñanza y la única posible en cursos superpoblados (Ibid).

Hay quienes, como el español Quintana Cabanas, abogan por las “buenas clases magistrales”, defendiéndose de los ataques de los pedagogos “modernos”. Quintana, al constatar el avance de las metodologías activas en la pedagogía superior, sostiene que:

“... principios pedagógicos que se han mostrado acertados en la didáctica para alumnos de corta edad pueden ser menos adecuados si se los transpola a la didáctica para alumnos mayores; tal es lo que ha sucedido en la génesis de las actuales tendencias pedagógicas universitarias, y es éste el fallo que aquí denunciarnos” (1985: 414).

Al distinguir entre métodos psicológicos, centrados en el discente, y métodos lógicos, centrados en el objeto, señala que los primeros son propios de la educación infantil, mientras que los segundos son los adecuados para la educación universitaria. No estamos de acuerdo con dicha sustentación, ya que, recogiendo la definición que hemos postulado del proceso enseñanza-aprendiza-

je, debemos elegir métodos de enseñanza y aprendizaje que contemplando las necesidades de cada actor, sea adecuado, al propio tiempo, a las necesidades del objeto de estudio.

Lafourcade hace una serie de sugerencias para el mejor uso del método conferencial. En cuanto a su oportunidad, afirma que es adecuado para presentaciones generales de una unidad de aprendizaje o la integración de temáticas discutidas en pequeños grupos. Es conveniente que no excedan de un tercio de las clases, combinándose con seminarios, estudios independientes y consultas. El expositor debe manejar una serie de recursos frente a su auditorio: una interacción amigable, buen tono de voz, lenguaje pertinente, movimientos equilibrados y empleo de material auxiliar oportuno y de calidad.

2.3.2. *Las posiciones modernas*

Nacidas por reacción a las tradicionales, y como toda reacción lo hicieron violenta y frontalmente, postulan el desequilibrio de la relación docente-discente, por la de discente-docente, enfatizando el proceso de aprendizaje más que el de enseñanza. Recurriendo a investigaciones y elaboraciones técnicas, se llega a la construcción de los modelos activos de enseñanza-aprendizaje, en los cuales es el estudiante quien desempeña un rol protagónico. Algunos teóricos han llegado al extremo de postular el aprendizaje no-dirigido, basado exclusivamente en la espontaneidad y los intereses del estudiante.

La metodología activa rescata la participación estudiantil y la canaliza a través de diversos mecanismos. Supone el perfeccionamiento pedagógico del docente, habiendo desde quienes creen en una capacitación mínima hasta aquellos que postulan la profesionalización del docente de educación superior mediante maestrías (Silvio 1985: 22).

La pedagogía moderna supone, insoslayablemente, grupos pequeños de alumnos. El trabajo con estos grupos presenta ventajas incuestionables para los estudiantes como la posibilidad de una participación intensa, expresar juicios y reorientarlos en función

de los enfoques críticos propuestos, satisfacción de necesidades sociales. Para los profesores supone beneficios como un desempeño de sus habilidades docentes críticas, un conocimiento más cercano de sus alumnos y, por consiguiente, una mayor influencia en los aspectos formativos de su afectividad.

No obstante, estos métodos también pueden acarrear desventajas, aunque más de orden externo, como la inhabilidad en la conducción de los grupos, la inadecuación a los objetivos educativos o las siempre limitantes dificultades prácticas (Lafourcade 1974: 114-115).

Un ejercicio responsable de la labor docente implica pues, una preocupación por la técnica pedagógica mínima que permita una efectiva comunicación informativa y formativa con los estudiantes. La libertad de cátedra, supuesto de esta potestad organizativa del docente en el proceso de aprendizaje estudiantil, debe encontrar claras orientaciones en estas técnicas pedagógicas que aseguren un conocimiento claro y distinto de los objetos de estudio.

3. *ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES*

*“El arte de enseñar imita
al arte de aprender”*

- A. Existe una confusión bastante generalizada en el ambiente universitario entre los conceptos de libertad de enseñanza, autonomía universitaria y libertad de cátedra.
- B. La libertad de enseñanza es la potestad pública o particular para crear y regular entidades educativas.
- C. La autonomía universitaria es la potestad que gozan las universidades para financiarse y administrarse, autonormarse y tener independencia en cuanto a su labor educativa y de investigación frente al poder político.
- D. La libertad de cátedra es la facultad de la que gozan los docentes universitarios para opinar sin restricciones sobre las materias de sus cursos, debiendo respetar las posiciones discrepantes.
- E. En el país se ha abusado de estas libertades más por desconocimiento, creyéndose que la libertad es absoluta y lo permite “todo”, perjudicándose a los estudiantes con estrategias docentes inadecuadas, de corte tradicional.
- F. La enseñanza-aprendizaje universitarias es un proceso gradual en el que docente y discente participan activamente en el conocimiento de temas o la formación de habilidades profesionales de acuerdo a determinados mecanismos adecuados a sus fines.
- G. La metodología activa es aquella centrada en el proceso de

aprendizaje del estudiante que, a través de su participación, desarrolla las habilidades intelectuales y valorativas del educando, mediante técnicas pedagógicas avanzadas.

- H. Es urgente implementar en nuestras universidades regímenes combinados de metodología activa y clases-conferencia, reorientando estas últimas hacia una mejor programación temática y una mayor eficacia metodológico-comunicativa.

La libertad de cátedra, ¿es un monopolio docente? Desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, sí, es una facultad cuyo sujeto es el profesor. Desde la perspectiva pedagógica, más amplia y más completa que la primera, no, no pueden haber monopolios en un quehacer compartido por definición, enseñar y aprender son dos lados de un mismo proceso y en él no hay monopolios, sino responsabilidades compartidas.

BIBLIOGRAFIA

- * BEARD, Ruth
Pedagogía y Didáctica de la Enseñanza Universitaria, OIKOS-TAU Ediciones, Barcelona, 1974. 262 pp.
- * BRAVO MEJIA, Gonzalo
Pedagogía Universitaria, Arequipa, MCMXXXI.
- * CAMACHO, Roberto
La Libertad Académica en Colombia, Tesis de doctor. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas. Bogotá, 1979. 149 pp.
- * GABALDONI, Arnoldo
La Enfermedad Latinoamericana de la Educación Superior, FEDES (Fondo Educacional para el Desarrollo de la Educación Superior). Venezuela, 1982. 337 pp.
- * HAMELINE, Daniel y DARDELIN, Marie-Joelle
La Libertad de Aprender, Stutium Ediciones. España, 1973. 359 pp.
- * LAFOURCADE, Pedro
Planeamiento, Conducción y Evaluación de la Enseñanza Superior. Editorial Kapelusz: Buenos Aires, 1974. 285 pp.
- * QUINTANA, José
El Estudio Sistemático como Factor de Formación Universitaria. En *Revista Española de Pedagogía*, Nros. 169-170. Año XLIII julio-diciembre 1985 pp. 409-425.
- * SILVIO, José
La pedagogía en la Educación Superior: algunas reflexiones e hipótesis de trabajo. En: *Educación Superior*. Revista del CRESALC (Centro Regional para la Educación Superior en

América Latina y el Caribe) Organo de la UNESCO. Nro. 18
mayo-agosto 1985.

* ZIERER, Ernesto

*La Autonomía Universitaria axiomáticamente derivada de la
Libertad de Cátedra.* Universidad Nacional de Trujillo, 1979.
Informe mimeografiado 14 pp.

CRONICA DEL CLAUSTRO

1. *PROYECTO PRO-DERECHO*

En 1987 se creó Pro-Derecho, como un proyecto destinado a promover la Facultad. Pro-Derecho ha movilizado a alumnos, exalumnos, y donantes en general. Contando con la importante ayuda de algunos profesores, ha logrado captar en poco más de dos años una suma que supera a los US\$ 400,000.

Se ha construido ya el pabellón de 8 aulas nuevas, con capacidad para 110 alumnos cada una y las oficinas administrativas (Decanato, Secretaría Académica, Sala de Consejo, etc.). Está actualmente en construcción el segundo piso de la edificación central, que comprende el Departamento de Derecho (oficina del Jefe del Departamento, 13 oficinas personales y bipersonales), la Oficina de Coordinación de las Maestrías en Derecho y tres aulas adicionales. Cuando se termine la construcción, tendremos un total de 13 aulas, de las cuales 10 podrán albergar a más de 100 alumnos. El proyecto comprende la construcción de un auditorio para 500 personas, así como la habilitación de una playa de estacionamiento en la parte posterior del Pabellón Nuevo.

A través de Pro-Derecho, la Universidad participó en la Movilización Nacional por la Paz, cuyo propósito fue liderar un movimiento de pacificación de alcance nacional. Durante varios meses se proyectó en televisión un spot sobre el tema, especialmente preparado por técnicos en la materia. En el norte del país se proyectó en televisión un mensaje similar. Adicionalmente, la Universidad participó activamente en el Premio Perú de la Paz, cuyo ganador fue Cáritas en 1989; y en Comunidad en Acción, un esfuerzo realizado conjuntamente con Cáritas del Perú con los medios de comunicación social con el fin de cubrir las necesidades elementales de la población más necesitada de Lima y Callao.

2. *CLAUSTRO PLENO*

El 14 de diciembre de 1989 se puso fin al Primer Claustro Pleno de la Facultad de Derecho con la lectura de las conclusiones del mismo en sesión plenaria. La redacción final de las Conclusiones y Recomendaciones quedó a cargo de una Comisión Permanente integrada por profesores y alumnos de la Facultad, de acuerdo con lo acordado por el Primer Claustro Pleno que se llevó a cabo los días 14 y 15 de octubre del mismo año. El Primer Claustro Pleno tuvo como objetivo la mejora permanente y significativa de las condiciones en que se desenvuelve la vida académica de la Facultad. En él participaron autoridades, docentes y alumnos y trataron temas relativos a la enseñanza del Derecho: objetivos, contenidos, métodos y actividades complementarias (investigación y proyección social) y recursos humanos y materiales.

Se formaron comisiones de trabajo que se dividieron en:

- I. Objetivos de la Enseñanza Legal.
- II. Curriculum de Materias y Plan de Estudios.
- III. Estructuración del Plan de Estudios.
- IV. Metodología de la Enseñanza.
- V. Investigación Jurídica.
- VI. Proyección Social.
- VII. Recursos de la Enseñanza Legal.

El Consejo de Facultad ha aprobado en abril de 1990 la creación de tres comisiones: Curriculum de Materias y Plan de Estudios; Investigación Jurídica; y Proyección Social, encargadas de desarrollar y proponer medidas concretas a las decisiones adoptadas por el Claustro.

3. *PRACTICAS*

Durante el año de 1989 y 1990 se regularizó la situación de las prácticas en la Facultad. En efecto, si bien el Consejo de Facultad y el Consejo Universitario habían aprobado sólo cuatro prácticas correspondientes a los cursos de Introducción a las Ciencias Ju-

rídicas, Reales, Contratos, Obligaciones, en los hechos habían proliferado muchas prácticas más de manera informal. Al aprobarse el Reglamento de la Facultad en setiembre de 1988, se reguló en detalle el establecimiento y aprobación de prácticas, con lo cual quedaron suprimidas en 1989 todas aquellas que no habían merecido aprobación formal.

Con posterioridad a la aprobación del Reglamento de la Facultad, se han aprobado en 1989 y 1990 por el Consejo de Facultad y por el Consejo Universitario las prácticas correspondientes a los cursos de Derecho Penal 1, Derecho Laboral y Derecho Internacional Público.

4. *CURSOS DE ACTUALIZACION JURIDICA*

Durante el año 1989 se dictó cuatro cursos de actualización jurídica:

- a) Invalidez del Acto Jurídico;
- b) Temas de Derecho Tributario;
- c) Acción de Amparo y Habeas Corpus; y
- d) La Negociación Colectiva hoy: Problemas Fundamentales.

En lo que va del año 1990 se ha dictado los siguientes cursos de actualización jurídica:

- a) I Curso de Derecho Civil Patrimonial;
- b) II Curso de Derecho Civil Patrimonial;
- c) I Curso de Actualización Jurídica en Comercio Internacional;
- d) Ley Orgánica del Poder Judicial.
- e) II Curso de Actualización Jurídica en Comercio Internacional;
- f) Balance y Perspectiva de la Regionalización.

5. *CONFERENCIAS Y SEMINARIOS*

Del 13 al 16 de febrero de 1989 se llevó a cabo el Seminario Internacional "Temas de Derecho Civil Patrimonial", para el cual se contó con la participación de profesores argentinos.

Del 14 al 30 de junio de 1989 se llevó a cabo el fórum "10 años de vigencia de la Constitución".

El 23 y 24 de setiembre de 1989 se llevó a cabo el II Seminario Nacional de Profesores de Derecho Romano, organizado con el auspicio de la Associazione di Studi Sociale Latinoamericani (ASS-LA) por el cual se aseguró la cooperación italiana para el desarrollo del Derecho Romano.

El 27 de marzo de 1990 se llevó a cabo el forum "El Anteproyecto de Ley sobre Democratización de las Decisiones de Gobierno", realizado por el Instituto Libertad y Democracia, con el apoyo de la Facultad de Derecho.

El 19, 20 y 21 de junio se realizaron el II Congreso Nacional de Derecho Constitucional y las Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, con la participación de constitucionalistas del Perú e invitados de Argentina, Brasil, México y Uruguay. Esta actividad se organizó conjuntamente con el Centro de Estudios Constitucionales y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

6. *MAESTRIAS*

Recientemente la Facultad de Derecho ha propuesto a la Escuela de Graduados la creación de una nueva maestría de contenido jurídico. Ella es la maestría de "Derecho con mención en Derecho Constitucional", que ha obtenido la aprobación final del Consejo Universitario y ha entrado en funcionamiento en el segundo semestre de 1990.

7. *CONVENIOS*

En julio de 1989, se celebró un convenio entre la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad París XIII, por medio del cual esta última otorga becas por un año a profesores jóvenes del Departamento de Derecho para realizar estudios de postgrado en dicha Universidad. Actualmente está culminando dichos estudios el exalumno doctor Julián Alberto Navarro; en tanto que la exalumna doctora Carmela Hernández ha sido seleccionada para el período 1990-1991.

Recientemente el Consejo Universitario ha aprobado la celebración de un convenio con la Universidad de Salamanca, España, para el desarrollo de las áreas de Derecho Laboral y Derecho Penal. El convenio respectivo se suscribirá próximamente.

8. *PROFESORES EMERITOS*

El 27 de abril de 1989 se nombró Profesor Emérito al doctor Jorge Avendaño Hubner y el 6 de julio de 1989 se nombró Profesor Emérito al doctor Carlos Rodríguez Pastor, luego de décadas de labor docente en nuestra Facultad.

9. *ASCENSO DE PROFESORES*

El 28 de marzo de 1990 el Consejo Universitario mediante resolución 397/90 aprobó las Normas de Evaluación para la Promoción de Profesores Ordinarios basada en el informe elaborado por la Comisión de Estudios de las Normas de Ascensos de Profesores Ordinarios. Dicha comisión estuvo presidida por el doctor Marcial Rubio e integrada por los doctores Armando Zolezzi, Fausto Viale y César Valega, así como el Representante Estudiantil Fernando Zuzunaga.

Dicho informe fue aprobado por el Consejo de la Facultad de Derecho el 1 de febrero de 1990.

10. *PROFESORES VISITANTES*

Mayo de 1989, visita del doctor Manuel Carlos Palomeque López, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Dictó una conferencia para los profesores del área de Derecho Laboral sobre “La Enseñanza del Derecho del Trabajo en España”. Asimismo, dictó una conferencia para alumnos sobre “El Derecho de Trabajo y Crisis Económica”.

Agosto de 1989, visita del doctor Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Sevilla. Dictó una conferencia sobre “Negociación Colectiva Articulada” en el Colegio de Abogados de Lima el 14 de agosto. El doctor Ojeda tuvo reuniones de trabajo con los profesores del área de Derecho Laboral de la Facultad.

Noviembre de 1989, visita del doctor Antonio Martín Valverde, Catedrático de Derecho de la Universidad de Sevilla y Magistrado del Tribunal Supremo de España. Dictó una conferencia para profesores sobre “La Constitución Española y el Derecho de Trabajo” el 29 de noviembre. Asimismo, dictó una conferencia para alumnos sobre “El Derecho de Huelga en España” el 30 de noviembre.

Durante el segundo semestre de 1990 los profesores norteamericanos Nelson Palia Díaz y Noemí Eling se encuentran dictando el curso de Temas de Derecho Civil IV.

11. *VARIOS*

El 28 de marzo de 1989, luego de aceptar la renuncia del doctor Aníbal Quiroga como Secretario Académico de la Facultad, el Consejo de la Facultad elige al doctor César Landa Arroyo para ocupar dicho cargo.

El 10 de agosto de 1989, el Consejo de Facultad aprueba el Reglamento de Adjuntos de Docencia cuya institución tiene como finalidad crear un canal para la capacitación de futuros profesores. Los adjuntos de docencia tienen la función de asistir al profesor en

la preparación de clases, lecturas, materiales de enseñanza, exámenes y controles de lectura. Su nombramiento depende de un acuerdo del Consejo de Facultad.

A partir del segundo semestre de 1989, viene realizándose por primera vez un proceso de asesoría académica y prematrícula para los alumnos de la Facultad, organizado por la Secretaría Académica con apoyo estudiantil.

DE LOS AUTORES

Robert S. Barker es catedrático de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Duquesne, Profesor Adjunto en la Escuela de Derecho de la Universidad de Pittsburgh. B.A., 1963; M.A., 1974; J.D., 1966 Universidad de Duquesne.

Francisco Fernández Segado es Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Campostela, España.

Domingo García Belaunde es doctor y profesor principal del Departamento de Derecho de nuestra Universidad y de la Universidad de Lima, donde ejerce la Dirección de la Revista *Ius et Praxis*. Dicta en el pre-grado y en la Maestría de Derecho Constitucional.

Francisco Eguiguren Praeli es abogado y profesor auxiliar a tiempo completo del Departamento de Derecho de nuestra Facultad. Dicta en el área de Derecho Constitucional.

Dalmo de Abreu Dallari es Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de Teoría del Estado en la Universidad de Sao Paulo.

César Ochoa Cardich es abogado y profesor contratado en nuestra Facultad. Es asesor en el Ministerio de Justicia.

César Landa Arroyo es Magister y Doctor en Derecho. Es profesor auxiliar en la Facultad de Derecho y coordinador de la Maestría de Derecho Constitucional. En la actualidad ejerce el cargo de Secretario Académico de la Facultad de Derecho.

Víctor Prado Saldarriaga es Doctor en Derecho, profesor asociado a tiempo completo de la Universidad Nacional Mayor de San

Marcos y profesor contratado en nuestra Universidad, en el área de Derecho Penal.

Javier Neves Mujica es abogado y profesor asociado del Departamento de Derecho de nuestra Universidad. Dicta en el área de Derecho del Trabajo.

Guillermo Figallo Adrianzén es profesor principal del Departamento de Derecho de nuestra Universidad. Ha sido Presidente del Tribunal Agrario y Vocal de la Corte Suprema de Justicia. Dicta los cursos de Derecho Agrario y Derecho Urbano.

Guillermo Fernández-Maldonado es doctor y profesor contratado del Departamento de Derecho de nuestra Universidad. Dicta en el área de Derecho Internacional Público. Es asesor en el Senado de la República.

Samuel Abad Yupanqui es abogado y profesor contratado del Departamento de Derecho de nuestra Universidad. Dicta en el área de Derecho Constitucional.

Ricardo León Pastor es actualmente egresado de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad y Jefe de Prácticas en los cursos de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Derecho Internacional Público.

Derecho Nº 43-44 se terminó de
imprimir el mes de abril de 1991 en
Editorial e Imprenta DESA (R.I. 16521)
General Varela 1577, Lima 5, Perú.
La corrección estuvo a cargo de la
Sra. Alicia Castañeda.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1991

REVISTAS
EDICIONES ANUALES

Antropológica

Suscripción	US\$	8.00
Número suelto	US\$	10.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$	14.42
Canadá y U.S.A.	US\$	17.50
Europa	US\$	19.80
Asia y Africa	US\$	22.88

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	5.00
---	------	------

Boletín del Instituto Riva-Agüero

Debates en Sociología

Derecho

Suscripción	US\$	6.40
Número suelto	US\$	8.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$	7.78
Canadá y U.S.A.	US\$	9.32
Europa	US\$	10.47
Asia y Africa	US\$	12.00

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	4.00
---	------	------

EDICIONES SEMESTRALES

Areté

Economía

Espacio y Desarrollo

Histórica

Lexis

Pro Mathematica

Revista de la Universidad Católica / Nueva serie

Revista de Psicología

Revista de Química

Suscripción	US\$	12.80
Número suelto	US\$	8.00

Envío aéreo certificado:

Suscripción	Número suelto
-------------	---------------

América Latina	US\$ 9.00	US\$ 4.50
Canadá y U.S.A.	US\$ 10.00	US\$ 5.00
Europa	US\$ 11.00	US\$ 5.50
Asia y Africa	US\$ 13.00	US\$ 6.50

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$ 4.00	US\$ 2.00
---	-----------	-----------

