

DERECHO

DERECHO

Nº 35

JUNIO 1981

Programa Académico de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú
Nº 35

JUNIO 1981



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU**

DERECHO

**NUMERO 35
LIMA 1981**

CONTENIDO

De los Editores	1
El Estado y la Constitución de 1979, Carlos Blancas Bustamante	3
El amparo en la Constitución de 1979, Alberto Borea Odría	15
La familia en la Constitución de 1979, Héctor Cornejo Chávez	23
Consejo Nacional de la Magistratura, César Delgado Barreto	53
El derecho de propiedad sobre la tierra en la nueva Constitución, Guillermo Figallo Adrianzen	59
Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución Peruana de 1979, Domingo García Belaúnde	65
Relaciones de la Iglesia y el Estado en la nueva constitución del Perú. Francisco Interdonato, S.J.	87
Educación y Universidad en la Constitución de 1979, Felipe E. Mac Gregor, S.J.	97
Sociedades Indígenas y la nueva Constitución, Manuel Marzal, S.J.	110
Constitución y Poder Tributario, Humberto Medrano	118
Defensa Nacional, Gral. E.P.(r) Edgardo Mercado Jarrín	131
El poder judicial y la Constitución de 1979, Carlos Montoya Anguerry	142
El régimen presidencial en la Constitución de 1979, José Pareja Paz Soldán	151
Régimen Municipal Alfredo Quispe Correa	173
Los poderes políticos del Estado en la nueva Constitución, Marcial Rubio Correa	189
Los Autores	201

DERECHO, es una publicación del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Apartado 1761, Lima, No. 35.

DE LOS EDITORES

Este número de nuestra revista ha tenido como miembros de su Consejo Editorial a los profesores Alfredo Ostoja López-Alfaro, Marcial Rubio Correa, Delia Revoredo de Debakey, y a los alumnos María Esperanza García Félix, Aníbal Quiroga León y Jaime Pinto Tabini.

Los editores, hemos querido dedicar este número al tratamiento de diversos temas constitucionales, en la medida que el 28 de julio de 1980 entró en vigencia nuestra nueva Carta. Para ello, hemos tenido la colaboración de los profesores del Programa Académico, de nuestro ex-Rector, el Reverendo Padre Felipe Mac Gregor S.J., del Gral. (r) E.P. Edgardo Mercado Jarrín que gentilmente ha colaborado en el tema de la Defensa Nacional, y de los constitucionalistas peruanos José Pareja Paz Soldán y Alfredo Quispe Correa, que en años anteriores han ejercido la cátedra de nuestro Programa. A todos ellos, nuestro agradecimiento.

EL ESTADO Y LA CONSTITUCION DE 1979

Carlos Blancas Bustamante

Es clásico que toda Constitución contenga la definición de la “forma del Estado”. Para Biscaretti di Ruffia, la expresión “forma del Estado” sirve “para indicar de la manera más amplia, las diversas relaciones que unen entre sí los diversos elementos constitucionales de carácter tradicional del mismo Estado —gobierno, pueblo y territorio— sobre la base de concepciones específicas de carácter político-jurídico”(1). Partiendo de esta definición, el profesor italiano formula su triple distinción de las formas del Estado que se desarrollan desde la primera guerra mundial hasta nuestros días, las cuales son: a) el Estado de democracia clásica u occidental, b) el Estado socialista y c) el Estado autoritario. Por su parte, Loewenstein recurre al concepto de “sistema político”, para ayudarse a establecer una clasificación valadera de los Estados. Precisa el concepto de la siguiente manera: “se entenderá por tal una sociedad estatal que vive bajo una ideología concreta política, sociopolítica, ética o religiosa a la cual corresponden unas determinadas instituciones destinadas a realizar dicha ideología dominante”(2). Su clasificación de los Estados o sistemas políticos se reduce a dos términos: a) El Estado constitucional y b) El Estado autocrático, utilizando como criterio de distinción la distribución o la concentración del ejercicio del poder político. Este mismo criterio, había sido ya empleado por Heller, en la primera mitad del siglo, para distinguir entre dos formas fundamentales del Estado: la democracia y la autocracia. Para Heller, “la democracia es una estructura de poder construída de abajo arriba; la autocracia organiza el Estado de arriba abajo”(3).

En una línea parecida, Bidart Campos(4), clasifica las ‘formas del Estado’ en democráticas, autoritarias y totalitarias. Asimismo, Hauriou(5), después de reconocer que el desarrollo del movimiento constitucional culmina en el Estado democrático, señala que, en el momento actual, existen, por lo menos, dos nociones de democracia: la democracia liberal occidental, con el acento puesto en la idea de libertad, y la democracia autoritaria o marxista, con el énfasis situado en la idea de igualdad.

La noción “forma del Estado” no debe confundirse con el concepto “forma de gobierno”, pues la primera, como noción genérica, puede comprender distintas expresiones de la segunda. Loewenstein, lo precisa así: “... el concepto “sistema político” se refiere a la estructura ideológica, mientras que el concepto

-
- (1) Biscaretti di Ruffia, Paolo: Introducción al Derecho Constitucional Comparado, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p.44.
 - (2) Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución, 2da. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p.31.
 - (3) Heller, Hermann: Teoría del Estado. Octava reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, p.265.
 - (4) Bidart Campos, Germán: Derecho Político. Aguilar, Buenos Aires, 1962, p.392.
 - (5) Hauriou, André: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. 4a. edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1971. p. 330.

tipo de gobierno o “régimen político” alude a la concreta conformación de las instituciones del sistema político en una determinada sociedad estatal”(6). Biscaretti, refiriéndose a la misma cuestión dice que “la expresión señalada en último término (forma de gobierno) se refiere, en primer lugar, a los aspectos exteriores que se encuentran en un determinado ordenamiento estatal”(7).

Así pues, dentro de una misma “forma de Estado” podemos encontrar —y así ocurre en la realidad constitucional— diversas “formas de gobierno”, como ocurre con los regímenes presidencial, parlamentario o directorial dentro del Estado democrático liberal. Pero, lo que define la forma del Estado son la ideología y las instituciones, a las cuales este integra como concepto global.

La Constitución de 1979, consagra el Título II, Capítulo I, a la definición y proclamación de la forma del Estado, mientras que la “forma de gobierno” se encuentra detallada en el Título IV, bajo el epígrafe de “estructura del Estado”, cuyo análisis no es objeto de este trabajo. De modo más específico, encontramos las notas que definen la “forma” que asume el Estado peruano, en el Art. 79. que contiene los rasgos fundamentales, y en el Art. 80o., que al establecer los “deberes” del Estado, completa los mencionados rasgos.

Es oportuno señalar que la Constitución al consignar en una norma los “deberes” del Estado, trae una innovación con relación a la Constitución de 1933 y a otros textos contemporáneos(8), pues aborda directamente la siempre debatida cuestión de los fines, funciones o deberes del Estado, asumiendo la posición de establecer bajo la forma de “deberes”, determinadas metas que explicitan el carácter ideológico de nuestra nueva ley fundamental.

Pensamos que en dichos artículos se encuentran precisadas las siguientes 3 notas fundamentales de la “forma de Estado” adoptada por la Constitución: 1) su carácter democrático representativo, 2) su carácter social y 3) su carácter unitario y descentralista.

1) Ya en el Preámbulo de la nueva Constitución se contienen los elementos fundamentales que tipifican el carácter democrático del Estado cuando los representantes a la Asamblea Constituyente proclamaron: “Decididos así mismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos”.

Como señala Biscaretti di Ruffia, “según la concepción propia del Estado de democracia clásica el valor político fundamental está representado por la

(6) Lowenstein, Karl. op. cit. p.32.

(7) Biscaretti di Ruffia, Paolo. op. cit. p.75.

(8) La Constitución de 1920 estableció en su Artículo 4o. los “fines” del Estado, pero la Constitución de 1933 no incluyó una norma parecida.

eminente dignidad de la persona humana, ya que la organización estatal ha sido instituida y desarrollada con el único objeto de fomentar las múltiples posibilidades derivadas de la misma persona y para facilitar su realización efectiva en el seno de la sociedad”(9). Desde este punto de vista, que mira a la finalidad última del Estado, nuestra Constitución, en su texto, se acerca a dicha definición, pues contiene una extensa y detallada enunciación de los derechos individuales y fundamentales de la persona, amplía y mejora las garantías constitucionales y mecanismos destinados a la efectiva tutela de aquellos derechos y, para relieves la importancia que les otorga, ubica en lugar preferencial el enunciado de los derechos y deberes de la persona, como título I del texto fundamental, y en el artículo primero establece, sin ambages, que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En cuanto al sistema político en sí, éste se adecúa plenamente a la exigencia de Loewenstein y Heller en el sentido de establecer el principio de distribución y no de concentración en el ejercicio del poder. En este sentido, la división de poderes, el control de la constitucionalidad de las leyes, (ahora sí dotada de un sistema apropiado y efectivo), el origen electivo de los principales órganos del Estado y la descentralización administrativa y municipal, que consagra la Constitución, parecen asegurar, en el plano formal, la vigencia de un esquema democrático, enmarcado dentro de la mejor tradición de la democracia liberal occidental.

Como lo es aquel tipo de democracia, la nuestra se define como “representativa”. Es bien conocido que el Estado moderno, por sus grandes dimensiones y extrema complejidad, no puede practicar la “democracia directa”, cuyo modelo inspirador y paradigmático continúa siendo la democracia ateniense. La democracia moderna es representativa, desde que los órganos constitucionales son desempeñados por ciudadanos elegidos por el pueblo, quienes actúan en su nombre y representación. A tal punto esto es importante que Loewenstein llega a afirmar que “la invención o descubrimiento de la técnica de la representación ha sido tan decisiva para el desarrollo político de Occidente y del mundo, como ha sido para el desarrollo técnico de la humanidad la invención del vapor, el motor de explosión o la fuerza atómica”(10).

La representación política posibilitó, frente al absolutismo monárquico, el triunfo de la democracia y su expansión en todo el orbe. Pero, ¿a quién corresponde en la teoría democrática el papel de representado? La pregunta no es vana ni meramente especulativa, pues de la respuesta depende, en muchos casos, la extensión y profundidad de la democracia.

André Hauriou señala que la democracia occidental, desde el punto de vista histórico y político-jurídico, puede fundamentarse en una de dos doctrinas

(9) Biscaretti di Ruffia, Paolo. op. cit., p. 51.

(10) Loewenstein, Karl. op. cit. p. 60.

diferentes e, inclusive, contrapuestas. Tales son, las doctrinas de la soberanía nacional y la de la soberanía popular. La soberanía de que se trata en este punto es, naturalmente, la soberanía ‘en el Estado’ y no la soberanía “del Estado”; es decir aquel concepto que permite explicar a quién corresponde el poder de mando en el Estado o, en otros términos, cuál es en una democracia la fuente del poder legítimo.

La doctrina de la soberanía nacional, atribuye la soberanía en el Estado, a la Nación, entendida ésta como una persona moral, distinta e independiente de la población que constituye uno de los elementos esenciales del Estado. Duverger, define esta concepción en la siguiente forma: “...la colectividad de ciudadanos considerada como un ser real distinto de los individuos que la componen”(11). La aplicación práctica de esta teoría en la realidad constitucional, conduce a la noción del sufragio como función y no como derecho (y por esa vía a la restricción del derecho de voto), al mandato representativo no sujeto a la imperatividad de los electores y al descarte de formas de democracia semidirecta como la revocatoria del mandato, el referendun, el plebiscito y la iniciativa popular, toda vez que la Nación se expresa únicamente mediante sus “representantes”. Como señala Hauriou, esta doctrina no es incompatible con el principio monárquico o la dictadura cesarista.

El principio de la soberanía popular, atribuye, en cambio, la soberanía en el Estado, a la universalidad de los ciudadanos que conforman el Estado en un momento histórico determinado. Se le conoce, también, como “soberanía fraccionada” pues reconoce a cada ciudadano la titularidad de una parcela de la soberanía. Bajo este principio el sufragio es concebido, lógicamente, como un derecho y no una mera función y tiende a universalizarse, se admite la sujeción de los representantes al mandato imperativo de los electores y es compatible con la introducción de mecanismos institucionales conducentes a una democracia semi-directa. Asimismo, esta fundamentación de la democracia conduce, necesariamente, a la forma republicana del Estado, siendo incompatible con el principio monárquico.

Claro está que, como lo reconocen Hauriou y Duverger, en la evolución constitucional y en la practica, estos dos principios se han ido fusionando o, mejor dicho integrando, existiendo elementos de ambos en los modernos textos constitucionales. En el caso de nuestra Constitución de 1979, el Artículo 81o., proclama: “El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación...” Esta declaración importa un reconocimiento del principio de la “soberanía popular”, sobre todo si lo comparamos con el artículo 3o. de la Constitución de 1920 que afirmaba “la soberanía reside en la Nación y su ejercicio se encomienda a los funcionarios que esta Constitución establece”. En cambio, la Constitución de 1933 proclamó el principio de la soberanía popular

(11) Duverger, Maurice: Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. 5a. edición española. Editorial Ariel, Barcelona, 1970, p. 117.

en su artículo 1o., pero como veremos éste tuvo un menor alcance que en la actual Constitución. El principio general contenido en el artículo 81o., encuentra una primera aplicación en el sufragio, reconocido como un derecho por el Artículo 65o., el cual ha sido otorgado a los analfabetos, extendiéndose significativamente. La Constitución de 1933, también atribuía al sufragio la naturaleza de un derecho, en su Art. 86o., pero al exigir como condición para su ejercicio que el ciudadano supiera leer y escribir, en la práctica restringía sustancialmente sus alcances, considerando la gran masa analfabeta que existe en el Perú. Así mismo, el Artículo 64o., establece el derecho, de alcance más general, del ciudadano a participar en los asuntos públicos “directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos”. Son estas claras expresiones del principio de la soberanía popular.

En cambio, prima la doctrina de la soberanía nacional en lo que se refiere al mandato de los representantes. Una clara manifestación de ello la encontramos en el Artículo 176, que literalmente, dice: “Los Senadores y Diputados representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo”. De este modo se elimina la perspectiva de la revocatoria del mandato, que al decir de Duverger, rara vez se aplica en los regímenes occidentales

Cabe destacar que en el esquema adoptado por nuestra nueva Constitución, se ha desechado, virtualmente, toda posibilidad de introducir mecanismos de democracia semidirecta. Unicamente, y en forma ciertamente tímida, se ha reconocido la iniciativa popular en materia de reforma constitucional (Art. 306) y en cuanto a la acción de inconstitucionalidad (Art. 29) pero no así en materia legislativa ordinaria. Tampoco se ha establecido el referendun —ni en materia constitucional ni legislativa— ni el plebiscito, prefiriéndose, básicamente, un modelo de democracia representativa sustentado en la soberanía nacional, en que la única concesión importante al principio de soberanía popular reside en el reconocimiento del sufragio como derecho (igualmente reconocido como tal en la Constitución de 1933 y en la de 1920) y su extensión a los analfabetos. En este aspecto, parece haber pesado en el ánimo de los constituyentes, a pesar del tiempo transcurrido, la advertencia que en la Exposición de Motivos del ante proyecto de Constitución de 1931, formulara Manuel Vicente Villarán: “No se halla nuestra ciudadanía en aquel grado de adelanto político que permite a más experimentadas y antiguas naciones la práctica de formas de democracia directa, como el referendun, la iniciativa de las leyes y la revocación del mandato representativo”(12).

La vigencia de la democracia en nuestro país depende, naturalmente, de muchos factores. Uno de ellos será, a nuestro juicio, en el plano político-constitucional, pasar de la mera representación a la participación efectiva y permanente del pueblo, introduciendo progresivamente mecanismos de democracia semidirecta. Otro, no menos importante, será sortear con éxito el

(12) Villarán, Manuel Vicente: Ante-Proyecto de Constitución de 1931. Lima, 1962, p.24.

riesgo que según Duverger corren todas las democracias occidentales, por el hecho que las instituciones liberales conducen a un poder político más débil, que concede mayor libertad a los ciudadanos pero es más vulnerable a los poderes económicos. Afirma el profesor francés que “se puede decir que las democracias occidentales son “plutodemocráticas” en donde el poder real reposa a la vez sobre el pueblo, por medio de la elección, y sobre el dinero. Las grandes firmas capitalistas tienen un cierto poder en el Estado, frente a los órganos emanados de la elección”(13).

2) El carácter “social” que la Constitución pretende asignar a la República Peruana resulta novedoso en nuestra historia constitucional. No lo contenía, como definición, la abrogada Constitución de 1933 ni, ciertamente ninguna de las anteriores.

Debemos vincular esta definición, al fenómeno conocido como “constitucionalismo social”, que consiste en la incorporación a los textos constitucionales, junto a los derechos individuales clásicos, de un catálogo cada vez más amplio de derechos sociales y económicos. Esta etapa de la evolución constitucional tiene antecedentes ya en el siglo pasado, en Europa, pero su verdadero punto de partida se encuentra en la famosa Constitución Mexicana de 1917 que constitucionalizó, en su célebre artículo 123, el Derecho del Trabajo y, apenas dos años después, en 1919, en la no menos conocida Constitución de Weimar, que al constitucionalizar el derecho del trabajo consagró la libertad de sindicalización y el derecho a la seguridad social, entre otros derechos de naturaleza social.

El “constitucionalismo social” se inicia, pues, como constitucionalización del derecho del trabajo: “El desarrollo de la legislación del trabajo —expresa Caldera— y la profunda trasmutación del conceptos jurídicos que supone la corriente del Derecho Social han hallado una culminación universal en el acceso de los principios fundamentales que lo rigen, a las Constituciones políticas de los Estados. Es lo que se ha llamado “constitucionalización del derecho del trabajo”(14). Como señala acertadamente Alonso García, “el proceso de esta constitucionalización se inicia a partir del momento en que la ley primera del Estado da a la actividad productora igual jerarquía que a otros principios de orden político”(15).

El mayor auge del “constitucionalismo social” se produce, sin embargo, después de 1945 cuando, terminada la segunda guerra mundial, muchos Estados, antiguos y nuevos, se dan ordenamientos constitucionales, en los que se advierte una decidida tendencia a incorporar derechos sociales y económicos. No sólo los

(13) Duverger, Maurice, *op.cit.*, p. 113.

(14) Caldera, Rafael: *Derecho del Trabajo*. 2da. edición, 3a. reimpresión, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1972. pp.100-101.

(15) Alonso García, Manuel: *Curso de Derecho del trabajo*. 5a. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1975. p.158.

derechos laborales propiamente dichos son objeto de constitucionalización, sino muchos otros relativos a materias tales como la familia, la salud, la educación, la vivienda, etc.

Según expresa Raúl Ferrero la corriente del “constitucionalismo social” llega al Perú con la Constitución de 1920, que dedicó un título a las “garantías sociales”. En esa Constitución, por ejemplo, el Art. 47o. estableció ciertos criterios básicos para la legislación del trabajo. La Constitución de 1933 continúa y afianza esta tendencia que lleva a Ferrero a sostener que “tuvo un lineamiento de avanzada para su tiempo, con ánimo de bosquejar la democracia social en el país...”(16).

En este sentido, nuestra Constitución de 1979 es pródiga y amplia en el reconocimiento de estos derechos de carácter social. Junto a los derechos y libertades de la persona tratados en el Título I, Capítulo I, y los derechos políticos considerados en el Capítulo VII del mismo título, los Capítulos II a V, que comprenden del Artículo 5o. al artículo 57o., tratan extensamente, pecando incluso de detallismo en ciertos asuntos, derechos relativos a la familia, la seguridad social, salud y bienestar, la educación, ciencia y cultura y al trabajo, siendo en esta última materia bastante completo, aunque no innovador, en el texto constitucional.

La inclusión de estos derechos sociales en la Constitución responde, en todas las democracias occidentales, a la aspiración de transformar la democracia liberal en una democracia social. “La evolución que asistimos —nos dice Hauriou— se presenta como un segundo proceso de democratización, que esta vez se traduce por una extensión en cuanto al contenido de los derechos y libertades”(17).

Por un lado, se afirman nuevos derechos y libertades que tienden a realizar en la vida social el valor de la igualdad y no sólo el de libertad, protegido por los derechos clásicos; pero, por otro lado, la realización efectiva de estos derechos y libertades sociales exige, no la abstención sino la intervención del Estado. “Estos nuevos “derechos” fundamentales —sostiene Loewenstein— se diferencian esencialmente de los recogidos por el antiguo catálogo liberal. No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado. El Estado tiene primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales”.(18)

El constitucionalismo social recoge, en el campo del Derecho y la Constitución, una tendencia ya presente en el terreno político y social, que

(16) Ferrero, Raúl: Ciencia Política. Librería Studium, Lima, 1979, p.352.

(17) Hauriou, André, op. cit. p. 212.

(18) Loewenstein, Karl, op. cit. pp. 400-401.

consiste en la creciente intervención del Estado en la vida económica y social, con la finalidad de eliminar las desigualdades, generadas bajo la égida del estado liberal clásico, y contribuir al bienestar colectivo. Se pasa, de este modo, del Estado Liberal, concebido como un poder público débil y ajeno al dinamismo natural de la economía y la sociedad, a un Estado que asume la responsabilidad de promover activamente el bienestar general y la igualdad social. A este hecho, se le ha bautizado con diversas denominaciones que apuntan a describir el mismo fenómeno: estado social, democracia social, neoliberalismo, estado del bienestar, estado social de derecho, intervencionismo de Estado, etc.

La presencia de esta concepción se advierte en el texto constitucional tanto en la definición que incluye el artículo 79o. como en el artículo 80o. que establece como deberes del Estado “promover el bienestar general, basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado”. Si bien se trata de una declaración general, de alcance político-social antes que estrictamente jurídica, ella impone al Estado peruano una orientación inequívoca que lo obligará a establecer políticas, invertir recursos y crear servicios que efectivamente permitan el ejercicio de los derechos sociales y el logro del bienestar, el desarrollo y la eliminación de toda estructura de explotación.

Pero, como lo sostiene Hauriou, no puede lograrse la democracia social sin alcanzar la democracia económica: “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, debe entenderse a nivel de la gestión de la economía, tanto como en el de la seguridad social, de la justicia o de los asuntos exteriores”(19). En otras palabras, el Estado que aspira y persigue realizar la democracia social debe intervenir en la economía y regular su funcionamiento de modo tal que este no genere nuevas y mayores desigualdades sino, por el contrario, se oriente hacia la satisfacción real de las necesidades de la población. Ello supone un cambio sustantivo del esquema liberal capitalista en el cual se admite como axioma la tesis de que el libre funcionamiento del mercado conduciría a la prosperidad colectiva. Más necesario es este cambio, en una sociedad subdesarrollada como la nuestra, que debe agregar a sus problemas propios la dependencia económica externa que distorsiona aún más la economía, las relaciones sociales y la estructura del poder.

En este punto es donde, en mayor grado, se aprecia una contradicción importante en la Constitución, pues el régimen económico definido en el Título III, posee una orientación predominantemente liberal-capitalista, que si llega a establecerse plenamente hará muy difícil, sino ilusorio que el pueblo peruano disfrute algún día de los derechos sociales que se le reconocen y, menos aún, que viva en una república “social, basada en el trabajo”.

(19) Hauriou, André, op. cit. p. 339.

Con relación a esta última parte de la frase, debemos anotar que el concepto de trabajo no es empleado aquí en un sentido jurídico sino social y moral. No se refiere al trabajo como objeto específico del derecho del trabajo, esto es, a aquel que se presta en situación de subordinación y que origina una “relación” de trabajo(20), sino al trabajo como derecho y deber social en los términos que se desprenden de los artículos 42o. y 76o. de la Constitución.

Así pues, el trabajo que la Constitución reconoce como basamento de la República no es aquel que, en sentido jurídico, corresponde al objeto del contrato o relación de trabajo, sino que es sinónimo de toda actividad u obra realizada por el hombre. Es decir, abarca tanto al que ejecuta un obrero o empleado como el que realiza un comerciante, un industrial, un profesional o un técnico de mando medio.

Este trabajo, en sentido amplio, es un derecho y un deber social y moral. Derecho, en cuanto toda persona puede exigir al Estado que establezca las condiciones básicas que le permitan desempeñar una ocupación, oficio o profesión o desarrollar una actividad; deber, en cuanto es obligación de toda persona contribuir al desarrollo social y económico de la sociedad en que vive, con el aporte de su actividad, obra o profesión.

3) Es clásica, también, la clasificación de los Estados en unitarios o federales y simples o compuestos, según se aplique o no un principio de descentralización política a la relación entre el Estado y el territorio. El Estado Federal —cuya existencia es un aporte del constitucionalismo norteamericano— supone una distribución de competencias políticas y jurídicas entre el Estado Federal propiamente dicho y los Estados federados. La soberanía, ciertamente, corresponde al Estado Federal, al igual que la política exterior y la defensa. El Estado Federal nace y se articula en virtud de una Constitución y no de un tratado o pacto, lo que sirve para distinguirlo de una Confederación de Estados, que no constituye un Estado sino una alianza o pacto de Estados que originan una asociación de derechos internacionales más no de derecho constitucional, pues la soberanía se mantiene en cada Estado confederado. Pero, en el Estado federal, cada Estado federado, dentro del ámbito de su competencia fijado por la Constitución Federal, crea su propio y peculiar ordenamiento jurídico, incluyendo una constitución y leyes, y dispone de sus particulares órganos de creación de ese ordenamiento y, naturalmente, una administración y órganos judiciales. La denominada “garantía federal” asegura al Estado Federal la supremacía sobre los Estados federados y obliga al ordenamiento de estos últimos a subordinarse al ordenamiento federal, preservando de este modo la unidad estatal.

(20) Hay algunos autores para quienes el Derecho del Trabajo comprende no sólo el trabajo subordinado, sino incluso otras formas en que no existe la nota de subordinación. Para Rafael Caldera el objeto del Derecho del Trabajo, es el trabajo como “hecho social”, no siendo indispensable el concepto de subordinación.

A este esquema se le conoce como “descentralización política” por cuanto comprende los aspectos políticos, legislativos, judiciales y administrativos y configura una estructura compuesta del Estado.

En el Perú, la tradición constitucional ha sido opuesta al federalismo. Ninguna Constitución ha consignado el principio federal, salvo la fugaz experiencia de la Confederación Perú-Boliviana que, más que subdividir la República Peruana, buscó integrarla con Bolivia al servicio de un proyecto político de dimensiones superiores. Manuel Vicente Villarán ha sintetizado esta tradición en frases rotundas: “„las aisladas tentativas y propagandas federalistas han encontrado siempre la tenaz repugnancia del país. El Perú, como guiado por su instinto biológico de conservación, ha sido siempre un organismo político unitario. La unidad nacional tiene la fuerza de una ley de su historia”(21). Desde una perspectiva diferente, Mariátegui reprueba también la tesis federalista: “El federalismo no aparece en nuestra historia como una reivindicación popular, sino más bien como una reivindicación del gamonalismo”(22).

Pero así como el Perú ha sido siempre contrario al federalismo, por creerse que encerraba el germen de la dispersión y la desunión, ha sido igualmente opuesto al centralismo, que ha llegado en nuestros días a convertirse en un grave defecto estructural. Recuerda Villarán, que este anhelo es tan antiguo que las Constituciones de 1823, 1828, 1856 y 1867 y, en cierto modo, la de 1920, preservando la estructura unitaria del Estado, fueron descentralistas. A las mencionadas Constituciones, debemos agregar la de 1933, que por impulso de la Comisión Villarán creó los Consejos Departamentales, como órganos descentralizados de origen electivo, que jamás fueron efectivamente establecidos durante sus 47 años de vigencia, por no haberse dictado la Ley Orgánica que debía regular su organización y funcionamiento.

La Constitución de 1979 recoge un esquema análogo, pero su base es regional en vez de departamental. La región, que constituye la unidad de descentralización, integrará los actuales departamentos y áreas contiguas con criterio geo-económico. La región, goza de autonomía económica y administrativa y cuenta con recursos propios, cuyo origen norma la propia Constitución. Su competencia está taxativamente delimitada en el artículo 261o. y se refiere a la dirección y administración de servicios públicos, algunos de los cuales han sido ya desconcentrados por el gobierno, y a otros que, eventualmente puede delegar el Poder Ejecutivo, así como a la planificación del desarrollo regional. No posee la región competencia propia en materia legislativa, política y judicial, porque si así fuere, estaríamos en presencia de un federalismo encubierto. Sin embargo, cabe destacar, que se permite que el Congreso delegue a la región ciertas facultades legislativas, que en ese caso, serán ejercidas por la

(21) Villarán, Manuel Vicente, op. cit. p.25

(22) Mariátegui, José Carlos: 7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana. 9a. edición. Editorial Amauta, Lima, 1964. p.168.

Asamblea Regional, que es el órgano deliberativo de la región. Dichas facultades delegadas, deberán ejercerse con la limitación que impone el artículo 266o., en el sentido de que la legislación que se dicte quede subordinada a la legislación nacional y de que no pueden delegarse aquellas materias que alteran el carácter unitario de la República, el ordenamiento jurídico del Estado o que puedan ser opuestas al interés nacional o al de otras regiones. La promulgación y publicación de las normas legislativas que, por delegación, apruebe la Asamblea Regional, no es atribución del órgano regional, sino del Poder Ejecutivo del Estado, quien puede ejercer el veto.

En esta forma se estructura un régimen de descentralización regional que cuando sea implementado —si es que por avatares políticos no corre la misma suerte de los Consejos Departamentales— puede posibilitar al Perú, poner fin al agobiante centralismo que Villarán describió con duras palabras en 1931: “Este régimen es un absurdo despilfarro de hombres. Somos pocos y estamos llamados a organizarnos de modo que ningún talento, ninguna devoción por el bien común, ningún esfuerzo, carezcan de rol grande o pequeño. El excesivo centralismo es un cáncer que devora células vitales”(23).

Lima, 25 de agosto de 1980

(23) Villarán, Manuel Vicente, op. cit. p. 86.

EL AMPARO EN LA CONSTITUCION DE 1979

Alberto Borea Odría

A : Domingo García Belaúnde,
mi maestro

Es el Amparo una de las instituciones que se incorpora como tal a la vida constitucional del Perú en la Carta de 1979.

Los derechos fundamentales que la Constitución reconocía a los ciudadanos de la República, fueron garantizados en la Constitución de 1933 a través del Habeas Corpus. Este instituto, como se sabe, fue ideado para la defensa del derecho de libertad individual(1). Con posterioridad y debido a la necesidad de cautelar también los nuevos derechos sociales, distintos en su concepción y diferentes en su concreción a los derechos individuales de la formación liberal, los juristas debieron crear una nueva figura que se adaptase a las necesidades y que cumpliera con garantizar su vigencia cuando fueren atacados o violados.

Esta nueva garantía fue el Amparo. No obstante, su incorporación al constitucionalismo no ha sido rápida. En algunos países ha sido la jurisprudencia la que lo ha impulsado a la categoría de institución cautelar arbitrándole incluso, por falta de normas procesales preexistentes, un camino propio, como en el caso de Argentina(2).

El Perú siguió manteniendo hasta 1968 como única garantía constitucional contra la violación de todo tipo de derechos constitucionales al Habeas Corpus tal como fuera legislado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, (artículos 349 y siguientes), destinado en su intención a la defensa de los derechos estrictamente individuales como son la libertad personal, el derecho de libre tránsito o el de permanencia en el territorio de la República.

Con anterioridad a esa fecha ya Raúl Ferrero Rebagliati, por ejemplo, se había pronunciado acerca de la conveniencia de legislar sobre el Amparo. La razón fluía del análisis de la jurisprudencia y de la propia constatación acerca de la inaplicabilidad, por múltiples razones, de las normas procesales del Habeas Corpus a la defensa de derechos como el de propiedad o el de la libertad de reunión. El Habeas Corpus es una vía sumarísima en la que basta sólo una constatación de la veracidad o falsedad del ataque al derecho individual ¿Cómo conjugar esto con una defensa del derecho de propiedad por una discusión acerca del justo precio de una expropiación? En este segundo caso el Estado tiene un

(1) Ver Sánchez Viamonte, Carlos: "El Habeas Corpus". Ed. La Ley 1924 o García Belaúnde, Domingo "El Habeas Corpus en el Perú". Ed. U.N.M.S.A., Lima 1979.
(2) Véase Housay, Abel.

derecho a contestación y existe una materia sujeta a interpretación en la que al haber discutibilidad hay la obligación de entablar contienda.

El Decreto Ley 17083, introdujo en el Perú un camino procesal distinto al establecido para la tramitación del Habeas Corpus para aquellos casos en que la violación fuere la de un derecho distinto al de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito. Se señaló que serían las salas civiles las que, fuera de los casos reseñados, se encargarían de la vista de las causas y se incorporó el principio de la contestación por parte del organismo responsable de la presunta violación.

Era sin duda un avance, no obstante se le siguió llamando Habeas Corpus a este nuevo proceso y dado lo exiguo de su articulado el Código de Procedimientos Penales siguió siendo norma complementaria.

La constitucionalización del Amparo era precisa. Fuera de Ferrero Rebagliati, Domingo García Belaúnde(1) y el propio autor(2) habían solicitado esta medida.

En materia de garantías constitucionales, la nueva Carta Política no sólo es más ordenada que la anterior por cuanto separa y distingue acertadamente lo que son los derechos “atribuciones, facultades que se otorgan a los individuos que conforman la población del Estado”(3) de lo que son las garantías: “instrumento procesal con que se arma al individuo para que pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos que constituyen en conjunto la libertad civil y política”(4).

La Constitución de 1979 le ha dedicado el título V a las Garantías Constitucionales, pero, además, la nueva Constitución recoge ya diferenciadas a la acción de Habeas Corpus y a la acción de Amparo (artículo 295), no obstante el tratamiento no es acabado y se precisarán una serie de normas complementarias o leyes orgánicas en que se definan con claridad cada uno de estos institutos.

Analicemos a continuación el nuevo texto:

En primer lugar, acepta que la violación al derecho constitucional se debe reparar tanto si la agresión proviene de un acto positivo (comisión), o de la negación de un acto (omisión). Era claro que en todo caso siempre se han podido

-
- (1) García Belaúnde, Domingo: “El Habeas Corpus Interpretado” Ed. Pontificia Universidad Católica, Lima 1971.
 - (2) Borea Odría, Alberto: “La defensa constitucional: el Amparo”. Ed. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1977.
 - (3) Sánchez Viamonte, Carlos: Ob. cit., pág. 21.
 - (4) Bidart Campos, Germán J. “Derecho Constitucional”. Ed. Edia Bs. As. I-II Pág. 65.

violiar las normas jurídicas por acción o por omisión, por ejemplo, cuando un funcionario se niega a darle el visado correspondiente a un pasaporte de un ciudadano peruano en el extranjero. La Constitución de 1933 no era en estos términos clara y resulta un avance lo preceptuado por el nuevo texto.

En segundo término, al señalar que el Amparo “cautela los demás derechos reconocidos en la Constitución”, la Constitución acepta que esta garantía sirva para proteger derechos de muy diverso contenido y que exigirán a la Ley Orgánica arbitrar una serie de caminos procesales para que, urgente y eficazmente, se pueda llegar a solucionar las violaciones.

A nadie puede escapar el hecho que la protección del derecho de propiedad tiene que ser regulada de distinta manera al de libertad de reunión y ambos a cualquiera de los derechos sociales, siempre que se entienda, y esto lo veremos más adelante, que las garantías deben cautelar este especial tipo de normas. En el primero de estos casos se puede proceder a una suspensión del acto reclamado en tanto se discute el derecho del agresor y del agredido, la discusión no perjudicará en este caso el derecho. En el segundo, si la discusión se prolonga en los términos normales el fallo puede devenir en ilusorio y el triunfo procesal del quejoso no irá más allá de una victoria pírrica puesto que, por ejemplo, solicitado un permiso para una manifestación pública el último día de campaña electoral y denegado arbitrariamente el permiso aún con los sumarios términos de la acción de garantía, la resolución sería dada con posterioridad a la elección y, por imposibilidad de reparación del daño, tendría que declararse sin materia sobre la cual resolver.

Esto se conjuga con el tercer párrafo del mismo artículo 295o. que insiste en la falla en tanto supone una similitud entre el Habeas Corpus y el Amparo en materia procesal. Ya hemos señalado por qué no pueden tener el mismo trámite y en un artículo tan corto es imposible insidir sumamente en ello.

Debe entenderse, en todo caso el texto constitucional, como el deseo de los constituyentes de darle un trámite sumarísimo al Amparo y, en tanto no se sancione la ley orgánica de procedimientos constitucionales, las normas vigentes de Habeas Corpus pueden ser consideradas supletorias.

Otra de las necesarias precisiones que se encuentran consignadas en el texto es aquella que establece que no sólo procede la utilización de la garantía cuando la agresión proviene de una autoridad política sino también en los casos en que es un particular el que agrede el derecho constitucional ajeno. La doctrina está dividida en este punto por cuanto quienes pensaban que sólo debía proceder el Amparo cuando se trataba de agresión por parte de funcionarios sustentaban su posición en razones históricas (la garantía y en especial el Habeas Corpus se generan en la necesidad de defender el derecho de los particulares contra el abuso de autoridad), y en razón que podríamos denominar como práctica puesto que para la agresión de quien no actúa en nombre del Estado podrían

utilizarse las normas comunes del Código Penal(*). Por el contrario, los que se inclinan por la procedencia del Amparo para los casos en que la agresión proviene de particulares, se amparan en que lo importante no es quien comete la agresión, sino que se ha dado una violación de la Constitución en perjuicio de un ciudadano, que esos derechos son de fundamental importancia y que lo principal no es castigar al infractor, sino restituir al agredido en el goce de su estatuto jurídico(**).

Por otra parte, si bien en la época liberal prácticamente desaparecieron las instituciones intermedias entre el hombre y el Estado, en el momento presente no puede explicarse la sociedad con prescindencia de las asociaciones, clubes, sindicatos, confederaciones, colegios profesionales, partidos políticos., todos los cuales tienen un rol importante en la vida del individuo quien muchas de las veces centra su propia vida en su participación en estas instituciones y, por tanto, pone un poco su destino a su merced. Este poder debe ser prontamente controlado cuando, rebasando su natural cauce, agrede el Derecho Constitucional y en especial los derechos constitucionales de las personas.

Nuestra anterior Constitución de 1933 no precisó este punto, no obstante cabe mencionarse que al tiempo de ser promulgada el Código de Procedimientos en Materia Criminal(***), vigente entonces, señalaba la procedencia del Habeas Corpus en estos casos. Al reformarse el Código se modificó la norma que así lo entendía y la jurisprudencia casi unánimemente se ha resistido a aceptar este principio de la procedencia del amparo en el caso de violación por parte de los particulares.

Parécenos, un acierto la incorporación de este principio por las razones expuestas que hemos suscrito en anterior trabajo ya citado.

Otro de los puntos que parece quedar claro del propio texto es aquel deslinde entre la acción de garantía en sí y el castigo al causante de la infracción constitucional. En varias oportunidades en este mismo artículo hemos mencionado que lo esencial ya del amparo o del Habeas Corpus es la defensa del derecho. Sin embargo, la jurisprudencia en el Perú consideró como un todo indesligable la propia garantía y el castigo al infractor, deshechando muchas veces la acción por la falta de designación del nombre del presunto culpable de la agresión a efectos de la aplicación de la sanción. Esta confusión nació del artículo 356 del C.P.P.

Cabe mencionarse que son los puntos teóricos que el texto ha aclarado convenientemente: la procedencia del Amparo para violación por omisión, la

* Entre estos autores están Domingo García Belaúnde y Rafael Bielsa.

** Entre estos están José Larrami, Angel Flor Brice, Germán Bidart, Antonio Carrillo Flórez.

*** Ard.

procedencia del Amparo contra las amenazas de violación, la procedencia del Amparo cuando el ataque le es debido a los particulares.

Hay 2 otros que no están debidamente aclarados. Cuando la agresión se basa en una ley inconstitucional y cuando proviene de una resolución judicial.

Se ha sostenido reiteradamente que lo importante es la defensa del derecho constitucional y no la categoría del agresor. ¿Qué sucede cuando esta violación o amenaza se sustenta en una norma legal? El problema suscita mayores comentarios y es preciso no ahorrar esfuerzos en clarificar este punto.

La ley, en primer término, tal como lo sostiene Raúl Ferrero en su libro *Ciencia Política*, tiene presunción de validez y legitimidad. Es o se dice que es la expresión del deseo de regulación por parte del detentador del poder y si éste se basa en un sistema democrático se señala que es la voluntad de la mayoría del pueblo la que apoya la norma. ¿Puede contra esto revelarse un hombre? Naturalmente que este punto se encuentra en estrecha relación con el de los derechos de la minoría.

Domingo García Belaúnde sostiene en su libro “El Habeas Corpus en el Perú” que “éste no debía usarse para impugnar normas ni mucho menos defender el principio de la soberanía de la Constitución ” (ver libro citado p; 117). Entre las razones que consigna hay algunas de carácter jurídico general y otras de evolución histórica del derecho peruano. Entre las primeras menciona lo que considera ser su esencia. la defensa contra actos arbitrarios desprovistos de toda normatividad. Traemos a colación esta opinión en el presente trabajo en tanto que perteneciendo el Habeas Corpus y el Amparo a la familia de las garantías, los rasgos doctrinales de ambas instituciones son comunes.

No compartimos sin embargo esa opinión. Aceptar esta posición sería dejar al desamparo a todos los ciudadanos frente a las decisiones de la autoridad, con el agravante que en nuestros países el sistema de designación de autoridades no es estable ni regular y que, de primar este temperamento, bastaría con una norma cualquiera emanada del circunstancial detentador del poder para dejar sin efecto cualesquiera precepto de la Constitución. Esto se agrava aún más si se tiene por sentado que el criterio de la no justificabilidad de los llamados actos políticos es doctrina aceptada por la jurisprudencia de nuestros países y que no se discute en estos casos la inconstitucionalidad por origen de las normas (análisis de la legalidad de quien la promulga) sino la inconstitucionalidad por destino (análisis de las disposiciones del propio texto legal). Por ejemplo, si se aceptara este temperamento cualquier tirano o dictador —en la connotación actual del término—, podría darle forma de ley a un atropello y convertir en indiscutible la agresión en el momento de su comisión.

A esto se puede, no obstante, levantar dos objeciones. La primera, que la discusión se podría dar en el campo de una acción ordinaria, pero creo que en este punto estaremos de acuerdo en que lo lato del procedimiento podría hacer

devenir en irreparable el daño causado a la víctima de la agresión. La segunda, más de fondo, una discusión acerca del porqué de la primacía constitucional sobre todas las demás normas. En este punto Carl Schmitt, manifiesta que: “en el Estado legislativo, el legislador es siempre uno, el legislador sin más. Toda concurrencia de legisladores de distinta categoría (entre los que estarían los constituyentes) y de conceptos de ley relativizados entre sí (entre los cuales estaría la constitución) destruye, como ya se ha subrayado el Estado Legislativo” (Legalidad y Legitimidad. Ed. Aguilar, 1971 p. 29) y si no existe esta preeminencia carece de objeto discutir sobre la procedibilidad del Amparo. No obstante, el mundo moderno, especialmente a partir del caso *Marbury vs. Madison*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha ido aceptando, ya sea por lo que se ha llamado un control difuso (tribunales ordinarios en cualquier acción); control concentrado (tribunales especiales o tribunal especial), el análisis de la constitucionalidad de las leyes.

En el Perú, esta supremacía de la Constitución sobre las leyes, expresada clara e inequívocamente en el texto constitucional es también una de las innovaciones de la Carta de 1979, ya que en el artículo 87 dice: “La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal”..

La discusión luego de este texto se reduce a apreciar si en el procedimiento de Amparo puede o no discernirse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto que motiva la acción.

A la opinión de Domingo García Belaúnde se le suma la de Enrique Chirinos Soto, Constituyente, que en sus comentarios a la Constitución, publicado bajo el título “La Nueva Constitución al alcance de todos” dice que: “el habeas corpus y la acción de amparo no se intentan contra resoluciones como tales, sino frente a casos concretos de violación de derechos constitucionales” (ver libro citado pág. 356). El Maestro Héctor Fix Zamudio nos documenta en su libro “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1945” (Ed. U.N.A.M. México 1968), en cuanto precisa que en el sentido casi generalizado de la legislación comparada es el de no aceptar por la vía del Amparo la discutibilidad de la constitucionalidad de un precepto legal.

El Art. 236 de la actual Constitución dice que: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera...”. Aquí no hay ninguna diferenciación entre los procesos que se siguen. Aquí sólo se habla que en el caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal el juez debe de preferir la primera. Vale decir que éste es un precepto imperativo para el Juez. Ningún juez podrá alegar siquiera, que la inconstitucionalidad no es deducida por las partes puesto que es principio de la hermenéutica jurídica que el Juez conoce el derecho. Y si no se hace aquí esta distinción, ¿puede distinguirse donde la ley no distingue? ¿No es caso el amparo una acción tal como lo reconoce la propia Constitución en su Art. 295? ¿Acaso se precisa de tiempo probatorio especial para apreciar la inconstitucionalidad de una norma? ¿No es esto último un proceso deductivo que no exige otra cosa

que el raciocinio de los magistrados?

Por otro lado, la acción de inconstitucionalidad que se menciona en el art. 298 del texto fundamental es distinta a la excepción de inconstitucionalidad, que en realidad comporta la oposición de esta categoría a cualquier juez en la sustentación de dicha garantía, lo que interesa es el cese de la violación en el caso concreto y el juez no puede administrar justicia prescindiendo del más importante instrumento jurídico del país. En cuanto a la acción de inconstitucionalidad encargada al Tribunal de Garantías Constitucionales, esta sí decidirá para todos los casos e importará la derogatoria de la norma cuestionada.(Art. 301).

Creo pues, que a pesar de las opiniones del Dr. Chirinos, uno de los Constituyentes, así como las versadas apreciaciones del Dr. García Belaúnde, el Amparo en el Perú de 1980 puede ser intentado aún cuando la agresión venga basada en una ley inconstitucional. Importaría sí, aclarar este punto en la ley orgánica de garantías a efectos de evitar dobles interpretaciones.

Con respecto al amparo contra las resoluciones judiciales atentatorias del derecho constitucional, la nueva Constitución tampoco ha hecho un pronunciamiento taxativo.

Naturalmente que no puede haber duda en tanto la agresión provenga de un miembro del Poder Judicial que no tenga jurisdicción o competencia alguna, puesto que en este caso estamos ante un hecho abusivo, ilegal y corriente y no hay autoritas, ni respaldo del órgano jurisdiccional como tal.

La discusión surge en cuanto a que la agresión fluya del propio proceso, ya sea en la parte sustantiva, ya en la procesal. El Art. 295 segundo párrafo señala que la procedencia se da en los casos en que la agresión venga de cualquier funcionario, y los miembros del órgano jurisdiccional son funcionarios por lo que también puede comprenderse a ellos y a sus actos.

La tarea que debe desarrollar la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales será muy importante, sin embargo, para evitar que todo litigante vencido prenteda sin razón utilizar el recurso de amparo. Este ha de tener carácter extraordinario.

Quedan finalmente por tocar dos puntos que deberán de contemplarse en la ley orgánica respectiva:

- a. La suplencia de la queja, vale decir, la facultad del Juez para remediar cualquier falla procesal que pudiera entorpecer la continuidad de la acción. En el Perú se han dado casos en que la falta de una fotocopia o la de una Partida, han motivado la nulidad de todo el proceso. Con razón dijo Felipe Tena Ramírez refiriéndose al amparo mexicano, que las formalidades con que la ley rodea al amparo de estricto derecho, los numerosos y a veces injustificados requisitos que debe satisfacer el quejoso en esta clase de

Amparo so pena de no alcanzar justicia, significan para él una trampa y para el Juez una burla. Los quejosos que no dominan los secretos de este juicio esotérico, y son casi todos, o los que no pueden contratar abogados especialistas en la materia, y son los más, se juegan al azar del destino su causa, y cuando en los pleitos cuantiosos se enfrentan abogados de nota, el Amparo de estricto derecho suele ser también un fracaso, porque se convierte en dádalo donde con frecuencia sale mejor librada la habilidad que la justicia” (Tena Ramírez, Felipe: “El Amparo de Estricto Derecho” en revista de la Facultad de Derecho de la UNAM 1954 T. IV. p. 9).

- b. La suspensión del acto reclamado; que garantiza al quejoso de no ser perjudicado por la continuidad de una acción que puede ser declarada inconstitucional. Dada la prontitud de los términos esto debe ser indispensable.

La ley orgánica deberá tratar también puntos como el de la personería para la interposición de la acción y otros que se comentarán más detalladamente en otro trabajo y que no es posible hacerlo en éste dada las limitaciones de espacio a que se nos ha confinado.

El Amparo, incorporado al ordenamiento procesal constitucional, llena un vacío en la defensa de los derechos del hombre. Su sola inclusión no garantiza su cumplimiento. Los jueces deberán darle el sople de vida real del cual precisan.

Lima, Julio de 1980

Alberto Borea Odría

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCION DE 1979

Héctor Cornejo Chávez

Este estudio forma parte de la Exposición de Motivos de la Ponencia sobre el Libro de la Familia del nuevo Código Civil, presentado por el autor en su condición de miembro de la Comisión Revisora del Código de 1936.

Las formas de celebración del matrimonio

La Constitución de 1979 preceptúa en su Art. 5, párrafo segundo que las formas de celebración del matrimonio y las causas de su disolución serán reglamentadas por la ley.

Literalmente, y más allá de la intención del legislador contituyente, el texto del párrafo transcrito plantea la posibilidad de que el Código en preparación considere como formas de celebración del casamiento, no solamente la civil que introdujo con carácter facultativo o excepcional la Ley de 23 de diciembre de 1897 y que el Decreto-Ley 6889 convirtió en único y obligatorio a partir del 4 de octubre de 1930, sino también el matrimonio canónico que estuvo en vigencia durante los cuatro siglos anteriores y aún el servinakuy u otras formas matrimoniales de derecho aborígen.

El matrimonio canónico

El matrimonio ha sido históricamente regulado en diferentes formas, según que se haya visto en él una institución religiosa, civil o mixta.

En el Derecho Romano, el matrimonio sigue una progresiva tendencia que lo caracteriza como institución civil y que se pone de manifiesto en las diversas formas en que el marido adquiere la *manus*: la *confarreatio*, propia de los patricios, para cuya validez sólo es exigible la libre expresión del consentimiento y cuyas solemnidades religiosas no forman el matrimonio; la *coemptio* o venta solemne en que la secularización aparece claramente; y el *usus*, aplicación de la *usucapio* a la posesión de la mujer, en que es exclusivo el carácter profano. La índole civil de estas formas de matrimonio quirritario es aún más perceptible en el matrimonio *sine manus*, en el que la mujer sigue formando parte de su familia natural, sin confundir su patrimonio con el de su marido ni quedar sometida a la potestad de éste. La celebración de este matrimonio, que alcanzó consagración definitiva con Justiniano, no exige ninguna formalidad externa, pues es bastante el *consensus matrimonialis*, salvó cuando se trata de grandes dignatarios o personas ilustres que por disposición imperial deben otorgar dotalia instrumental.

El matrimonio queda así caracterizado como acto privado, no oficial y disoluble por divorcio o repudio.

En los primeros siglos de la era cristiana, el nuevo Derecho transige con el matrimonio civil de los romanos (y también de los bárbaros) para hacer más accesible el casamiento a los humildes y combatir el concubinato. Luego, hacia el siglo VI, comienza a fusionarse la legislación civil con la canónica; y tres siglos más tarde la Iglesia toma el matrimonio bajo su exclusiva regulación, hecho que se reafirma con las disposiciones adoptadas por los concilios de Letrán (s. XIII) y de Trento (s. XVI).

La concepción esencial del Derecho Canónico consiste en considerar el matrimonio como contrato y al mismo tiempo como sacramento, calidades ambas que se condicionan recíprocamente: si no hay contrato válido, no hay sacramento; y si no hay sacramento, no hay contrato.

Durante varias centurias, el matrimonio y las cuestiones derivadas de él son consideradas universalmente como de exclusiva competencia de la Iglesia, y ésta los sujetó a una regulación exhaustiva que prácticamente nada dejó de prever y en cuyo acierto debe hallarse la causa de su extraordinaria perduración.

La readquisición del Derecho matrimonial por la autoridad civil proviene de dos fuentes principales: el protestantismo, pues los reformadores rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio; y el Derecho Natural, cuyos teóricos asumen en los siglos XVI y XVII la misma posición.

Más tarde, consumada la Revolución Francesa, el Código Napoléon organizó el matrimonio como institución exclusivamente civil, influyendo con su ejemplo sobre casi toda la legislación del mundo.

Desde entonces y hasta antes de la II Guerra Mundial, las legislaciones adoptan una de tres posiciones principales: la puramente confesional; aquélla en que el Estado se arroga el derecho de regular el matrimonio, pero cuyas normas conservan una coloración confesional o admiten como supletorio el Derecho confesional en caso de insuficiencia de la regulación estatal; y la a-confesional, que prescinde de las normas religiosas aunque en mayor o menor extensión coincida con ella.

Contemporáneamente, el matrimonio civil —o forma civil de conclusión del matrimonio— se da subsidiario, facultativo u obligatorio, según los países.

Es subsidiario cuando rige sólo para ciertos grupos de personas, para enlaces mixtos o para otros casos en que los contrayentes no pueden recibir la bendición eclesiástica; tiene carácter facultativo cuando los interesados pueden casarse a su elección ante un eclesiástico o ante un funcionario civil; es obligatorio cuando la ley desconoce todo valor al casamiento religioso e impone a los contrayentes sin excepción el matrimonio ante funcionarios del Estado.

Austria hasta 1941; Inglaterra, Suecia, Italia y algunos Estados de la Unión Americana; Francia y otros países, son respectivamente ejemplo de cada uno de esos criterios.

Entre los países latinoamericanos, los casos de Brasil, Colombia, Bolivia y Costa Rica resultan especialmente interesantes desde la perspectiva abierta por la nueva Constitución del Perú: todos ellos admiten o reconocen efectos civiles al matrimonio católico dentro de determinada medida y condiciones. Brasil es el de data más antigua, Colombia ha asumido esa posición como resultado de un Concordato con la Santa Sede, Bolivia y Costa Rica —que, como se ha dicho, son los países de más reciente regulación familiar y, con Cuba, los únicos que legislan sobre el fenómeno familiar en códigos independientes— la han adoptado, a lo que parece, más bien en función de sus realidades sociales que por consideración de índole teórica.

En lo que concierne específicamente al Perú, el Código Civil de 1852 no estableció otro matrimonio con efectos legales que el celebrado conforme a las disposiciones del Concilio de Trento, es decir, el matrimonio canónico —tal como, por lo demás, venía ocurriendo desde casi cuatro siglos antes, a raíz de la incorporación del Perú a la órbita de la cultura occidental—; si bien, para reclamar los derechos civiles anexos a él, era necesario inscribirlo en el Registro del Estado Civil (Arts. 441 y 443). Aquello se justificaba por el hecho de que la abrumadora mayoría de la población peruana profesaba la religión católica.

Esa situación perduró hasta el 23 de diciembre de 1897, fecha en que se reconoció por ley dos formas de matrimonio: la canónica para los que profesaban la religión católica, y la civil para los que declaraban no haber pertenecido a dicha religión o haberse separado de ella; criterio éste que reafirmó la ley de 23 de noviembre de 1903 y que mantuvo la Comisión que preparó el actual Código Civil.

En 1920, el Congreso aprobó una ley que secularizaba el matrimonio; pero, observada por el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones constitucionales, no pudo entrar en vigencia hasta el 4 de octubre de 1930, esto es, al retirarse el veto gubernativo por la Junta Militar de Gobierno de Sánchez Cerro (Decreto-Ley No. 6889).

A partir de entonces y hasta la promulgación del Código Civil de 1936, se llegó a prohibir a los sacerdotes católicos que celebrasen el matrimonio canónico mientras no comprobasen que los pretendientes habían contraído previamente matrimonio civil.

En la actualidad, derogada esa exigencia, la ley mantiene el precepto de que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, sin que el caso del matrimonio *in extremis* o del matrimonio civil realizado ante funcionarios eclesiásticos hagan excepción, al menos explícitamente, a tal precepto.

Ocurre, sin embargo, que la inmensa mayoría de la población peruana sigue considerándose casada cuando sale de la iglesia, y no de la municipalidad. Para ella, el matrimonio civil viene a ser poco más que un trámite previo al verdadero casamiento. Después de medio siglo de negación oficial de valor al matrimonio religioso, la realidad sigue resistiendo a esa imposición; y aunque se supone que en muchos casos se opta por celebrar ambos matrimonios, con la duplicación de trámites y gastos que ello importa, existen muchos otros en que se celebra sólo el religioso. Estos últimos casos, cuya verdadera magnitud no se conoce, crean el problema de que matrimonios que son verdaderamente tales en la intención y la convicción de los contrayentes, en su funcionamiento real y en el consenso colectivo, resultan ser concubinatos para la ley, con todos los inconvenientes y perjuicios que ello representa especialmente para la mujer y también para los hijos.

La iniciativa que, planteada al interior de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, originó la norma contenida en el segundo párrafo del art. 5 de la nueva Carta, tiene por finalidad enmendar aquella anomalía. Con ella, al mismo tiempo que se hace concordar la ley con la realidad, se entiende respetar también la libertad de conciencia y de creencia, explícitamente consagradas como derechos fundamentales de la persona, ya que los contrayentes podrían casarse en cualquiera de ambas formas.

En tesis general, los obstáculos que es necesario superar en la implementación de la norma constitucional son principalmente tres: que los requisitos o condiciones necesarias para contraer matrimonio válido y lícito, y por tanto la teoría de los impedimentos, así como la actitud frente a la disolución del vínculo, no son enteramente coincidentes en lo religioso y en lo civil; que los registros parroquiales no están bajo control del Estado; y que, con el mismo criterio, se debería reconocer valor legal a matrimonios contraídos conforme a otras creencias religiosas.

Conviene examinar separadamente cada uno de estos problemas:

Desde luego, las coincidencias entre las normas canónicas y las civiles acerca del matrimonio son muy grandes en cuanto a las formalidades (lo cual no puede llamar la atención, si se recuerda que, como lo hizo presente De Bernardi al iniciarse la obra legislativa de Napoleón, el Derecho Canónico perfeccionó a tal punto esta materia que las legislaciones civiles no han hecho sino copiarlo); difieren en cierta medida en cuanto a los impedimentos; y se contraponen abiertamente en lo que concierne a la posibilidad de disolver por divorcio el vínculo matrimonial y parcialmente en lo que atañe a la separación de cuerpos.

La diferencia, más bien pequeña como se ha señalado, en cuanto a las formalidades previas a la celebración del casamiento y a las de éste mismo, carecen de trascendencia, pues precisamente la Constitución admite la pluralidad de formas, aparte de que tanto las canónicas como las civiles persiguen las mismas finalidades y mantienen una gran semejanza.

Más delicada e importante es la cuestión relacionada con la diferencia que, en cierta medida, se puede advertir en cuanto a las condiciones necesarias para casarse o teoría de los impedimentos.

Forzoso es, a este respecto, empezar por precisar cuáles son y en qué consisten tales diferencias.

Tanto el Código Civil como el Codex Iuris Canonici establecen los impedimentos dirimentes de impubertad, falta de consentimiento, vínculo conyugal pre-existente, consanguinidad en las líneas recta y colateral, afinidad en ambas líneas, raptó y crimen, y como impediente, el de adopción. No obstante, la coincidencia en la amplitud del impedimento sólo se da en los casos de consanguinidad y afinidad en línea recta, de vínculo conyugal anterior y de adopción. En general, también podría registrarse coincidencia en lo que concierne a la falta de consentimiento libre.

Hay un segundo grupo de impedimentos, que son los establecidos por el Código Civil y que no se reproducen en el Codex. Tales son los casos de la minoridad, la sanidad y las prohibiciones establecidas en los arts. 84 a 86 respecto del tutor y el curador y de las personas viudas, divorciadas o cuyo matrimonio anterior fue anulado.

Un tercer grupo se puede conformar con los impedimentos que sanciona el Codex, pero que no vienen establecidos por el texto nacional, tales como los impedientes de voto simple de virginidad, de castidad perfecta, de no casarse, de recibir órdenes sagradas o de abrazar el estado religioso; el de mixta religión; el que prohíbe el matrimonio del católico con quien ha dejado de serlo; y el que obsta el matrimonio con público pecador; y los dirimentes de impotencia, pública honestidad, parentesco espiritual y los que afectan al clérigo con órdenes sagradas, al religioso con ciertos votos y al bautizado respecto del no bautizado.

Es obvio que este último grupo carece de relevancia para el efecto de que ahora se trata, ya que siempre que la Iglesia sea más exigente que la ley nacional no se afecta en absoluto el orden público interno: en tales casos no se da la posibilidad de que logren contraer matrimonio religioso con efectos civiles quienes estuvieren impedidos de casarse por lo civil, que es lo que al Estado le interesa legítimamente. En cuanto a los particulares afectados por tales impedimentos, legalmente podrán casarse civilmente; el problema que con ello generan se sitúa estrictamente en la esfera íntima de su conciencia moral o religiosa. Añádase un comentario pertinente a la impotencia; y es que, aunque el Código Civil no lo menciona como impedimento, permite la anulación posterior del matrimonio por esa causa, lo que aproxima más su posición a la canónica.

Tratándose del primer grupo de impedimentos, o sea, aquéllos en que ambas legislaciones coinciden, el único problema se refiere a la distinta amplitud en que cada una considera ciertos impedimentos, así como, eventualmente, en la posibilidad de que sean dispensados en una legislación y no en la otra (o

concretamente en la legislación canónica y no en la civil, pues el supuesto contrario deja incólume el orden público nacional).

En este sentido, no existe problema derivado de la diferente amplitud del impedimento de consaguinidad en línea colateral, en el de afinidad en la misma línea y en el de raptó (que incluye la retención violenta de la mujer, matiz que el Código Civil no incorpora al menos explícitamente); porque, en todos ellos, la amplitud del impedimento es mayor en el Codex. Tampoco se da, pues, el riesgo de una violación del orden público nacional.

El problema queda circunscrito a dos casos de este grupo: el de impubertad y el de crimen, pues en ambos el texto civil es más exigente que el canónico. Este último considera púberes al varón de más de dieciséis años y a la mujer mayor de catorce y permite la eventual dispensa aún a edades menores; en tanto que el Código Civil fija la pubertad en dieciocho años, y sólo permite la dispensa cuando el varón ha cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Aunque la sanción de la infracción del impedimento en la ley civil es más bien benigna, lo que revela que no magnifica su importancia, podría limitarse la validez civil del matrimonio canónico a los casos en que los contrayentes tienen las edades que el Código Civil fija.

En cuanto al impedimento de crimen, los alcances que le atribuye el Codex —es decir, limitándolo al adulterio y al conyugicidio calificados— coincide con los de la mayoría de las leyes civiles del mundo; pero no con la nuestra, que comprende en el impedimento a todo aquél que haya sido condenado como partícipe en la muerte de uno de los cónyuges o se halle simplemente procesado por tal causa (para contraer matrimonio con la viuda o el viudo de su víctima). En este caso, la solución tendría que ser, alternativamente, adecuar la ley peruana a la posición predominante al respecto en la legislación mundial; o negar validez al matrimonio canónico que se contraiga con infracción del impedimento.

Alguna diferencia en materia de dispensabilidad del impedimento carece de importancia, pues el Codex no concede dispensa en casos que violen el orden público nacional.

Dentro de este mismo grupo conviene señalar una circunstancia peculiar que atañe al error en el consentimiento nupcial; hay coincidencia entre ambas legislaciones en cuanto al error en la persona del otro contrayente; pero en lo que concierne al error sobre algunas calidades de aquél, el Código Civil lo define como “ignorancia de algún defecto sustancial que haga la vida común insoportable” y precisa que “se reputan defectos sustanciales: la vida notoriamente deshonorosa; el haber sido condenado por delito a más de dos años de penitenciaría, relegación o prisión; la enfermedad incurable, transmisible por contagio o herencia; y cualquier vicio que constituya peligro para la prole”; mientras que el Codex sólo lo considera como invalidante si es que redundan en error acerca de la persona misma. Si ha de interpretarse esta posición en el sentido de que tal error, al fin de cuentas, se reduce al error sobre la persona y

no se extiende a la ignorancia de defectos como los puntualizados en la ley civil, la solución podría ser la antes sugerida para otros casos, a saber, que se dejaría abierta al cónyuge lesionado la posibilidad de plantear la anulación del casamiento.

Alguna diferencia existe también en el tratamiento de la **vis compulsiva** como vicio del consentimiento en ambos ordenamientos: en el nacional, debe tratarse de la amenaza de un mal grave e inminente para la vida, la salud, el honor, la libertad, una parte considerable de los bienes del amenazado, de sus ascendientes o descendientes; mientras que en el canónico el enunciado es más comprensivo, ya que sólo exige que una causa externa haya injustamente producido miedo grave al contrayente o lo haya forzado a casarse. A juicio del ponente, ésta es la fórmula que el Código debería asumir, con lo que, además, desaparecería el obstáculo de que ahora tratamos.

En lo que concierne al segundo grupo de impedimentos, esto es, a los que establece la ley civil y no la canónica, la solución en el caso de minoridad podría consistir, alternativamente, en suprimirlo en el Código Civil o en exigir, para la inscripción del matrimonio canónico en el Registro del Estado Civil, la presentación del instrumento que acredite el consentimiento adicional de los padres, ascendientes o consejo de familia. Este último criterio se tendría que aplicar también en lo que concierne al certificado médico pre-nupcial o la declaración jurada supletoria. En lo que atañe, finalmente, a las prohibiciones contenidas en los Arts. 84 al 86 del Código Civil, los contrayentes del matrimonio canónico quedarían sujetos a las mismas sanciones que para el casamiento civil establecen dichos artículos.

La dificultad consistente en que la ley canónica no admite el divorcio y difiere de la ley civil en cuanto a las causales de separación de cuerpos, el obstáculo podría ser salvado recurriendo a una de las siguientes posibilidades: respetar la indisolubilidad del vínculo canónico libremente contraído por los interesados; referir al fuero civil la decisión al respecto, lo que equivale a circunscribir al acto del casamiento, y no al matrimonio como estado, la validez del celebrado con arreglo al Codex; o, a imitación de la estipulación incluida en algún concordato, el asunto se ventile y resuelva en la vía civil y conforme a las leyes civiles, pero que, en determinado momento, se dé noticias a la autoridad eclesiástica para que intente una reconciliación. En estas dos últimas posibilidades, los interesados asumirían responsabilidad por su decisión ante su propia conciencia: a semejanza del Código Civil vigente, éste se limitaría a recordar que sus disposiciones al respecto dejan incólumes los deberes que la religión impone, fórmula que, por lo demás, existía ya en el Código de 1852.

En cuanto a que los registros parroquiales no se encuentran bajo control del Estado —aparte de que ello no significa necesariamente que ofrezcan menos

garantía que los municipales—, el obstáculo desaparece si se exige que, para surtir efectos civiles, el matrimonio canónico debe inscribirse en el Registro del Estado Civil, como, en términos un tanto equívocos, preceptuaba el Código de 1852 en sus Arts. 441-443.

Finalmente, el argumento de que, si se reconoce efectos civiles al matrimonio canónico, también deberían serles reconocidos a otras formas religiosas de casamiento, no parece suficientemente valedero, no sólo porque alguna de esas formas podría afectar al orden público interno, sino porque la razón principal que obliga a considerar el caso del matrimonio canónico reside en que la mayoría de los peruanos profesa la religión católica: se trata, en realidad, de una consideración sociológica antes que religiosa. Por lo demás, nada impediría a las personas que pertenezcan a otras confesiones contraer matrimonio civil para los efectos legales, sin perjuicio de que también lo contrajeran según sus propias creencias para efectos personales o de conciencia: para esos casos minoritarios, pues, la situación sería igual a la actual.

EL SERVINAKUY

Desde que la nueva Constitución, en lugar de hacer referencia específica al matrimonio canónico, prefirió remitir a la ley de la regulación de “las formas de celebración del matrimonio”, y aunque ésta no haya sido la intención del legislador constituyente, ha quedado planteada la posibilidad de admitir el servinakuy como una de esas formas.

Abonaría, desde luego, esa posibilidad, aunque con menos énfasis que en el caso del matrimonio canónico, la razón sociológica que se acaba de recordar: el servinakuy, llámasele así o con otros nombres, es una suerte de unión matrimonial de Derecho consuetudinario que se practica desde hace siglos en extensos sectores de la población campesina del Perú.

Soslayado por mucho tiempo el problema por el legislador, y minimizado incluso a nivel de otros estudios sociales, tampoco ha sido frontalmente atendido en la nueva Constitución. Una fórmula concreta propuesta al interior de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, no para conferir desde luego al servinakuy la calidad de forma matrimonial admisible, sino para empeñar al Estado en una inaplazable tarea de análisis del asunto, no prosperó.

Compete, pues, a la Comisión ocuparse del tema.

El término servinakuy no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana *servi*, alusiva a servicio, y el afijo quechua *nakuy*, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. El vocablo resulta así suficientemente expresivo aunque eufemístico.

Señálese, por lo demás, que este nombre, aunque es el más conocido como

referencia en el Perú occidental, no es unánimemente utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. La denominación varía según la región: se llama *warmichakuy* en el Cuzco, *ujtasiña* y *servinakuy* en parte de Puno, *uywanakuy*, *servinaki* o *rimaykukuy* en Ayacucho, *Phaway tinkuska* en Apurímac, *Ch'ampatiqraqchay* en Huancavelica, *Muchada*, *civilsa* o *civilia* en Junín, *La pañaca servinakuy* o *servicia* en Huánuco, *Mushiapanaki*, *tinkunakuspa*, *watanakuy*, *taatsinakuy*, *mansiba* o *servinakuy* en Ancash. No está, a nuestro juicio, suficientemente esclarecido si se trata sólo de diferentes nombres de un mismo fenómeno, o si aquellos esconden fenómenos diferentes en aspectos esenciales. Aparte de la comprobación de que el fenómeno se da en extensas zonas de la sierra central y meridional del país, no hay todavía datos bastantes para encontrar los elementos que uniformen eventualmente la figura. Esta insuficiencia explica, tal vez, por qué para algunos se trata de un matrimonio de prueba, para otros de un matrimonio por compra, en tanto que hay quienes prefieren denominarlo matrimonio natural, consuetudinario o sociológico.

Se trata, en todo caso, de un fenómeno socio-cultural de muy antigua raigambre, principal pero no exclusivamente en el Perú.

Von Tschudi, en su "Contribución a la Historia, Civilización y Lingüística del Antiguo Perú", afirma que la "cópula anticipada" existió en numerosos pueblos del Nuevo y Viejo Mundos.

Servinakuy, según George Rouma (*Les Indiens Quitchuas et Aynaras des Hauts Plateaux de la Bolivie*), es el nombre dado al matrimonio a prueba por los indios del altiplano boliviano. La prueba duraba un año y si de ella quedaba satisfecho el indio y si además esta unión tenía frutos se iba al casamiento, pero a veces el *servinakuy* duraba años.

Estas informaciones y opiniones guardan relación con antiguos testimonios de diversa fuente. "El mozo ha de venir a la casa del suegro cargado de leña y paja y chicha, y entonces el suegro le da su hija diciendo estas palabras: 'cata aquí a mi hija; si ella fuese mala, no me pongas la culpa, porque yo te dixé la verdad' ,," ("Relación de la Religión y Ritos del Perú hecha por los Primeros Religiosos Agustinos que allí pasaron para la Conversión de los Naturales", en la Colección de Libros y Documentos referentes a la Historia del Perú, por C. Romero).

El arraigo del *servinakuy* debió haber sido muy hondo desde que los españoles tropezaron con gran dificultad en su intento, no logrado sino en parte, de extirparlo: el Concilio Provincial de Lima, reunido en 1582, las Sinodales del Arzobispado de 1613 y las Ordenanzas de Toledo prohibieron el "matrimonio a prueba". a veces bajo penas severas.

No obstante, en 1621, según el testimonio de Arriaga ("Extirpación de la Idolatría en el Perú"), los mismos parientes de la mujer solían oponerse tenazmente al matrimonio si previamente no había hecho convivencia con el pretendiente; y hasta el marido miraba con desprecio a la mujer a quien "nadie *avía* conocido ni querido antes que se casase".

Es probable que, por la novedad del fenómeno a ojos de los conquistadores o por la deficiencia de sus investigaciones o por obra de los prejuicios, estas informaciones, no siempre congruentes, no correspondan por entero a la realidad. Se debe reconocer que esta situación se mantiene hasta hoy en buena parte.

En un meritorio trabajo de investigación basado en experiencias directas, Luis Ernesto Mercado Cárdenas ha recogido algunas aportaciones interesantes sobre la materia:

Así, la investigadora Zulma Zamalloa Gonzáles, refiriéndose a la cultura campesina del distrito de Sayllpata (Paucartambo, Cuzco), expresa que “el servinakuy viene después del rimanakuy; consistente en una etapa probatoria, en la que la mujer tiene que servir al hombre y éste trabajar para la mujer, mientras los padres hacen los preparativos del matrimonio, el cual es costoso y dura de tres días a una semana. Esto da lugar a que muchos no se casen por no poder soportar los gastos y se quedan con el servinakuy” (“Ciclo Vital en Sayllpata”, Allpanchis, No. 4, Revista del Instituto de Pastoral Andina, 1972).

“Entre los indígenas del Cuzco se usa el matrimonio o rimayukuy, declaración de amor entre los padres. Hechas éstas, el novio se lleva a la novia a prueba y la prueba suele ser larga, pues a veces dura dos y tres años, al cabo de los cuales viene la separación que llaman ttacanacu, desconocerse, o continúa la pareja amancebada y el hombre siendo el “respeto” de la mujer” (Basadre, “Historia del Derecho Peruano”, citando a Carlos Romero y a Alejandro Arancibia).

Dícese, de otro lado (Guillermina Calderón, “El Servinakuy en Debate”, citando a Emilio Mendizábal) que “inicialmente fueron los sociólogos quienes se ocuparon de las uniones matrimoniales llevadas a cabo en la población andina.

Sea por deficiente información o por error metodológico, esos primeros estudios llevaron a la conclusión de que el matrimonio andino no existía. Estas uniones se llevaban a cabo sin obligaciones ni responsabilidades, dentro de una ‘supuesta’ institución a la que se le denominó ‘matrimonio de prueba’ o ‘servinakuy’ término este último tomado de los estereotipos mentales de la población mestiza”.

Los codificadores de 1936, por su parte, consideraron que el servinakuy “es un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y la de devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo si el enlace no llega formalizarse o a adquirir carácter duradero” (Actas de la Comisión Reformadoram fasc. 20 p. 122).

“El sirvinakuy o concubinato pre-matrimonial —y no ‘matrimonio de prueba’ como se le nombra vulgarmente—, muy arraigado en los departamentos de Junín, Huánuco, Ancash y Huancavelica, consiste en que el hombre casadero

toma una mujer, con conocimiento de sus padres y familiares, y convive con ella algunos meses o años” (Guamán Poma de Ayala, “El Derecho Inca”).

Refiriéndose, por su parte, al warmichajuy, Oscar Núñez del Prado (“El Hombre y la Familia: su matrimonio y organización político-social en Q’ero”) sostiene que es “aquel en el cual, con un ritual sencillo y algunas frases estereotipadas, se constituye la unión de la pareja conyugal; una unión, que siendo reconocida por la sociedad, garantiza la permanencia de ella. La colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual, y las consecuencias vinculadas a la herencia y la filiación legítima, es decir constituye sociológicamente un matrimonio real y con todos los atributos para establecer una unidad intermediaria entre el individuo y la sociedad, sobre una base conyugal...”

Alfonsina Barrionuevo (“Sirvinakuy: el matrimonio de prueba”) ha dicho, por su parte, que “el sirvinakuy es una institución de Derecho natural que se basa, en primer término, en un profundo respeto a sus normas, respaldada por el control de los mayores (la sociedad) cuya palabra todavía es ley en las comunidades de la cordillera; y en segundo término, es un orden de propósitos bien establecidos... No se trata de tomar a ‘prueba’ una mujer, con el solo fin de convivir con ella y apreciar sus cualidades físicas y espirituales. En el sirvinakuy también el hombre tiene que someterse a un análisis, a una crítica justa de su conducta, de su capacidad tanto para crear y conducir una familia, cuanto para demostrar que puede mantenerla... Superado el año de prueba, con el esfuerzo y la buena voluntad de ambos, (es) ínfimo el número de parejas que se deshacen...”

En una posición crítica, Núñez del Prado (ob. cit.) dice textualmente: “mucho me temo que gran parte de las sociedades indígenas en que se considera el sirvinakuy como matrimonio de prueba, no (se trate) sino de un error debido a la observación algo superficial o también al hecho harto frecuente de que los observadores tomen como referencia única los patrones de su propia cultura, tratando de identificarlos por su forma, antes que por su función. De aquí que se tome en cuenta sólo la práctica ceremonial con desmedro de la institución fundamental, auténtica... De nuestra parte, estamos en condiciones de afirmar que, por lo menos en Q’ero, no existe el sirvinakuy de que hablan los sociólogos”.

De otra parte, se suele describir el fenómeno como un proceso de convivencia entre varón y mujer y se manifiesta en dos fases: una pre-concubinaria y otra concubinaria. En la primera no hay vida en común y puede o no haber relaciones sexuales esporádicas. Comprende dos etapas: el aqllanakuy y el munaykukuy. El primero significa seleccionarse mutuamente. La elección es independiente de la voluntad de los padres o de terceros. En el segundo se desarrolla una vida sentimental amorosa y esotérica: los enamorados son adictos a la adivinación de su futuro, acuden al watucuy o adivino...’ El destino (o kausay pacha) del hombre y su familia depende del destino de la

mujer que haya escogido... Una vez realizada la unión definitiva, aún en el supuesto de haberse constatado la incompatibilidad del kausay pacha de la pareja no es ya posible separarse... y deben las personas aceptar su nuevo estado hasta el fin"... (Núñez del Prado, ob. cit.)' La segunda fase del servinakuy —se agrega— corresponde al concubinato, previa la celebración de ciertos ritos para hacer pública la convivencia, estrechar los lazos entre ambas familias y crear las bases económicas de la unión.. Este proceso presenta tres etapas: el rimaykukuy (diálogo o conversación en que la joven, luego del rapto, vuelve al hogar paterno acompañada del marido y de los padres y familiares de éste (lo que ocurre también si no ha habido rapto previo). La actitud del varón es entonces muy cortés, poética, suplicatoria. Casi siempre se produce esta visita por la noche); el kintuy o masticación ceremonial de la coca que consolida la unión y en el cual los padres se aprestan a hacer los anticipos de herencia; y el tiakuy o tinkukakuspa, que es ya la convivencia (fusión).

Frente a este cúmulo de apreciaciones, divergentes a veces aun en materia de hechos, Mercado Cárdenas deduce que "muchos han definido el servinakuy a partir de sus rituales y costumbres exóticas; así, por ejemplo, como matrimonio de compra, por los obsequios que se otorgan los 'contrayentes'; como un servicio, por los trabajos realizados sea por el varón, por la mujer o por ambos durante las relaciones concubinarias; y como matrimonio de prueba en razón del tiempo de la convivencia para 'probar' la compatibilidad de caracteres o bien las aptitudes domésticas y laborales de cada cual".

En su mencionado trabajo, recoge sin embargo, diversos testimonios de los cuales fluiría la semejanza entre el servinakuy y el matrimonio tal como lo concibe el Código: la comunidad toda, por ejemplo, repudia al hombre o a la mujer que hallándose en servinakuy mantiene relaciones sexuales permanentes o esporádicas con tercera persona (suerte de adulterio al que se llama pantanakuy, que significa 'camino equivocado'; la comunidad sólo admite que el q'ari (varón adulto) conviva en servinakuy con la p'asña (mujer de 16 a 20 años), que pueden estimarse púberes; las personas que sufren de alteraciones mentales no participan por lo general en el servinakuy (si bien ello debe atribuirse, no a la insuficiencia del consentimiento, sino a la ineptitud para el trabajo, razón por la cual tampoco participan en el servinakuy los tullidos, ciegos, sordomudos, mancos o cojos); los padres y familiares de la pareja contribuyen, mediante anticipos de herencia o regalos, a la ofrmación de un patrimonio; cada uno de los miembros de la nueva familia —el padre, la madre, los hijos—, tiene su propia función, etc.

Son circunstancias como las reseñadas las que han inducido a varios estudiosos a sostener que el servinakuy —con este nombre o con otro— constituye en verdad un matrimonio 'sociológico' o 'de derecho natural o consuetudinario', suficientemente definido, profundamente arraigado, considerablemente difundido y merecerdor, por ello, de no seguir siendo ignorado por el ordenamiento oficial del país. Son ellas también, sin duda, las que explican por qué, por ejemplo, el Decreto-Ley No. 17716 sobre reforma agraria ha acogido la figura.

El panorama asume aún complejidad mayor —o por el contrario, entreabre una posibilidad de solución— si es que, parece, el *servinakuy* llega a ser en algunos lugares una etapa previa al matrimonio católico, y no al civil. En la comunidad de Sayllapata, dice Zulma Zevallos (ob.cit.) “muy pocos son casados civilmente. El poco conocimiento que el campesino tiene de las leyes de su país no le permite entender cuán importante son los efectos del matrimonio civil, especialmente para el futuro de los hijos”.

Sobre la base de su propia experiencia como maestros en escuelas situadas en comunidades indígenas del Cuzco, Mercado Cárdenas señala la vigorosa presencia del cristianismo entre los indígenas: casi no hay uno que no haya sido bautizado, la celebración de festividades religiosas es costumbre muy arraigada y durante el *servinakuy* se realiza el *casarakuy*, que es el matrimonio católico.

En definitiva, parece no haber consenso en cuanto a determinar si el *servinakuy* es hoy una experiencia previa al matrimonio católico, o si, una vez cumplida, se hace permanente sin formalización canónica ni civil, o si es, desde su inicio, un ‘matrimonio sociológico o de derecho consuetudinario’ con vocación de permanencia indefinida.

Se conoce, pues, la existencia del fenómeno, el área geo-demótica de su práctica, varias de las denominaciones que recibe, algunas de las características que lo tipifican según los lugares, y la presencia de factores ancestrales, educativos, geográficos, económicos y jurídicos que contribuyan a su persistencia; mas no existe todavía, que sepamos, un esfuerzo sistemático para allegar información más completa y detallada, para someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos cuya gravitación sea seriamente comprobada, para configurar, en suma, un cuadro al mismo tiempo completo, coherente, profundo y extenso, sobre cuya base sea posible diseñar una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado (además, por cierto, de otras políticas no jurídico-legales cuya importancia es igual o aún mayor).

En tanto no exista esa base, difícilmente podría el Código Civil asimilar el *servinakuy* al matrimonio o incluirlo entre las formas de celebrarlo. Todo lo más, y de momento, acaso convendría facilitar la formalización civil de aquellas uniones mediante la ampliación, en favor de organismos formados por la autoridad educativa, el jefe del consejo de la comunidad campesina y un miembro de ésta electo por sus integrantes, de la atribución de delegar la facultad de intervenir en la celebración del matrimonio a que se refiere el art. 115 del actual Código Civil, aunque extendiéndola a todas las etapas del trámite y no sólo a la ceremonia final; y la correlativa modificación del art. 29 referente al registro del estado civil, aparte de la labor que siga realizando la iglesia católica en la difusión del matrimonio canónico que ya tendría efectos civiles.

La igualdad de los sexos ante la ley

Consagrada constitucionalmente la igualdad del varón y la mujer ante la ley (art. 2 inc. 3), esta proclamación deberá tener importantes consecuencias en la regulación civil de la familia.

En el Código vigente, se atribuye al marido la dirección del hogar, las decisiones referentes a su economía, la de fijar y mudar el domicilio común, la representación legal de la sociedad conyugal frente a terceros, la administración del patrimonio común, el ejercicio prevalente de la patria potestad sobre los hijos matrimoniales y la carga principal del sostenimiento de la mujer y los hijos. La mujer, además, necesita el consentimiento de su marido para desempeñar un trabajo fuera del hogar. Debe añadir al suyo, el apellido de su marido como una expresión exterior de su condición subordinada. Sólo en situaciones excepcionales, la mujer asume la dirección y representación de la sociedad; a ella sola le está reservado el derecho de pedir la separación de bienes durante el matrimonio, con la excepción del mutuo acuerdo; y a ella sola, en fin, le están dedicadas las figuras de la dote y los bienes reservados.

En armonía con la Constitución, el nuevo Código tendrá que incorporar normas que sancionen el diálogo entre los cónyuges en lugar de la imposición o la supremacía de uno sobre el otro; y, en consecuencia, la dirección conjunta del hogar, incluso en lo que concierne a la economía doméstica y al domicilio común; la representación indistinta del marido y la mujer para las necesidades de la vida ordinaria y la conjunta para los demás actos; el ejercicio por ambos de la patria potestad sobre los hijos de matrimonio y de concubinato; el derecho igual de ambos para trabajar lucrativamente para el sostenimiento del hogar; la modificación del régimen patrimonial por uno o más sistemas que den a la mujer las mismas atribuciones que al marido; y acaso la desaparición de las figuras de la dote —que, además, debe desaparecer por causa del desuso y su anacronismo— y de los bienes reservados. En rigor, también debiera modificarse la actual norma acerca del apellido de la mujer casada, a fin de que en cada caso los cónyuges decidan que apellido llevar, o que cada cual mantenga el suyo propio. No obstante, el ponente estima, en lo que respecta a este último punto, que los inconvenientes derivados de quebrar una tradición centenaria no tendrían en este caso particular la contrapartida de ventajas que justifiquen el cambio.

Paternidad responsable, anticoncepcional, aborto, inseminación artificial

El art. 6o., párrafo 1, de la nueva Carta declara que “el Estado ampara la paternidad responsable”. La Comisión deberá decidir si este enunciado, novedoso en nuestros esquemas legales y al mismo tiempo ambiguo, determinará modificaciones en el ordenamiento civil.

El concepto de paternidad responsable no es todavía bastante nítido: Hay quienes lo vinculan al problema de la explosión demográfica, característico de los países emergentes. El crecimiento apresurado de la población, a un ritmo que

en los casos más agudos sobrepasa el 40/o del año, genera, como es natural, problemas importantes de alimentación, vivienda, salud, educación y empleo, entre otros. Estos problemas llegan a alcanzar contornos catastróficos y, tanto por ello cuanto por la magnitud planetaria del problema, constituye una de las más ansiosas preocupaciones del mundo contemporáneo. En el caso del Perú, la tasa de crecimiento demográfico es de un 2.90/o, menor a la de muchos países subdesarrollados pero bastante mayor que la de los países industrializados.

Para quienes tienen presente este problema, la paternidad responsable lleva implícito un significado de control de la natalidad, principalmente a base de anticonceptivos artificiales y del aborto legalizado. Este planteamiento suscita, en concepto del ponente, varias reflexiones:

Conviene recordar, en primer lugar, que la preocupación frente al incremento de la población no es de ahora. Hace dos siglos, Malthus la expresó también en términos dramáticos: el crecimiento de la población en progresión geométrica, frente al de los alimentos en progresión aritmética, lo indujo a vaticinar, con base aparentemente científica, un futuro desastre mundial. Es bien sabido que el vaticinio no se cumplió, porque el desarrollo de la ciencia y de la técnica, no sólo permitió aumentar la producción de alimentos en escala gigantesca, sino que llegó a producir excedentes. El actual progreso de la ciencia y la tecnología no es en modo alguno menos sustancial que el de principios del siglo pasado.

En segundo lugar, el Perú es un país semi-despoblado, tanto en razón de su área geográfica —equivalente a la de Alemania, Francia e Inglaterra juntas—, cuanto por la magnitud de sus recursos naturales y potenciales.

Sería pertinente añadir otras dos consideraciones importantes: a nivel global, no parece que pueda hablarse de escasez de alimentos y otros recursos económico-financieros, pues mientras en una parte del mundo el problema es de escasez, en la otra es más bien de desperdicio; y, en otra perspectiva más directamente vinculada al tema que nos ocupa, paternidad responsable en los países desarrollados se da, presumible pero no cuantificablemente, con tanta frecuencia como paternidad responsable en los países emergentes.

En definitiva, la paternidad es responsable cuando no entienden agotarse con el simple acto de procrear, sino asumir, además el deber de contribuir a asegurar a los hijos condiciones adecuadas de realización. La paternidad responsable necesita, así, por una parte, disponibilidad de bienes —porque los haya y porque se esté capacitado para adquirirlos— y, de otro lado, sentido moral de la propia responsabilidad. La paternidad es más irresponsable cuando se tiene bienes y se carece del sentido del deber —y la crisis moral no es privativa del mundo pobre— que cuando, teniéndose el sentido del deber, no se tiene acceso a bienes suficientes para alimentar y formar a los hijos. Irresponsable es la paternidad que se desentiende del problema de la subsistencia y educación de los hijos. Irresponsable es la limitación de la natalidad cuando se quiere dedicar los

bienes de que se dispone al mantenimiento de un nivel de desperdicio, lujo o vicio. Es posible que lo primero se dé con mucha frecuencia en los países subdesarrollados. Es seguro que lo segundo se registra en los desarrollados.

La raíz del problema parece inscribirse, pues, en la mala distribución y el mal uso de la riqueza y de la renta, además de hallarse en la producción y la productividad insuficientes; y ello puede darse, y ciertamente se da, tanto a nivel mundial (como lo revela el diálogo tenso entre el Norte y el Sur o la desproporción entre lo que se gasta en ayuda y lo que se destina a armamentos), como a nivel nacional (cuando se gasta en obras faraónicas lo que debiera invertirse en nutrición, vivienda, salud o educación) y a nivel de las familias (como cuando se limita la natalidad para no afectar niveles desahogados de consumo superfluo).

Es obvio que tamaño problema rebasa los ámbitos de lo jurídico-legal y ciertamente los del ordenamiento civil de la familia.

Más si, en fin de cuentas, existe un problema de crecimiento desorbitado de la población, de ello no podría derivarse como solución obligada la del empleo de métodos artificiales de anticoncepción ni por cierto la del aborto, desde que existen otros métodos de limitación racional de la natalidad.

En todo caso, si la sucinta reseña del grave problema que se acaba de hacer fuese correcta, parece obvio que no corresponde al Código Civil preceptuar, permitir o prohibir el empleo de medios anticonceptivos artificiales o naturales. El tema incumbe a otras áreas de la acción pública y privada, así como al fuero inviolable de la conciencia de cada quien.

Considera, pues, el ponente que no es del caso legislar en torno del significado, alcances y consecuencias del principio constitucional que ha proclamado el amparo estatal de la paternidad responsable, en lo que concierne al empleo de aquellos métodos de control de la natalidad.

Regulación legal sí es pertinente acerca del aborto: en el campo institucional, en cuanto a determinar los alcances del derecho a la vida del ser humano; en el penal, en lo que concierne a la calificación del aborto como acto ilícito o lícito; y en el civil, en lo tocante al comienzo de la personalidad y en cuanto al pretense derecho de los padres a decidir la continuación o truncamiento del proceso de gestación del hijo.

Sobre el particular, el art. 2 de la nueva Constitución proclama en su párrafo 1 que toda persona tiene derecho a la vida y que, al que está por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorezca. Aunque con algún eufemismo, esta norma proscribiera el aborto. Y lo proscribiera con entero fundamento, a juicio del ponente, pues la persona humana comienza en el momento mismo de la concepción, es decir, de la fecundación del óvulo por el espermatozoide: no sólo considerando que entre ese ser y el que luego habrá de

nacer, desarrollarse y morir no hay diversidad esencial ni metamorfosis, sino identidad; sino también teniendo en cuenta que, como lo atestigua la ciencia, todas las calidades que el hombre desarrollará a lo largo de su existencia están ya presentes en el concebido, dentro de un esquema de programación genética que establece una íntima e indisoluble vinculación de identidad entre el concebido y el nacido.

Incumbe también, al menos teóricamente, a la normación legal de la familia la cuestión de la inseminación artificial de la mujer casada. Obvios y arduos problemas, sobre todo referentes al deber de fidelidad, al adulterio como causal de separación de cuerpos o de divorcio, y a la paternidad, pueden ser generados en este campo. Aparte de apuntar una cierta contraposición que se da entre la preocupación frente a la explosión demográfica y cualquier empeño de facilitar la inseminación artificial, el ponente considera que, importante como es el tema a nivel teórico, no ha llegado el momento de legislar en nuestro país al respecto: no existe en la realidad problema que demande una solución.

Si, no obstante, se considerase oportuno hacerlo, piensa el ponente que habría que distinguir varios supuestos, tales como el de la fecundación artificial de la mujer casada con semen del marido (ordinariamente con el consentimiento de éste, pero también si no lo diera); el de la fecundación con semen de tercero, con consentimiento del donante y del marido; el de la fecundación con semen de tercero, sin consentimiento o contra la voluntad del marido; y, en fin, el de la fecundación y gestación en laboratorio en cualquiera de los supuestos anteriores.

Descartado de momento este último supuesto, pues ni siquiera en vía experimental se ha registrado algún caso, que se sepa, el ponente expresa su posición contraria a la legalización de todos los demás, por razones morales; y que si hubiera de situarse el problema en sus alcances exclusivamente jurídicos, sólo el primero de los casos propuestos podría exonerarse de la tacha de deslealtad de la mujer (que sería pertinente en el tercer supuesto) o de falseamiento de los fines del matrimonio y de la naturaleza de la filiación matrimonial (que podría hacerse en las hipótesis segunda y tercera). Dicha segunda hipótesis tendría que ser considerada como un ilícito (civil en los cónyuges y penal en el facultativo). La tercera tendría que constituir, además, causal de separación de cuerpos y de impugnación de la paternidad.

El patrimonio familiar

El párrafo final del art. 5o. de la nueva Constitución remite a la ley el establecimiento del "patrimonio familiar inembargable, inalienable, transmisible por herencia".

La norma se resiente de cierta oscuridad debido a que la misma denominación utilizada es equívoca o ambivalente ya que en el Código Civil actual se consagra hasta tres figuras vinculadas con los bienes de familia.

En cuanto a lo primero, la expresión *patrimonio familiar* podría parecer referida a los bienes que sustentan la vida de la familia —esto es, lo que el código vigente llama bienes comunes— y a las obligaciones que con tal fin se contraigan. En cuanto a lo segundo, existen, en efecto, las fundaciones de familia, la indivisión de la herencia y el hogar de familia, dentro del ordenamiento actual.

No obstante, la denominación de patrimonio familiar para referirse a un concepto diferente del patrimonio común de la sociedad conyugal se ha generalizado en la doctrina y la legislación de numerosos países, y desde que la Constitución la emplea también no parece aconsejable, ni demasiado importante, denominarlo de otro modo, acaso más exacto e inequívoco, en el nuevo Código.

Por lo demás, el patrimonio familiar de que ahora tratamos podría incidir sobre lo que actualmente se llama hogar de familia o tal vez involucrar las tres figuras antes mencionadas, esto es, ser el nuevo nombre de los “bienes de familia”.

De nuestra parte, nos inclinamos en el sentido de que el Código debe implementar la norma constitucional como referida al hogar de familia, suprimir las disposiciones de aquél en cuanto a las fundaciones familiares —que bien pueden referirse por lo establecido en el título de las fundaciones en general— y suprimir también las normas referentes a la indivisión de la herencia, pues de ella se trata también en el Libro de las Sucesiones.

Aunque parece reconocer antecedentes de muy antigua data, el hogar de familia es relativamente reciente en la legislación nacional, ya que no existió en el Código 1852.

Inmediatamente recogida por el codificador peruano de las leyes suiza y brasilera, se piensa generalmente que su origen contemporáneo se encuentra en el *homestead* norteamericano, especialmente en su modalidad del *homestead exemption*. Extendiendo la investigación a épocas muy anteriores, hay quienes consideran que en la conocida prescripción contenida en el Cap. 24 vers. 6 del Deuteronomio podría ubicarse el antecedente más antiguo de la figura y que también es posible hallar idea semejante en el *herkis* del Derecho griego, del cual lo habrían tomado los romanos, o en el *heredium* establecido por éstos.

Por semejante manera, en lo que concretamente hace a la legislación nacional, se ha creído hallar antiguos y reiterados antecedentes en el Código de 1852, arts. 1579, 1699 y 2238; en los arts. 1153 a 1155 del antiguo Código de Enjuiciamientos Civiles; de modo muy expresivo en la ley de 14 de noviembre de 1900 y en la complementaria de 16 de octubre de 1911; en el art. 617 del Código de Procedimientos Civiles de 1912; y en la ley 6619, entre otras menos próximas al concepto.

A nivel de la doctrina, es notable el caso del jurista don Miguel Antonio de la Lama, quien, a principios del siglo presente, preconizaba la dación por el Congreso de una ley que realmente contenía todos los elementos del futuro hogar de familia.

Como se reseñará más adelante, al promulgarse el Código Civil de 1936, que recogió la iniciativa, se suscitaron en torno a ella encontradas opiniones.

En apoyo del hogar de familia, se suele invocar razones de orden social, económico y moral. Entre las primeras se suele mencionar que contrarresta el éxodo del campo a la ciudad y de los nacionales hacia el exterior, frena la tendencia a la atomización de la propiedad territorial sobre todo agrícola, consolida el grupo familiar, lo mantiene unido, y neutraliza el fenómeno de desarticulación y dispersión de la familia, factores propios del estilo contemporáneo de vida que vienen ocasionando grave daño al organismo social.

Desde el punto de vista económico, se afirma que el hogar de familia favorece la mediana propiedad agrícola, artesanal o fabril y evita la disolución de empresas individuales que de otro modo desaparecerán al morir su propietario.

A partir, en fin, de un enfoque moral, el hogar de familia reviviría lazos de afecto y solidaridad entre sus miembros y así contribuiría a afirmar los vínculos filiales y fraternos de la familia, prolongaría la vigencia real del hogar a través del tiempo y aseguraría el amparo de los más débiles por los más fuertes en el seno del mismo núcleo doméstico.

Siendo exactos algunos de estos conceptos, otros parecerían pecar de un cierto anacronismo y carecer de la eficacia que sus autores les asignan para neutralizar determinados fenómenos de la vida moderna, como el del éxodo campesino sobre las urbes, que son, por cierto, mucho más complejos y de más ardua solución.

Por el contrario, hay quienes consideran inconveniente la figura, porque inmovilizaría la propiedad de ciertos bienes retornando en alguna medida a la superada figura de las vinculaciones; porque constituiría un duplicado inútil del derecho de habitación; y sobre todo porque, lejos de ser una ventaja para las familias de ajustada condición económica, podría estorbar su desenvolvimiento.

El primero de estos argumentos, que es técnicamente exacto, no nos parece sin embargo suficiente para cerrar paso a la posibilidad de constituir un hogar de familia, ya que la conveniencia o inconveniencia de vincular ciertos bienes por determinados motivos no constituye un dogma jurídico cuya observancia obligue a atar o constreñir las exigencias de la realidad.

Corresponde, en cambio, examinar la objeción consistente en que el hogar de familia podría constituir un duplicado del derecho de habitación, pues esta duda podría erigirse en un cuestionamiento de la sustantividad y la naturaleza jurídica de la figura, y aún podría hacer innecesaria su creación.

A partir del texto del Código vigente, la semejanza aparece obvia a poco que se diga, como dicen los arts. 951 y 952, que “el derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones (del usufructo) en cuanto le sean aplicables” y que “cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación”.

No obstante, parecen existir algunas diferencias entre el hogar de familia y el derecho de habitación. Así, en éste el propietario sigue o puede seguir usando o disfrutando del bien, en unión de otras personas de su familia, mientras que en el usufructo el nudo propietario cede esas facultades en favor del usufructuario. Así, igualmente, la finalidad específica del hogar de familia, las formas de su constitución, la especificidad de los beneficiarios, la adquisición o extinción del derecho en virtud de la prescripción, y otras menos relevantes.

La cuestión carece, sin embargo, de importancia por dos principales motivos: que la Constitución ordena la implementación del hogar de familia o patrimonio familiar en el título de los derechos de la familia, por lo cual resultaría impropio que el nuevo Código dejara de hacerlo; y porque, en la hipótesis de que efectivamente el hogar de familia no fuese otra cosa que un derecho de habitación peculiar, de ello no podría inferirse que no cabe legislar sobre él, específicamente o que no quepa insertar su normación en el Libro de la Familia y no en el de los Derechos Reales.

Tal vez la principal observación a la figura no sea del orden jurídico-legal, sino práctico: que, lejos de constituir una ventaja para las familias de ajustada situación económica, pueda llegar a estorbar su desenvolvimiento, ya que, precisamente por ser ingravable, inenajenable, inembargable e inarrendable el inmueble sobre el cual se constituye el hogar de familia, su propietario no puede obtener con la garantía de éstos el acceso al crédito que hoy es indispensable en la actividad económica y aún en la vida ordinaria de cualquier particular, ni obtener, por vía de locación o venta, el dinero que puede necesitar con urgencia. Las familias pobres difícilmente tienen la posibilidad de constituir un hogar de familia porque carecen de un inmueble de su propiedad que afectar; o, aun teniéndolo, pueden necesitar ofrecerlo en garantía, arrendar total o parcialmente y aun venderlo como único recurso ante ciertas contingencias de la vida, de modo que, en caso de inmovilizarlo mediante la constitución de un hogar de familia, la figura estaría, no favoreciéndolas, sino perjudicándolas en momentos singularmente difíciles. En otra hipótesis, muy generalizada al presente, las familias suelen lograr la adquisición de un inmueble, quizá el único, financiando su costo mediante préstamos de tipo hipotecario, lo que significa que no puede afectarlo como hogar sino cuando haya terminado de pagar su precio. Por su parte, las familias pudientes no necesitarán recurrir a la garantía del hogar de familia para asegurar el porvenir de sus miembros, pues su propia condición económica lo hace innecesario o porque otras formas de seguro les resultarán más accesibles, dinámicas y atractivas.

Es verdad que la nueva Constitución parece liberalizar un tanto la rigidez que tiene el hogar en el Código vigente, desde que, si bien quiere que sea inalienable e inembargable, no pide que se prohíba su eventual arrendamiento total o parcial, lo que puede ser necesario por razones especiales y/o temporalmente; pero como se mantiene las otras restricciones —y éstas han de ser mantenidas en efecto, pues sin ellas no quedaría nada del hogar de familia—

subsistirá la posibilidad de que la figura tenga en adelante tan escasa aplicación como hasta hoy.

Contradiendo, en efecto, tanto el pronóstico optimista del Dr. Cockburn, que auguró al hogar de familia una copiosa aplicación y considerables beneficios, como el que pesimistamente anunció Angel Gustavo Cornejo, quien estimaba que la figura sería perjudicial, la realidad desmintió ambas predicciones por el simple camino de un virtual desuso: en 1938, por ejemplo, no sólo por su volumen demográfico, sino por la predominancia de la población urbana en la que suele suponerse un mayor conocimiento de la ley— sólo se registraron 39 casos de constitución de hogar de familia; en 1947, el número bajó a 27; y en 1965 había descendido a 12, cifras éstas que, no obstante ser incompletas, parecen revelar una tendencia hacia el desuso total.

Es verdad que con motivo de la dación de la Ley No. 13500 se advirtió un aumento inusitado del fenómeno, más ello no modifica sustancialmente aquella apreciación desde que el llamado hogar de familia en dicha ley difiere considerablemente de la figura tal como está sancionada en el Código Civil, ya que se estableció por vía de autoridad, se contradijo la norma contenida en el art. 471 de dicho cuerpo de leyes y se prescindió de lo preceptuado en los arts. 467 inc. 1o., 462 y 468.

Con estos antecedentes, pudiera considerarse excesivo que la figura, no sólo se mantenga, sino que haya sido elevada a la jerarquía constitucional. En realidad, sin embargo, ni la figura es, necesariamente y por su misma esencia, inviable y obsoleta, ni faltan de ella numerosos ejemplos en la legislación civil comparada.

Respecto de esto último, conviene recordar que con diferentes nombres y algunas peculiaridades, el patrimonio familiar inalienable, inembargable y a veces hereditario existe en el Brasil, Colombia, Uruguay, México, Costa Rica, Argentina, Ecuador y Bolivia, entre otros países americanos, así como en Francia, Italia, Alemania y Suiza, entre los europeos.

Acerca de lo primero, ha de señalarse que, aunque las razones de la inoperancia práctica de la figura en el Perú tiene que ver fundamentalmente con la estructura socio-económica imperante, también se vinculan en alguna medida con las deficiencias de su ordenamiento legal, tal como aparece contenido en el Código Civil de 1936. Esto último, pues, puede corregirse en el nuevo texto, a partir de la norma constitucional.

Este contiene, *prima facie*, dos innovaciones interesantes, a saber: no prohíbe que el hogar de familia pueda ser objeto de locación-conducción; y añade la transmisibilidad hereditaria a las características del hogar de familia.

Desde que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, parecería, pues, que en el nuevo Código Civil podría permitirse el arrendamiento del hogar

de familia, más esto sólo debería, en nuestro concepto, ocurrir en dos casos: el de exigirlo así, a juicio del juez, una emergencia sobreviente y de carácter temporal, o el de necesitar la familia para su mismo sostenimiento reducirse a una parte del inmueble para alquilar la otra. Extender a otros supuestos aquella posibilidad desnaturalizaría la figura y podría llegar a privarla por entero de su propia razón de ser.

En lo concerniente a la transmisibilidad hereditaria del hogar, el Código actual establece que aquél dura mientras viva el constituyente y sólo por excepción permite que se prolongue por disposición del propietario o hasta que llegue a la mayoría el más joven de los hijos. Acierta en la innovación la Carta de 1979, en opinión del ponente, al modificar esta situación, pues el hogar se establece no tanto en beneficio del constituyente, sino de aquellos miembros de su familia que de él dependen y principalmente de su cónyuge y de sus hijos menores. Por tanto, la regla general debería ser que el hogar subsista mientras dichos familiares vivan, sin que el aplazamiento de la participación deba originar como ahora ocurre, un derecho indemnizatorio de los herederos mayores de edad.

La ley deberá, por otra parte, perfeccionar el régimen actual del hogar de familia precisando sobre qué bienes, si sólo los propios de uno de los cónyuges o también sobre los comunes, es posible constituirlo; si sólo el jefe de la familia pueda establecerlo, como lo preceptúa el Código vigente y entonces quien tiene tal carácter a tono con la Constitución, o si debiera permitirse, como creemos, que la constituya también tercera persona; si las deudas por cuyo pago se puede embargar los frutos del hogar son las que actualmente prescribe la ley o si, como pensamos, debiera eliminarse las referentes al seguro de incendio.

Otras modificaciones del régimen actual, que tampoco derivan de la norma constitucional, serán explicadas al tratar específicamente de la figura. Ellas inciden en la administración del hogar, los casos de extinción y, tal vez, en el trámite para su constitución y eventual oposición.

El concubinato

Una de las innovaciones más importantes de la nueva Constitución, porque se refiere a un problema de graves contornos en el Perú, incide en el concubinato.

Aunque no existen datos suficientes al respecto, algunos de los que recogió el Censo Nacional de 1972 resultan ilustrativos. Sobre un total de 2'642,992 mujeres mayores de 12 años que, en esa oportunidad, declararon hacer o haber hecho vida marital, resultaron:

Casadas	1'609,164	60.88 o/o
Viudas	316,770	11.98 o/o

Separadas	65,241	2.46 o/o
Divorciadas	12,910	0.48 o/o
		75.80 o/o
Convivientes	638,907	24.17 o/o

Es de presumir que el número real de hogares concubinarios es mayor del que aparece en el cuadro que antecede, ya que, por consideraciones de prestigio social o de pudor social, si así quiere llamarsele, o por convicción, personas que son convivientes para la ley se declaran o se sienten realmente casadas,

Pero aún ateniéndonos a las cifras del Censo, es obvio que el número de hogares constituídos sobre una base no matrimonial es alto. Los datos transcritos no permiten sub-clasificar todos esos casos; pero presumiblemente entre ellos hay que distinguir al menos tres situaciones distintas:

- Los casos de verdadero concubinato, semejante al que se da también en otros países, esto es, aquellos casos en que un varón y una mujer, sin ser casados, hacen vida de tales;
- Los casos de matrimonio católico exclusivamente;
- Los del llamado *servinakuy* o designado con otras denominaciones usuales entre los campesinos indígenas de la sierra central y meridional del país.

Ahora bien, las dos últimas situaciones no son en realidad casos de convivencia concubinaria. El canónico es un verdadero matrimonio. El *servinakuy* ha sido calificado de "matrimonio sociológico" y ambos son fenómenos cuya existencia, evidente y masiva, se ha empeñado en ignorar la ley peruana a veces por consideraciones extra-jurídicas. Convivencia marital concubinaria sólo la hay en la primera de dichas situaciones.

No obstante, la nueva Constitución no ha acogido el planteamiento —propuesto durante los debates por el autor de esta nota— de iniciar una política legislativa tendiente a dar una solución racional y realista, al mismo tiempo que justa, al problema del *servinakuy*; y ha remitido a la ley, en términos equívocos, la posibilidad de reconocer efectos civiles al matrimonio religioso, como ya se ha expresado.

En contraste, sí se ha ocupado del concubinato propiamente dicho, a cuyo respecto preceptúa que "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".

Quedan, así, comprendidos los casos en que un varón y una mujer, que no son casados, pero que podrían serlo, hacen vida marital; pero excluidos los que no son casados ni podrían serlo. Este criterio nos parece correcto.

En realidad, la nueva Constitución, al incluir la norma que se acaba de

trascibir, no ha hecho sino culminar una línea de tendencia que se inició hace mucho tiempo.

En el campo del Derecho Civil, ya la Comisión Reformadora del Código de 1852, cuyo trabajo culminó con la promulgación del actual Código Civil de 1936, abordó el problema de las uniones de hecho, si bien el aspecto que más le preocupó fue el del eventual enriquecimiento del concubino a costa de su compañera en el caso de que aquél abandonara a ésta (aspecto, sin duda, importante, pero no único de las uniones de hecho).

En esa oportunidad, se discutió acerca de cuál podría ser una solución adecuada del mencionado problema; y se recordó las distintas soluciones planteadas a nivel de la doctrina jurídica: la de considerar la unión concubinaria como una sociedad de hecho, a los efectos de que, una vez disuelta también de hecho, los ex-socios se distribuyeran el activo líquido; o la de considerar este caso como el de una locación de servicios, a fin de que la mujer pudiese exigir el pago de remuneraciones no canceladas por el trabajo realizado durante el concubinato. Se hizo notar entonces, sin embargo, que ambas soluciones resultaban forzadas. Mal podía afirmarse la existencia de una sociedad mercantil o aún civil, desde que no existía la *affectio societatis*, esencial al concepto de sociedad; y menos aún ver en la relación concubinaria una figura de locación de servicios.

La Comisión Reformadora terminó por aceptar el criterio expuesto por uno de sus miembros, el Sr. Olaechea, en el sentido de que el problema de la posible expoliación de la mujer abandonada por su concubino podría ser resuelto, sin necesidad de legislar sobre el concubinato, mediante la aplicación de la norma contenida en el art. 1149, según el cual “aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución”.

A base de este criterio, la jurisprudencia de los tribunales ha reconocido en diversas oportunidades el derecho de la concubina a exigir que se le reconozca la propiedad sobre una parte del patrimonio acumulado en común, aunque sujeto a la probanza respectiva, que frecuentemente es muy difícil en lo que concierne al grado de participación de cada interesado en la adquisición de bienes durante la convivencia.

En otros campos ajenos al Derecho Civil, existen también antecedentes importantes, algunos de los cuales afrontaron el problema de las uniones de hecho de un modo mucho más directo.

Así, las leyes No. 8439 de 20 de agosto de 1936 (es decir, contemporánea del nuevo Código Civil) y No. 8569 de 27 de agosto de 1937, aunque sin nombrar expresamente el caso de la concubina, resultan comprendiéndola con referencia a la compensación por tiempo de servicios en caso de fallecimiento del trabajador; y más recientemente se hizo explícito el reconocimiento del fenómeno concubinario, primero en el D.L. No. 17716, de 24 de junio de 1969,

sobre reforma agraria, al tratar de la caducidad del contrato de compra-venta por fallecimiento del campesino sin haber cancelado el precio; y después en el D.L. No. 20598 de 30 de abril de 1974, sobre empresas de propiedad social, al regular la transferencia de certificados de retiro al fallecimiento del trabajador.

Como es notorio, en casi todos estos casos el problema que ha concitado la atención del legislador ha sido el referente a la propiedad de bienes; pero no ha considerado otros aspectos importantes, como el de los alimentos, la herencia o la indemnización del daño moral.

La nueva Constitución no ha hecho, pues, otra cosa que culminar una tendencia que ya venía desarrollándose por algunas décadas; y tampoco ha abordado los problemas alimentario, hereditario o indemnizatorio a que se acaba de hacer referencia.

Toda normación sobre esta materia puede ser objeto de controversia. Los antecedentes y la legislación comparada traen sobre el concubinato ejemplos de variado tratamiento:

En Roma, el concubinato, aunque poco honroso para quienes lo practicaban y especialmente para la mujer (que perdía, si era ingenua y honrada, la consideración social y el título de *mater familias*), no era ilícito, ni era practicado arbitrariamente, sino que estaba sujeto a determinadas reglas. No llegaba a ser, sin embargo, un matrimonio.

Entre los germanos también existió el concubinato; sobre todo para las uniones entre libres y siervos; el cual fue después sustituido por el llamado matrimonio morganático.

En la legislación medieval de España se acogió, con más o menos amplitud y en vista de viejas costumbres, el matrimonio de bendiciones, el matrimonio de yuras o juramentado y la barraganía.

En el campo de la legislación comparada contemporánea, dos casos, entre los de más antigua data, merecen especial mención: el de la ley soviética, que al principio reconoció el "matrimonio de hecho", hasta que el 8 de julio de 1944 volvió al antiguo sistema que negaba valor legal a esa forma de unión; y el Código de México para el Distrito Federal, de 1932, que reconoce, en ciertas circunstancias, un derecho alimentario y otro hereditario a la concubina, aunque sin convertir al concubinato en matrimonio.

Entre las legislaciones americanas la evolución parecería seguir un curso semejante al de México: originalmente mostraron renuencia para aceptar el concubinato como fenómeno jurígeno de tipo matrimonial y al presente parecerían orientarse en sentido inverso, como en el caso de Bolivia, que acepta la "unión conyugal libre", y en cierta medida el peruano, a través de la nueva Constitución.

En cambio, en Rumania, China Popular y Cuba podrían ser ejemplos de la

actual tendencia del mundo socialista a limitar al matrimonio la protección de la ley, rectificando así la orientación primigenia de la Unión Soviética.

Con relación a este problema, es pertinente mencionar una preocupación generalizada: si en la medida que se legalice el concubinato no se está des-estimulando el matrimonio. En realidad, ninguna legislación está en contra del matrimonio; pero el tipo de garantías que se ofrezca a la unión concubinaría y los derechos que de él se deriven pueden tener aquel efecto indeseable. Esta es, presumiblemente, la razón de que un sector de la doctrina se incline en el sentido de que la ley debe ocuparse del concubinato, pero con miras a su gradual extinción. Esta podría ser la posición del Código de Familia de Cuba. No es, infortunadamente, la de la nueva Constitución peruana.

Conviene precisar, en todo caso, la limitada extensión de la reforma constitucional: ella no alcanza sino al concubinato *strictu sensu*; y sólo lo alcanza en algunos aspectos patrimoniales, mas no en los personales.

El nuevo Código debe precisar el tiempo y las condiciones del concubinato para que funcione como una sociedad de bienes. En cuanto a lo primero, todo plazo es ciertamente arbitrario. En la Comisión Principal de la Constituyente se llegó a sugerir uno de veinte años. La idea no fue secundada. En el Derecho Comparado se halla ejemplos en que la duración mínima de la unión para surtir ciertos efectos se fija en cinco años (o haber tenido hijos, alternativa importante ajena a todo plazo). Tal es el caso del Código de México para el Distrito y Territorios Federales. El Código de Familia de Bolivia no señala plazo alguno para que la "unión conyugal libre" sea tenida como un matrimonio legal en cuanto a los efectos que produce.

El ponente considera que un plazo de cinco años puede ser aceptable.

En cuanto a los demás requisitos concurrentes a los que la nueva Carta se refiere bajo el nombre de "condiciones", el concepto no aparece claro. Desde luego, la denominación no tiene el alcance técnico de la *condición* como modalidad del acto jurídico; parece más bien empleado en su sentido vulgar, como sinónimo de elementos o requisitos. Más tampoco aparece claro a qué otros requisitos podría el legislador sujetar el reconocimiento de una unión concubinaría como una sociedad de bienes, aparte de los de ausencia de impedimento nupcial y singularidad que la propia norma constitucional exige. Acaso se podría puntualizar al respecto la nota de voluntariedad en la decisión de los interesados y precisar la cohabitación, la fidelidad y la asistencia como caracteres del hogar de hecho.

El Código deberá, asimismo, remitir la calificación de los bienes de los concubinos como propios o comunes, el ejercicio de las facultades de administración y disposición de aquéllos y éstos, así como las cargas que pesan sobre unos y otros, a lo que se establece para la sociedad de gananciales en el Título referente al régimen patrimonial del matrimonio.

Otras dos materias deberán ser concretamente reguladas con normas propias, es decir, distintas de las que el Código trae para el matrimonio: la de la prueba del concubinato, que, a nuestro juicio, deberá referirse a la posesión constante del estado a partir de fecha aproximada, cuestión para cuya probanza podrán usarse, en cuanto sean aplicables, los medios que señala el texto procesal civil, siempre que exista un principio de prueba escrita; y la del fenecimiento de la sociedad de bienes, que sólo podrá producirse por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, caso este último en que, en determinadas circunstancias, el concubino abandonado o inocente podrá ejercer un derecho indemnizatorio.

Hijos matrimoniales y extramatrimoniales

El párrafo final del art. 6 de la nueva Constitución proclama que “todos los hijos tienen iguales derechos”; y agrega que “está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

La innovación significa también la culminación de una línea de tendencia universal al respecto:

Las antiguas legislaciones consagraron, no solamente una diferencia muy grande entre ambas filiaciones, sino que deprimieron a la ilegítima; en lo cual no hacían sino reflejar un estado social de ánimo muy arraigado.

Los más radicales distinguieron, no sólo a los hijos legítimos de los ilegítimos o bordes, sino que sub-clasificaron a estos últimos en naturales y espurios; volvieron a sub-dividir a los últimos en fornezinos, sacrílegos y mánceres; y sub-clasificaron una vez más a los primeros en adulterinos o notos e incestuosos (incluyendo a los nefarios).

La tendencia universal contemporánea se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. En algunos casos, se ha suprimido la diferencia (Constitución Cubana, Constitución de la República Española, Código de Familia de la Unión Soviética, de Rumania, de Cuba, de Bolivia y otros).

Entre nosotros, el Código Civil de 1852, aunque sin semejante drasticidad, mantuvo la diferencia entre legítimo e ilegítimo y la sub-clasificación de éstos en naturales y no-naturales (con especial y casi exclusiva referencia a los adulterinos).

El actual Código Civil, aunque ha suprimido formalmente esa sub-clasificación, la mantiene materialmente en varios casos, como el del art. 315, que restringe la posibilidad de legitimar por sub-siguiente matrimonio tratándose de hijos adulterinos e incestuosos.

La Constitución de 1933 guarda silencio al respecto.

Importante como es la innovación —y discutible también,—, no tiene, sin embargo, efectos demasiado espectaculares o novedosos:

En efecto, eran ya escasas las diferencias legales entre ambas clases de hijos. En el campo del Derecho Civil se circunscribían básicamente al apellido, la legitimación, la patria potestad y la herencia. En cuanto al primero, el art. 361 del Código establece que el hijo ilegítimo solamente lleva un apellido: el del padre o la madre que lo reconoció, o si ambos lo hubieran reconocido, el del padre. Es preciso admitir, sin embargo, que ésta diferencia resultó en la práctica poco significativa, ya que, por la vía del desuso, los hijos ilegítimos reconocidos por ambos padres han llevado en la práctica ambos apellidos. Ya se mencionó, por otro lado, la diferencia establecida por el art. 315 entre los hijos adulterinos e incestuosos para el efecto de la legitimación por sub-siguiente matrimonio.

En cuanto a la patria potestad, el hijo ilegítimo, conforme a lo dispuesto en el art. 395, está bajo la de uno solo de sus padres, mientras que sobre el legítimo la patria potestad se ejerce por ambos.

En lo que concierne a la herencia, el art. 762 reduce la cuota del hijo ilegítimo a la mitad de la que corresponde al legítimo, cuando concurren unos y otros; el art. 765 limita la herencia del cónyuge a la cuarta parte de la herencia, en el caso de haber hijos legítimos (lo que no rige en el caso de haber sólo ilegítimos); y el art. 712 hace perder la facultad de libre disposición al testador que mejora a sus descendientes dejando hijos ilegítimos reconocidos; norma que, aparentemente, no es de aplicación cuando hay sólo hijos legítimos. La innovación constitucional borra las mencionadas diferencias.

Discutiblemente, podría tener también efecto en el parentesco legal derivado de la adopción. Se podría argüir, acerca del art. 33, que al limitar el parentesco proveniente de la adopción al adoptante y al adoptado y sus descendientes legítimos, está recortando un derecho a los legítimos, lo cual contrariaría la norma constitucional.

Otras diferencias, de haberlas, serían poco significativas.

La norma bajo comentario no contiene, en realidad, innovación en cuanto a la prohibición de mencionar la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, porque, con parecidos alcances, ya existía esa norma en la legislación nacional. La novedad consistiría en haberla elevado a jerarquía constitucional.

Es importante destacar que la declaración de que “todos los hijos tienen los mismos derechos” no significa que hayan de desaparecer del Código Civil todas las disposiciones contenidas en los Títulos sobre Filiación Legítima, Adopción, Filiación Ilegítima ni las pertinentes del Título de Patria Potestad, desde que los derechos de los hijos se ejercen frente a sus padres, lo que implica la necesidad de saberse quiénes son éstos.

Ahora bien, la vinculación de una persona con sus padres aparece muy clara, aún desde antes del nacimiento de esa persona, cuando es habida en relaciones matrimoniales.

Este fenómeno se debe a dos razones principales: en primer lugar, el matrimonio ata a los cónyuges con el deber de fidelidad, que importa la renuncia que cada cual hizo, libre y voluntariamente, a la posibilidad de tener trato sexual con tercero, e impone a ambos el débito sexual. Por el principio de que, mientras no se demuestre lo contrario, se presume que las personas cumplen sus deberes y se comportan honorablemente, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido.

Esta vinculación lógica y automática, que otorga certidumbre y fijeza al status del hijo legítimo, no se da en el hijo ilegítimo. Este podrá, por lo general, señalar ciertamente a su madre, pero será mucho menos fácil que ubique ciertamente a su padre.

En segundo lugar, el nacimiento de un hijo legítimo constituye, ordinariamente, un acontecimiento que, no sólo no se oculta, sino que más bien se exhibe y hasta se publica; que se espera por los padres y sus relacionados como un evento venturoso; y que, por lo mismo, señala a los progenitores incluso desde antes de nacer el hijo.

Lo contrario suele ocurrir tratándose de la filiación ilegítima, salvo la que tiene su origen en un concubinato ostensible.

Mientras tratándose del hijo legítimo, el emplazamiento en su status surge del hecho del matrimonio de sus padres y del juego de presunciones bastante robustas en cuanto a los términos mínimo y máximo de fetación, cuando se trata del hijo ilegítimo no existen tales factores. De hecho y de derecho, no hay más que dos maneras de que el hijo ilegítimo lograra emplazamiento: el reconocimiento voluntario y la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad.

En consecuencia, todo lo referente a la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* tratándose del hijo legítimo, así como al reconocimiento voluntario y la investigación judicial tratándose de los ilegítimos, habrá de quedar básicamente en pie. Quedará también vigente el status del llamado "hijo alimentista"; e igualmente el del hijo ilegítimo no reconocido ni declarado, ni alimentista.

En cambio, podrá desaparecer la figura de la legitimación por devenir innecesaria o inútil, ya que convertir en matrimonial al hijo extramatrimonial no tendrá relevancia alguna en cuanto a sus efectos. Sólo una consideración de índole subjetiva podría explicar su mantenimiento. En general, los códigos que han suprimido la diferencia entre los hijos han eliminado también la legitimación. El de Rumanía, por ejemplo, se refiere a ello en el prefacio del Prof. Ionesco.

De otro lado, los hijos deberán dejar de ser denominados legítimos e

ilegítimos, pues estas calificaciones parecen aludir al hecho de estar dentro de la ley o fuera de ella, lo que contradiría el espíritu de la Constitución. De esto, empero, no deberá inferirse que recibirán la misma denominación, pues ello confundiría la normación referente al reconocimiento voluntario, la declaración judicial de paternidad o maternidad, el asentamiento de partidas de nacimiento y otras cuestiones semejantes. Los códigos que suprimen la diferencia entre los hijos o los igualan en sus derechos optan por llamarlos hijos de padres casados y no casados, como hace el de Bolivia; o habidos dentro del matrimonio o fuera de él, como el de Costa Rica.

El ponente cree que estas denominaciones son aceptables.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

César Delgado Barreto

I. ELECCION DE MAGISTRADOS SEGUN LA CONSTITUCION DE 1933

Los artículos 222 y 223 de la Constitución de 1933 disponían que la facultad de elegir a los Magistrados correspondía según su jerarquía al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo, vale decir en última instancia al Poder Político.

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo (Art. 222). Mientras que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales eran nombrados por el Poder Ejecutivo, pero a propuesta, en terna doble de la respectiva Corte Superior (Art. 223).

La elección de Magistrados en la Constitución de 1933 mantuvo el sistema consagrado en la mayoría de nuestras Constituciones anteriores que sometieron el Poder Judicial al Poder Político, en virtud del sistema de nombramientos judiciales. Excepcionalmente las Constituciones de 1826, 1834 y 1857 limitaron la excesiva injerencia del Poder Ejecutivo, pero en última instancia aún en estos casos, el Poder Político expresado en el Poder Legislativo, tenía la decisión final en la elección de magistrados.

La experiencia vivida bajo este sistema ha sido muy aleccionadora. Al respecto el Dr. Alberto D'Angelo en su Memoria como Presidente del Consejo Nacional de Justicia, correspondiente a 1972-73, nos dice: "Estaba en el consenso público que debía terminar el bochornoso espectáculo que representaba el desfile de magistrados en el Palacio Legislativo en demanda de votos para la elección de Vocales Supremos. O la denigrante espera en las salas ministeriales o de personas influyentes para solicitar su nombramiento de Vocal Superior o de Juez de Primera Instancia. Esto era entonces lo que contaba y no las calidades personales del futuro magistrado".

A lo anteriormente expresado hay que añadir que a pesar de que el Art. 69 de la Constitución disponía que "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus" en la práctica, pocas veces prosperó esta acción debido al sometimiento del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, que tenía su origen en el sistema de nombramientos judiciales.

II. EL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA

La necesidad de que la justicia sea administrada rectamente presupone su autonomía frente a los otros órganos del Estado. Montesquieu decía: no hay libertad, si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y del Ejecutivo.

Desde hace cerca de medio siglo, abogados, juristas y magistrados han venido luchando en el Perú por la independencia del Poder Judicial. La Comisión Villarán nombrada en 1931 para formular un anteproyecto de la Nueva Constitución propuso la creación de un Consejo Nacional de justicia, como organismo autónomo, ajeno en su constitución a los otros Poderes del Estado para efectuar los nombramientos judiciales, con excepción de los Vocales Supremos que serían elegidos por el Senado, entre los propuestos en dos ternas formuladas una por la Corte Suprema y la otra por el Consejo Nacional de Justicia.

Los Constituyentes dejaron de lado el anteproyecto Villarán y se inclinaron por el dictamen en mayoría sobre organización del Poder Judicial que propuso el mantenimiento del sistema vigente, a pesar de que los resultados negativos ya eran conocidos.

Desde 1933 hasta 1969 se presentaron varios proyectos para modificar los Arts. 222 y 223 de la Constitución de 1933, siendo los más importantes: el presentado en 1945 por el Senador Manuel J. Bustamante de la Fuente. En 1948 el Dr. Luis Quiñe Arista elaboró un Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual contemplaba la creación de un Consejo Nacional de Justicia, en la Exposición de Motivos del mencionado Anteproyecto se pregunta el autor: “¿cuál es el objeto de la creación de este Consejo Nacional de Justicia?. La respuesta no se hace esperar. Primordialmente, establecer la independencia funcional del Poder Judicial, suprimir para el futuro la intervención del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en los nombramientos judiciales, vale decir de la política y de las influencias”. En 1956, el Dr. Mario Alzamora Valdez presentó a la Cámara de Diputados un Proyecto de Reforma Constitucional sobre el sistema de nombramientos judiciales y el cual incluía la creación del Consejo Nacional de Justicia. En 1959 el Dr. Ricardo Bustamante y Cisneros al asumir la Presidencia de la Corte Suprema, expresó que: “Es oportuno sustituir el actual sistema sobre provisión de cargos judiciales, caracterizado por la injerencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con la creación del Consejo Nacional de Justicia”.

En los Congresos Nacionales de Abogados realizados en Lima (1955), Trujillo (1957), Arequipa (1961), Piura (1964), Cuzco (1968) y Callao (1969) se aprobaron ponencias que preconizaban también la necesidad de un Consejo Nacional de Justicia que tuviese a su cargo la elección de magistrados.

Por el Decreto Ley No. 18060, de fecha 23/12/69 se creó el Consejo Nacional de Justicia, integrado por los siguientes delegados: dos del Poder Ejecutivo, dos del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, uno del Colegio de Abogados de Lima y uno por cada Programa Académico de Derecho de las dos universidades nacionales más antiguas (Art. 7). Leyes posteriores han reducido sus miembros a ocho al haber prescindido de los delegados del Colegio de Abogados de Lima y de la Universidad Nacional del Cuzco.

La función del Consejo Nacional de Justicia es la de elegir a los magistrados de todo el Poder Judicial de la República, con excepción de los Jueces de Paz y sujetándose al sistema de propuesta vigente.

Por Decreto Ley No. 18831 del 13/4/71 se expide la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Justicia ampliándose su jurisdicción y sus funciones, incluyéndose la provisión de magistraturas de los Fueros Agrario y Privativo de Trabajo y a los Jueces Coactivos.

El Art. 14 de su Ley Orgánica da al Consejo, de oficio o a instancia de parte, la facultad de instaurar proceso disciplinario en contra de los miembros del Poder Judicial, con excepción de los Jueces de Paz no Letrados, de los Fueros Agrario y de Trabajo y de los Jueces Coactivos. Las sanciones disciplinarias susceptibles de ser impuestas son las señaladas en el Capítulo II del Título VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 14605.

El Art. 15 de su Ley Orgánica otorga al Consejo derecho de iniciativa en la formación de leyes destinadas a perfeccionar el ordenamiento jurídico nacional vigente.

Con la creación del Consejo Nacional de Justicia se dió sin lugar a dudas un paso muy importante en la autonomía del Poder Judicial. Sin embargo, encontramos en su Ley Orgánica dos deficiencias sustanciales en lo que respecta a la elección y al nombramiento de los magistrados.

La primera se refiere a la participación en su seno de dos delegados del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Que aunque sólo sumaban cuatro, de un total de diez miembros, implicaba la intervención del Poder Político en la elección de magistrados. Esto se agravó, cuando mediante la expedición del D.L. 21464 del 13/4/76 se redujo a ocho el número de Consejeros, al haberse excluído a dos delegados que representaban a un Colegio de Abogados y a un Programa de Derecho, quedando paritariamente la representación del Poder Político con relación a los otros miembros.

La segunda deficiencia sustancial es que si bien los magistrados son elegidos por el Consejo Nacional de Justicia, su nombramiento lo hacía el Poder Político. Se pensaba que este respetuoso de su propia ley lo único que haría era nombrar a los miembros elegidos. Sin embargo, se dió en noviembre de 1976 el increíble caso de un Vocal Supremo elegido por el Consejo, que no fue nombrado y en su lugar se nombró a uno que no había concursado. Desde esa fecha el Consejo Nacional de Justicia vivió bajo la espada de Damocles, ya que sabía de que en el caso de que eligiese a un magistrado que no contaba con el beneplácito del Poder Político, éste simplemente no lo nombraba.

Este incalificable atropello que motivó la renuncia irrevocable del Presidente y Vice Presidente del Consejo, ha puesto en evidencia la necesidad que no sólo la elección, sino también el nombramiento debe recaer exclusivamente en el Organismo especializado creado por la ley para estos efectos.

III EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

El Capítulo X del Título IV de la Constitución de 1979 se ocupa del Consejo Nacional de la Magistratura, el cual está integrado exclusivamente por magistrados (el Fiscal de la Nación y dos Representantes de la Corte Suprema), abogados (un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú y un representante del Colegio de Abogados de Lima) y catedráticos (dos representantes de las Facultades de Derecho de la República (Art. 246) lo que significa un avance con respecto al Consejo Nacional de Justicia, al no estar compuesto por Representantes del Poder Político.

El mismo artículo 246 dispone que los miembros del Consejo “son remunerados con dietas que se fijan en el Presupuesto General de la República”, lo cual, implica que su labor no la van a desempeñar a dedicación exclusiva, sino que paralelamente van a continuar en el ejercicio profesional de la abogacía, con el consiguiente riesgo de utilizar su gran influencia en beneficio de las causas que patrocinen, y aunque no ejerzan ninguna presión el solo hecho de que figure su nombre como abogados va inevitablemente a mediatizar a los magistrados que aspiran lógicamente a ascender en su carrera.

A fin de evitar este grave peligro es que el Art. 19 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Justicia dispuso que sus miembros trabajasen a dedicación exclusiva, prohibiéndoles el ejercicio de la profesión de abogado.

El Art. 245 de la Constitución vuelve a entronizar en el sistema de nombramientos judiciales el factor político partidario al disponer que el Presidente de la República nombra a los magistrados de toda la jerarquía, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura, requiriéndose ratificación del Senado, cuando se trata de los Vocales de la Corte Suprema.

Comentando este artículo constitucional el Dr. Artemio Alvarez Benavides en su Memoria como Presidente del Consejo Nacional de Justicia, correspondiente a 1978-79 expresa acertadamente: “Formuladas las propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura o los Consejos Distritales no es difícil suponer el criterio con que el Presidente realizará los nombramientos de jueces. Si el Presidente es elevado a la más alta magistratura de la República por el partido político al que pertenece y se da el caso que se le propone un correligionario entre otros que no tienen esa característica ¿cuál será el criterio con que se decida el nombramiento? lo inconveniente del sistema establecido resulta mucho más evidente cuando se trata del nombramiento de Vocales Supremos, los que deberán ser ratificados en su nombramiento por el Senado, organismo absolutamente político, que habrá de actuar con ese criterio como no puede ser de otro modo”.

El sistema de nombramientos judiciales establecido por la Constitución de 1979 significa sin lugar a dudas un paso atrás en la lucha por la independencia del Poder Judicial. Desgraciadamente la concupiscencia de poder obnubiló

a la dirigencia de los partidos que tenían la mayoría en la Asamblea Constituyente, optando por la alternativa de tener un Poder Judicial obsecuente, sin darse cuenta del precio que harían pagar a todo el país, e incluso a ellos mismos, cuando por las vicisitudes propias de la vida política perdiesen el poder en favor de sus adversarios políticos.

Si la justicia es la piedra angular de la vida jurídica de un país, es necesario que sea administrada con rectitud y equidad, y esto solo es posible si el órgano encargado de su fiel cumplimiento goza de autonomía.

Para alcanzar este logro se han propuesto diversos sistemas, siendo los principales, la elección popular que si bien es democrático tiene el peligro de hacer depender el nombramiento de los magistrados también en los partidos políticos; el de la cooptación, o sea la designación de los magistrados por el propio Poder Judicial, y cuyo mayor inconveniente radica en el riesgo de que se forme una casta judicial conservadora e inhabil de aplicar el derecho a las circunstancias cambiantes de una sociedad en continua transformación. El otro sistema es que la elección y nombramiento recaiga en un organismo autónomo integrado exclusivamente por abogados, catedráticos y magistrados a dedicación exclusiva, que hasta ahora es el mejor de los sistemas que se han formulado.

Si concordamos lo dispuesto en los artículos 245, 246 y 251 de la Constitución de 1979 se encuentra un auténtico círculo vicioso que impediría a la postre la instalación del Consejo Nacional de la Magistratura. En efecto, según lo dispuesto en el art. 251 el Fiscal de la Nación es nombrado con el mismo procedimiento establecido para los integrantes del Poder Judicial, vale decir que es nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura, pero como hemos visto el Consejo es presidido por el Fiscal de la Nación, lo que implica que el Consejo no puede funcionar mientras no sea nombrado el Fiscal de la Nación, y éste por su parte no puede ser nombrado mientras no sea propuesto por el Consejo Nacional de la Magistratura.

El Art. 248 trata de la función contralora de la Corte Suprema con respecto a la conducta funcional de los jueces. Por consiguiente este artículo no tiene nada que ver con el Consejo Nacional de la Magistratura, ya que el lugar que lógicamente le corresponde es el Capítulo IX del Título IV de la Constitución dedicado al Poder Judicial. Por último, el Art. 249 da al Consejo la atribución de recibir denuncias sobre la actuación de los Vocales de la Corte Suprema, pero no le confiere la facultad de sancionar, ya que lo único que puede hacer es cursar la denuncia ante el Fiscal de la Nación, si hay presunción de delito y a la propia Corte Suprema, para la aplicación de medidas de carácter disciplinario.

El Art. 14 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Justicia le confiere la atribución de investigar y de sancionar a los miembros del Poder Judicial, de los Fueros Agrarios y de Trabajo y a los Jueces Coactivos, con excepción de los Jueces de Paz no Letrados.

Es conveniente el haber circunscrito la atribución del Consejo de recibir denuncias exclusivamente sobre la conducta funcional de los Vocales de la Corte Suprema, pues con respecto al resto de la jerarquía judicial es competente el Organismo de Control.

Lo que sí es inconveniente, es limitar la facultad del Consejo Nacional de la Magistratura a calificar las denuncias sobre la actuación de los Magistrados de la Corte Suprema, negándole la facultad de sanción. Es más idóneo para los efectos del control que no sean los propios Vocales de la Corte Suprema los que investiguen y sancionan a sus miembros, sino un órgano independiente, que por ser tal, tiene una mayor imparcialidad que asegura una más justa investigación y sanción.

EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA EN LA NUEVA CONSTITUCION

DESARROLLO INTEGRAL AGRARIO Y MINIFUNDIO

Guillermo Figallo Adrianzén

El Título III de la nueva Constitución del Perú, dedicado al Régimen Económico, comprende el Capítulo VII que se ocupa especialmente del Régimen Agrario (artículos 157o. al 159o.).

Inicia el referido Capítulo el artículo 157o: concede caracter prioritario al "desarrollo integral" al sector agrario. A primera vista, este dispositivo se justifica plenamente, ya que es sabido por todos que se trata del Sector más deprimido de nuestra economía y su producción está destinada a la satisfacción de necesidades primarias de la población. Sin embargo, creemos necesarias ciertas precisiones, pues connotados comentaristas advierten que el desarrollo rural integrado representa la política adoptada los grupos dominantes latinoamericanos en reemplazo de la Reforma Agraria cuyo fracaso han venido pregonando ruidosamente en los últimos años. Esta política consiste en la concentración de los escasos recursos con que cuentan los países sub-desarrollados en ciertas áreas seleccionadas para la mejor utilización de su potencial económico y una mayor eficiencia de los servicios públicos; pero, si se realiza dentro del marco limitado del minifundio no logra elevar significativamente el nivel de vida de la mayoría sino que beneficia más a los ricos; y, en realidad, se persigue con ella la estabilización de los desequilibrios existentes.

Podría decirse que no hay este peligro en el Perú donde se ha realizado una reforma agraria radical; pero no es así, pues si bien ésta ha liquidado el latifundio, uno de sus más graves vacíos ha sido el olvido del problema del minifundio.

INVOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD

De acuerdo con el "pluralismo económico que propugna la Constitución, el sistema económico nacional se sustenta en la "coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa" que puedan constituirse cumpliendo los requisitos que señala el orden jurídico (art. 112o.).

Asimismo, declara que "la propiedad cualquiera que fuese es "inviolable" y el Estado la "garantiza". Tradicionalmente las Constituciones inspiradas en la ideología liberal proclaman la inviolabilidad de la propiedad que podría ser considerada superflua habida cuenta de que ésta es un atributo inherente a todo derecho que no puede ser violado ni por el Estado, ni por los particulares. Pero, el objeto de dicha declaración es poner énfasis en la importancia de la propiedad para el liberalismo que encuentra en la satisfacción del interés indi-

vidual el mejor modo de realizar el interés general por lo que el hecho de haberla mantenido en la nueva Carta revela la decisión de no incorporar la figura de la nacionalización dentro de nuestro orden jurídico y que en caso de conflicto entre el derecho de propiedad privada y el interés colectivo, sólo podrá recurrirse a la expropiación que tiene carácter compensatorio. Si la expropiación es por causa de Reforma Agraria la Constitución faculta para que el pago del justiprecio pueda diferirse en “plazos adecuados” y con intereses “reajustables periódicamente”.

GARANTIA CONSTITUCIONAL Y FORMAS DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA

Cuando se trata del derecho de propiedad sobre la tierra el artículo 157o. de la Constitución circunscribe la antedicha “garantía” a ciertas modalidades de propiedad y la condiciona al cumplimiento de determinados requisitos. A este respecto debemos señalar previamente que, de acuerdo con la doctrina no debemos confundir los vocablos “derecho” y “garantía”, pues ello equivale a establecer en el plano de la terminología constitucional una inaceptable sinonimia entre libertad jurídica y sus medios de protección y amparo. Por consiguiente, es posible la existencia de otras formas de propiedad privada garantizada por la ley común, pues la Constitución no las prohíbe. Más bien la norma constitucional tiene sentido contrario, es decir, que dentro de nuestro ordenamiento no puede prohibirse la existencia de las modalidades de propiedad que garantiza. El texto del numeral comentado ha sido objeto de severas críticas porque confunde como formas de propiedad privada, tanto la propiedad individual como la propiedad cooperativa, comunal, autogestionaria y otras modalidades asociativas que son formas de la propiedad social, categoría genérica que responde a la evolución del concepto de propiedad en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial y se mantiene fiel a la concepción tradicional que divide el derecho en público y privado a los que corresponden la propiedad privada y la propiedad estatal, sin admitir este “tertium gens” que es la propiedad social cuyo titular no es el Estado, ni participa de todos los atributos clásicos de la propiedad privada.

La propiedad privada “individual” en sentido jurídico es aquella en que el poder pleno sobre la cosa en que recae corresponde a una persona privada sea natural o colectiva a diferencia de la propiedad común o condominio. La posibilidad de que la frase propiedad privada individual haya sido empleada por el art. 157o. en esta acepción puede encontrarse que las otras formas garantizadas son personas jurídicas de derecho social. De donde resultaría que no solamente la Constitución no prohíbe a las personas jurídicas privadas ser propietarias de tierras contradiciendo los avances del Derecho Agrario sino que inclusive las garantizaría.

LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA

La Constitución establece de modo general que “la propiedad obliga a

usar los bienes en armonía con el interés social” y cuando se refiere a la propiedad sobre la tierra reitera que debe ser conducida directamente “en armonía con el interés social”, frase semejante al artículo 34o. de la Constitución anterior por lo que le alcanzaría la misma crítica hecha a éste de haber establecido la función social sólo respecto a uno de los atributos de la propiedad que es uso, no así en cuanto el disfrute y la disposición; y que es una norma imperfecta porque carece de sanción.

No creemos justificada esta crítica, pues, se desprende que la Constitución emplea el verbo “usar” en sentido amplio de “goce” del bien, que equivale al “valor de uso” en el lenguaje de los economistas.

La función social de la propiedad de la tierra de acuerdo con la doctrina actual, trasciende los tradicionales límites negativos impuestos por las relaciones de vecindad o en resguardo del interés público, que se reducen a “no hacer” (non facere) o “tolerar” (pati), pues implica obligaciones “de hacer” para el propietario por ser la tierra instrumento de cooperación social y de riqueza nacional. El derecho de propiedad deja de ser absoluto y adquiere un sentido relativo. No recae sobre la esencia de las cosas sino sobre su utilización. El fundamento de la propiedad es inseparable de su finalidad.

No obstante las acerbas críticas formuladas contra el principio de la función social, tanto de un extremo como del otro del pensamiento político, es indudable que ha sido desarrollado con resultados fecundos por la legislación de Reforma Agraria latinoamericana.

EL ABANDONO DE LA TIERRA

La función social, según la Constitución, impone dos tipos de obligaciones al propietario: a) el uso o explotación racional de la tierra; y b) la conducción directa.

El uso en armonía con el interés social no puede ser otro que la explotación racional por lo que el más grave incumplimiento de esta obligación es mantener la tierra inexplorada, inerte, abandonada. La Constitución reconoce esta consecuencia y sanciona el abandono de la tierra, pues declara que las tierras abandonadas “pasan” al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras. La extinción del derecho de propiedad por causa de abandono obedece a una tradición jurídica cuyos antecedentes remotos pueden encontrarse en la legislación de la Colonia fundada en una concepción patrimonial del dominio público (los territorios y riquezas de América pertenecían a la Corona por derecho propio). Partiendo del principio regaliano el sistema jurídico latinoamericano ha diseñado una doctrina propia de las tierras públicas expresada en el inciso 4o. del artículo 822o. del Código Civil, aunque de modo imperfecto. En efecto, declara que son del Estado las tierras públicas entre las cuales se distinguen las “tierras sin dueño” que han pertenecido en el dominio originario del Estado y las tierras abandonadas. Respecto a las primeras existe una frondosa

legislación sobre irrigaciones de tierras eriazas (aunque ambos conceptos no coinciden plenamente) y tierras de Selva. En cuanto a las segundas el Código Civil no precisa el requisito temporal o lapso que debe transcurrir para que se produzca el abandono por lo que parecería que incurre en el error común entre muchos civilistas de confundir abandono con renuncia considerándolo una modalidad tácita de ésta.

Además, para la armonía con el interés social se requiere que la explotación de la tierra sea eficiente, es decir que se use de acuerdo con su finalidad económica. De ahí se deriva el principio de Derecho Agrario denominado del “buen cultivo” que significa una profunda transformación en el instituto jurídico de la posesión cuando se trata de la tierra. Para que no exista abandono es necesario que la explotación se encuentre dirigida a la obtención de un rendimiento económico, lo que implica que solamente se considere acto posesorio el que consista en la explotación de la tierra de acuerdo con su mayor aptitud agrológica y que la posesión consista en el ejercicio de la actividad agrícola o ganadera, según la clase de tierras.

LA CONDUCCION DIRECTA

El segundo acápite del artículo 157o. de la Constitución define la conducción directa diciendo que la hay “cuando el poseedor legítimo e inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa”. Este precepto agregado en las postrimerías del mandato de la Asamblea, después de un intenso debate en que fue interpretado de diferentes formas. Algunos asambleístas sostuvieron que la frase “conducción directa” era la expresión jurídica del postulado de la Reforma Agraria “la tierra para quien la trabaja”. Otros advirtieron que la definición “se prestaba a una serie de interpretaciones a favor de los terratenientes”. Hasta hubo quien enfatizó que evitaba “que se obligue al poseedor legítimo a que resida en el mismo fundo o quede amarrado a una radicación territorial. Ahora —concluyó— el conductor de la tierra podrá elegir libremente su domicilio”, lo que significaría frustración de la Reforma Agraria.

Si analizamos la indicada definición de conducción directa nos encontramos que en el lenguaje de la Constitución los términos “poseedor, legítimo e inmediato” tienen sentido distinto que para el Código Civil. Para el derecho civil poseedor legítimo es aquél que ejerce la posesión en virtud de un título válido, por lo que el poseedor legítimo son tanto el arrendatario, usufructuario, anticresista, como el propietario. En cambio es indudable que la Constitución identifica poseedor legítimo. El Código Civil define al poseedor inmediato como el “poseedor temporal en virtud de un derecho, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió el derecho” (art. 825o.), mientras que para la Constitución, poseedor inmediato es el que ejerce los poderes del propietario personalmente. En otras palabras exige que el propietario ejerza la posesión de modo efectivo, y no por intermediación de otro. De cualquier modo no resulta afortunada la expresión “poseedor legítimo e inmediato”, pues se presta a confusiones.

Para que haya conducción directa la Constitución exige además "la dirección personal" y "la responsabilidad de la empresa". De este modo el propietario queda obligado a organizar una unidad de producción sobre la base del predio rústico del que es dueño y a convertirse en empresario. El centro de gravedad de la protección constitucional ha sido trasladado del título a la empresa agraria, la que también debe ser eficiente y contribuir al bien común extendiéndose a ésta el principio de la función social.

Empero la Constitución no exige la "habitualidad" o "profesionalidad" en la actividad agraria del propietario de la tierra, característica esencial del empresario que originalmente exigía la Ley de la Reforma Agraria y que ha sido suprimido por la legislación reciente (decretos leyes Nos. 22747 y 22388) tanto respecto de los pequeños como de los grandes propietarios. En este aspecto la Constitución reproduce textualmente el texto del artículo 10. del Decreto Ley 22388.

Puede decirse que la dirección personal implica la habitualidad. No participamos de esta opinión por cuanto la dirección puede referirse únicamente a los actos jurídicos-negociables externos de la empresa sin que abarque necesariamente los actos internos que significan el manejo del fundo propiamente dicho que justifican la dedicación constante. En cuanto a la responsabilidad desde el punto de vista jurídico representa simplemente el riesgo de gozar las utilidades o sufrir las pérdidas que resulten de la marcha de la empresa, pero tampoco exige "la condición de presencia" del propietario de la tierra.

PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION PERUANA DE 1979

Domingo García Belaúnde

A Héctor Fix-Zamudio,
eminente jurista latinoamericano

1.— Exordio conceptual — 2. ¿Qué derechos fundamentales...? — 3. ¿Qué derechos son susceptibles de ser protegidos? — 4. Anteproyecto constitucional. — 5. El proyecto constitucional. — 6. Garantías constitucionales — 7. Habeas Corpus — 8. Amparo. — 9. Acción Popular — 10. Inconstitucionalidad en vía de acción — 11. Inconstitucionalidad como cuestión prejudicial. — 12. Acción contencioso-administrativa. — 13. Regímenes de excepción y derechos fundamentales — 14. Misión del Ministerio Público — 15. Casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. — 16. La jurisdicción supranacional. — 17. Comentarios finales.

1. *Exordio conceptual*

Desde hace algunos años, se habla de la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, referido al Derecho Constitucional sustantivo, en la medida que mientras en éste la atención se centraba en los derechos fundamentales y en el funcionamiento de los clásicos poderes del Estado, en aquel se estudiaría preferentemente los mecanismos procesales efectivos para hacer cumplir los preceptos que la misma Constitución establece. De tal suerte, que así como el Derecho Civil se complementa con el Derecho Procesal Civil, y el Derecho Penal hacía lo propio con el Derecho Procesal Penal, el Derecho Constitucional se complementaría con el Derecho Procesal Constitucional, cuyo iniciador es el célebre creador de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen, cuyas contribuciones al Derecho Constitucional son generalmente poco conocidas.

Esto significa que los temas constitucionales son objeto de pronunciamiento por parte de tribunales u organismos especializados, que al hacerlo "dicen derecho" *ius dictio*, y lo hacen en materia constitucional(1).

(1) La bibliografía sobre este tema es abundante. Únicamente mencionamos a Cappelletti (1961, 1975, 1977); Fix-Zamudio (1968a, 1968b, 1974, 1977a, 1977b, 1978, 1979); Ghigliani (1952); Bidart Campos (1968); Pontes de Miranda (1972); Da Silva (1968a). Para el caso del Perú, Bustamante Cisneros (1960, 1961); Furnish (1971); García Belaúnde (1973a, 1973b, 1975, 1978a); Borea Odría (1977); Álvarez Simionetti (1974); Rubio (1978); Bustamante (1978). Si bien la bibliografía citada no está expresamente referida a la Constitución de 1979 sino a la de 1933, existe entre ambos textos cierta solución de continuidad, y en todo caso lo nuevo no puede entenderse sin sus antecedentes. Sobre la Constitución de 1979, puede verse los interesantes enfoques de Chirinos Soto (1979) y Ruiz-Eldredge (1980). El mejor panorama sobre nuestro constitucionalismo sigue siendo el de Pareja Paz-Saldán (1980). Hay

Todo ello permite hacer referencia a una verdadera *jurisdicción constitucional*, la que puede ser distinguida en:

- a) jurisdicción constitucional de la libertad, que se ocupa de la protección de los derechos fundamentales.
- b) jurisdicción constitucional orgánica, o sea, la atinente a los titulares de los poderes del Estado y los conflictos entre éstos, así como los juicios de responsabilidad a los altos funcionarios (juicio político) constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones, partidos políticos, etc.

Esta jurisdicción constitucional se ejerce en Occidente a través de dos grandes modelos: el americano y el europeo(2). El primero de ellos destina la jurisdicción constitucional al Poder Judicial: el segundo se caracteriza por la creación de órganos especiales. El primero es distinguido como un sistema difuso, de alcances particulares, el segundo es más bien un sistema concentrado, de alcance general. Ambos sistemas tienen caracteres bien definidos, aun cuando no se encuentran necesariamente en estado de pureza metódica, pues existen con diversos matices y variantes.

América Latina ha seguido el modelo americano, aún cuando exista actualmente una corriente a favor de la creación de Tribunales Constitucionales (que se ha concretado en la Constitución chilena de 1925, con su reforma en 1970, sin valor en la actualidad, y en la reciente Constitución ecuatoriana de 1977) El Perú se afilió desde un inicio a la tradición americana, aún cuando el modelo ha funcionado sólo en época reciente y con serias intermitencias. Con la nueva Constitución, nos alejamos de esa tradición e implantamos el modelo europeo mediante la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales, aún cuando el Poder Judicial mantiene todavía algunas prerrogativas como veremos más adelante.

Debemos por último mencionar que la protección de los derechos fundamentales es propia de la llamada "jurisdicción constitucional de la libertad", en cuanto aquellos son desconocidos por actos arbitrarios de autoridad o de los particulares, por lo que en este rubro sólo cabría analizar el Habeas Corpus y el Amparo. No obstante, cabe la posibilidad de que dichos derechos fundamentales sean desconocidos por leyes u otras normas, de categoría inferior, lo cual en ri-

que destacar que la parte propiamente procesal del derecho constitucional es sumamente reciente y mal conocida, a tal punto que la obra cumbre de Burdeau, apenas sí roza el tema (1950:III: 132-134; 1969: IV: 138-139).

Sobre el problema teórico de los derechos fundamentales dentro de la problemática constitucional, puede verse el ya citado Tratado de Burdeau. (tomos IV, VII y VIII) y Pablo Lucas Verdú (1976: III: 33-193). Tratamientos especiales de orden general son, entre otros, Duchacek (1976) y Bidart Campos (1974) y desde distinta perspectiva el trabajo colectivo de la Academia de Ciencias de la URSS (1979).

(2) El tercero es el modelo político de amplia acogida en los países socialistas (Fix-Zamudio 1968a).

gor es estudiado por la denominada “jurisdicción constitucional orgánica” dentro de un rubro propio dedicado a la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones. Por tal motivo es que aquí analizaremos este tópico únicamente en la medida en que mediante la “declaración de inconstitucionalidad” pueden cautelarse aún cuando indirectamente, derechos fundamentales proclamados por la Carta política.

2. *¿Qué derechos fundamentales...?*

Nuestra Constitución ha significado un avance terminológico en algunas de sus partes, con respecto al texto constitucional de 1933. Así ha eliminado las “garantías individuales y sociales” y las ha reemplazado certeramente por lo que denomina —siguiendo una buena tradición teórica— como derechos fundamentales de la persona.

El Título I (Derechos y deberes fundamentales de la persona) está dividido en los siguientes capítulos: I.- De la persona; II. De la Familia; III. De la seguridad social, salud y bienestar. IV. De la educación, la ciencia y la cultura. V. Del trabajo. VI. De la función pública. VII. De los derechos políticos. VIII. De los deberes.

Todo este Título I recoge no solamente lo existente en la anterior Constitución de 1933, sino también los logros del constitucionalismo europeo de la segunda post-guerra, y los textos internacionales y regionales sobre Derechos Humanos. Estos son los siguientes:

- I) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) firmada por el Perú.
- ii) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) aprobada mediante Resolución Legislativa n. 13282 de 9 de diciembre de 1959.
- iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) aprobado por Decreto Ley n. 22128 de 28 de marzo de 1978 y “ratificado” por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.
- iv) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) aprobado por Decreto Ley 22129 de 28 de marzo de 1978.
- v) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), “ratificado” por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.
- vi) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) también conocida como Pacto de San José de Costa Rica; aprobado por Decreto Ley 22231 de 11 de julio de 1978 y “ratificado” por la Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.

Cabe anotar que todos estos instrumentos reconocen el derecho de toda

persona a gozar de un medio rápido y eficaz que ampare sus legítimos derechos(3).

3. *¿Qué derechos son susceptibles de ser protegidos?*

En principio, los derechos susceptibles de defensa son aquellos clásicos de orden civil y político (para usar la terminología de Naciones Unidas) en la medida que cabe con ellos una acción frente al Estado en caso de violación o desconocimiento por parte de éste. Pero con el advenimiento del constitucionalismo social y sobre todo del movimiento constitucional de la post-guerra (Ollero: 1949 Burdeau: 1970) se han añadido a esta lista un sin número de derechos llamados comúnmente derechos sociales, económicos y culturales, los que incluso tienen una consagración universal. Ahora bien, surge la pregunta si es que al igual que los derechos clásicos heredados del liberalismo decimonónico, es posible que estos derechos nuevos (sociales, culturales y económicos) sean verdaderos derechos públicos subjetivos (Jellinek: 1912) que establezcan una verdadera pretensión a la instancia jurisdiccional. Conviene destacar que estos derechos internacionalizados a través de los mencionados Pactos están generalmente concebidos como pautas de conducta, como metas de todo régimen político, como postulados de un buen gobierno, pero en rigor no cabría plantear una exigencia jurisdiccional obligando a una prestación efectiva. Así por ejemplo el artículo 11 de la Constitución de 1979 señala que "la familia que no dispone medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos". Significa esto que una familia indigente puede demandar al Estado para que cumpla con hacer entrega de un nicho a perpetuidad al difunto? Por otro lado, y desde el punto de vista de los supuestos económicos, ¿cuenta el Estado con suficientes medios para cubrir tales servicios? Si el Estado no puede atender debidamente los más elementales servicios públicos ¿es factible que atienda aquéllos de beneficencia y otros similares que son presumiblemente más complejos? ¿No se ha añadido una buena dosis de utopismo, cuando se preconiza hasta el cansancio los muchos derechos sociales, económicos y sociales?(4).

-
- (3) Existe infinidad de colecciones con estos textos. Una excelente compilación es la de Gregorio Peces-Barba M (1973); entre nosotros puede verse la realizada por Alzamora Valdez (1977).
- (4) Dice Bidart Campos: "... no nos parece recomendable, la proliferación ni la frondosidad de las cláusulas programáticas que han de reservarse parcamente para precisar con severidad, sobria y concretamente, el proyecto político que una constitución perfila y futuriza" (1974: 142), problema conexo con este tópico (que no encontró eco en la Asamblea) es el relativo al condicionamiento socio-económico de los derechos fundamentales. El mismo Bidart indica: "Hay imposibilidad práctica para gozar de la libertad, de la igualdad y de los derechos, cuando pese a la formalización jurídico-normativa de la declaración constitucional de los derechos humanos, la insu-

Por lo pronto puede admitirse que si el Estado no cumple con esa obligación (lo que es prácticamente un hecho) incurre en una inconstitucionalidad por omisión(5), que en nuestra opinión constituye únicamente una falta política sin sanción. Pero felizmente la Constitución ha establecido en su Título VII, Disposiciones generales y transitorias, la Sexta que dice así: “Las disposiciones constitucionales que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La ley anual del presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”. De esta suerte, tales normas quedan aplazadas *sine die*...

Lo antes expuesto nos lleva a reseñar muy sucintamente las clases de normas constitucionales, tema de ardua discusión doctrinaria(6). Así, consideradas por su condicionalidad o incondicionalidad, las normas constitucionales pueden ser programáticas u operativas. Son operativas las que cuentan con la posibilidad—legal y fáctica— de ser aplicadas. Son conocidas como *self-executing*, *self enforcing* o *self acting*, o autoaplicables. Las normas programáticas son aquellas que su eficacia está sujeta a condición, o sea, tienen una reserva de la ley. Esto quiere decir que no pueden ser exigidas mientras no exista ley que las reglamente. Pero dichas cláusulas son susceptibles de ser defendidas si es que el Estado pretende desconocerlas. Si por ejemplo una autoridad impidiese por la vía de los hechos, que una persona adquiriese su casa-habitación, esto es, impidiese el ejercicio de un derecho a la vivienda y a la vida decorosa que la Constitución garantiza, entonces cabría recurrir a la autoridad jurisdiccional. También cabría la defensa de tales derechos fundamentales, si es que fuesen desconocidos por una ley, decreto o resolución, pero en este supuesto la defensa sería indirecta, ya que aquí la acción propiamente dicha sería de control jurisdiccional de la constitucionalidad y la legalidad y como consecuencia de ello, quedaría restablecido el derecho fundamental conculcado.

4. Anteproyecto constitucional

La Asamblea Constituyente (1978-1979) luego de su instalación el 28 de julio de 1978, aprobó su Reglamento Interno y acordó distribuir el trabajo en Comisiones Especiales, a las cuales encargó el estudio y la preparación de los Títulos de la futura Carta Política. Este procedimiento se tuvo que adoptar en

ficiencia de recursos mínimos priva a los hombres de la ocasión de ejercerlos. Cuando sólo minorías privilegiadas han superado el atraso, la marginación, la estrechez económica, el resto de individuos, sumergidos en la ignorancia, la miseria, la insalubridad y la carencia de medios idóneos, no conoce el bienestar imprescindible para que sus derechos puedan ejercitarse” (1974: 132).

- (5) Sobre este tema puede verse Bidart Campos (1978a; 1978b), Quiroga Lavié (1978), Haro (1978). Bidart sostiene que ante esta omisión hay imperatividad en hacerla cumplir mediante la vía judicial llegando incluso a dictar normas para su cumplimiento, lo que nos parece excesivo. Quiroga más bien señala que las normas programáticas tienen como destinatario a un órgano del Estado.
- (6) Un tratamiento excelente puede encontrarse en José Alfonso Da Silva (1968b); también Quiroga Lavié (1975) y Vanossi (1976:II).

vista de la circunstancia peculiar de la Asamblea, pues al revés de las Constituyentes anteriores(7) la de 1978 careció de un proyecto e incluso de lineamientos de bases. Esta enorme carencia gravitó fuertemente en los trabajos, lo que se agravó incluso por el hecho notorio que la Asamblea careció de Asesores, lo cual explica las indefiniciones, los vacíos y los errores conceptuales que asoman a lo largo de todo el texto.

En lo que se refiere a nuestro tema, recordemos las siguientes Comisiones Especiales: a) Derechos y deberes fundamentales - Garantías) presidida por Mario Polar Ugarteche); b) Poder del Estado - Judicial (presidida por Francisco Chirinos Soto; c) Educación y Cultura - Culturas Nativas y Folklore (presidida por Humberto Carranza Piedra); d) Trabajo y Derecho Sindical (presidida por Romualdo Biaggi Rodríguez) y e) Salud, Seguridad y Bienestar Social (presidida por Marco Antonio Garrido Malo). De todas ellas, aquí nos interesa la primera de las nombradas, que es en donde se abordó lo fundamental en lo concerniente al tema objeto del presente trabajo.

La Exposición de Motivos y el respectivo Ante-proyecto fue presentado el 27 de octubre de 1978 (Cf; La Prensa de 7 de noviembre de 1978 y El Comercio de 5 de noviembre de 1978). En su parca Exposición de Motivos, la Comisión declaraba que se había tenido en cuenta no sólo la Constitución de 1933 y "numerosas otras constituciones de países europeos y americanos, sino también la Carta Internacional de Derechos Humanos", los Pactos Internacionales, el Pacto de San José de Costa Rica, así como los pactos y convenios internacionales suscritos por el Perú. Planteaba luego una sistematización de los derechos y deberes fundamentales (que con ligeras variantes fue conservado en el texto definitivo), así como un título de "Garantías Constitucionales". Luego la Comisión procedió a enumerar los derechos en forma tan prolija, que la Exposición de Motivos aseguraba que no creía que se le haya escapado alguno. Introduce (tomándolo de la Ley Fundamental de Bonn) un dispositivo para que los derechos fundamentales rijan también para las personas jurídicas, en lo que les sea aplicable. Agregaba que se consignaban los recursos (sic) de Habeas Corpus y Amparo, recomendando a la Comisión Especial pertinente, que la misma Constitución incluyese las normas procesales —claras, precisas y simples— de estos dos "recursos" (propuesta que al final no prosperó). Hace finalmente una sucinta referencia a la introducción del Tribunal de Garantías Constitucionales y la defensa supranacional de los derechos fundamentales.

En la parte dedicada a las "Garantías Constitucionales", se precisó que el Amparo procedía incluso contra "las resoluciones judiciales firmes", y que el Tribunal de Garantías Constitucionales era instancia única competente para conocer la acción de Habeas Corpus(8), de Amparo y de inconstitucionalidad

(7) Como fue el caso del Proyecto Prado (1919) y el Proyecto Villarán (1931).

(8) Aquí se utiliza correctamente la denominación, pues en rigor se trata de una acción y no de un recurso.

de las leyes (en vía de acción o de excepción). En su parte final estableció la jurisdicción supranacional y la suspensión de garantías (sic), a la que confundió con la "suspensión de derechos".

Sobre este Título de Derechos Fundamentales hubo amplio debate (El Comercio de 6 de noviembre de 1978 y nuestros artículos en el diario La Prensa de 26, 28 y 29 de noviembre de 1978), así como una amplia exposición del presidente de la Comisión, Mario Polar Ugarteche (El Comercio de 19 de febrero de 1979).

En este anteproyecto —en el que tuvo destacadísima intervención Javier Valle-Riestra(9) se deslizaron no obstante algunos errores. Aparte de la excesiva austeridad de la Exposición de Motivos y de sus imprecisiones conceptuales (entre la Exposición de Motivos del Anteproyecto y el anteproyecto mismo se observan contradicciones) debemos señalar las siguientes:

- a) la intención de dejar de lado al Poder Judicial, ya que incluso se crea un organismo superior, el que revisa sus resoluciones como una cuarta instancia, lo que al final fue notoriamente matizado,
- b) la utilización de una nomenclatura inadecuada; cual es la de Tribunal de Garantías Constitucionales, en lugar de la más correcta de Tribunal Constitucional, como utilizan las modernas constituciones de la segunda post-guerra(10).

5. *El proyecto constitucional*

El anteproyecto presentado por la Comisión Especial de Derechos y Deberes fundamentales-Garantías, así como los demás preparados por las respectivas

-
- (9) Contra lo que opina Chirinos Soto, en el sentido que el Tribunal de Garantías Constitucionales fue propuesto al "alimón" por Roberto Ramírez del Villar y Javier Valle-Riestra, hay que resaltar que el mérito de la iniciativa y su defensa correspondió en realidad a este último. En su brillante exposición en el Plenario, que más tarde sintetizó para un semanario local, Valle Riestra (1979) llegó a sostener que la Corte Suprema jamás tuvo la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (lo que en rigor no es exacto).
 - (10) El concepto de Tribunal de Garantías Constitucionales aparece por vez primera en la Constitución española de 1931 (art. 121); se repite en la cubana de 1940 (art. 172) y en la recientísima constitución ecuatoriana de 1977, aprobada por referendun de 15 de enero de 1978 (art. 140), así como en el proyecto constitucional español de 1977, que fue el modelo que al parecer manejaron los constituyentes. No obstante, el concepto de "garantía" ha cambiado desde que el derecho procesal (y constitucional) distinguió la "garantía" del "derecho", motivo por el cual y luego de la discusión pública que se llevó a cabo en España, se modificó el proyectado Tribunal de Garantías Constitucionales, por el más correcto de Tribunal Constitucional, que es el que figura en la Constitución española de 1978 (art. 159) aprobada mediante referendun de 6 de diciembre de 1978 y promulgada por Juan Carlos I el 27 del mismo mes y año. Esta precisión terminológica no fue lamentablemente percibida por los constituyentes peruanos, atentos al proyecto español de 1977 y no al texto definitivo de 1978 (Ruiz Lapeña: 1979).

Comisiones Especiales, fueron posteriormente objeto de una sustancial revisión por parte de la Comisión Principal de Constitución, que en sucesivas ediciones fue efectuando añadidos, mejoras y correcciones en diversas etapas de un texto continuamente mejorado. Fue publicado en los diarios por entregas sucesivas (a partir de enero de 1979), culminando con el proyecto integral y definitivo (El Peruano de 2 de abril de 1979) compuesto por una extensa Exposición de Motivos, 307 artículos y ocho disposiciones transitorias.

La Exposición de Motivos del proyecto constitucional afirmaba que entre otras innovaciones, el proyecto de Constitución se iniciaba con los derechos humanos(11) destacando los numerosos derechos que consagraba, agregando que entre las nuevas conquistas se encontraba la elevación a nivel constitucional del Habeas Corpus(12) y del Amparo. En lo que se refiere al Tribunal de Garantías Constitucionales, la Exposición de Motivos es demasiado esquemática.

El proyecto guarda bastante similitud con el emanado de la Comisión Especial (en lo que se refiere a Derechos Fundamentales), aunque hay innovaciones interesantes, como son la factibilidad de que los jueces dejen de aplicar la ley inconstitucional, con cargo a oír previamente al Tribunal de Garantías Constitucionales, las labores del Ministerio Público en defensa de los ciudadanos y la "desconcentración" del Habeas Corpus y del Amparo que serán resueltos por el Poder Judicial (y no por el Tribunal de Garantías), pero con la salvedad que los autos denegatorios de ambos recursos serán conocidos por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se puede advertir en el proyecto el ánimo de hacer compartir al Poder Judicial la tutela de los derechos fundamentales y el control constitucional, con el Tribunal de Garantías (cuya sede será la ciudad de Arequipa, a más de mil kilómetros de distancia de la capital). Esto se debe en parte a la labor revisora y paciente de la Comisión Principal bajo la sagaz dirección de Luis Alberto Sánchez, así como al reclamo de la opinión pública y al informe que al respecto presentó la Corte Suprema de la República a la Asamblea Constituyente (El Comercio de 20 de marzo de 1979).

(11) En su discurso de 12 de julio de 1979 Luis Alberto Sánchez (1979) en su calidad de Presidente de la Comisión Principal y Presidente en ejercicio de la Asamblea Constituyente (en vista de la enfermedad de Haya de la Torre) señaló este hecho como una innovación original sin precedentes en la legislación comparada; en tesis que aplaude Chirinos Soto (1970: 23). Esto no se compadece con la realidad. Existen muchas constituciones que empiezan con los derechos fundamentales, y para sólo limitarnos a la América Latina, recordemos dos textos todavía vigentes: el de México (1917) y el de Argentina (1853). Ruíz-Eldredge (1980: 27) ha señalado también esta inexactitud.

(12) En realidad el Habeas Corpus se introduce en el Perú mediante Ley de 21 de octubre de 1897, y adquiere rango constitucional por vez primera en la Constitución de 1920 (art. 24), reiterándose en la Constitución de 1933 (art. 69). Los textos constitucionales pueden verse en Pareja Paz-Soldán (1954).

Aún cuando a lo largo de los debates, este proyecto sufrió importantes modificaciones, creemos que en lo esencial, y sobre todo en lo relativo a su estructura, logró perdurar hasta el final, como es fácil colegir de una simple comparación de los textos.

6. *Garantías constitucionales*

Bajo este título, tomado de la Constitución italiana de 1947, se agrupan los instrumentos procesales para la defensa de la Constitución que por ser tales son precisamente denominadas “garantías”, a la inversa de lo que sucedía en las anteriores Constituciones peruanas, en donde siguiendo la tradición francesa utilizábamos la locución “garantía” como sinónimo de “derecho”. Bajo este rubro constitucional se consignan las siguientes figuras procesales:

- i) Habeas Corpus,
- ii) Amparo,
- iii) Acción Popular
- iv) Acción de Inconstitucionalidad.

Estas deben ser completadas con la acción contencioso-administrativa como veremos más adelante.

Hay que subrayar que esta parte procesal es realmente innovadora con respecto a nuestra tradición constitucional, y en términos generales constituye uno de los aciertos de la nueva Carta. La inclusión del Amparo, de origen mexicano y de amplia repercusión en los países centroamericanos, así como de un desarrollo singular en la Argentina, ha alcanzado una influencia allende a nuestro Continente, como lo reconoció el Rey Juan Carlos I en su discurso en la Asamblea Constituyente, a raíz de su visita al Perú en el segundo semestre de 1979 (por lo demás el amparo figura en la Constitución española de 1931, artículo 122 y en la de 1978, artículo 161)(13).

7. *Habeas Corpus*

El artículo 295, primer párrafo, señala que la *acción* u *omisión* de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual, da lugar a la acción de Habeas Corpus. Esto nos permite apreciar las siguientes características:

- a) es una acción que se opone a cualquier persona, lo que incluye a las perso-

(13) El Amparo tiene su propia trayectoria histórica y doctrinaria, independiente y paralela a la del Habeas Corpus, por lo que no es admisible afirmar como lo hace Chirinos Soto (1979: 352) que el Amparo no sea más que un Habeas Corpus en sentido traslático o amplio, pues con ello se desconoce la naturaleza y los antecedentes del Amparo (Burgoa: 1972; Carpizo: 1979; Borea: 1977; García Belaúnde: 1978b).

nas físicas particulares (lo cual no aparecía en el proyecto publicado en abril de 1979). Cabe recordar que en el Perú no se utilizaba esta acción contra los particulares, cosa que sí sucede, por ejemplo, en Inglaterra.

- b) defiende únicamente el *ius moventi et ambulandi*(14).
- c) protege incluso la omisión (se entiende arbitraria) así como la amenaza, lo que es una absoluta novedad entre nosotros, pues la jurisprudencia anterior incluso denegó la procedencia del Habeas Corpus, en estos casos.
- d) no procede contra normas, ni contra actos respaldados por normas, con lo cual sigue la corriente jurisprudencial iniciada por la Corte Suprema de 1970.
- e) procede (o debe proceder) incluso cuando la acción u omisión ha cesado, lo que significa que los hechos consumados no deben quedar marginados del Habeas Corpus.

Como en la actualidad el Habeas Corpus se tramita dentro del Código de Procedimientos Penales, es de prever que una futura Ley de Garantías Constitucionales reglamente estos procesos en forma adecuada. Podemos por lo demás señalar que el Habeas Corpus protege la libertad y seguridad personales (artículo 2, inciso 20) aún cuando cabe advertir:

- a) que el artículo 2, inciso 20, numeral b) prohíbe toda forma de restricción de la libertad personal, *salvo los casos permitidos por la ley*, lo que deja abierta la puerta para eventuales atropellos que pudiesen darse en el futuro (¿una nueva Ley de Seguridad Interior al estilo de Odría?).
- b) Se establece (inciso 20, numeral 9) que no puede haber detención indebida y en todo caso el detenido debe ser puesto a disposición del Juez dentro de las 24 horas. Pero de esto quedan exceptuados los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de estupefacientes (esto último confirmatorio del Decreto Ley 22095, art. 71) en los cuales la detención provisional puede prolongarse por un término no mayor de 15 días naturales (calendarios), con cargo a dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencidos los términos. Esta medida, si bien es irreprochable en su enunciado, puede degenerar en abuso incalificables (Rubio: 1979) Conteniendo este numeral únicamente tres excepciones, debe entenderse que cualquier otra norma que atente contra el plazo de 24 horas o que prive de la posibilidad de ejercer su derecho a quien sea detenido en trasgresión de tal precepto, está afectada de inconstitucionalidad. En consecuencia, el artículo 8 de la Ley No. 4891, que impide utilizar el Habeas Corpus a quienes la policía califica como “vagos”, así como el Decreto Ley 21411 que autoriza a los burocráticos Tribunales contra la Adulteración, Acaparamiento y Especulación para realizar detenciones

(14) Dice Duguit: “El primer deber del Estado es asegurar a todos la libertad física, habitualmente llamada libertad individual propiamente dicha, o simplemente, a riesgo de crear una confusión, libertad individual. Libertad fundamental, porque ella es la condición esencial para el ejercicio de todas las otras libertades” (1925: V: 6).

hasta por 80 días, son inconstitucionales y no deben ser aplicados por autoridad alguna, bajo responsabilidad.

Es importante que el Habeas Corpus de acuerdo a sus orígenes históricos y a su propia definición etimológica y doctrinaria, haya vuelto a ser un medio de defensa de la libertad personal, superando así la amplitud deformante que consagró la Constitución de 1933 (artículo 69).

8. *Amparo*

De acuerdo al artículo 295, segundo y tercer párrafo, la acción de Amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución (y no protegidos por el Habeas Corpus) que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona,, y tiene el mismo trámite del Habeas Corpus, en lo que le sea aplicable. De donde se desprende que:

- a) El Amparo no protege contra normas, cualesquiera que ellas sean, sino contra un acto u omisión que vulnere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, diferente a la libertad individual y sin respaldo de norma alguna.
- b) Los derechos cuya protección se anuncia son los relativos al trabajo, la educación, la seguridad social, etc., pero en el sentido que con esta garantía no cabe exigir prestaciones concretas al Estado que impliquen egresos, pues estas son normas programáticas, o sea, normas que esperan su concreción mediante leyes, en obligación que atañe al órgano legislativo. En todo caso, se puede sostener que cabe la protección de tales derechos en vía de defensa frente a una agresión (es decir, serían normas programáticas que serían operativas en sentido negativo, como señala Quiroga Lavié).

Cabe preguntarse cuál es la situación del Recurso de Amparo creado por el Decreto Ley 20554, y que precisamente ha sido destinado a la impugnación de Decretos Supremos expropiatorios o de extinción de dominio y que se ejercitan ante el Tribunal Agrario, el cual por mandato de la nueva Constitución debe desaparecer cómo ente autónomo e integrarse al fuero común (artículo 233). Creemos que ha habido aquí un lamentable descuido, porque en el nuevo texto no existe un proceso especial para impugnar Decretos Supremos de alcance particular. No obstante, como quiera que la Décimo Primera Disposición Transitoria señala que mientras se expida la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, los fueros continuarán sujetos a sus respectivas leyes, el Recurso de Amparo debe seguir funcionando. Es de esperar no obstante, que cuando se elabore la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial prevista en la Constitución, sea eliminado este “amparo agrario” para evitar confusiones con la Acción de Amparo constitucional y manteniendo el procedimiento, pero con nombre distinto. El cambio de nombre se impone no tanto porque teóricamente deba ser así, sino porque no cabe una duplicidad de nombres para cosas intrínsecamente distintas y porque

llegado el caso, la ley creadora de este recurso de amparo ante el fuero agrario bien podría ser declarada inconstitucional.

En cuanto a las demás características del Amparo, es previsible que tenga un desarrollo similar al Habeas Corpus, y en tal sentido la jurisprudencia sobre este último perteneciente al período 1933-1979, será muy ilustrativa, ya que bajo el Habeas Corpus establecido en la Carta de 1933, se defendieron derechos que en realidad no correspondían al instituto anglosajón.

Por último mencionemos que conforme al artículo 233, numeral 3, los juicios a funcionarios públicos por violación de derechos fundamentales, son siempre públicos.

9. *Acción Popular*

El artículo 133 de la Constitución de 1933, estableció la Acción Popular, la cual en lo esencial ha sido mantenida en la nueva Constitución, y aparece reglamentada a partir de 1963 en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 7).

La nueva Constitución (artículo 295, cuarto párrafo) señala que hay “acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público”.

El avance que contiene el texto actual es que a diferencia de la Constitución del 33 —que se limitaba al Poder Ejecutivo— la redacción actual permite sostener que la Acción Popular es un control de la constitucionalidad y de la legalidad de todo tipo de normas inferiores emanadas de cualquier autoridad, o de quien sin serlo tenga atribuciones para promulgar normas (Banco Central de Reserva, Banco de la Vivienda, CONITE, CONASEV, etc.).

La Acción Popular en principio —y de acuerdo a su etimología latina— puede ser interpuesta por cualquiera, y así debería ser. Pero en el Perú, las pocas veces que este instituto ha funcionado, se ha interpretado que podía ser utilizado por cualquiera siempre y cuando el peticionario tuviese un interés directo de orden jurídico o moral (tal como establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).

La reglamentación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 7) la consideró como una acción de puro derecho y siempre y cuando la norma cuestionada sea de *carácter general*. Creemos igualmente que la sentencia que ponga fin al proceso, no debe tener efecto *erga omnes*, sino únicamente *inter partes* (como lo acredita en todos sus efectos prácticos, la jurisprudencia habida desde 1963, no empece sus imprecisiones conceptuales). Este criterio por lo demás ha sido consagrado en el art. 236 de la Constitución de 1979, que esta-

blece una *preferencia* ya que la *anulabilidad* plena sólo opera con las decisiones del Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 301).

10. *Inconstitucionalidad en vía de acción*

El artículo 298 señala como atribución del Tribunal de Garantías constitucionales, declarar a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos-legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo.

Se trata de la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas de más alta jerarquía cuales son las leyes y decretos legislativos (figura esta última tomada de la Constitución italiana y que tienen los mismos alcances que las leyes). Se agregan las normas regionales y las Ordenanzas Municipales.

Como se sabe, en los Municipios se dan tres clases de normas: los Bandos y Decretos de Alcaldía (emanados del Alcalde, como su nombre lo indica) que puede ser impugnados por la Acción Popular, y las Ordenanzas Municipales que son aprobados por el Concejo en pleno (Provincial y Distrital).

El Tribunal de Garantías Constitucionales es considerado como órgano de control de la Constitución, cuyos miembros tienen la misma jerarquía que los Vocales de la Corte Suprema.

El inconveniente de esta Acción de Inconstitucionalidad es que no puede ser planteada por cualquiera, sino únicamente por determinados funcionarios (Presidente de la República, Corte Suprema, Fiscal de la Nación, 60 Diputados, 20 senadores) y por 50,000 ciudadanos. Los efectos de las resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales son anulatorios, es decir, tiene alcances *erga omnes*.

11. *Inconstitucionalidad como cuestión prejudicial*

El artículo 87 consagra la jerarquía normativa del derecho peruano, en el mejor estilo de la pirámide kelseniana. Por tal motivo aparte de la acción específica que consagra el nuevo texto y al cual nos acabamos de referir en el apartado anterior, el artículo 236 señala que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez *preferire* la primera, criterio que es igualmente aplicable a la escala descendente de Normas legales (decretos supremos, resoluciones supremas, etc.). Originalmente el ante-proyecto y el proyecto establecían que los jueces al encontrar esta colisión y antes de fallar, deberían recabar opinión previa del Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual recibiría la consulta mediante el canal regular (o sea, si la situación se presentaba ante un Juez de Primera Instancia, este lo elevaba a la Corte Suprema quien a su vez "corría traslado" al Tribunal). Todo este preámbulo (tomado de

diversas Constituciones europeas) fue felizmente eliminado en el texto definitivo, lo que significó reivindicar para el Poder Judicial la facultad de no aplicar normas.

Este precepto tiene antecedentes en nuestra legislación (Código Civil, artículo XXII del Título Preliminar) reglamentado por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la salvedad que esa *preferencia* se extiende aquí a todo el cuerpo normativo del Estado, de manera tal que el Poder Judicial, a pedido de parte y/o por propia iniciativa procederá a “dejar de lado” aquella norma que contrarie a la de superior jerarquía.

12. *Acción contencioso-administrativa*

El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza la impugnación de resoluciones administrativas de carácter *particular* dictadas por las autoridades competentes, y el artículo 12 del mismo cuerpo legal señala que habrá acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal que constituyen despojo, desconocimiento o violación de los derechos reconocidos por la Constitución o las leyes. Y el artículo 184 de la misma Ley Orgánica establece la competencia exclusiva de los jueces de Lima para conocer de toda acción civil que se interponga contra el Estado. Todo eso ha quedado modificado por el artículo 240 de la nueva Constitución, al precisar que las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que cause estado. Agrega que la ley precisa los casos en que las Cortes Superiores conocen en primera instancia y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia (con lo cual el Estado podrá demandársele en provincias).

Indudablemente esto requiere un previo agotamiento de la vía administrativa, la cual tiene en el Perú diversos preliminares que necesitan un mayor aclaramiento(15).

(15) El Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-SG de 11 de noviembre de 1967, es un texto general que tolera regímenes especiales de la más diversa índole. Este Reglamento admite dos instancias administrativas (art. 102) y a veces tres (art. 103) y existe también la modalidad de la presunción legal de denegatoria, entre otras variedades. Los asuntos contencioso-municipales de índole particular, se agotan en el Tribunal Fiscal (que hoy comprende al ex-Tribunal de Aduanas, según organización contemplada en el Decreto Supremo No. 127-78-EF de 22 de setiembre de 1978). El Tribunal Fiscal resuelve en segunda y última instancia las reclamaciones ante la Dirección General de Contricuciones, el Banco de la Nación y Concejos Provinciales; en caso de tributos administrativos por otros órganos resuelve en tercera instancia. Hay que señalar que la nueva Constitución en su artículo 268, numeral 4, faculta a los Consejos Regionales a fallar, en última instancia los asuntos administrativos de los Concejos Municipales de la Región, norma que no es de aplicación mientras las regiones no se establezcan. El Decreto Ley No. 22250 denominada Ley de Municipalidades, deberá ser adecuado a la nueva Constitución.

Caso singular y que espera ser precisado, es el contenido en el Decreto Ley 21115, que establece que agotada la vía administrativa en materia aduanera, quedará expedita la vía judicial, la que se ejercerá directamente ante la Corte Suprema. Esta norma no se compadece con el dispositivo constitucional, por lo que una reglamentación futura se hace imperiosa.

Por último debemos señalar que a nuestro entender el artículo al referirse a *actos* de la administración que causen estado, está mencionando a toda clase de *actos* que carecen de respaldo normativo, pero dejando constancia que si tales *actos* envuelven violación o desconocimiento de derechos fundamentales, es más que probable que el presunto afectado prefiera recurrir al Amparo como medio procesal más expeditivo(16).

13. *Regímenes de excepción y derechos fundamentales*

Las situaciones de emergencia son bastante conocidas y aceptadas por el derecho constitucional comparado y por todo el constitucionalismo latinoamericano (Valadés: 1974; Camargo; 1975), y que en nuestra tradición constitucional se conoce como “suspensión de garantías”. Esta terminología era correcta en la medida que existían “garantías constitucionales”. Pero la nueva Carta ha reemplazado acertadamente las “garantías individuales y sociales” por los derechos fundamentales que aparece como es fácil deducir, la “suspensión de derechos” tal como figuraba en el proyecto constitucional del 2 de abril de 1979 (artículo 306). No obstante al momento de los debates y con desconcertante incoherencia, se volvió al término tradicional en forma tal, que mediatiza la conquista teórica alcanzada en la parte dogmática.

Durante el régimen de excepción se dan dos situaciones de menor a mayor gravedad:

- a) Estado de emergencia: que no puede exceder de 60 días y en el cual quedan en suspenso las garantías (en realidad los derechos) de libertad y seguridad personal (artículo 2, numeral 20, g) inviolabilidad de domicilio (art. 2, numeral 7) libertad de reunión (art. 2, numeral 10), libertad de tránsito y de fijar residencia (art. 2, numeral 9), no pudiendo existir en este período pena de destierro.
- b) Estado de sitio: la Constitución deja abierta la posibilidad que en el Decreto que lo precisa, el Presidente de la República fije las garantías (derechos) personales que continúan en vigor, todo ello por un plazo de 60 días.

Es claro advertir —y así lo ha reiterado numerosa jurisprudencia— que el Habeas Corpus y el Amparo no podrán funcionar a favor de los derechos cuya suspensión ha sido decretada.

(16) El problema de lo contencioso-administrativo puede verse en Vidal Perdomo (1977) y en general en cualquier tratado de derecho administrativo (Jeze, Bielsa, Marienhoff, H.W.R. Wade. etc.

14. *Misión del Ministerio Público*

Esta institución es nueva en su formulación, y sus facultades tienen una gran amplitud que la colocan muy próxima al eclecticismo. Un análisis de sus fines permite concluir que se han mezclado aquí al Fiscal latino, al Attorney y sajón y al Ombudsman escandinavo. De este último retiene precisamente su característica de “defensor del ciudadano” (artículo 250, inciso 1 y 4) pues:

- a) Promueve de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, y
- b) Actúa como defensor del pueblo ante la administración pública (Rowatt: 1973).

Esto significa que a través del Ministerio Público existe otra vía procesal para la defensa de los derechos fundamentales, cualesquiera que ellos sean, y ante las autoridades judiciales o administrativas. Es de esperar que la Ley Orgánica que lo reglamente (art. 251) precise sus atribuciones, coordinándolas con los demás instrumentos protectores existentes en la misma Carta política.

15. *Casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales*

Entre las facultades que se asignan al novel Tribunal, se encuentran las de conocer en casación las resoluciones denegatorias recaídas en los Habeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial. De tal suerte, y a diferencia de las demás medidas procesales que hemos visto, los derechos fundamentales desconocidos o vulnerados por *acción* u *omisión*, no finalizan en el Poder Judicial, sino que se puede recurrir en casación (en realidad revisión) ante el Tribunal de Garantías. Si bien es cierto que el texto constitucional ha corregido el exceso que se percibía tanto en el anteproyecto como en el proyecto, y en sentido estricto el Tribunal no constituye una cuarta instancia (pues no resuelve el fondo del asunto) lo cierto es que mediante la casación el Tribunal dispone la revisión de los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo, señalando pautas que debe observar la Corte Suprema para su revisión, por lo que en la práctica y para los efectos cotidianos, el Poder Judicial aparece sujeto a un ente superior a él. Así mismo, y como quiera que bajo el rubro de derechos fundamentales cabe una gama infinita de interpretaciones (por la ampulosidad e imprecisión con que han sido enunciados) el litigante medio, tendrá con el nuevo texto un medio procesal que antes no existía.

Parece ser que este dispositivo, que recorta sin lugar a dudas el carácter definitivo de las resoluciones de la Corte Suprema, fue insertado con el objeto de ofrecer el máximo de cautela de los derechos fundamentales con evidente desconfianza del Poder Judicial. No empee el claro mandato normativo, parece poco probable que esta nueva vía tenga vigencia.

16. *La jurisdicción supranacional*

El artículo 305 prescribe que agotada la jurisdicción interna (o doméstica), quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución le reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados de los que es parte el Perú. Esta idea fue tomada del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Art. 2) y del Pacto de San José de Costa Rica (Art. 44), que facultan a los individuos a recurrir a la Comisión Internacional de Derechos Humanos en el primer caso y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el segundo caso, la que puede llevar el problema ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Comité Internacional de Derechos Humanos (hoy Comisión), cuya sede es la ciudad de Ginebra, tiene un órgano administrativo permanente, que es la División de Derechos Humanos, que depende de la Secretaría General de Naciones Unidas.

Ambos instrumentos internacionales ya se encuentran en vigencia en sus respectivos ámbitos regional e internacional, habiendo sido incorporados al derecho peruano, por dispositivos legales específicos y por la misma Constitución, como ya hemos indicado.

17. *Comentarios finales*

La internacionalización de los Derechos Humanos empieza por así decirlo en 1948, con la Declaración sancionada en diciembre de ese año por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dicha Declaración, que es la culminación de un largo proceso y el inicio de otro nuevo que aún estamos viviendo, pretende recoger la experiencia acumulada durante varios siglos de historia. Entre sus fuentes inmediatas y principales se encuentran los trabajos preparatorios que por iniciativa de la UNESCO se reunieron en 1947 y que sirvieron de base para el texto finalmente aprobado en 1948. Entre las numerosas personalidades que a nivel mundial fueron convocadas para prestar su valiosa colaboración, se encontraba el famoso filósofo francés convertido al catolicismo, Jacques Maritain, quien con gran lucidez señaló, no sólo la importancia de una declaración de derechos, sino el peligro que ella encerraba. Dijo así:

“Ya estamos prevenidos: no hemos de esperar demasiado de una Declaración Internacional de los Derechos del Hombre. Y sin embargo ¿no es acaso ante todo, el testimonio de la acción lo que los pueblos esperan hoy en día? La función de la palabra ha sido de tal guisa pervertida, se han hecho mentir en tal forma las palabras más verídicas, que ya son insuficientes las declaraciones más hermosas y solemnes para devolverles a los pueblos su fe en los derechos del hombre. Lo que se les exige a quienes suscriben esas declaraciones es que las lleven a la práctica; lo que se les pide es que aseguren los medios capaces de hacer respetar efectivamente los derechos del hombre por Estados y gobiernos...”

El carácter sombrío que revelan estas palabras, escritas a poco de haber cesado los fragores de la última contienda mundial, conservan una innegable actualidad en nuestros atrasados pueblos de América Latina.

Lima, febrero de 1980

BIBLIOGRAFIA

- Academia de Ciencias de la URSS
1979- **La democracia burguesa y los derechos del hombre**, Moscú.
- Alvarez Simonetti, Manuel
1974- **Debate en torno a la Acción Popular en "Derecho"** (editado por la U. Católica), Num. 32.
- Alzamora Valdez, Mario
1977- **Los derechos humanos y su protección**. Lima
- Bidart Campos, Germán José
1968- **Régimen legal y jurisprudencial del Amaro**, Ediar, Buenos Aires.
1974- **Los derechos del hombre**, Ediar, Buenos Aires.
1978a- **La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión** Ponencia al II Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, abril.
1978b- **Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de la constitucionalidad**, en "Derecho comparado" (editado por la Asociación Argentina de Derecho Comparado) num. 2
- Borea Odría, Alberto
1977 **La defensa constitucional: el Amparo**. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima.
- Burdeau, Georges
1950- **Traite de Science Politique**. L.G.D.J., París, tomo III
1969- **Traité de Science Politique**, 2da. ed. L.G.D.J. París, tomo IV
1970- **La democracia**, Ariel, Barcelona.
- Burgos, Ignacio
1971- **El juicio de Amparo**, Ed. Porrúa, México.
- Bustamante B., Alberto
1978- **Garantías constitucionales y administración pública en "Socialismo y Participación"**, num. 4, setiembre.
- Bustamante Cisneros, Ricardo
1960- **Constitución y Habeas Corpus**, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima.
1961- **Habeas Corpus y Acción Popular**, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Lima.
- Camargo, Pedro Pablo
1975- **La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos**. Ed. Tercer Mundo, Bogotá.
- Cappelletti, Mauro
1961- **La jurisdicción constitucional de la libertad**, México.
1975- **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano.
1977- **Giustizia costituzionale soprannazionale**, Ponencia al 2do. Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sochagota (Bogotá) noviembre.
- Carpizo, Jorge
1979- **La Constitución mexicana de 1917**, UNAM, México.

Duguít, León

1925— *Traité de Droit Constitutionnel* Lib. Fontemoing & Cía, 2da. edic. París, tomo V.

Fix - Zamudio, Héctor

1968a— *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México.

1968b— *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", num. 2, diciembre.

1974— *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, en "Veinte años de evolución de los Derechos Humanos" (varios autores), UNAM, México.

1977a— *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos* en "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos" (varios autores) UNAM, México.

1977b— *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, Ponencia al 2do. Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sochagota (Bogotá) noviembre.

1978— *El Juicio de Amparo en Latinoamérica* en "Memoria de El Colegio Nacional", México.

1979— *Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" Num. 35, mayo-junio.

Furnish, Dale

1971— *The hierarchy of peruvian laws* en "American Journal of Comparative Law", num 1.

García Belaúnde, Domingo

1973a— *Los orígenes del Habeas Corpus* en "Derecho" (editado por la Univ. Católica), num. 31

1973b— *Naturaleza jurídica del Habeas Corpus* en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas" (editado por la Univ. de San Marcos) num. 1-3.

1978a— *La jurisdicción constitucional en el Perú* (con errores) en "Revista de la Universidad Católica" (Lima) num, 3, mayo.

1978b— *Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano*, Ponencia al III Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, abril.

Ghigliani, Alejandro E.

1952— *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires.

Haro, Ricardo

1978— *La materia económico-social en las Constituciones* en "La Ley", 16 de febrero.

Jellinek, Georg

1912— *Sistema del diritti publici subbietivi*, Ed. Libreria, Milano.

Lucas Verdú, Pablo

1976— *Curso de Derecho Político*, Tomo III. Ed. Tecnos, Madrid.

Chirinos Soto, Enrique

1979— *La nueva Constitución al alcance de todos*, Lima.

Da Silva, José Alfonso

1968a— *Ação Popular Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo.

1968b— *Aplicabilidade dos normas constitucionais*, São Paulo.

Duchacek, I.D.

1976— *Derechos y libertades en el mundo actual*. Inst. de Est. Políticos, Madrid.

- Miranda, Pontes de
1972— **Historia e pratica do Hábeas Corpus**, 2 tomos. Río de Janeiro.
- Olleros, Carlos
1949— **El derecho Constitucional de la post-guerra**, Ed. Bosch, Barcelona.
- Pareja Paz Soldán, José
1954— **Las constituciones del Perú**, Ed. Cultura Hispánica, Madrid.
1980— **Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**, 2 tomos, Lima.
- Peces-Barba M, Gregorio (editor)
1973— **Textos básicos sobre Derechos Humanos**, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.
- Quiroga Lavié, Humberto
1975— **Sobre la interpretación constitucional en "La interpretación Constitucional"** (varios autores) UNAM, México.
1978— **El papel de las cláusulas económico-sociales en el derecho constitucional comparado en "Derecho Comparado"** (editado por la Asociación Argentina de Derecho Comparado) num. 2.
- Rowat, Donald C. (editor)
1973— **El Ombudsman**, F.C.E., México.
- Rubio C. Marcial
1978— **La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico en "Apuntes"** (editado por la Univ. del Pacífico, Lima) núm. 8.
1979— **La nueva Constitución: ¿Carta magna o carta blanca?** en "Qué hacer" (editado por DESCO, Lima) num. 1, setiembre-octubre.
- Ruis Eldredge, Alberto
1980 **La Constitución comentada**, Lima
- Ruiz Lapaña, Rosa
1979— **El Tribunal Constitucional en "Estudios sobre la Constitución Española de 1978"** (varios autores, editado por Manuel Ramírez) Libros Pórticos, Zaragoza.
- Sánchez, Luis Alberto
1979— **Discurso pronunciado por el doctor... al promulgarse la Constitución en "El Comercio"** (Lima) 13 de julio.
- Valadéz, Diego
1974— **La dictadura constitucional en América Latina**, UNAM, México
- Valle-Riestra, Javier
1979— **El Tribunal de Garantías Constitucionales**, en "ABC" (Lima) num. 59, junio.
- Vanossi, Jorge Reynaldo
1976— **Teoría constitucional**, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Vidal Perdomo, Jaime
1977 **Derecho Administrativo**, Cali.

RELACIONES DE LA IGLESIA Y EL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCION DEL PERU

Francisco Interdonato S.J.

INTRODUCCION

La articulación de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, o el de la libertad religiosa en la esfera de la política, tiene una historia larga, oscilante, aún por parte de la Iglesia. Esto último no debe extrañar porque no se trata de cuestiones de pura revelación sobrenatural, infalible, sino del llamado “objeto secundario” del Magisterio, esto es, de verdades conexas con la Revelación en las que una premisa es tomada de ella, pero la otra pertenece a una disciplina natural y humana, esencialmente mudable, cual es una teoría socio-política, la configuración de la sociedad en una determinada época, etc. Estas no privan de su verdad a la Iglesia, pero sí la condicionan, oponen resistencia a su despliegue.

Por tanto no hay motivo para suponer que la configuración actual promovida por el Vaticano II sea un golpe más de timón que vira de la derecha a la izquierda, o al revés. Por primera vez el rumbo lo ha fijado un Concilio Ecuménico y, por parte de la iglesia, permanecerá. Se espera que también por parte de los Estados. ¿Cuál ha sido? Trataremos de explicarlo breve y claramente en estos cuatro puntos: 1o. la Doctrina del Vaticano II, acerca de las relaciones de la Iglesia y el Estado hoy; 2o. ¿A qué debe renunciar, consecuentemente, la Iglesia? ; 3o. ¿A qué debe renunciar (o qué debe cumplir) el Estado? ; 4o. ¿Cómo realizaron en el Perú la iglesia y el Estado esas renunciaciones o, más en concreto, cómo se reflejan en las normas fundamentales de la nueva Constitución?

I. DOCTRINA DEL VATICANO II

La importancia y la cuidadosa elaboración de esta doctrina se descubre en la historia interna del Concilio. Comenzó por abordar el tema en la Constitución Dogmática sobre la iglesia (“Lumen Gentium”) en cuyo esquema primitivo figuraba un párrafo titulado “Relaciones de la Iglesia y el Estado”. Los Padres vieron que con lo que se podía establecer en tal contexto —recogido en el No. 36 de dicha Constitución— no podía quedar agotado. Se retomó el asunto en la Constitución Pastoral sobre la Iglesia (“Gaudium et Spes”) con más amplitud (nn. 36 y 76), pero para constatar más claramente la misma insuficiencia. Finalmente decidieron tratarlo íntegramente y decirlo a todos los vientos en un peculiar documento que figura como la primera de las “Declaraciones”: La “Dignitatis Humanae” (“De la dignidad de la persona humana”).

En lugar de “relaciones entre la Iglesia y el Estado”, se la tituló “Declaración sobre la libertad religiosa”, por expresar mejor su enraizamiento en la dignidad humana y también porque el Concilio —que manda conceder en los países de mayoría católica la plena libertad religiosa a todos—, pretendió

reivindicarla de parte de aquella casi mitad del mundo que desconoce y combate la libertad religiosa simplemente dicha (no sólo de los católicos o de los cristianos, sino también de los judíos o de los musulmanes)(1).

La doctrina del Vaticano II en los Documentos mencionados es:

a) "*Lumen Gentium*": Cap. IV, No. 36; 1o).— Establece la exigencia de la libertad religiosa y, por consiguiente, la separación de la Iglesia y el Estado; 2o) Sin embargo, esa separación no puede ser absoluta, completa; primero porque el mismo ciudadano lo es tanto del Estado como de la Iglesia, y segundo porque el propio Estado, en cuanto realidad humana creada, está ordenado a Dios y debe integrarse en el orden establecido por Dios;

B) "*Gaudium et Spes*": Recoge el fondo de lo dicho en la L.G. con otros términos: 1o) Consagra la autonomía del Estado (de las "realidades terrenas"); 2o) Rechaza explícitamente que dicha autonomía se pueda entender como independencia de Dios (No. 36); y, 3o) Añade una razón pastoral: ambos (Estado e Iglesia) están al servicio del hombre;

C) "*Declaración sobre la libertad religiosa*" ("D.H."): El No. 2 propone las tres proposiciones fundamentales: 1a.: La persona humana tiene derecho a la libertad religiosa; 2a.: Esa libertad religiosa consiste en estar inmune de coacción; 3a.: Ese derecho está fundado en la dignidad de la persona humana. Hagamos una breve explicación de los tres.

La 1a. y 2a. son directamente interdependientes, ya que la libertad religiosa consiste en estar inmune de coacción. Nótese que trata de la libertad del acto interior de fe que procede inmediatamente de la voluntad, y que por tanto no puede ser coaccionado ni aun por el mismo Dios. La coacción en este caso equivaldría a una violación interna de la naturaleza misma del ser libre, esto es, a la supresión de la esencia del hombre. En otras palabras, Dios no pudo querer *libre* al hombre y a la vez suprimir dicha libertad.

El Concilio, pues, habla obviamente, de la libertad llamada de Espontaneidad y de Ejecución. Contra éstas cabe la coacción exterior ejercida por un elemento extrínseco, en este caso por la autoridad. En este último sentido la libertad religiosa consiste: *Negativamente* en a) no querer obligar (por parte de la autoridad) a nadie a ir contra su propia conciencia; y b) no ser impedido (el individuo) —con ninguna clase de presión— de actuar conforme a su propia conciencia. *Positivamente* consiste en disponer de los medios previos para poder decidir libremente sobre su opción religiosa.

(1) Es cierto que la casi totalidad de las Constituciones de los países socialistas (excepto Albania y no sabemos si algún otro) reconoce no la libertad religiosa sino la libertad de cultos. Aun allí donde eso se cumple adecuadamente —por ejemplo, en Polonia— la diferencia entre ambas libertades es absolutamente substancial. Aquí, por no ser ese nuestro tema, nos abstenemos de explicarlo.

3a. proposición: este derecho está fundado en la *dignidad de la persona* porque ésta, sin libertad religiosa, es privada de su prerrogativa más esencial: poder disponer de sí mismo como totalidad frente al mundo, a los otros y a Dios.

II. ¿A QUE PRIVILEGIOS (OTORGADOS POR LA CONSTITUCION DE 33) DEBIA RENUNCIAR Y RENUNCIO LA IGLESIA?

La libertad religiosa —como toda libertad— si no se convierte en ley podrá quedar perfectamente jaqueada, supuesto que siempre habrá mayorías y minorías, fuertes y débiles. Por otra parte la autoconciencia del hombre actual se crispa más que nunca contra los privilegios, con mayor intensidad experimenta que la dicha tiene aún sabor de libertad.

El Concilio, consciente de ello, tomó la iniciativa en quitar todo obstáculo a la libertad religiosa proclamada para todas las confesiones, es decir, para todas las religiones, y dando ejemplo a los Estados y a las otras religiones, comenzó por renunciar a los privilegios de que la Iglesia Católica pudiera gozar en los países de mayoría católica: “La Iglesia —dice— no pone su esperanza en privilegios dados por el poder civil; más aún, renunciará al ejercicio de ciertos derechos legítimamente adquiridos tan pronto como conste que su uso puede empañar la pureza de su testimonio o las nuevas condiciones de vida exijan otra disposición” (“G.S. No. 76).

De conformidad con este principio la Iglesia peruana propuso a la Asamblea Constituyente eliminar de la nueva Constitución el privilegio, moderado pero todavía excluyente, que le otorgaba el Art. 232o. de la Constitución de 1933 que rezaba así: “Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones, gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos”.

Teológica y jurídicamente no se puede hablar de verdadera libertad religiosa si el Estado protege a una religión en particular. Pero —obsérvese cuidadosamente— porque fue una confusión en que muchos incurrieron, tampoco había verdadera libertad religiosa si el Estado se inhibe. No proteger a una en particular no significa que no deba hacerlo con ninguna, sino que debe proteger a *todas* las religiones que profesen sus súbditos; a pacto, empero, de revisar profundamente el concepto mismo de *proteger*. Ya no cabe entenderlo en el sentido de convertir la religión y la fe en elemento constitutivo de la Nación, de su unidad política o aun cultural. La aseveración que en su tiempo hizo V.A. Belaúnde: “El catolicismo que es y ha sido la gran fuerza educadora, la base de nuestra cohesión nacional, la fuente de nuestra moralidad colectiva, el fundamento de nuestra vida de familia”(2), como quiera que haya sido en el

(2) BELAUNDE, Víctor Andrés: “La Realidad Nacional”, Ed. Mercurio Peruano, Lima 1945, p. 284.

pasado, ahora nadie la suscribiría totalmente. Es incompatible tanto con la configuración política del mundo como con la purificación interna de la misma religión, el considerarla “base de nuestra cohesión nacional”. Los otros elementos siguen siendo válidos, pero hay que adscribirlos no sólo al catolicismo sino a todas las religiones que profesan los peruanos. Y si ahora hay peruanos que no profesan ninguna religión, también su conciencia atea merece positivo respeto.

Tiene que ser así porque el fundamento de la libertad religiosa puesto por el Vaticano II es “La dignidad de la persona humana”(D.H.No.2),no “la verdad intrínseca de la religión”. Acerca de ésta, —esto es, acerca de la verdad religiosa—, el Estado no es competente. Por consiguiente para el *Estado* todas las religiones deben tener igual derecho, lo mismo que los no-religiosos o ateos. Entiéndase sin embargo claramente que no son la *verdad* y el *error* los que merecen igual derecho sino las *conciencias humanas* que los profesan. Lo otro sería, además de un contra-sentido filosófico, un indiferentismo destructor de toda religión y, para el creyente, un pecado de infidelidad.

De todo lo dicho se concluye, y así lo refleja la actual Constitución, que el Estado no puede ser *Confesional*, esto es, declarar a una Religión como “Religión del Estado”. La confesionalidad fue un resabio de las teocracias dominantes en todo el mundo antiguo. Exorcizadas doctrinalmente por el cristianismo, en la práctica su desaparición demandó un proceso largo y árduo, que no ha concluído. Aún existen Estados de confesionalidad protestante, ortodoxa, musulmana, budista, la israelita y también algunos católicos. Estos van desapareciendo rápidamente (el caso más reciente es España) de acuerdo con el Vaticano II. Se espera que hagan lo propio las otras religiones y sobre todo aquellos Estados que, con expresión paradójica, hay que llamar de *confesionalidad atea*. Este fenómeno, inaudito en la historia, se da de manera extrema y explícita en Albania, y en mayor o menor medida, directa o indirectamente, en los otros países socialistas.

Respecto del Perú, la Constitución de 1933 todavía conservaba una confesionalidad católica moderada (Cfr. el Art. 232o) que desapareció en la nueva, como diremos en el 4o. punto de nuestra exposición. Pero antes:

III: A QUE DEBE RENUNCIAR (Y RENUNCIO) EL ESTADO PERUANO:

La Constitución de 1933 le atribuía ciertas facultades sobre la iglesia —heredadas del pasado— que, como se esperaba y el Vaticano II postulaba, no figuran en la nueva Constitución. Dichas atribuciones, conocidas con el nombre de “Patronato Nacional”, fue, durante la República, el sucedáneo del “Patronato Regio”. Este, como se sabe, era el derecho concedido por la Santa Sede a los Reyes de España desde el inicio de la Colonia, de proponer a sujetos idóneos para los diversos cargos, dignidades y beneficios eclesiásticos, a cambio del *Patronato* (protección privilegiada) que ellos (los Reyes) ejercían en favor de la

acción de la iglesia católica. Al sobrevenir la Independencia, el Estado peruano reivindicó ese mismo Patronato, llamado ahora *Nacional*.

El nombramiento de las dignidades eclesiásticas —sobre todo de los Obispos— es un acto esencialmente religioso (como la designación de Prefectos Departamentales es un acto político). Cualquier ingerencia del Estado, por muy reconocida que haya sido y aun en el caso de ser ejercida por reyes o gobernantes sinceramente católicos, supone tal contrasentido intrínseco que con razón V.A. Belaúnde, en el libro ya citado, ¡escrito en 1931! pudo decir: “El gran cáncer de la iglesia colonial fue su sometimiento al rey; la gran desgracia de la iglesia durante la República ha sido su dependencia del Presidente y los nombramientos episcopales por el Congreso. El resultado ha sido las infelices designaciones eclesiásticas; la unión de la política y la religión”(3).

Durante la República el daño fue más real porque el Patronato fue revestido de una ideología teológico-filosófico-política, conocida con el nombre general de *Regalismo* que marcó el pensamiento religioso de la Independencia. Consistía en exigir *regalías* (privilegios extremos) en favor de los reyes y del Estado sobre la iglesia(4). Como muestra podemos recordar, más que a ese extraño y polifacético personaje, Manuel L. Vidaurre, que en el Congreso de Panamá (1830) presentó un proyecto de Gobierno (¡y dedicado nada menos que al Papa!) en el que venía a proclamar la independencia del episcopado nacional respecto del Pontífice; podemos recordar, decimos, a un ilustre autor de mucho más alto vuelo intelectual e influjo, como fue Francisco de Paula González Vigil. Su obra “Defensa de la autoridad de los Gobiernos y de los Obispos contra las pretensiones de la Curia Romana”(5) tuvo tan amplia repercusión, incluso fuera del Perú, que —junto con otras europeas— fue el fondo de doctrinas más o menos heterodoxas contra las que el Papa Pío IX alertó en la epístola “*Multiplices inter*” (10 de junio, 1851) y luego se recogieron en esa colección de “Errores” que se llamó “*Sílabo*”, varios de los cuales están sacados del libro de González Vigil(6). El No. 51 dice textualmente: “El gobierno laico tiene el derecho de destituir a los obispos del ejercicio del Ministerio pastoral y no está obligado a obedecer al Romano Pontífice en lo que se refiere a la institución de obispos y obispos”(7).

(3) O.c. p. 128

(4) El *Regalismo* revistió diferentes modalidades: El *Galicismo* desde el s. XVII, en Francia, atribuía al Poder Civil el “*placitum regium*”, es decir, el derecho de vigilar e influir en las ordenaciones eclesiásticas. El *Febronianismo*, s. XVIII en varios Estados alemanes, hacía del Estado una especie de tutor de la iglesia. El *Josefinismo*, fue la versión austriaca del *Febronianismo*.

(5) Lima, 1848 (Imprenta Huidobro), en 6 tomos de 300 apretadas páginas cada uno.

(6) Son los Nos. 15; 21; 23; 30; 51; 54 y 68. Cfr. las “fuentes” del “*Enchiridion Symbolorum*” Dz. - Sch. 2901 ss.

(7) Dz. - Sch. No. 2951

Esta doctrina –desde luego mitigada– resonó en el “Patronato Nacional” que oficialmente fue reinstaurado en el Perú por Nicolás de Piérola (por supuesto con el consentimiento del Papa) con el decreto del 27 de enero de 1880, que luego pasó al derecho constitucional y la Constitución de 1933 recogió en estos artículos principales:

Art. 233o.: “El Estado ejerce el Patronato Nacional conforme a las leyes y a las prácticas vigentes”;

Art. 123o.: “Son atribuciones del Congreso... Crear nuevos Arzobispados y Obispados, o suprimir los ya existentes, a solicitud del Poder Ejecutivo”(8)

Art. 154o., 23-24.: “Los eclesiásticos peruanos que deban ocupar las vacantes de los Arzobispados y Obispados, serán designados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. El Jefe del Estado hará la presentación ante la Santa Sede y dará el pase a las bulas respectivas”(9).

Art. 154o. 25.: “Son atribuciones del Presidente de la República... Hacer presentaciones para las dignidades y canongías de las catedrales y para los curatos y demás beneficios eclesiásticos” *Inc. 26.*: “... Conceder o negar el pase.. a los Decretos conciliarios, Breves y Rescriptos Pontificios; y a las demás Bulas...”.

Es de notar que los textos de la Constitución del 1933 citados, no obstante las enmiendas que mitigaron el texto primitivo, conservaban todavía un Regalismo mayor que en Europa, donde el Papa designaba a los Obispos y algunos gobiernos tenían el derecho de *veto*. Aquí, en cambio, prácticamente venía a ser lo contrario. Esto estaba, evidentemente, en pugna con la libertad religiosa y con el espíritu y la letra del Vaticano II. Con muy buen acuerdo, pues, fue abolido o ignorado por la nueva Constitución.

IV: LAS RELACIONES DE LA IGLESIA Y EL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU (Promulgada el 12 de julio de 1979; y en vigencia desde el 28 de julio de 1980).

Lo dicho hasta aquí, aunque en extensión se lleva la parte del león, es sin embargo preparatorio. Constituyen los antecedentes para entender y valorar lo que la nueva Constitución consigna acerca del asunto de que estamos tratando. Vamos a exponerlo agrupándolo en subcapítulos, quizá no tan netamente separados, pero que ayudan para la claridad.

A) TEISMO EN LA NUEVA CONSTITUCION: Desde la primera frase del Preámbulo la Asamblea Constituyente, sobre las huellas de todas las Asambleas Legislativas que aprobaron las diversas Cartas Magnas a partir del Congreso

(8) Conforme a la enmienda constitucional de la Ley 9166. 5 set. 1940.

(9) Conforme al Art. 3o. de la Ley 13739. 20 Nov. 1961, que enmendó a la Constitución.

Constituyente de 1822, comienza: “invocando la protección de Dios”. Esta profesión teísta, expresión del sentir real de la inmensa mayoría de la Nación, está en perfecta consonancia con el nuevo ordenamiento propiciado por el Vaticano II que, si bien propugna la separación de la Iglesia y el Estado, de ninguna manera entiende *separación* como *indiferencia* y mucho menos como *ruptura*. Por lo demás, los derechos de la conciencia sinceramente atea la Constitución los reconoce en el *art. 63o.*: “El ciudadano que no profesa creencia religiosa puede prescindir de la invocación de Dios en su juramento”. Es evidente que si la mayoría no puede imponer el ejercicio de la Religión a la minoría; tampoco ésta puede imponer la no-religión a aquélla.

B) LIBERTAD E IGUALDAD RELIGIOSA EN LA NUEVA CONSTITUCION: Puede exponerse negativa y positivamente: *Negativamente:* La Constitución rechaza “toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social (*“Preámbulo*). Repite aproximadamente lo mismo en el *art. 2o.*: “... sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión...” (*Art. 2o. 2*); y lo cautela otorgando a todos el derecho “a guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas...” (*Art. 2o., 17*). Por último, con gran delicadeza y perspicacia establece: “La extradición es rechazada si es,, por motivos de raza, religión...” (*Art. 109o.*). (El subrayado en los cuatro textos citados es nuestro).

Positivamente: La nueva Constitución proclama la libertad e igualdad religiosa: “Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada... El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público” (*Art. 2o. 3*). Está claro, por lo que hemos visto en su respectivo lugar, que la libertad e igualdad religiosa está de acuerdo con lo enseñado por el Vaticano II (D.H. nn. 4 y 6). El texto constitucional (*Art. 2o. 3*) comentario-interpretación de las siguientes interpretaciones:

“El ejercicio público...”: Debe entenderse en sentido pleno, es decir, que incluye el anuncio y difusión, cosa de todo punto necesaria para una religión esencialmente doctrinal, como es el cristianismo. Que esta interpretación sea conforme a la mente del legislador, lo prueba lo dicho respecto de la enseñanza de la religión en el *Art. 23o.*

“Siempre que no altere el orden público” es una restricción a la libertad religiosa, perfectamente válida, susceptible de ser individuada, y literalmente conforme con la enseñanza del Concilio (D.H. nn. 2; 3; 4). En efecto, velar por el orden público es una atribución precisa y primaria del Estado.

“Siempre que... no ofenda a la moral”, en cambio, es una restricción a la libertad religiosa textualmente ambigua. Podría poner en manos exclusivamente del Estado algo que lo desborda y a lo cual está sometido el mismo Estado, como es el determinar qué es la moral y hasta dónde se extiende. Creemos que la Constitución debió haber usado el texto del Vaticano II: “Siempre que no altere el orden moral *objetivo* ” (D.H. n.7). El Estado tiene indiscutiblemente el derecho y deber, asimismo primario, de tutelar la moral pública incluso contra una confesión religiosa (por ej ., ¡son ejemplos históricos! , si ésta predica la

poligamia; prohíbe las transfusiones de sangre, el saludar a la bandera, etc.). Estos casos son claros; pero otros no lo son tanto. ¿cuál será el criterio de si son morales o no? Tiene que buscarse un criterio *objetivo*, que no lo será necesariamente el del Estado, sino el fundado en la ley y derecho natural y en la metafísica y analítica del hombre. Esto debía expresarse en el texto constitucional añadiendo la palabra "...no ofenda a la moral *objetiva*"; o en todo caso debe interpretarse en este sentido.

C) *RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCION:* Están expresadas, creemos que de manera magistral, en un breve artículo: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras Confesiones" (Art. 86o.).

Nos parece un gran acierto esta formulación porque da en el verdadero espíritu de la doctrina del Vaticano II, el cual, ciertamente, no quiere la *confesionalidad* (G.S.76; D.H.3), pero tampoco la pura y simple *separación*. Algunos teólogos y canonistas expresan esta nueva modalidad propiciada por el Concilio que el Estado debe ser *Laico*, pero no *Laicista*. Ello significa que entre el Estado *Confesional* (que proclama a una religión determinada, "Religión del Estado"), y el Estado *Laicista* (que se proclama no-religión, libre de toda referencia a Dios) se da el Estado que podría llamarse *Religioso* (en oposición al ateo o indiferente); *Sacral* (en oposición a secularizado); pero que consideramos preferible llamar LAICO (en oposición a Laicista).

El *Laicismo* históricamente data de la época del Iluminismo (o "Ilustración", "Siglo de las Luces", el XVIII), es decir, de esa concepción filosófica imanentista que, más que negar explícitamente, relegó a Dios y los valores trascendentales al dominio exclusivo de lo privado y de la conciencia individual. Pero *Laicismo* no se identifica con *Laico*. Este término es canónico y bíblico. En la Sagrada Escritura designa al Santo Pueblo (laos) de Dios. Entendería muy mal la separación del Estado y la Iglesia preconizada por el Concilio, el que considerara que el Estado deba o pueda ser *indiferente* en materia religiosa. Esto queda terminantemente excluido de la intención del Vaticano II, como lo afirmó el principal autor del esquema de la Declaración "Dignitatis Humanae", el P. Murray, pocos días después de promulgada(10).

La laicidad del Estado significa que tiene un fin propio (G.S. 36) válido por sí mismo y que debe alcanzar por sus propios medios naturales. Pero ese fin no es absolutamente *último* (eterno, escatológico), sino *penúltimo* (temporal, terreno). El Estado sólo tiene un fin penúltimo; los súbditos lo tienen también

(10) Cfr. MURRAY, J. Countriney, S.J.: Osservazioni sulla Dichiarazione Conciliare *Dignitatis Humanae*: Civ. C. 1965 -IV- 536ss.

último, como admirablemente lo reconoce, si bien con otros términos, el *Preambulo* de la Nueva Constitución al decir: “Los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”. Es claro que el Estado no es competente respecto del fin último, y no es su misión, sino de la Iglesia, el procurarlo directamente. Sin embargo el Estado, no sólo no debe obstaculizarlo, pero ni siquiera ser indiferente: debe contribuir *indirectamente*, ayudando a sus súbditos para que dispongan de los medios para alcanzarlo. Esto lo cumple la nueva Constitución por lo menos lo suficiente como para que el católico de un país como el Perú, que fue moderadamente confesional hasta ayer, no tenga por qué considerar un retraso el Estado Laico que refleja la presente Constitución. Debe más bien considerarla como la traducción jurídica actual de la permanente libertad del acto de fe.

Otro gran acierto de la nueva formulación es haber puesto: “Dentro de un régimen de *independencia y autonomía*”, y no “*de separación*” del Estado y la iglesia. La palabra *separación*, además de caber en todas las constituciones (incluida la de Rusia), en los países latinos tiene pésimo abolengo. Nació bajo el signo de la *ruptura* de relaciones entre la Iglesia y el Estado (Francia, México, Ecuador...) y conserva su marca. En cambio la fórmula adoptada, lejos de implicar ruptura se armoniza perfectamente con lo que a continuación añade el texto, esto es, reconocer a la “Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú”. Reconocimiento del todo compatible con el presente pluralismo religioso, la plena libertad religiosa y la igualdad *jurídica* de todas las religiones; pues es un hecho objetivo que la Iglesia Católica no es una religión de ayer. Está profundamente vinculada al inicio histórico del Perú y desde entonces insertada en su moral, forma de vida, escala de valores, tradiciones, costumbres, artes, lenguaje, etc. Así como decía un autor al inicio de los debates sobre esta materia, “sin pugnar con lo esencial, se mantiene un equilibrio entre lo que se legisla y lo que se vive en cada sociedad. Las leyes tienen —deben tener— padre y madre: legislador y vivencias sociales“(11).

El último elemento que merece destacarse en este Art. 86o. es: “Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones”. *Otras confesiones* aquí está por “otros credos religiosos” o simplemente “*Otras religiones*”, no sólo “*otras confesiones cristianas*” a las que por el condicionamiento cultural solemos referirnos con frecuencia con ese término. Esta restricción sería totalmente extraña a la doctrina del Vaticano II y a los textos de la misma Constitución sobre la libertad religiosa que vimos antes.

Alguna de esas “formas de colaboración” con la iglesia católica han quedado plasmadas ya en un “Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú” (19 de julio, 1980), suficientemente detallado y claro, al cual remitimos a las personas interesadas; pero no es tema del presente estudio.

(11) CALVO OTERO, J.: “Relaciones Modernas entre la Iglesia y el Estado”: “Concilium”, 58 (1970) p.257.

EDUCACION Y UNIVERSIDAD EN LA CONSTITUCION DE 1979

R.P. Felipe Mac Gregor S.J.

Introducción

La Constitución del Perú, promulgada en 1979, expresa la conjunción de diversas fuerzas políticas y sociales; y representa en las técnicas constitucionales empleadas para dar forma legal a esas diversas fuerzas políticas y sociales un cambio notable: la persona y sus derechos anteceden a la nacionalidad y al Estado.

El Título I de la Constitución de 1979 es diverso del Título I de todas las Constituciones anteriores, éstas consideraban primero la Nación (Constituciones de 1823; 1826; 1828; 1834; 1839; 1856; 1860; 1867; 1920); la Constitución de 1933 dedica su Título I al Estado, el territorio y la nacionalidad.

Para la Constitución de 1979 el Título I y los artículos que comprende tratan de "los derechos y deberes fundamentales de las personas".

La convicción subyacente es que un Estado organizado no es posible sin ciudadanos capaces; un Estado fuerte que ha mutilado el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas no es representativo, es abusivo.

La Constitución tiene presentes las expresiones jurídicas de los grandes movimientos contemporáneos: Carta de las Naciones Unidas, sobre todo su Preámbulo, Declaraciones de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, etc., concepciones socialistas del Estado, etc., y hace una opción por el hombre, por la persona (1o.) y por la familia, célula básica de la sociedad (Preámbulo): el desenvolvimiento de la persona o de la familia, son imposibles sin la educación.

Pero a su vez la educación, como todos los otros derechos humanos, tiene estrecha dependencia del régimen jurídico de la sociedad. Compete a la Constitución estructurar las bases de este régimen jurídico.

1. Artículos constitucionales referentes a la educación

En el Título I, a los Capítulos de los derechos de la persona y los de la familia, suceden tres Capítulos sobre salud y seguridad social,

La Educación y el Trabajo

En la estructura de la Constitución tiene importancia la colocación del Capítulo sobre la educación, vecino al de los derechos de la persona,

denominados “derechos fundamentales”(3)(*), y los de la familia “cuyo deber y derecho es educar a sus hijos”(6), artículo éste que reitera la segunda de las grandes afirmaciones del Preámbulo de la Constitución: “la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura”. (Preámbulo).

Sigue al Capítulo sobre la educación el capítulo del trabajo: los artículos 43 y 45 explicitan la relación entre educación y trabajo(43; 45).

La participación en la vida cultural de la Nación es un derecho del ciudadano (2.16), derecho fundamental según la calificación del art. 3o.

En el Capítulo de la educación se trata también la ciencia y la cultura.

El art. 37 pone al servicio de la educación y la cultura los medios de comunicación social “que no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de los particulares”(134).

En el Consejo Nacional de la Magistratura tienen asiento “dos representantes de las Facultades de Derecho de la República”(246). Uno de los siete miembros del Jurado Nacional de Elecciones debe ser elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales (287.4).

Legislada la descentralización del régimen administrativo en materia de educación (24), las Municipalidades Provinciales reciben el encargo de cooperación con la Educación Primaria y vigilancia de su normal funcionamiento de acuerdo con los arts. 24 y 30 (255.2).

El texto constitucional contempla la creación de Regiones de las que dice el art. 261 que “son competentes dentro de su territorio... en concordancia con los artículos 24 y 30 en Educación Primaria, Secundaria y Técnica”(261).

Finalmente, el art. 262.4 prevé transferencias del Gobierno Central a las Regiones de recursos nacionales, para la atención de los servicios públicos descentralizados. El régimen administrativo en materia educacional es descentralizado(24).

2. *Análisis del Capítulo IV: artículos 21 a 41*

La visión casi panorámica de los artículos constitucionales donde directa o indirectamente se trata de la educación, permite considerar más en detalle los artículos del Capítulo IV del Título I.

La amplitud de los temas tratados por el Capítulo IV viene anunciada por su mismo título de la Educación, la Ciencia y la Cultura.

A la cultura se dedican cuatro artículos (34; 35; 36 y 37).

A la ciencia, investigación científica y tecnológica se dedica un artículo

(*) En adelante citamos los artículos constitucionales con su número entre paréntesis.

(40); los 16 artículos restantes de este Capítulo tratan aspectos generales o particulares de la educación y de instituciones conexas con ella.

También es esclarecedor enunciar, además del fin de la educación y la fuente de donde recibe ésta su inspiración (21), los temas principales tratados en este Capítulo, ellos son:

- 2.1 Derecho de la persona a la educación (21) en su propio idioma o lengua (35).
- 2.2 Obligatoriedad de la educación (25)
- 2.3 Erradicación del analfabetismo (26)
- 2.4 Principios inspiradores de la educación formal o informal (22)
- 2.5 Derechos de la familia, el Estado, las personas naturales o jurídicas en la educación (23; 24; 30)
- 2.6 Libertad de enseñanza (21)
- 2.7 Defensa de los fines propios de las instituciones educativas (28)
- 2.8 Gratuidad de la educación impartida por el Estado (25)
- 2.9 Formación extraescolar (27) y fomento de la educación física y el deporte (38).
- 2.10 Participación de los medios de comunicación social en la educación y la cultura (37).
- 2.11 Preservación de nuestro patrimonio cultural viviente y de los vestigios de nuestro pasado (34; 36)
- 2.12 La Universidad (31)
- 2.13 La investigación científica y tecnológica (40)
- 2.14 El profesorado (41)
- 2.15 Los Colegios Profesionales (33)
- 2.16 La financiación directa de la Educación (39; 29)
- 2.17 Financiación indirecta de la Educación (29), exoneración tributaria (32).

La multiplicidad de temas obliga a un juicio general sobre el conjunto y analizar más en detalle los más importantes.

Quienes formularon y aprobaron las disposiciones constitucionales del Capítulo IV del Título III de la Constitución de 1979 tienen el mérito de haber reconocido las múltiples dimensiones sociales de la educación y la pluralidad de los agentes e instituciones educacionales; tienen, además, el valor de abandonar el monopolio estatal de la enseñanza reconociendo tersa y limpiamente la libertad de enseñar: aunque esto sea sancionar en el texto de la Constitución lo acaecido en la vida, no es por eso menor el acto de honestidad intelectual.

El monopolio estatal de la enseñanza ha sido hasta 1979 parte de la tradición constitucional del Perú; el movimiento de oposición al monopolio estatal expresado en los arts. 22, 23 y 24 de la Constitución de 1867, no fue capaz de cambiar el curso de la tradición, pues la Constitución de 1867 tuvo la vigencia de sólo cinco meses(*)

(*) Ver: La Educación Particular en el Perú – F.E. Mac Gregor. S.J. 1950, Edit. Lumen.

El monopolio estatal expresado en la Constitución de 1933 con esta fórmula aparentemente inocua: “La dirección técnica de la educación corresponde al Estado” (art. 71), fue interpretado 8 años después por la ley No. 9359, llamada Ley Oliveira, promulgada el 1-4-1941; es su artículo 1o. “La educación es función del Estado. Puede ser cumplida también por la actividad privada”; para manifestar la extensión del poder discrecional del Estado en compartir su función de enseñante la misma ley en 22 largos artículos del Capítulo Unico del Título VII legisla sobre las condiciones para apertura y funcionamiento de “los establecimientos particulares de enseñanza”.

No existía en el Perú de entonces un Tribunal de Garantías Constitucionales, establecido por la Constitución de 1979. Ocho años después de promulgada la Ley Oliveira, casi el 30o/o de los alumnos de Educación Secundaria en el Perú se educaban en “establecimientos particulares de enseñanza”(*)

La Ley Oliveira rigió hasta el 21 de marzo de 1972 cuando fue derogada por el art. 383 del Decreto Ley No. 19326.

2. *La Educación en la Constitución de 1933 y la de 1979*

En el sobrio y escueto texto de la Constitución de 1933 los 13 artículos del Título Educación, Título III, están colocados entre las “garantías constitucionales” (Título II) y “Ciudadanía y Sufragio” (Título IV).

Las primeras disposiciones de la Constitución de 1933 (Título I) se refieren al Estado, el Territorio, la Nacionalidad: las de la Constitución de 1979 (Título I) se refieren a los derechos y deberes fundamentales de la persona.

La Constitución de 1933 trata de la educación; la de 1979, de la educación, la ciencia y la cultura.

El artículo primero del Título ‘Educación’ de la Constitución de 1933 dice que la “Dirección técnica de la educación corresponde al Estado (art. 71), mientras que el artículo primero del Capítulo IV del Título I de la Constitución de 1979 dice: “El derecho a la educación y la cultura es inherente a la persona humana” (art. 21).

Claramente los horizontes abarcados por ambos documentos varían en amplitud y dimensión.

Casi todas las normas de la Constitución de 1933 se repiten en la de 1979(**): Art. 71 C.33 - art. 24 C.79; art. 73 C.33 -art. 25 C.79; art. 74 C.33 - art. 29 C.79; arts. 72 y 75 C.33 - art. 25 C.79; art. 79 C.33 - art. 22 C.79; art. 80

(*) Mac. Gregor, op. cit., p. 16

(**) Se cita el No. del artículo con la C. seguida del año de promulgación de la Constitución.

C.33 - art. 41 C. 79; art. 83 C. 33 - art. 36 C.79; art. 83 C. 33 - art. 36 C.79; art. 83 C.33 - art. 39 C.79.

La Constitución de 1933 previó la descentralización administrativa del país mediante la creación de Consejos Departamentales con “facultad para organizar, administrar y controlar, conforme lo disponga la ley, los ramos de instrucción... (art. 192). El 17-10-1978 el D.L. No. 22318 señaló las normas de los Organismos Regionales de Desarrollo; había precedido a este Decreto - Ley el 22276 que había creado ORDETAM (Organismo de Desarrollo de Tacna y Moquegua); posteriormente se han sucedido diversos decretos-leyes creando otros Organismos Regionales de Desarrollo en diversas regiones del Perú.

La Constitución de 1979 además de legislar sobre los mecanismos de creación de las regiones (260), les da competencia en los campos de educación primaria, secundaria y técnica (261).

Las Constituciones de 1933 y 1979 sólo son comparables en los temas referidos a la organización y estructura del Estado: reflejan momentos muy diversos de la vida del Perú y del mundo.

El art. 105 de la Constitución de 1979 es uno de los varios índices de la magnitud de cambios operados al dar jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (105).

La Constitución de 1933, expresión legal de la concepción liberal del Estado, introduce principios de la llamada democracia social tales como intervención del Estado en la economía, interés social de la propiedad privada, necesidad de una seria legislación sobre el contrato de trabajo, participación por los trabajadores en los beneficios de las empresas, etc.”

El previsto Senado Funcional de la Constitución de 1933, representante de gremios y corporaciones, era una anomalía legal y social: no resitió a las exigencias de la lógica interna del texto constitucional ni a los intereses políticos. Seis y doce años después de promulgada la Constitución de 1933 las leyes No. 8929 y 9178 legislan “mientras se organiza el Senado Funcional”; nunca llegó ese momento.

La Constitución de 1979 tiene un proemio preñado de ideas, aspiraciones y evocaciones: muestra al Perú decidido a enfrentar los grandes retos histórico-sociales: trabajo, cultura, avance científico, convivencia, integración; y consciente de las difíciles encrucijadas de ese empeño: violencia, subdesarrollo, injusticia, imperialismo.

Por eso creo más útil comparar la Constitución de 1979 con el Título I de la Ley General de Educación, llamado Disposiciones Fundamentales; no porque éstas tengan jerarquía constitucional, sino porque son una reflexión social, a veces desprovista de precisión legal, sobre los mismos problemas que la Constitución de 1979 ha debido enfrentar.

Las disposiciones fundamentales de dicho Decreto-Ley, arts. 1-29, presentan los mismos grandes temas que el Capítulo IV de la Constitución de 1979, comentado en estas páginas y llega a las mismas soluciones desde ópticas distintas.

La comparación global o general de ambos textos no es iluminadora, lo puede ser, en cambio, un análisis comparativo en la Constitución de 1979 y en la Ley Orgánica de Educación (D.L. 19326) del fin de la Educación y de algunos de los puntos –los más importantes– de los 17 enumerados antes(*)

Subrayar coincidencias en problemas y soluciones, independientemente de ideologías, significa señalar caminos para la verdadera concordia nacional.

Además, importa destacar estas coincidencias no sólo por razones de objetividad histórica, sino porque debe evitarse el afán iconoclasta de destruir lo hecho y empezar de nuevo en materia de educación, como ha acontecido tantas veces.

El fin de la educación es el desarrollo integral de la persona (21), según la Constitución.

El art. 6 del D.L. 19326 dice: “La educación peruana tiene como finalidad fundamental la formación de la persona humana en sus proyecciones immanentes y trascendentes”.

De los 17 puntos mencionados antes, considero el más importante el 5o.: Derecho de la familia, el Estado, las personas naturales o jurídicas en la educación.

La Constitución “garantiza a los padres de familia el derecho de intervenir en el proceso de educación de sus hijos y escoger el tipo y centro de educación para éstos”(23).

La libertad de “escoger el tipo y centro de educación” presupone la libertad de enseñanza garantizada por el Estado (21).

Sobre la familia y su participación en la educación, dicen los arts. 14 y 16 del D.L. 19326: Art. 14, “El Estado promoverá la participación de la comunidad en el proceso educativo a través de la familia y de todas las instituciones de la comunidad. La educación particular se sitúa dentro de este marco de participación comunal”. Art. 16, “El Estado reconoce y promueve el papel primario y decisivo de la familia como educadora. La familia tiene el derecho y la obligación de educar a los hijos, así como de participar, de acuerdo a su misión propia, en los esfuerzos educativos de la sociedad y del Estado. Se institucionalizará la participación y la ayuda familiares en la educación”.

Según la Constitución corresponde al Estado:

- 1.- Formular planes y programas y dirigir y supervisar la educación... y otorgar a todos igualdad de oportunidades (24);

(*) Ver pp. 3 y 4.

2.- Ayudar, supervisar la educación privada, cooperativa, comunal y municipal. (30)

El art. 2o. del D.L. 19326 dice: "Es función del Estado planificar, dirigir y promover el proceso educativo en todos los niveles y modalidades del Sistema establecido en la presente ley..."; y el art. 8o. dice: "El Estado garantiza efectiva igualdad de oportunidades educacionales".

Las personas naturales o jurídicas, según la Constitución, tienen derecho a fundar centros educativos. Hay un marco referencial y una expresa limitación al ejercicio de este derecho (30). Los centros educativos gozan de exención tributaria (32).

La libertad de enseñanza también está explícitamente reconocida en el art. 5o. del D.L. 19326: "El Estado garantiza la libertad de educación que implica el derecho de todos a educar y a elegir la forma de educarse, individualmente o en asociación con otros, dentro de las prescripciones de la Ley.", y el art. 14 del mismo D.L. sitúa la educación particular "dentro del marco de la participación comunal".

Cómo acontecerá el juego dialéctico en la educación formal de familia, Estado y personas naturales o jurídicas, presupuesto por la Constitución de 1979, es aún una incógnita.

Es un hecho histórico verificable cómo ha sido dicho juego dialéctico en los ocho años de la reforma educativa (1972-1980).

Intención primordial de la reforma propiciada por el D.L. 19326 era impulsar un proceso de socialización.

Para que un proceso de socialización no se transforme en proceso socialista se requiere que las personas naturales o jurídicas participantes en él sean de muy recia contextura, si ello no acontece la hegemonía del Estado convierte la socialización en socialismo, actitud que ha prevalecido en estos últimos años.

Para la Constitución el principio inspirador de la educación es "la democracia social" (21), para la Ley General de Educación (D.L. 19326) la inspiración de la educación viene de la voluntad de crear una "sociedad libre, justa, solidaria y desarrollada por el trabajo creador de todos sus miembros e imbuida de los valores nacionalistas" (art. 6o.).

La investigación científica y tecnológica goza de atención y estímulo del Estado (40) y según el texto de la Ley General de Educación: "El Estado fomentará prioritariamente la educación científica y tecnológica, dentro de una política nacional de la ciencia y la tecnología, de acuerdo a la planificación del desarrollo nacional. Con este fin proporcionará los incentivos y los medios necesarios para su cultivo desde los primeros grados hasta los estudios del más alto nivel, asegurando su extensión, a todos los sectores de la población peruana. Auspiciará y promoverá, además, los programas de investigación científica y tecnológica en los centros educativos" (art. 21).

Según la Constitución y la Ley General de Educación, los medios de comunicación social se hallan al servicio o colaboran con la educación y la cultura (37); en términos de la Ley General de Educación: “El Estado asegurará que los medios de comunicación colectiva en todas sus formas sean utilizados como instrumentos de educación nacional” (art. 29).

Del profesorado dice la Constitución de 1979, repitiendo y ampliando el art. 78 de la de 1933: “es carrera pública en las diversas ramas de la enseñanza oficial” (41). Dice también que la ley establecerá los derechos, obligaciones y régimen del profesorado “particular” (41), es decir, el que enseña en instituciones no-estatales.

Por último, según la Constitución, el Estado procura la profesionalización de los maestros, a quienes asegura remuneración justa, acorde con su elevada misión (41).

El enunciado correspondiente de la Ley General de Educación abarca, sin distinguir, la totalidad del magisterio y extiende la responsabilidad de éstos a la educación comunal: “El Estado reconoce la alta misión educativa del magisterio, sus derechos y su responsabilidad comunal y nacional, lo cual requiere la plena dedicación de los educadores al ejercicio docente y a la promoción educativa de la comunidad. El Estado establecerá las políticas tendientes al logro de un justo status académico, profesional, social y económico para el magisterio” (art. 27).

La gratuidad de la educación impartida por el Estado es reconocida tanto por la Constitución como por la Ley General de Educación, sin embargo, esta última añade un importante mecanismo de equilibrio requerido por la justicia social: “La educación que ofrece el Estado es gratuita en todos sus niveles con el fin de que ninguna persona en el país se vea restringida, por insuficiencia de recursos, sus posibilidades de acceso al sistema educativo. *Esto no exime* a la comunidad y a los particulares de contribuir directamente al financiamiento de sus propios servicios educativos y de las instituciones del Estado en la medida de su capacidad económica. El gasto educativo del Estado y de la comunidad constituye una inversión de interés social que obliga a todos sus beneficiarios a retribuir servicios a la sociedad” (art. 4).

Un último punto importante en esta comparación de la Constitución y la legislación inmediatamente precedente a ella en materia de educación es el de la descentralización administrativa. Actualmente las regiones creadas en el Perú tienen el manejo de recursos nacionales transferidos por el Estado y entre ellos los destinados a educación.

La nuclearización de la educación, uno de los fundamentos jurídicos y sociales de la Ley Orgánica de Educación (Título IV), no ha sido acomodada a la “regionalización” y existe un desfase entre las disposiciones de los instrumentos legales hasta hoy vigentes.

4. *La Universidad*

La Constitución de 1933 no necesitó legislar sobre la universidad: había en el Perú cinco universidades: San Marcos, Cuzco, Arequipa, La Libertad, Universidad Católica del Perú. Era mucha la distancia entre esa realidad y la *aspiración* constitucional expresada 110 años antes: “no podrá dejar de haber universidades en las capitales de departamento” (Constitución de 1823, art. 184).

El texto de la Constitución de 1933 expresa el propósito del Estado de “fomentar la educación superior” (art. 75), “La libertad de cátedra” es mandato constitucional (art. 80), y da a los Concejos Distritales poder dirimente, en última instancia, en los asuntos administrativos de las universidades” (art. 193-7).

Para la Constitución de 1979 era imperativo legislar sobre la universidad por dos razones: existen en el Perú 34 universidades, 14 establecidas en la Capital de la República; desde 1933 se han promulgado leyes universitarias: en 1933; 1941; 1946; 1949; 1960; D.L. 17437 de 1969, modificado en tres años por cinco decretos-leyes; y D.L. 19326 de 1972, Ley Orgánica de Educación, modificado en los títulos correspondientes a la universidad por varios otros decretos-leyes.

La Constitución legisla directamente sobre la universidad en el art. 31 e indirectamente en los arts. 246 y 287.4

Establecidos los “fines” de la educación universitaria y su facultad de otorgar grados académicos y títulos profesionales a nombre de la Nación (31), se declara a cada universidad autónoma dentro de la ley.

La autonomía es descrita con estos calificativos: académica, económica, normativa y administrativa.

Para la ley 13417 (1960) la autonomía es pedagógica, administrativa y económica: se ha añadido en la Constitución la autonomía normativa.

Es interesante comparar los elementos que la Constitución considera indispensables para que exista autonomía y los que los universitarios reunidos en la IV Conferencia Internacional de Universidades, convocada por la Asociación Internacional de Universidades (Tokyo 1965), precisamente para estudiar la autonomía, señalaron como indispensables:

- 1.- El derecho a fijar las normas para el ingreso de su propio personal;
- 2.- La responsabilidad para la formulación de los planes de estudios y standars de cada grado académico;
- 4.- La universidad debe tener la última palabra en la selección de los programas de investigación que se realizan en ella;
- 5.- La universidad debe ser responsable de la distribución interna de los fondos, adjudicados o propios, con los que realiza su labor.

Ciertamente a la autonomía académica compete decidir sobre la investigación que cada universidad realiza y la autonomía normativa y administrativa se extiende al derecho de fijar las normas para el ingreso de su personal docente, discente o administrativo.

Es importante destacar dos mandatos constitucionales que la ley universitaria debe recoger: principios generales dentro de los que sea real la autonomía de cada universidad y relación de la universidad con la comunidad. Además, la ley deberá contemplar, como la ley 13417, un organismo de coordinación universitaria, Consejo Interuniversitario según el art. 76 de la ley 13417 al que sucedió el "Sistema de la Universidad Peruana", establecido por los arts. 1o., 5o., a 10o. del D.L. 17437, y arts. 171 a 180 del D.L. 19326.

Las universidades son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares y sólo pueden nacer por ley (31). Cada universidad tendrá sus propios estatutos (31). Profesores, graduados y estudiantes constituyen la universidad (31), como la definía también el art. 1o. de la ley 13417.

Si analizamos las cuatro dimensiones de la autonomía señaladas por la Constitución, veremos algunos de los alcances de la ley requerida por el art. 31.

La autonomía académica conduce a la organización de estudios para grados académicos y títulos profesionales expedidos a nombre de la Nación. Es impensable que cada una de las universidades pueda independientemente de normas comunes conceder grados académicos o títulos profesionales de validez jurídica igual, pues se expiden a nombre de la Nación.

La universidad anglosajona sólo otorga grados académicos y los otorga a nombre propio, uno es Doctor en Filosofía por la Universidad de Columbia, y otro es Doctor en Economía por la Universidad de Cambridge. La Universidad de Columbia para otorgar el grado de doctor en filosofía no tiene, teóricamente hablando, ninguna otra limitación que las decisiones de su Senado Académico y los requisitos de su Escuela de Filosofía. Pero ese grado académico es de la Universidad de Columbia, no se otorga a nombre de la Nación. La Universidad anglosajona no otorga títulos profesionales.

Muy diverso es el caso del Perú y nuestra tradición universitaria, la que se apoya además de normas constitucionales en leyes universitarias incorporadas o distintas de la Ley General de Educación.

La autonomía económica de la universidad supone tener fondos, propios o recibidos del Estado. El Perú ha experimentado varios sistemas para dotar de los fondos necesarios a cada universidad; los que han tenido más vigencia han sido, o la aprobación por el Congreso de los presupuestos de cada una de las universidades, o la transferencia de una suma total a un organismo universitario, responsable de la distribución.

No interesa describir los mecanismos de ambos sistemas, más importante es, conocidas las ventajas y limitaciones de ambos, presentar una alternativa válida. Tal puede ser un organismo independiente, Comisión de la Economía Universitaria, integrado a tercios por profesores universitarios; graduados y gestores empresariales, sindicales, etc.; funcionarios públicos de educación y economía,

Las funciones de la Comisión de la Economía Universitaria serían:

- a) Promover la cooperación económica de la comunidad nacional a las universidades (32; 29);
- b) Estudiar y analizar los presupuestos de cada una de las universidades estatales;
- c) Consolidados éstos más las transferencias a las universidades particulares, presentar al Ejecutivo la demanda total;
- d) Asignar los recursos a cada universidad, aprobar sus balances y ordenar las correspondientes auditorías.

La importancia de este organismo autónomo está en mantener la universidad alejada del poder político, fácilmente convertible en favor político, y en asegurar la mayor rentabilidad a la inversión en educación superior.

Una disposición constitucional da a cada universidad el derecho y la obligación de gobernarse *por sus estatutos* (31), exigencia de la autonomía normativa.

La Constitución usa dos veces el término Facultad de Derecho (246; 287.4); exigirá el uso del término Facultad cambios en la estructura universitaria? Facultad significa la *miniuniversidad* definida en el art. 23 de la ley 13417?

No es consistente con la clara definición descriptiva de la autonomía universitaria académica, normativa, etc., adoptada por la Constitución, suponer que ella entre a decidir cuestiones propias de la autonomía de cada una de las universidades.

Para colaborar al financiamiento de las universidades la Constitución tiene además del art. 39, que ordena destinar del ejercicio presupuestal del Gobierno Central no menos del 20o/o a la educación, dos artículos, el 29 y 32, relacionados con la financiación de la educación.

El art. 29 dice que “las empresas están obligadas a contribuir al sostenimiento de centros de educación”.

El art. 32 concede a las universidades exoneración de todo tributo creado o por crearse y añade que la ley establecerá estímulos tributarios y de otra índole para favorecer las donaciones y aportes en favor de las universidades, centros educativos y culturales.

La inclusión de la autonomía universitaria como principio constitucional

es una antigua aspiración de los universitarios de América Latina. La Constitución mexicana fue la primera en incorporar a su texto el principio de la autonomía universitaria. Los universitarios peruanos ven realizada esta aspiración en la Constitución de 1979.

Una observación final: el art. 31 de la Constitución defiende la profunda inspiración humana de la labor universitaria: el valor de la creación intelectual y artística, de la investigación científica y tecnológica preceden en el texto constitucional a la simple formación profesional. Se ha rescatado, pues, uno de los más auténticos valores universitarios: el valor del saber, el de la creación artística y con ellos deben coordinarse el trabajo de formación profesional.

Conclusión

Las Constituciones del Perú han tenido dos vertientes, una ha sido la expresión de las aspiraciones de la comunidad nacional y otra la eficacia de la organización jurídica del Estado para hacer posible la realización de esas aspiraciones.

La Constitución de 1979 tiene algo de la inspiración de la de 1823, la más generosa en promesas de todas las Constituciones peruanas. En materia de educación y de los llamados derechos culturales avanza más que todas las anteriores, exceptuadas la de 1823 y los arts. 22, 23 y 24 de la no-nata Constitución de 1867.

Positivo es el reconocimiento del derecho de la persona a educarse y educar a otros, la decisión de ayudar a la educación no-estatal, el mandato constitucional de destinar 20o/o de los ingresos presupuestales de la Nación a la educación.

La gran cuestión planteada ahora al país, no sólo al Gobierno, es cómo aprovechar e integrar las lecciones de todo el esfuerzo educativo de los últimos 39 años, es decir, de los años transcurridos desde la Ley Oliveira (1941), en un proyecto educativo nacional respetuoso de las normas constitucionales.

Este es el gran reto de la educación peruana hoy, es una cuestión abierta y expresiones como “educación primaria” o “Facultad”, o “cátedra”, no prejuzgan las características de ese gran proyecto educativo nacional.

SOCIEDADES INDIGENAS Y NUEVA CONSTITUCION

Manuel M. Marzal

Hace poco más de dos años, cuando se preparaban las elecciones para la Asamblea Constituyente, escribí en la "Revista de la Universidad Católica", en un número dedicado todo él a temas relacionados con la Constitución, un artículo titulado "Indigenismo y Constitución"(1). Allí presentaba una tipología de los indigenismos (entendiendo éste como la manera de enfocar el problema indígena), "que se han practicado, o al menos planteado, en el país durante los últimos cuatro siglos", que pueden reducirse a seis tipos y cuyas metas, según el mismo artículo, son las siguientes:

"las sociedades y culturas indígenas deben "conservarse como tales", bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante (Indigenismo colonial); deben constituirse como "estado dentro del estado" (indigenismo utópico); deben reconquistar su independencia total (Indigenismo rebelde); deben "asimilarse" a la sociedad nacional, pero conservando ciertas peculiaridades propias (Indigenismo moderno); o deben integrarse como "nacionalidades" autóctonas en un estado multinacional (Indigenismo crítico), aunque en este último indigenismo hay otras posturas más radicales"(2)

Luego, observaba: "la nueva Constitución debe optar por alguna de las alternativas de indigenismo indicadas (no pienso que haya otras realmente diferentes) y tomar las medidas necesarias para hacer posible dicha opción"; pero, no atreviéndome a abordar la metodología que recomenaba a los Constituyentes, me limité a hacer algunas sugerencias en el orden legal, económico y político, las cuales suponían implícitamente mi personal modelo indigenista.

En la actualidad, cuando acaba de entrar en vigencia la nueva Constitución, pienso que puede ser útil examinar el indigenismo de la misma. Para ello, en primer lugar trataré de descubrir el modelo de indigenismo que se defiende, de modo más o menos explícito, y en segundo lugar, examinaré cada una de las medidas concretas que sustentan el modelo. Naturalmente, no me preocupa analizar hasta qué punto mis sugerencias fueron escuchadas, entre otros motivos porque tales sugerencias no tenían nada de originales, sino que eran, en su mayoría, viejas ideas de los que reflexionan sobre este tema y que han sido incorporadas ya a los programas de algunos partidos políticos.

1. El modelo de Indigenismo en la Constituyente

Pienso que se sitúa en el 5o. tipo de los arriba señalados, que sostiene que las sociedades y culturas indígenas deben "integrarse" a la sociedad nacional, conservando ciertas peculiaridades propias como la lengua, el modo de vestir, las formas de organización social, el arte, etc. Este "Indigenismo moderno" ha estado vigente, a nivel de principio, en el país desde la década de los años 20 cuando

se cuestionó el Indigenismo republicano, que no logró asimilar la población indígena, sino que acentuó la explotación de la misma; y se restableció la comunidad indígena (Constitución de 1920); pero el Indigenismo moderno se ha llevado a la práctica con muy diversa intensidad en los diferentes gobiernos y nunca se ha tomado completamente en serio, ni siquiera cuando, a raíz de las publicitadas experiencias de antropología aplicada de Vicos (Ancash) y Puno-Tambopata, se hizo un "Plan Nacional de integración de la población aborigen" (1959), que se transformó, durante el primer gobierno de Belaúnde, bajo la mística de la "acción popular" y con un préstamo millonario del BID, en el "Proyecto de integración de la población indígena" (1966).

Las razones en que me apoyo, al afirmar que la nueva Constitución sostiene que los grupos indígenas deben integrarse a la sociedad nacional, conservando en lo posible sus propias características, se verán en la segunda parte del trabajo. Tal política integracionista estaba vigente, como principio político del país en las últimas décadas, y ninguno de los partidos representados en la Asamblea Constituyente ofrecía una alternativa diferente. El APRA ha sido fiel al pensamiento de Haya de la Torre, quien remitió desde el destierro en 1927 con ocasión de la formación del "Grupo resurgimiento" del Cusco, un breve ensayo, en el que sostenía que el problema indígena no era racial, sino socio-económico, que no puede separarse del problema mayor del imperialismo, ante el cual hay que levantar un frente común de todas las clases explotadas, y que no se resuelve con un retorno utópico al Tawantinsuyo, por más que éste, haya tenido "concepciones políticas y sociales realmente extraordinarias..., sin paralelo en su época y en todos los estadios correspondientes de progreso de cualquier otro pueblo del mundo"(3), sino que hay que convertir la comunidad indígena en una cooperativa. El "Programa de acción inmediata" (1931) del Primer Congreso Nacional del Partido Aprista Peruano expone así su política indigenista:

"Incorporaremos al indio a la vida del país. Legislaremos en pro de la conservación y modernización de la comunidad indígena. Protegeremos también a la pequeña propiedad. Fomentaremos el arte indígena... Respetaremos las peculiaridades de cada región indígena, dentro del plan general y rumbo unificador de la educación. Formaremos maestros indígenas. Estableceremos la escuela rural indígena. Educaremos al indio en su propio idioma, además del castellano. Introduciremos el cooperativismo agrario entre los propietarios indígenas de tierras.."(4)

Los sucesivos planes del partido aprista no han ido mucho más lejos de esta mesta integracionista.

El Partido Popular Cristiano, la segunda fuerza de la Constituyente, tampoco difiere de esta meta integracionista. Ni los planteamientos iniciales del social-cristianismo sobre el problema indígena de Víctor Andrés Belaúnde(5), ni el último plan de gobierno del PPC(6) permiten deducir otra cosa. En cuanto a la izquierda marxista, la tercera fuerza de la Constituyente, a pesar de su diver-

sidad ideológica, ha sido más fiel a la postura de Mariátegui sobre el problema indígena que a la clásica teoría staliniana de las nacionalidades oprimidas. Mariátegui, en sus "Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana" (1928), aborda el tema dentro de la evolución de la economía peruana, según el esquema marxista de la historia, y sostiene que el problema indígena es el problema de la tierra, por lo cual hay que liquidar el latifundio y no bastan las soluciones jurídicas, racial, educativa o moral; en otro trabajo, "El problema de las razas en América Latina" (1929), Mariátegui completa su pensamiento indigenista y defiende la adjudicación de los latifundios serranos en favor de las comunidades, la transformación de las comunidades en cooperativas de producción y la educación ideológica de las masas indígenas, donde "la vanguardia obrera dispone de aquellos elementos militantes de la raza india que, en las minas y en los centros urbanos... entran en contacto con el movimiento sindical y político" y aunque "una idea revolucionaria indígena tardará quizás en formarse, pero una vez que el indio haya hecho suya la idea socialista, la servirá con... una fuerza, en la que pocos proletarios de otros medios podrán aventajar"(7). Pero debajo de este planteamiento más radical, no hay otra meta que integrar al indio a la sociedad nacional socialista. En cambio, la teoría marxista clásica de las nacionalidades oprimidas está mucho más presente en el planteamiento indigenista inicial de Luis de Valcárcel. En "Tempestad en los Andes" (1927), Valcárcel presenta la existencia de dos nacionalidades en el Perú, enfrentadas en un conflicto secular y donde el mestizaje, del que resulta un "nuevo ser híbrido; no hereda las virtudes ancestrales, sino los vicios y las taras"(8), no es ninguna solución; por lo cual, hay que esperar la resurrección del "nuevo indio" y así, como dice Valcárcel apoyado en la fuerza mesiánica de la cultura andina, "la cultura bajará otra vez de los Andes"(9). Pero, esta postura realmente radical no ha sido recogida por ningún partido político. Ni siquiera por el Fre-natraca, que ha salido de su reducto de Juliaca, ha aireado los chullos y ha proclamado la construcción de un socialismo tawantinsuyano bastante indefinido.

En cuanto a las fuerzas políticas no presentes en la Asamblea Constituyente, también sostienen una postura integracionista. El gobierno militar, que si no intervino directamente en la Constituyente, la había convocado para incorporar sus reformas, tuvo, en la primera fase, una política indigenista audaz, con la ley de reforma agraria, el estatuto de comunidades campesinas, el establecimiento de la educación bilingüe en la ley general de educación, la ley sobre comunidades nativas y desarrollo agropecuario de la selva y la declaración del quechua como lengua oficial del país; pero, todas estas medidas sólo pretendían fortalecer a los grupos indígenas marginados dentro de la sociedad nacional, favoreciendo su integración. Por su parte el Partido Acción Popular, el gran ganador de las recientes elecciones, aunque en su ideario sostiene "el Perú como doctrina", entendido como "búsqueda de inspiración.. en el territorio y el hombre del Perú, tendencia a revivir, consolidándolos con las ideas técnicas de nuestro tiempo, los principios básicos que nos dieron pasada grandeza..., remozamiento del principio cooperativista y la ayuda mutua"(10), se refiere en realidad al Perú mestizo.

En resumen, la Constitución refleja el modelo integracionista, que ha estado vigente en el país en las últimas décadas y que es la postura de los partidos políticos. Paso a exponer las normas que sustentan el modelo.

2. *Normas indigenistas de la nueva Constitución*

Pueden agruparse en tres capítulos, que se refieren al aspecto cultural, económico y político de la población indígena.

a) *aspecto cultural*.— La nueva Constitución ha sido fiel, por una parte a la tradición republicana, que desmontó con San Martín y Bolívar cada uno de los mecanismos que separaba la “república de indios” de la “república de españoles” dentro del “reino del Perú” (a saber, la denominación del indio, el tributo, el servicio personal, la propiedad comunal y los cacicazgos) y sostiene que en el Perú sólo hay peruanos con igualdad de derechos ante la ley. Así afirma categóricamente en el artículo 20., 2: “Toda persona tiene derecho... a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”. Sin embargo, la nueva Constitución reconoce, por otra parte, las diferencias culturales de dicha población, que responden a las distintas tradiciones culturales que han confluído en el país, y las defiende como parte de la identidad nacional. Así, “el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas” (art. 34) y “el Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma” (art. 36).

De aquí se desprende que, para la nueva constitución, el Perú está formado por individuos iguales ante la ley, a pesar de sus diferencias culturales, y dichos individuos forman comunidades lingüísticas y económicas (art. 161-3), pero no políticas. En este sentido puede decirse que la nueva Constitución es menos generosa con los grupos indígenas peruanos que la de 1933, que consagraba un cierto estatuto legal para los indios en su art. 212: “El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa que las peculiares condiciones del indígena exigen”. Es cierto que tales leyes especiales nunca llegaron a darse, quizás por la misma dificultad de determinar el sujeto de la ley en un país en el que las Constituciones apenas se han atrevido a pronunciar la palabra indio, por el peso de la noción liberal de “igualdad ante la ley” en nuestra tradición republicana y por el sentido peyorativo que ha tenido en nuestra historia social el término indio. En consecuencia, durante el casi medio siglo que estuvo en vigor la constitución del 33 nunca pudieron tenerse en cuenta en los juicios criminales contra nativos amazónicos su peculiar concepción del delito, ni en los juicios civiles contra los indios quechuas o aymaras sus propias normas sobre la propiedad o sobre el matrimonio (“servinakuy”). Con todo, el art. 212 era una puerta abierta a un estatuto legal propio para las sociedades indígenas, que la nueva Constitución ha cerrado por completo.

b) *aspecto económico*.— La nueva Constitución, además de consagrar la refor-

ma agraria y la multiplicidad de formas de propiedad en el agro (art. 159 y 157), reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas. Tal reconocimiento hace que dichas tierras no puedan ser embargadas ni enajenadas por personas de fuera, ni pueda permitirse el acaparamiento de tierras dentro de la misma comunidad (art. 163); sin embargo, las comunidades son “autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece” (art. 161) y el Estado, por su parte, está obligado a promover el desarrollo integral de las comunidades y a favorecer su modernización, fomentando las empresas comunales y cooperativas (art. 162).

c) aspecto político.— Según la nueva Constitución, la población indígena tiene los mismos derechos políticos que los demás peruanos. En realidad, gracias a la aplicación de las normas constitucionales al reciente proceso electoral, los indios, que son en su mayoría analfabetos, han podido votar después de casi 84 años; la nueva Constitución ya no establece, como la del 33, entre los requisitos para ser ciudadano, el saber leer y escribir (art. 65). De esa manera el indio cuenta con un arma política más, que, si no es definitiva, sí puede ir adquiriendo cada vez más importancia a medida que se consolide el sistema democrático. Por otra parte, el indio, por estar capacitado para votar, “tiene el derecho de asociarse en partidos políticos” propios (art. 68). La experiencia del país en este punto es casi nula, por el largo período de tiempo en el que el indio no ha tenido derecho de votar y por la utilización del voto indígena al servicio de los gamonales, como ocurrió el siglo pasado con frecuencia y fue una de las causas o justificaciones para privar al indio de ese derecho por ley de 20 de noviembre de 1896. Ahora la amenaza para la explotación del voto indígena puede venir de los nuevos gamonales de la política, que buscan la abundante y fácil clientela de las comunidades como programas más o menos indigenistas en su fachada. Además, a raíz de la crisis del indigenismo desarrollista que tuvo lugar a fines de la década de los 60, ha comenzado a hablarse en América del “poder indio”, como se manifiesta en las dos Declaraciones de Barbados (1971 y 1977)(11). En el Perú se han hecho ya varios pequeños intentos de organizar de los grupos étnicos quechuas, aymaras y amazónicos (aquí el trabajo se inició por Sinamos durante la Primera Fase del gobierno de la Fuerza Armada); el reciente Congreso Sudamericano de Movimientos Indígenas, organizado por el Movimiento Indio Peruano y celebrado en Ollantaytambo (marzo 1980), por extraños que resulten muchos de sus participantes, la declaración final y la creación de la universidad de la indianidad, es otro intento de resucitar el poder indio.

Pero, la nueva Constitución, además de preconizar la participación política de los indios a través de sus propios partidos, si así lo desean, abre otro camino más seguro, el de la regionalización. El art. 259 dice: “Las regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geo-económicas. La descentralización se efectúa de acuerdo con el plan nacional de regionalización que se aprueba por ley”.

Esta definición de región tiene en cuenta no sólo la geografía y la economía, factores que se han barajado siempre, por plantearse la regionalización como un mejor aprovechamiento de los recursos y desde la perspectiva de un país que se supone homogéneo, sino también la historia y la cultura. La nueva constitución parece suponer que la planificación regional no es sólo una programación adecuada de metas y de recursos disponibles, sino también una canalización eficaz de motivaciones comunes, que funcionan, sobre todo, dentro de la cultura de la región, es decir, dentro de ese conjunto de hábitos, valores y conocimientos, que la propia historia ha ido plasmando y forman la propia identidad. De esa manera la población indígena mayoritaria de una determinada zona geográfica, que ha compartido una misma experiencia histórica (piénsese, por ejemplo, en los quechuas de la sierra sur entre Huancavelica y Puno), puede conformar una región. Así las comunidades indígenas no sólo no tienen que perder su propia identidad, al “incorporarse” a la sociedad nacional, como ocurre realmente ahora, sino que podrán desarrollar esa identidad, aceptando la tecnología del mundo moderno e incorporando o “indinizando” a la población no indígena. Aunque ésta no comporta totalmente la misma tradición cultural que la población indígena, la comunidad de geografía, de historia, de lengua y de cierta autonomía política, que le otorga la constitución, son elementos suficientes para forjar la conciencia nacional de la nueva región y llegar a convertirla en una nacionalidad. De esta manera, la región mayoritariamente indígena, podrá dialogar con las demás del país en pie de igualdad y conformar con ellas un estado fuerte, más respetuoso de la diversidad cultural.

La declaración del quechua y el aymara como lenguas oficiales de determinadas regiones („en las zonas y en la forma que la ley establece”), que la nueva constitución consagra (art. 83), puede ser un excelente medio de consolidación de la naciente nacionalidad andina. No está de más decir que, en tal caso, el quechua no sólo debe ser utilizado en la escuela primaria en un sistema de educación bilingüe con la población quechua-hablante, sino que debe ser obligatorio en la educación primaria y secundaria de toda la región y debe ser utilizado en los tribunales, en los documentos oficiales y en las demás ocasiones que determine la ley.

Así la región —o las regiones— mayoritariamente indígena puede encontrar un modo adecuado de conservar y desarrollar su propia identidad cultural. Pero, a medida que las regiones se consoliden, habrá que aplicar los mecanismos correctivos necesarios para que no prosperen los cánticos de strenas independentistas, que se escuchan en la mayoría de los países, con regiones culturales fuertes. Y, al mismo tiempo, la población indígena debe valerse de la educación, del voto y de las organizaciones clasistas, para no permitir el actual dominio de los grupos no indígenas en la región.

Aunque la historia nos ha enseñado que, con frecuencia, los mayores explotadores de los indios han sido los “mistis” y demás habitantes no indios de la región, si se ponen fuerte y justa; además, también la historia nos ha enseñado que, a la larga, es mayor la explotación nacional y tras-nacional que la regional.

En síntesis, puede decirse que la nueva constitución plantea un indigenismo integracionista vigoroso, tratando de salvar las características culturales de nuestra población indígena. Aunque significa, por una parte, un retroceso frente a la constitución del 33, al no permitir un estatuto legal para la población indígena, cuya identidad no se haya roto definitivamente en esta dura historia de cuatro siglos y medio, traten de convertirse en regiones culturales fuertes y aún en verdaderas nacionalidades bajo el único estado peruano.

NOTAS

- (1) "Revista de la Universidad Católica", Lima, 1978, No. 3, pp. 69-77.
- (2) Ibidem. p. 88.
- (3) V.R. Haya de la Torre. "Obras completas", Lima, 1976. Ed. Juan Mejía Baca, tomo I, p. 185.
- (4) Haya de la Torre. 1976. tomo V, p. 23-4.
- (5) Víctor Andrés Belaúnde "Meditaciones peruanas", 1917; "La realidad nacional", 1931; y "Peruanidad", 1942.
- (6)
- (7) En "Ideología y Política", Lima, 1969, Edit. Amauta, pp. 44-6.
- (8) En "Tempestad en los Andes", Lima, 1972. p. 115.
- (9) Ibidem, p. 23.
- (10) En "Perú 1980: elecciones y planes de gobierno", Lima, 1980, Universidad del Pacífico. p. 69.
- (11) En "Por la Liberación del Indígena: documentos y testimonios", editor Adolfo Colombres, Buenos Aires, 1975, Ediciones del Sol, pp. 20 y 31 y en revista "Amazonía Peruana", Lima, 1977, Centro Amazónico de Antropología (CAAP), No. 2, pp. 181-2.
- (12) Es significativo que la encuesta de todos los partidos políticos con motivo de las elecciones de la obra ya citada "Perú 1980", ninguno tenga en cuenta la dimensión cultural en el sentido aquí expuesto. En otra encuesta similar, organizada por el CAAP entre grupos nativos, las respuestas no son mucho más confortantes: véase "Elecciones, partidos políticos y la Amazonía", Lima, 1980, CAAAP.

CONSTITUCION Y PODER TRIBUTARIO

Humberto Medrano C.

Una de las calidades inherentes al Estado es su capacidad para establecer tributos (Poder Tributario) cuyo pago constituye un deber de los contribuyentes. Sin embargo, este poder no puede ser ejercido en forma ilimitada, sin márgenes precisos de referencia, porque ello significaría dejar a los obligados a merced del Estado. Es por esta razón que la propia Carta Fundamental establece como garantía para los administrados, ciertos principios que regulan dicho poder y que configuran un marco sólo dentro del cual es posible exigir prestaciones tributarias.

1. *Principio de legalidad*

Sin duda es el más importante, tiene su origen en la Carta Magna arrancada a Juan Sin Tierra y por cuyo mérito los tributos sólo pueden establecerse con la aceptación de los llamados a pagarlos. En el Estado moderno ello equivale a que los tributos sólo pueden ser creados por el Poder Legislativo en tanto que sus miembros son representantes del pueblo y, se asume, traducen su aceptación. Este principio puede sintetizarse con el aforismo “Nullum tributum sine lege”: no hay tributo sin ley, de la misma manera en que no existe delito ni pena sin ley que así lo determine.

La Constitución de 1933 en su artículo 8o. señala “sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos”. Este texto tiene obvias deficiencias ya que, en primer lugar, alude a impuestos, siendo así que éstos son sólo especies del género tributo. La clasificación más admitida divide el tributo en impuestos, contribuciones y tasas. (Véase, por ejemplo, el artículo 14o. del modelo de Código Tributario para América Latina, preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID.). La deficiencia constitucional anotada; trató de subsanarse a través del Código Tributario en cuyo artículo II del Título Preliminar se señala “el término genérico tributo incluye impuestos, contribuciones y tasas...” Efectuada tal definición el propio Código en su artículo IV recoge correctamente el principio de legalidad cuando indica: “Sólo por ley se puede crear, modificar o suprimir tributos...”.

El artículo 139o. de la nueva Constitución establece: “Sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios...” Este texto que, de suyo, consagra el principio resulta sin embargo reiterado, pues a continuación el mismo artículo señala “la tributación se rige por los principios de legalidad...”

Como se aprecia, la primera parte del artículo “contiene” el principio por lo que resulta innecesario denominarlo a continuación. Tratando de encontrar una respuesta a la reiteración podría sostenerse que la intención del legislador ha sido destacar en la primera parte la más importante limitación que se deriva del

principio y que al insistir en denominarlo en su segunda parte se ha perseguido conseguir los alcances previstos en el resto del artículo IV del Título Preliminar del Código Tributario, de acuerdo con el cual sólo por ley se puede "...determinar el hecho imponible, fijar la cuantía del tributo y la base para su cálculo y señalar al contribuyente". Naturalmente la inclusión del precepto en el texto constitucional le otorga una permanencia y solidez que no tenía antes con su sola mención en el Código. No obstante, creemos que la reiteración era innecesaria tanto respecto de este principio como de otros que veremos más adelante.

Cabe mencionar que en nuestra jurisprudencia existen diversos casos en los que el Tribunal Fiscal ha puesto de relieve el principio de legalidad. Así, "...Los Concejos Municipales no están autorizados a cobrar arbitrios o tributos en general que no se establezcan por ley" (Resolución 7536 de 14 de setiembre de 1972). "... el principio de legalidad domina el derecho tributario, principio consagrado por el artículo 8o. de la Constitución y por el artículo IV del Título Preliminar del Código Tributario según los cuales sólo la ley puede crear tributos y conceder exoneraciones...". (Dictamen, Resolución 7304 de 4 de julio de 1972).

La nueva Carta (artículo 139o. tercer y cuarto párrafos) autoriza a los gobiernos regionales para crear, modificar, suprimir o exonerar tributos con arreglo a las facultades *que se les delega por ley* y a los gobiernos locales para crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios o derechos o exonerar de ellos, *conforme a ley*.

El inciso 4o. del artículo 254o. establece que las Municipalidades son competentes para crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos, pero omite mencionar la sujeción a la ley. A pesar que la omisión nos parece sensible, debe interpretarse que esta facultad sólo puede ejercerse en caso de existir una ley autoritativa expresa, en razón de lo previsto en el artículo 139o.

Consideramos que la autorización a los gobiernos regionales y locales no debe conducir a los legisladores al error de crear un tributo en forma genérica y facultar a los "delegatarios" para que éstos precisen el hecho imponible, la materia gravable o el sujeto pasivo, ya que ello no sólo no respetaría el principio de legalidad sino que generaría los problemas que dicho principio trata de evitar. En efecto, los municipios siempre cortos de recursos, podrían apelar al fácil expediente de establecer tasas elevadas o aumentarlas cuando lo creyeran conveniente, con lo cual la garantía del contribuyente resultaría ilusoria.

Por otra parte, es evidente que la intención del legislador no ha sido dejar al arbitrio de los gobiernos regionales o locales la posibilidad de establecer los elementos esenciales de la relación jurídico-tributaria, porque para ello hubiera bastado que la Constitución les concediera lisa y llanamente el derecho de crear tributos, modificarlos, etc. Al haberse optado por conceder tales facultades con

las restricciones que habrá de señalar la ley, resulta claro que lo que se persigue es que sea el Congreso quien establezca los marcos dentro de los cuales los otros organismos podrán ejercer tales facultades.

Debe quedar en claro que el poder tributario radica exclusivamente en el Estado y que los gobiernos regionales o locales tienen poder sólo en forma delegada, razón por la cual a través de la ley dicho poder puede ser reasumido íntegramente por el Estado en cualquier momento. En otras palabras, los gobiernos regionales y locales carecen de “soberanía tributaria”, en tanto que su poder no fluye directamente de la Constitución sino que ésta se limita a permitir que se le delegen ciertos atributos. En los países de organización federal el poder tributario de los diversos estados y sus limitaciones emanan de la Constitución, de forma tal que ellos sólo pueden ser modificados mediante reforma constitucional.

Nosotros consideramos que, habida cuenta de nuestra realidad, la ley autoritativa que se dicte tendrá que imponer marcos muy claros para evitar que, sin la garantía que significa la publicidad y discusión de un proyecto de ley, los entes menores puedan crear nuevos tributos o exonerar de ellos con criterios que, de alguna manera, pudieran resultar discriminatorios. Por tal razón, no creemos que el texto permita, por ejemplo, promulgar una ley estableciendo simplemente “autorícese a crear tributos” sino que el hecho imponible, el sujeto pasivo y la forma de establecer la cuantía del tributo deben quedar claramente fijados en la ley.

Por todo ello, sorprende que, en afán reglamentarista, el artículo 257o. de la Constitución considere como rentas de las municipalidades los tributos que allí se mencionan, tales como las licencias y patentes, el impuesto de rodaje, el impuesto a la extracción de materiales de construcción, etc. Hubiera sido más congruente que el texto estableciera que la ley señalara los tributos que constituyen renta municipal.

Obsérvese que el artículo se refiere a los tributos que gravan el valor de los predios urbanos y rústicos de su circunscripción. Con frecuencia los propietarios de predios urbanos son sociedades que no tributan sobre dichos bienes aisladamente considerados, sino como parte de sus activos que, naturalmente, comprenden muchos otros bienes. A raíz de este texto ¿deberán las empresas tributar al Gobierno Central? ¿o lo que se pretendía era mantener como renta de los municipios sólo el impuesto al Patrimonio Predial No Empresarial, tal como establecen las normas vigentes? La redacción deficiente confirma que el detalle no debió establecerse constitucionalmente sino encargarse su especificación a una ley común.

Dicho artículo tal como está redactado tiene una consecuencia muy importante: Sólo las municipalidades pueden ingresar los tributos que se mencionan, de manera que ya no sería posible —ni siquiera por ley— dar el importe de los mismos destinos distinto, toda vez que el sujeto activo ha

quedado establecido constitucionalmente y para variarlo sería necesaria una reforma constitucional. De otro lado, cabe preguntarse si la circunstancia de haberse establecido que determinados tributos constituyen renta de los municipios significa que tales tributos adquieren perpetuidad y no pueden ser modificados sin variar la Constitución. Nosotros creemos que ello no es así. Tal como hemos explicado, el poder tributario continúa residiendo en el Estado y por lo tanto una ley podría dejar sin efecto, modificar o ampliar el alcance de los tributos mencionados. En efecto, la Constitución no crea dichos tributos, sino establece que el rendimiento de los mismos es renta de las municipalidades.

En determinadas circunstancias podría convenir a la economía nacional derogar o modificar algunos de tales tributos, por lo que sería absurdo suponer que para eso se requiere de una reforma constitucional. Es nuestra opinión que tales tributos constituyen renta de los municipios *en tanto ellos existan*. Así por ejemplo, nuestra legislación no contempla el impuesto “a la extracción de materiales de construcción” mencionado en el inciso 6o. del artículo 257o. La existencia de esta norma no faculta a las municipalidades para señalar al contribuyente o fijar la cuantía del impuesto, simplemente significa que tan pronto se dicte la ley formal que contenga todos los elementos de la relación tributaria, lo recaudado por ese impuesto debe constituir renta de las municipalidades y sólo de ellas. Pero si el Parlamento no dicta la ley respectiva no puede entenderse que el tributo tenga vigencia.

Finalmente, el nuevo texto constitucional, al recoger el principio de legalidad, tiene el importante efecto de dejar sin valor el Decreto Ley 22168 en la parte que autoriza a modificar periódicamente por Decreto Supremo “la cuantía de los tributos denominados tasas que cobran las reparticiones del Gobierno Central, ...y las instituciones públicas”. La misma suerte debe correr el Decreto Ley 21694 que autoriza al Poder Ejecutivo a señalar las tasas del impuesto a las revaluaciones.

El principio de legalidad se resiente de manera clara en el artículo 211o. inciso 22) que otorga al Presidente de la República la atribución de “regular las tarifas arancelarias”. Como quiera que dichas tarifas constituyen —sin duda— tributos, su regulación sólo debería hacerse a través de la ley.

La excepción contenida en ese artículo se origina en el carácter complejo y especializado de la materia aduanera y en la fluidez con que, en ocasiones, deben manejarse las tarifas. Es decir, el constituyente ha optado por lo que entiende pragmático en desmedro del principio, decisión en la que —probablemente— han influido las circunstancias que el país vivía mientras se producía el debate.

La referida atribución significa que las decisiones del Presidente sobre la materia serán constitucionales, pero genera algunos interrogantes. En primer lugar, debe establecerse en que consiste “regular las tarifas.”, pues si la aceptación correcta es la de “ajustar, reglar o poner en orden”, ello supone la preexistencia de lo que es motivo de la regulación. Dentro de esta idea el

Presidente podría modificar las tarifas del arancel pero no derogar o establecer el arancel mismo.

Sin embargo, nosotros creemos que el espíritu del texto ha sido dejar en manos del Presidente en forma exclusiva todo lo relativo a materia arancelaria, aún cuando la redacción no resulta muy feliz. En efecto, si la facultad hubiera estado referida —por ejemplo— a “regular” las tasas de los impuestos internos”, no habría duda de que el principio de legalidad se mantendría respecto a la determinación de los sujetos, el hecho imponible, la oportunidad del pago, etc. y que sólo el “quantum” de tales tributos podría ser establecido por el Presidente.

En cambio, en materia aduanera la regulación de tarifas constituye casi todo el universo legislativo, de modo que el inciso comentado implica que en este campo sólo el Presidente de la República tiene competencia. Por razones de claridad hubiera sido deseable que el artículo 139o. señalara este caso como una excepción al principio.

Como quiera que la Constitución no establece el instrumento a través del cual el Presidente regulará las tarifas arancelarias, debemos asumir que deberá efectuarse mediante Decreto Supremo, lo cual plantea otra cuestión a considerar. Expedido el Decreto de Regulación ¿podría el Congreso derogarlo o modificarlo a través de una ley? En razón de la jerarquía de las normas la respuesta debería ser, en principio, afirmativa, pero si se analiza con cuidado se observará que la atribución presidencial tiene su origen en la Constitución que, ciertamente, es de rango superior a la ley ordinaria.

Nosotros consideramos que el constituyente ha excluido del ámbito del Poder Legislativo todo lo referente a tarifas arancelarias, de forma tal que el Parlamento carece de competencia para pronunciarse sobre la materia. En tal virtud, las decisiones del Presidente no pueden ser modificadas por el Congreso, pues la ley que persiguiera ese propósito sería contraria a la Carta.

Por su parte, el artículo 188o. tiene también importancia respecto del principio pues permite “delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa”. Obviamente, una de tales materias puede ser la tributaria, pero obsérvese que en este caso el principio de legalidad se conserva de una forma que podría calificarse como “mediata”, ya que el Congreso puede precisar el período de la delegación, los aspectos concretos a legislar y, en fin, los demás términos de referencia que estimara adecuados.

Aún más, los decretos legislativos pueden derogarse o modificarse por decisión del Congreso, de manera que —en última instancia— corresponde a éste aceptar o rechazar en todo o en parte, dichos decretos.

El artículo 188o. confirma que las decisiones del Presidente en materia arancelaria no pueden ser objetadas por el Parlamento. En efecto, este artículo

hubiera permitido delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular las tarifas arancelarias, lo que daría lugar a decretos legislativos derogables o modificables.

Si a pesar de existir esta norma el Constituyente ha optado por conferir al Presidente la atribución específica de legislar en materia arancelaria, resulta claro que su intención ha sido otorgar esa potestad exclusivamente al Poder Ejecutivo privando de ella al Congreso. En otras palabras, la competencia del Presidente en este campo no supone necesidad de delegación por el legislativo, pues éste no puede delegar una facultad de la que carece.

2. GENERALIDAD

Uno de los elementos esenciales en la relación jurídico-tributaria es el “hecho imponible”; es decir, el supuesto previsto en la ley que en caso de ocurrir determina el surgimiento de la obligación. Producido el hecho imponible todas las personas comprendidas en su ámbito se encuentran obligadas.

Ciertamente hay algunos casos en los cuales no obstante haberse producido el supuesto legal, ciertos sujetos no están obligados a tributar en razón de exoneraciones o exclusiones del ámbito de aplicación del tributo. Estas excepciones no son violatorias del principio desde que —según se ha visto— el beneficio también debe ser otorgado por ley y en atención a valores que igualmente merecen protección constitucional. Así con arreglo a la nueva Carta: “El Estado.. concede exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción” (artículo 18o.) “Las universidades están exoneradas de todo tributo...” (Artículo 32o.)

En algunos casos estos beneficios se inspiran en el interés del Estado en desarrollar ciertas regiones del país (ley 15600 para la zona de la selva) la necesidad de alentar cierta clase de actividades económicas (Ley 16726 de Fomento Agropecuario).

En resumen, por el mérito de la “generalidad” todos los sujetos incluidos en el supuesto que la ley ha previsto están obligados a tributar. Las exclusiones (que sólo pueden otorgarse por ley) no violan el principio, en tanto se conceden a todos los que satisfacen los requisitos previstos por el legislador y en atención a valores que, la misma Constitución desea proteger.

Nuestra Constitución no utiliza el término “generalidad” que es el que emplea la mayor parte de la doctrina, habiéndose preferido “uniformidad”. En uno u otro caso cabe advertir que la denominación no era imprescindible, en tanto el principio fluye de otros artículos de la Constitución.

En efecto, el artículo 187 señala que “pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas pero no por la diferencia de personas” y el segundo párrafo del art. 139o. indica “... no hay privilegio personal en materia tributaria”.

Tales conceptos reflejan con claridad el principio, de modo que aludir a su denominación sólo puede tener su origen en el deseo del legislador de no dejar ninguna duda respecto de la existencia de esa garantía. La Constitución de 1933 tiene preceptos similares pues en su artículo 8o. establece “no hay privilegios personales en materia de impuestos”, aún cuando debe observarse que por evidente deficiencia, sólo menciona impuestos. En este sentido el nuevo texto refleja mejor técnica pues alude a materia “tributaria” abarcando, así, con la expresión genérica, toda las especies.

Finalmente, cabe recordar que la constitución de 1933 en su artículo 23o. también prohíbe leyes especiales por la diferencia de personas.

3. JUSTICIA

Es obvio que se trata de una recomendación al legislador; corresponde a éste cuidar que al dictar la ley se afecte a cada quien de acuerdo a su capacidad contributiva; es decir, a su posibilidad económica de soportar el tributo. Se trata del principio doctrinario de la “igualdad” que no consiste en exigir lo mismo a todos, lo que sería injusto en una sociedad de grandes diferencias económicas, sino en hacer recaer el peso del tributo de manera pareja en todos los contribuyentes.

Ello supone medidas diferentes para diferentes capacidades económicas, de modo que todos soporten peso tributario de igual intensidad, aún cuando en términos cuantitativos la prestación sea distinta. Esto explica que se permitan mayores deducciones al casado que al soltero, al que tiene hijos respecto de quien no los tiene, etc. , Así por ejemplo, frente al “hecho imponible” de la percepción de una renta de igual monto, dos contribuyentes pueden pagar tributos de cuantía distinta en razón de diferentes capacidades contributivas. De acuerdo con este principio es razonable exigir los impuestos a la renta o al patrimonio no en función de una tasa proporcional, sino aplicando escalas progresivas y acumulativas.

Si se exigiera a todos contribuir con igual porcentaje de su renta o patrimonio se estaría atentando contra el principio, pues se impondría un sacrificio mayor a los de menor capacidad. También en este caso la denominación supone reiterar lo que ya aparece consignado en otros artículos del mismo texto. Así, conforme al artículo 77o. “todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponda y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

Es evidente que cuando dicho artículo alude a “soportar equitativamente”, está efectuando una recomendación al legislador, por cuyo mérito éste debe tener presente que al dictar la norma sus consecuencias deben ser tales que produzcan una incidencia tributaria “homogénea”, en el sentido aquí señalado, vale decir desigual entre los desiguales.

La norma no permitiría a un contribuyente negarse a pagar un tributo argumentando que éste no resulta “equitativo” para él. Es el legislador quien debe tener en cuenta el precepto constitucional para tratar de aproximarse al ideal de justicia.

Debe observarse que la parte final del artículo 77o. se refiere a cargas “establecidas para el sostenimiento de los servicios públicos”. Aún cuando en esta parte del artículo no se utiliza la expresión tributo, cabe señalar que el sostenimiento de los servicios es un concepto superado, toda vez que con la tributación el Estado ya no persigue únicamente obtener parte de la riqueza de los particulares para poder prestar servicios, sino que ella tiene también importantes fines extrafiscales como proteger la industria nacional, desalentar el consumo de ciertos bienes, etc. Podemos asumir que al vincular la expresión “cargas” con los “servicios públicos” es probable que el constituyente se haya querido referir a las “tasas”, pero como ya hemos dicho éstas no son sino una forma de tributo y, por lo tanto, estarían comprendidas en la primera parte del artículo.

Defecto similar tiene al artículo 8o. de la Constitución de 1933 al señalar “sólo para el *servicio público* podrá la ley crear ...impuestos”. Obsérvese que que en este caso ni siquiera podría existir la explicación de referirse a las tasas sino que se menciona específicamente a los impuestos. La Constitución de 1933 no enuncia ningún principio, sino que ellos se encuentran implícitos en su articulado. Respecto del que comentamos, puede mencionarse que el artículo 23o. señala “la Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República”

4. PUBLICIDAD

En este caso la reiteración es manifiestamente innecesaria por cuanto, de un lado, el propio artículo ya consagra el principio de legalidad y, por otra parte, el artículo 195o. establece que la ley es obligatoria después de su publicación en el Diario Oficial, aún cuando establece un precepto especial para ciertas leyes tributarias, a lo que nos referiremos más adelante.

Como quiera que la ley tributaria, desde la óptica que aquí interesa, es una ley como otra cualquiera no es posible percatarse de las razones que hayan llevado a establecer este principio, siendo así que el mismo ya aparece de otro artículo y es aplicable a toda clase de leyes. Podría intentarse una explicación señalando que la parte pertinente del artículo 139o. dice: “*La tributación* se rige por los principios de... publicidad...”; es decir no se expresa que la ley tributaria debe publicarse, lo que sería redundante en extremo, sino que “la tributación” debe hacerse de conocimiento público. En otras palabras todo lo relativo a la tributación y que no necesariamente es una ley debe ser materia de publicación. En este sentido debe recordarse que el artículo XI del Título Preliminar del Código Tributario indica que “las circulares que contengan directivas o instrucciones de carácter tributario que, por su naturaleza, sean de aplicación

general, deberán ser también publicadas en el Diario Oficial, a partir de cuya fecha serán de observancia obligatoria para los contribuyentes”. En consecuencia, podría inferirse que el principio de “publicidad” persigue dar rango constitucional a la citada norma del Código Tributario. Sin embargo creemos que se trata de una explicación insatisfactoria y estimamos que de haberse omitido este principio no se hubiera resentido la garantía que ya otorga el artículo 195o.

La Constitución de 1933 no daba a las leyes tributarias un tratamiento especial, pues estaban incluidas en la norma general del artículo 132o. según el cual “la ley es obligatoria desde el día siguiente a su promulgación y publicación salvo disposición contraria de la misma ley”.

5.- OBLIGATORIEDAD

Consideramos que su mención resulta innecesaria, pues todos los actos sustantivos en esta materia requieren ser expresados a través de una ley formal. La ley tributaria no es distinta a las demás y ella es ciertamente obligatoria para todos los que se encuentren incluidos en el hecho gravable previsto en la norma. En el ya citado artículo 195o. existe una fórmula general sobre la obligatoriedad de las leyes y, además, el artículo 77o. contiene un precepto especial sobre el deber de pagar tributos, de modo que la reiteración no tiene mayor significado.

6. CERTEZA

No debe entenderse sólo como una recomendación al legislador para que las normas que expida sean tan claras y precisas que no existan dudas sobre su sentido y alcances. Dicha recomendación sería deseable para todas las leyes y no sólo para las relativas a tributación. Por ello creemos que el artículo se refiere, en realidad, a la certeza que administradores y administrados deben tener respecto de sus derechos y obligaciones pero no sólo en función de una ley concreta sino de manera principista en toda relación jurídica originada por tributos. En otras palabras, la Carta confirma la necesidad de un cuerpo de leyes que, como el Código Tributario, establezca los principios generales, instituciones y normas del ordenamiento jurídico en este campo. Algunos de tales principios han asumido carácter constitucional otorgando, así, la mayor certeza posible en un Estado de Derecho.

7. NO CONFISCATORIEDAD

La doctrina ya había considerado la no confiscatoriedad del tributo como uno de los límites del Poder Tributario, pero la vigencia del mismo se obtenía interpretando el artículo referente a la propiedad. Así, en la Constitución de 1933, el artículo 29o. señala que “la propiedad es inviolable.. a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada...”. Es fácil percibir que esta garantía podría ser violada si por la vía del tributo se exige al contribuyente una prestación de cuantía tal que, en última instancia, suponga desplazar al Estado la totalidad o

parte muy importante de la renta o patrimonio de los sujetos pasivos. En la nueva Constitución el artículo 125o. señala que a nadie puede privarse de su propiedad “sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada..”

Si bien ambos textos constitucionales permiten concluir que bajo la forma de tributo no puede llegarse a la confiscación, es evidente que para ello es necesario hacer una interpretación un tanto elíptica. La expresa prohibición del artículo 139o.: “no hay impuesto confiscatorio” establece de manera frontal una muy importante garantía, que persigue evitar que la propiedad se convierta en un derecho lícito. De no existir esta garantía el contribuyente estaría imposibilitado de oponerse a exigencias tributarias que, en el fondo, representen apoderamiento por el Estado de bienes de particulares sin pago alguno. Así, en un ejemplo extremo, si el tributo sobre el patrimonio fuera igual al valor de éste, el contribuyente tendría que desprenderse del mismo para poder cumplir la obligación con lo cual —en la práctica— se estaría consumando simple y llanamente una confiscación.

Queda claro, en consecuencia, que el impuesto no puede representar para el contribuyente un egreso de monto tal que, en los hechos, implique desplazar hacia el Estado una parte tan significativa que le haga imposible restituir su patrimonio al nivel que tenía antes de pagar el tributo. Naturalmente, no es posible establecer a nivel constitucional cuál es la porción límite que puede tomar el Estado para no ser considerada confiscatoria.

Héctor Villegas explica que la Corte Suprema Argentina ha sostenido que los tributos son confiscatorios “cuando absorben una parte sustancial de la propiedad o de la renta” pero admite que hay dificultades para determinar correctamente que debe entenderse por “parte sustancial”, para lo que no existe respuesta en términos absolutos, debiendo establecerse la razonabilidad de la imposición “en cada caso concreto según exigencias de tiempo y lugar”. Compartimos totalmente esta opinión, pues corresponderá a los administradores invocar esta garantía frente a una ley específica, sin perjuicio de que la misma constituya un elemento de referencia para el legislador al dictar la norma. Villegas agrega que la Suprema Corte Argentina “ha fijado el 33o/o como tope de validez constitucional de ciertos tributos”.

En resumen, consideramos que la “no confiscatoriedad” representa una importante garantía que coloca en este aspecto a nuestra Constitución como una de las más avanzadas. Sin embargo, cabe indicar que el texto prohíbe el “impuesto” confiscatorio, siendo así que la prohibición debería comprender el “tributo” que tuviera esa connotación. En consecuencia, llegado el momento, respecto de tasas y contribuciones se tendría que esgrimir la norma que garantiza la propiedad.

8. *ECONOMIA EN LA RECAUDACIONN*

La circunstancia que el costo de recaudación de un tributo sea muy alto en relación con el ingreso que produce, no podría conducir a señalar que se trata de una ley “anticonstitucional”, en el sentido de violación de garantías que la expresión supone. Por ello, creemos que no puede tener la calidad de “principio” de la tributación. Se trata simplemente de una recomendación más al legislador para no crear tributos que previsiblemente no habrán de procurar ingresos sustanciales o para derogar aquellos cuya vigencia no se justifica dentro de esa idea.

No obstante, creemos que en algunas circunstancias podría ser válido mantener la vigencia de un tributo determinado si con él no se persiguen fines fiscales (ingresos al Tesoro) sino propósitos extrafiscales como los que hemos citado en el punto 3.

9. *IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA*

En el ámbito penal un acto sólo puede ser reprimible si en el momento de su comisión se encontraba expresamente tipificado como delito en una ley expresa. De la misma manera los “hechos imponibles” sólo son tales si al producirse están contemplados en la ley.

Lo expuesto supone que las leyes tributarias sólo pueden regir para el futuro excepto el caso de la retroactividad benigna donde surge nuevamente la similitud con el derecho penal. Sin embargo, cabe advertir que respecto de cierta clase de tributos no basta establecer que la ley debe regir para hechos que se produzcan después de su publicación, sino que su vigencia debe iniciarse en un futuro más o menos distante, pues de lo contrario se producirían efectos retroactivos, como explicamos más adelante.

De acuerdo con el artículo 187o. de la nueva Constitución “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia tributaria, cuando es más favorable al... contribuyente...”. La retroactividad benigna en este campo no está contemplada en la Constitución de 1933, por lo que sólo cabe citar como antecedente el artículo 150 del Código Tributario, según el cual “la supresión o reducción de sanciones extinguirán o reducirán las que se encontraren en trámite o en ejecución”.

Por otra parte el artículo 132 de la Constitución de 1933 precisa que “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su promulgación y publicación...”, pero no contemplaba el caso especial de los tributos periódicos. Esta omisión trató de subsanarse mediante el artículo XI del Título Preliminar del Código Tributario, el cual establece que las leyes referidas “a tributos de periodicidad anual regirán desde el primer día del siguiente año calendario...” Es evidente que la intención del legislador es evitar que iniciado un período anual con la vigencia

de determinadas leyes tributarias destinadas a afectar todo el ejercicio, ellas puedan ser modificadas en el curso del mismo. Considerando que normalmente el ejercicio económico se inicia el primero de enero y termina el 31 de diciembre, podría suceder que en el mes de noviembre de un año determinado se modificara el impuesto a la renta y se pretendiera que la modificación fuera aplicable a los resultados de ese ejercicio pronto a terminar. Obviamente, una modificación de esta clase impactaría negativamente toda vez que el factor tributario fue tomado como un costo por el contribuyente al iniciar el ejercicio, de manera que su alteración pocas semanas antes de concluir el año gravable afectaría las operaciones en forma irrecuperable en el mismo período. Este precepto, que evita consecuencias como la anotada, tiene ahora rango constitucional, pues según el artículo 195o. de la nueva Carta: “La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el Diario Oficial... Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario”. La norma tiene importancia porque ya ha ocurrido que, a pesar de lo previsto en el Código, disposiciones legales referidas a tributos de periodicidad anual se han aplicado respecto de ejercicios iniciados. En este sentido la inclusión constitucional otorga permanencia a la garantía e impedirá que, como ya ha sucedido, una ley determinada señale que para ese caso concreto se deja en suspenso el artículo pertinente del Código Tributario (véase por ejemplo el Decreto Ley 17599 de 22 de abril de 1969). Esta actitud encontraba respaldo en la circunstancia de que siendo el código sólo una ley, ella podría ser modificada por otra norma de igual rango.

Debe anotarse, sin embargo, que ni el artículo XI del Título Preliminar del Código Tributario ni el artículo 195o. de la nueva Constitución solucionan el problema que se presenta en la práctica a las empresas que han sido autorizadas para cerrar sus balances en fechas distintas al 31 de diciembre. Imaginemos el caso de quienes están autorizados para que sus ejercicios corran desde el 1o. de julio de un año al 30 de junio del año siguiente. Si la norma es promulgada en el mes de setiembre de un año (1), ella rige a partir del 1o. de enero del año siguiente (2), lo cual significa que cuando el contribuyente del ejemplo cierra su ejercicio en junio del año (2) ya se encuentra vigente la nueva norma, por lo que las exigencias de ésta le resultarían aplicables. Es nuestra opinión que el sentido del Código Tributario lleva a concluir que en el ejemplo propuesto la nueva norma legal sólo sería aplicable para el ejercicio que se inicia el 1o. de julio del año (2) y no para el que se cerró el 30 de junio de ese año. Sin embargo, la Dirección General de Contribuciones estima que las normas legales sobre el impuesto a la renta publicadas en un año (1) son aplicables al ejercicio iniciado antes de la publicación, si tal ejercicio se cierra en cualquier momento del año (2).

En este sentido puede verse el Informe No. 499-79-EF/74-12 de 24 de octubre de 1979, emitido por la mencionada Dirección y donde se sostiene que la modificación del Impuesto a la renta prevista en el Decreto Ley 22401, que se publicó el 22 de diciembre de 1978, debe aplicarse al ejercicio que se inició el 1o. de junio de 1978 y que concluye el 31 de mayo de 1979.

En un ejemplo extremo y siguiendo el criterio de la administración cabe ponerse en el caso de una empresa cuyo ejercicio gravable está comprendido entre el 1.º de febrero de un año (1) y el 31 de enero del siguiente (2). Si en el mes de diciembre del año (1) se aumentara considerablemente el impuesto a la renta, la ley tendría vigencia a partir del 1.º de enero del año (2), de manera que los resultados obtenidos al 31 de enero de ese año (2) se verían afectados con la nueva disposición legal. Es decir, que a pesar de haber transcurrido once de los doce meses del ejercicio sus resultados estarían incididos por la nueva ley, no obstante que el espíritu era, precisamente, evitar que se modifiquen los tributos periódicos vigentes el primer día del ejercicio gravable. En nuestra opinión hubiera sido deseable que la Constitución estableciera que tratándose de tributos de periodicidad anual las leyes rigen para el ejercicio que se inicie a partir del 1.º de enero del año siguiente al de publicación.

En cualquier caso, debe quedar claro que el artículo 195.º de la Carta constituye adecuada garantía para la mayoría de contribuyentes, que son los que cierran sus ejercicios al 31 de diciembre de cada año.

DEFENSA NACIONAL

Gral. E.P.(r) Edgardo Mercado Jarrín

1. *Visión crítica de su contenido*

Los comentarios siguientes en su primera parte, visión crítica, se refieren a los conceptos de Seguridad Nacional y Objetivos Nacionales cuya competencia y responsabilidad de formulación no han sido abordados por la Constitución, y al análisis de las atribuciones del Presidente de la República y la diferenciación de las misiones que cumplen la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales.

La Constitución de 1979 no define lo que se entiende por Seguridad Nacional y sólo trata de ella dos veces: en el Título III al ocuparse del Régimen Económico, Art. 114, que expresa, “por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicio”; y luego con propiedad y pertinencia, en el Cap. XII de la Defensa Nacional y el Orden Interno, Art. 269, que precisa “El Estado garantiza la Seguridad de la Nación mediante la Defensa Nacional”.

Como hay que garantizar la obtención de los Objetivos Nacionales eliminando o neutralizando las presiones dominantes, internas y externas, que se le oponen, aparece la Seguridad.

El surgimiento de nuevas formas de agresión, la necesidad de resolver de acuerdo a criterios de justicia los problemas sociales y económicos, la influencia de ideologías foráneas y la necesidad de un mínimo de libertad de acción, dan nuevas dimensiones a la protección de la nación. De ello dimana la distinción entre la idea de Seguridad y el concepto clásico de Defensa. La primera es una condición, un estado, que inclusive condiciona la ejecución de la segunda. La Defensa es una acción específica y definida; un acto directamente ligado a determinado tipo de amenaza. La finalidad de la Seguridad Nacional es proporcionar a la Nación un grado de garantía para alcanzar el desarrollo. Por Defensa Nacional debe entenderse un género de medidas que el Estado adopta para lograr la Seguridad Nacional, un medio para alcanzarla; Seguridad que a su vez es un valor intermedio para la consecución y mantenimiento de los Objetivos Nacionales. Seguridad no es pues, el apresto militar aunque lo incluye; Seguridad no es la actividad militar tradicional, aunque la comprenda. La noción de Seguridad, es más amplia que la de Defensa. La Seguridad es responsabilidad de todos; la Fuerza Armada es un elemento esencial de la Defensa Nacional. El concepto de Seguridad Nacional podría expresarse, como:

La garantía que el Estado otorga a la Nación mediante acciones políticas, económicas, sociales y militares para la obtención y mantenimiento de los Objetivos Nacionales, a pesar de las presiones dominantes existentes.

La Seguridad Nacional garantiza la defensa de nuestros intereses

económicos, la dignidad nacional, la oposición a ideologías ajenas a nuestra realidad y la facultad de actuar con independencia tanto en el campo interno como externo. Cuando se consigue satisfacer, en la medida de las posibilidades, los intereses y aspiraciones de la Nación y los Objetivos Nacionales se hallan a cubierto de interferencias sustanciales, particularmente las presiones dominantes existentes, tanto internas como externas, la Nación disfrutará de una adecuada seguridad.

Los conceptos de desarrollo y Seguridad están permanente y estrechamente unidos. Sin desarrollo no hay Seguridad y viceversa. La falta de desarrollo atenta contra la seguridad y la falta de ésta atenta contra las posibilidades de alcanzar aquél. El CAEM expresa “estas políticas son concomitantes y se diferencian en sus fines, objetivos, acciones y medios”. Pero una cosa es cierta: la Seguridad requiere un proceso continuo de desarrollo y en todo caso al estadista corresponde alcanzar los Objetivos Nacionales sin detrimento de una ni de otra.

La Constitución no sólo ha omitido en su texto este fin fundamental del Estado, sino que tampoco lo ha considerado entre los deberes del Estado ni de la persona. El Estado cumple dos fines concomitantes e interdependientes en el desarrollo de su política general: el bienestar general, finalidad suprema y la seguridad integral, finalidad consecuente. En el Título II, el Estado y La Nación, Cap. I., Art. 80, en donde se definen sus deberes primordiales se trata del bienestar general pero no se precisa el de la Seguridad Nacional, aunque se hace referencia a la defensa de la soberanía nacional. Igualmente en el Título I, Derechos y deberes fundamentales de la persona, Cap. VIII de los deberes, Art. 76, se expresa que “todos contribuyen al bienestar general”, pero se omite expresar su aporte a la Seguridad Nacional. Esta es una omisión tanto más inexplicable cuanto precisamente la tendencia mundial y continental de las modernas Constituciones es referirse a la Seguridad Nacional y sus organismos superiores responsables reciben también este nombre. Estimamos que debió dársele más profundidad al Capítulo XII que con propiedad debió denominarse: *Seguridad Nacional, Fuerza Armada y Fuerzas Policiales* y establecer claramente en él que:

“La Seguridad Nacional es de la competencia y responsabilidad del Estado; y que toda persona natural o jurídica, son igualmente responsables de la Seguridad Nacional, dentro de los límites señalados por la ley.

La Constitución al no haber hecho referencia a qué se entiende por Seguridad Nacional, deja un gran vacío difícil de llenar pues no se sabe cuál debe ser su naturaleza, ni cuáles de sus alcances serán asegurados por la Defensa Nacional. Una de las finalidades de la Seguridad Nacional es garantizar el desarrollo y como consecuencia de ello se infiere que la Defensa Nacional debe a su vez garantizarlo, pero, ¿cualquier tipo de desarrollo? De la lectura del Preámbulo de la Constitución hay que concluir que se trata de garantizar un desarrollo independiente y con justicia social.

En dicho preámbulo se precisa que estamos “Decididos a promover una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores...”, y luego en párrafo aparte se continúa “Decididos, asimismo..., a la cancelación del subdesarrollo y la injusticia:... “De manera que inter-relacionando lo que expresa el Preámbulo y lo que señala el Artículo 269 podemos concluir que:

el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante la Defensa Nacional y como la Seguridad a su vez es garantía del desarrollo, la Defensa Nacional debe garantizar un desarrollo no dependiente y con justicia social, de acuerdo a la Constitución de 1979.

La Constitución de 1979 señala que el ejercicio de la Defensa Nacional se realiza a través de un sistema cuya organización y funciones determina la ley. El funcionamiento de la Defensa Nacional requiere el establecimiento de un Sistema de Defensa Nacional a cuyos componentes hay que señalarles atribuciones y responsabilidades. Este sistema ha sido creado por D.L. No. 22653 de agosto de 1979, y en él se establecen los organismos del Estado responsables: a nivel nacional (Consejo, Secretaría y Servicio de Inteligencia nacionales); a nivel dominio (Comités interministeriales); a nivel Fuerza Armada (Comando Conjunto de la Fuerza Armada y Ministerios).

La Constitución no hace mención a los Objetivos Nacionales y políticos, ni a quién le compete la tarea de formularlos. La única norma, entre nuestra frondosa legislación, que hace referencia a ellos es la nueva Ley de Defensa Nacional, asignando al Consejo de Defensa Nacional la atribución de participar en su formulación. Nuestra Carta Política debió consignar al efecto un artículo del tenor siguiente:

“Compete al Consejo de Defensa Nacional formular los Objetivos Nacionales y los Objetivos Políticos”.

Los Objetivos Nacionales constituyen la concreción de los intereses y aspiraciones vitales, que en una determinada etapa histórico-política, toda la nación busca satisfacer teniendo en cuenta sus posibilidades y peculiaridades. Se refieren usualmente a aspiraciones e intereses vitales que subsisten durante largos períodos, como una meta a ser alcanzada sin plazo determinado. El bien común, es el valor máximo a ser logrado cuyo entorno, más que a la política, a la filosofía compete precisar. Este objetivo síntesis, puede ser reducido a dos macro-objetivos que se integran y son interdependientes: el desarrollo para alcanzar el bienestar, actualizando valores, generando el cambio social y el progreso de la Nación; y, de otro lado, la seguridad garantizando el desarrollo, procurando la conservación, la justicia social, el equilibrio, la ley, el orden y la libertad de decisión.

Los Objetivos Nacionales sirven de orientación general a la Política Nacional. Los gobiernos realizan en cada período una política que necesita de objetivos más precisos, deducidos de los objetivos nacionales. La política

gubernamental se atiene a los medios disponibles del Poder Nacional con que se cuenta para alcanzarlos y mantenerlos. Surgen así los objetivos políticos, actuales o inmediatos, que en relación a los objetivos nacionales constituyen etapas intermedias, relacionados con ellos, condicionados por la coyuntura que vive el país, caracterizados por ser realistas y formulados de acuerdo a la capacidad del poder nacional, dada la imposibilidad de atender al cumplimiento de los objetivos nacionales.

Un sistema Nacional de Planificación requiere una coordinación muy estrecha entre el desarrollo y Seguridad. La formulación e integración de las políticas de desarrollo y Seguridad, que se realiza a nivel nacional con la participación de los Organos de Seguridad y de planificación, carece de orientación sin el apropiado establecimiento de los Objetivos Nacionales y de los objetivos políticos, y la Constitución debió precisar a quienes compete su formulación.

La nueva Constitución es más explícita que la anterior en lo que concierne al Presidente, pues inequívocamente señala que es, además, el Jefe Supremo de la Fuerza Armada y de las Fuerzas Policiales y que dirige el Sistema de Defensa Nacional. Este es un aspecto de gran trascendencia, sobre el cual queremos profundizar porque a él se le quiere dar una connotación “política” adjetiva, cuando realmente responde a profundos conceptos doctrinarios y entraña una gran responsabilidad ya que significa la perentoria necesidad de precisar los “Propósitos estratégicos” que en definitiva es tarea del Presidente de la República asesorado por el Consejo de Defensa Nacional y en general por el Sistema de Defensa Nacional.

Las normas militares deberán derivarse de la política nacional. Si se formulan por consideraciones castrenses unicamente, es posible que no sirvan a ningún fin político. La Fuerza Armada deberá prepararse, organizarse, instruirse para alcanzar fines políticos determinados, propósitos estratégicos definidos. Después que una Nación determina la clase de influencia que desea ejercer o las condiciones que desea establecer, sólo entonces pueden desarrollarse las armas, las fuerzas y las estrategias que sirvan a estos propósitos.

La guerra es un instrumento de la política y la continuación de ésta; por lo tanto, aquella es de responsabilidad de quién conduce ésta, vale decir del estadista y no del jefe militar. La participación de la política se expresa en la definición de los propósitos estratégicos nacionales, que se denominan objetivos políticos y finalidad de la guerra, y en la elección de los métodos y formas de hacer la guerra. Dirigir y conducir la guerra es responsabilidad de la política; son atributos del estadista, a quien incumbe preverla, definir su finalidad, guiarla y pactar los tratados de paz, de acuerdo a los requerimientos del objetivo político cuya determinación y actualización también son su responsabilidad. Y este y no otro es el profundo significado y los alcances del Art. 273o. de la nueva Constitución.

El comportamiento nacional depende en gran medida de si los propósitos estratégicos nacionales han sido formulados con sapiencia y habilidad en función del interés nacional. Las energías de una nación para ser convenientemente encausadas, reclaman el diseño de una estrategia general. Frente a una estrategia determinada, el apoyo de la voluntad nacional puede ser entusiasta y la opinión pública expresarse en forma unificada o ellas pueden ser dubitativas o inciertas. La situación geopolítica del Perú exige, compulsivamente, la definición de sus propósitos estratégicos nacionales para tratar de alcanzar la unidad y cohesión nacional, sin los cuales resulta difícil proceder con eficiencia y continuidad en el campo de las relaciones internacionales. El grado de firmeza en la conducta internacional y la solidaridad y cohesión en una nación, son las causas principales de su éxito o de su fracaso. Y esto es responsabilidad de la política del Presidente, y son los alcances de la nueva Constitución, a pesar de las omisiones señaladas.

En la nueva Constitución, la Fuerza Armada y las Fuerzas Policiales están equiparadas y colocadas en un plano de igualdad lo cual es correcto. Pero es incurrir en un simplismo tratar de reducir sus tareas que les compete diciendo “en el caso de las Fuerzas Armadas, su misión principal es la defensa nacional y su misión subsidiaria es asumir el control interno” Y en el caso de las Fuerzas Policiales ocurre al revés: “su misión principal es el mantenimiento del orden y su misión subsidiaria participar en la Defensa Nacional”. Y tal parece haber sido la mente de los constituyentes al enumerar en el mismo capítulo y en forma correlativa sus diferentes artículos referentes a estas instituciones estableciendo un paralelismo, aunque no una identidad, en sus misiones. Lo apropiado hubiera sido poner cada asunto en su lugar dividiendo el Capítulo en tres subtítulos: uno dedicado a la Defensa Nacional; otro a la Fuerza Armada; y, un tercero, a las Fuerzas Policiales.

La Fuerza Armada es, en un caso extremo, la guerra, la utilización legítima de la fuerza, de la violencia, para asegurar la supervivencia del Estado y sus instituciones. La Fuerza Armada pertenece al Estado en cuanto es uno de sus pilares básicos y garantía del ordenamiento normativo; pertenece a la nación en cuanto está integrada por ciudadanos de todas las clases sociales y de todas las regiones del país. Se tipifica por las armas, su poder de aniquilamiento, paralización o inutilización de la Fuerza Armada del enemigo como finalidad estratégica. Ante todo importa discernir que ella es uno de los elementos del Poder Nacional, es decir es uno de los recursos que dispone la nación para alcanzar y mantener sus Objetivos Nacionales a pesar de los antagonismos y presiones existentes.

Las Fuerzas Policiales, supone, en el Estado el poder de normar la conducta pública de las personas sin el ejercicio de la violencia. Las Fuerzas Policiales pueden pertenecer al Estado, a un Estado Federal, a una región o a una localidad; no necesariamente se integran por ciudadanos de todas las regiones del país. Lo que tipifica a las Fuerzas Policiales es su capacidad de protección, de control y de orientación de la población nacional. Las Fuerzas Policiales no

constituyen un elemento del Poder Nacional ni a ellas puede asignárseles una finalidad estratégica, ni la de asegurar los Objetivos Nacionales.

La tecnología ha obligado a abandonar el antiguo concepto de que una nación necesita un pequeño núcleo de militares muy bien adiestrados capaces de entrenar, en el arte de la guerra, tanto a sus reservas como a las Fuerzas Policiales cuando un conflicto bélico es inminente. Ahora la Nación debe tener su Fuerza Armada lista y organizada de acuerdo a los Objetivos Nacionales en capacidad de hacer frente a una acción sorpresiva, lo que importa un mayor profesionalismo y una distinción más profunda en las misiones, los requerimientos de entrenamiento, equipamiento y medios, de la Fuerza Armada y de las Fuerzas Policiales. Los manuales de instrucción y los reglamentos del empleo de las nuevas armas no son fáciles de entender y la manera de manejarlas resulta mucho más compleja.

Tal como está concebido y redactado el Capítulo sobre Defensa Nacional, la Constitución deja expedito el derecho para reclamar la creación de los Ministerios de los diferentes Institutos Policiales, a imagen y semejanza de los actuales de la Fuerza Armada.

La Constitución omitió integrar los actuales Ministerios de la Fuerza Armada en uno solo para la mayor eficiencia de su misión, el que estaría encargado de establecer y conducir la política de Defensa Nacional y asegurar su cumplimiento en armonía con la política general del Gobierno. De esta manera ha conservado el Perú el "privilegio" de ser uno de los pocos países en el mundo en que existen Ministerios separados de la Fuerza Armada. Esto no significa que la Constitución cierre el paso a la formación de un Ministerio de la Defensa Nacional, ya que puede crearse mediante la ley respectiva a tenor de lo prescrito en el Art. 214. Los constituyentes pudieron disponer su funcionamiento incluyendo el precepto pertinente en forma similar a lo hecho con la Amazonía (Art. 120), cuando señala que "una institución técnica y autónoma tiene a su cargo la investigación, la evaluación y el control de los recursos".

A continuación expondremos brevemente algunas justificaciones en apoyo de su creación:

Guerra Integral.— La guerra moderna es de carácter integral. La estrategia militar es la ciencia y el arte del empleo de la Fuerza Armada en forma conjunta para alcanzar los Objetivos Nacionales mediante el empleo de la fuerza. Hay que elegir los escasos medios disponibles, combinarlos y hacerlos converger coordinadamente, para que concurren a un mismo resultado. Esto exige un planteamiento y una conducción bajo una sola autoridad, que se concreta en la unidad de dirección, tanto en la paz como en la guerra. La reunión de fuerzas es factor de poder, su dispersión es signo de debilidad. Cada día, debido a los adelantos tecnológicos, las armas y sus sistemas resultan comunes para la Fuerza Armada, como en el caso de la cohetaría. Por tal razón surge una nueva tendencia que se orienta a desaparecer las diferencias y aun la división clásica de

la Fuerza Armada –Ejército, Marina y Aeronáutica– y reemplazarla por un solo Instituto constituido por especialidades genéricas. En Israel, país que ha conducido en los últimos treinta años, cinco guerras victoriosas– su Fuerza Armada no sólo es dirigida por un Ministro de la Defensa, sino que está integrada por un Estado Mayor único y bajo cuya jefatura están subordinados los Comandantes de cada Instituto.

Por otro lado la mayoría de los países del mundo tienen el mando unificado de su Fuerza Armada, bajo un Ministerio de la Defensa Nacional, de donde resulta el Perú un caso aislado. Consecuentemente se atenta contra el principio de unidad de dirección, que requiere la guerra integral, si se mantiene el actual sistema de Ministerios separados de Guerra, Marina y Aeronáutica. Por lo demás este principio de la unidad de dirección no es privativo de la Seguridad Nacional ni de la Fuerza Armada. Es un requisito indispensable para la buena marcha de cualquier empresa. La ciencia de la administración así lo tiene establecido.

Racionalización del gasto.– El equipamiento de la Fuerza Armada es consecuencia del planteamiento operativo que corresponde al Comando Conjunto de la Fuerza Armada (CCFA) y su Estado Mayor. Los recursos del país son escasos y hacen difícil cumplir por lo general con dicho planeamiento. Como el Presidente del CCFA no tiene asiento en el Consejo de Ministros para justificar las adquisiciones requeridas, podría darse el caso de que no se le reconozca la prioridad que le corresponde, decidiéndose realizar otras adquisiciones, únicamente por razones de la política particular de uno de los Institutos Armados. Un Ministerio de la Defensa alejará este peligro.

En muchos países este Ministerio está a cargo de un civil, que sigue las recomendaciones del CCFA o del Jefe de Estado Mayor Conjunto, cuya jefatura se ejerce rotativamente entre las más altas autoridades de cada uno de los Institutos Armados, y con ello se eliminan las “susceptibilidades” que resultan de la distribución de los recursos para el equipamiento y que atentan contra la racionalización del gasto y la consecuente economía en la adquisición de armamentos.

Fuerzas balanceadas.– El país requiere de fuerzas debidamente balanceadas. Deficitario en alimentos, dependiente del tráfico marítimo; y por razones de carácter geohistórico, de desarrollo y seguridad, tiene que complementar su posición geoestratégica con un eficiente Poder Naval. Con difícil orografía y concentrada en Lima Metropolitana el 80o/o de la economía del país, donde se ubican los elementos vitales cuya destrucción y desorganización provocarían el aniquilamiento de la potencialidad de la nación y con ello quebrantarían su voluntad de lucha, en la eventualidad de un conflicto, un adecuado Poder Aéreo tiene grandes incidencias, reales y efectivas en la supervivencia del país. Nuestras fronteras abiertas, de escaso valor defensivo, apreciables recursos periféricos y gran sensibilidad estratégica, reclaman un Poder Terrestre que contrarreste las vulnerabilidades que ellas ofrecen. Por todo ello, geopolítica y estratégicamente, el país requiere de una Fuerza Armada

debidamente balanceada, lo que obviamente es más fácil de obtener en forma económica, mediante el mando unificado. Es muy diferente el caso de la Unión Soviética que necesita la preeminencia del poder terrestre, o los EE.UU., que requieren un potente poder naval; sin embargo, a pesar de ello, estas grandes potencias mantienen el mando unificado mediante la existencia de sendos Ministerios de Defensa.

Cabe formularse esta pregunta: ¿Es compatible con la unidad de concepción y de empleo de la Fuerza Armada que requiere la guerra moderna y la racionalización de los gastos en la adquisición de armamentos que continúe la presencia de tres ministerios diferentes? Considero que la respuesta es que conviene al interés nacional el funcionamiento de un solo Ministerio de la Fuerza Armada.

2. *Comparación con la Constitución de 1933*

La Constitución de 1933 en su Art. 213o., que dice “Asegurar los derechos de la República y el cumplimiento de la Constitución”, institucionalizó la suprema misión de defender igualmente la soberanía y la Constitución y dio amplias funciones a la Fuerza Armada que la podían convertir, como efectivamente ha sucedido en respuesta a imperativos circunstanciales, en el árbitro de los destinos del país.

Una vasta misión que desbordaba la naturaleza y la finalidad para la cual fue creada la Fuerza Armada —salvaguardar los más grandes intereses de la Nación— y que dio lugar en el pasado a toda clase de interpretaciones y actitudes incluyendo, la intervención política. La nueva Constitución ha eliminado este dispositivo y por ello creemos que era aún más necesario precisar el concepto de Seguridad Nacional, para su mejor conocimiento y compenetración espiritual, y no señalar únicamente que el Estado garantiza la Seguridad de la Nación mediante la Defensa Nacional.

La nueva Constitución prescribe que la Fuerza Armada y las Fuerzas Policiales no son deliberantes y agrega que todas ellas están sometidas al Poder Constitucional. Esta disposición está orientada a fortalecer la prescindencia política de las Fuerzas Militares, por considerar que deben constituir la gran reserva moral de la Nación y merecer la confianza, el respeto y el afecto del pueblo al que sirve.

Las relaciones entre la autoridad civil y la Fuerza Armada resultan por su naturaleza cada vez más complejas y en circunstancias, por excepción, como ha sucedido históricamente, pueden desbordar las estrictas especificaciones lógicas de los juristas. Hablamos de circunstancias, porque la lógica constitucional no proviene de un mero marco teórico, procede de la realidad y de la historia, y todos sabemos que por excepción, en situaciones de desorden, la Fuerza Armada ha sido, entre nosotros, un factor político y deliberante en lo atinente a los asuntos públicos, al gobierno del Estado.

Las disposiciones reglamentarias establecen que las órdenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones, lo que al trascender al público ha dado la imagen de rigidez en el comportamiento intelectual castrense. Sin embargo, la actividad de Estado Mayor ha introducido en la metodología de la toma de decisiones el trabajo en equipo, y el oficial expone sus planteamientos a través de estudios, apreciaciones, informes, recomendaciones, etc. resultado del análisis de los hechos y factores que hacen al problema y que reflejan sus puntos de vista, su criterio y su capacidad profesional. Una vez adoptada la decisión por el superior responsable, aunque ella sea diferente a sus recomendaciones, en virtud de la disciplina el oficial de Estado Mayor reorienta su trabajo en provecho de su cumplimiento, dejando de lado las razones que hubieren motivado su posición adversa.

La disciplina es la base en que descansa la estructuración de las Fuerzas Militares y una de sus exteriorizaciones es la subordinación que no implica solamente obediencia al superior jerárquico, sino también al Poder Constitucional que presupone el acatamiento a las autoridades constituidas, a las leyes y a la voluntad popular, principio fundamental de la República y de la cultura política.

En relación al equipamiento de las fuerzas militares se autoriza al Estado para que cualquiera sea la política gubernamental, se reserve los fondos correspondientes de manera que no se deje a la Defensa Nacional sin los recursos para satisfacer sus requerimientos. Al mismo tiempo se prescribe que no puede cambiarse el destino de estos recursos, quedando prohibida su transferencia a otros pliegos de la administración.

Otra diferencia con la Constitución de 1933 es la nueva disposición referente a la participación en el desarrollo económico y social del país y la defensa civil de acuerdo a ley. La Fuerza Armada de hoy, por el nivel tecnológico que viene alcanzando, donde los hombres ya no sólo se ordenan de acuerdo a su jerarquía, sino de acuerdo a sus funciones, se aproxima al tipo ideal de la empresa industrializada. La Constitución no ha hecho sino recoger una realidad: su participación en el desarrollo. Las tareas que en este ámbito cumple la Fuerza Armada, pueden sintetizarse en las siguientes: hace del soldado un hombre útil a la empresa; participa en el establecimiento de la infraestructura económica (carreteras, cartografía, colonización, apoyo a la explotación petrolífera, etc.); colabora a tonificar la economía local; contribuye a que el país desarrolle sus actividades en ambiente de paz y armonía.

En cuanto a los ascensos se han introducido las modificaciones siguientes: corresponde al Senado la ratificación de los ascensos y no al Congreso como era anteriormente; la ratificación ya no incluye a Coroneles y Capitanes de navío; se ha eliminado la atribución que tenía el Congreso de conceder ascensos por servicios eminentes sin el requisito de la propuesta del Poder Ejecutivo. Aunque en la nueva Constitución se ha limitado la intervención política en este

campo, lo correcto hubiera sido suprimirla. En efecto, hoy día existe un sistema de ascensos que emana de las nuevas técnicas de administración de personal, que hace de la promoción de los oficiales tanto un requisito para llenar las vacantes producidas por las necesidades del servicio como un estímulo y recompensa al rendimiento y la capacidad profesional. Los procedimientos en la Fuerza Armada que hacen del mérito el pilar básico del ascenso, han demandado que idénticos procedimientos se apliquen en el país como lo prueba el hecho que tanto el Servicio Diplomático, el Poder Judicial, como el Magisterio, han reclamado para sí y puesto en práctica disposiciones similares a las que hoy rigen a la F.A. La ratificación por el Senado desvirtúa el carácter eminentemente técnico de los procedimientos de ascensos y con ello se mantiene la posibilidad de que por motivaciones distintas a la capacidad e idoneidad profesional se concedan o nieguen los ascensos, como ha sucedido en anteriores oportunidades.

En lo que se refiere al Fuero Militar, la Constitución ha recogido el reclamo de la opinión pública y se ha dispuesto que los Fueros y el Código de Justicia Militar se apliquen sólo a los miembros de la Fuerza Armada y Policiales por delitos referidos a su función y a los civiles únicamente en caso de guerra exterior.

La Constitución en su Art. 67o., al igual que la de 1933, declara en suspenso el ejercicio del sufragio para los miembros de la Fuerza Armada en actividad. El argumento que más frecuentemente se esgrime en su contra es que “significaría una peligrosa politización de la F.A”. Tal argumento es contradictorio con la realidad histórica, pues precisamente la F.A. es la institución que ha tenido la mayor intervención en la conducción política del país. Creemos que la participación en las elecciones le daría al Oficial una razón más para respetar el veredicto popular y fortalecer su sentido de civismo. El ejercicio del poder se delega mediante el sufragio en el personal gubernamental. El oficial está muy identificado con el poder; se le inculca que es la habilidad para prevalecer en el conflicto, superar los obstáculos y obtener los efectos deseados, por eso cuando al militar no se le permite expresar sus preferencias políticas a través del voto, se le está negando la posibilidad de contribuir a personificar en quién o quiénes tendrán en sus manos el ejercicio del poder político supremo: la soberanía, de la que se siente su guardián permanente.

El cada vez mayor profesionalismo de la F.A. evitaría que el ejercicio del sufragio favorezca la politización de la F.A. y coadyuvará a mantenerla al margen de la política. A medida que la tecnología aumenta en complejidad y la estrategia reclama mayor flexibilidad, se acrecientan las exigencias de mejor educación y adiestramiento para el personal de las Fuerzas Militares. Los nuevos niveles profesionales y el servicio militar selectivo crean ahora mejores condiciones, en relación con su participación electoral, para cerrar el paso al partidismo político en los cuarteles y al autoritarismo que pudiese constreñir el voto.

3. Reflexión final

Entre 1968 y 1974 se dieron pasos históricos irreversibles. Nadie puede desconocer que la revolución cambió al Perú. En el marco de una crisis económica mundial y ante la transferencia del poder a la civilidad, gruesos errores se cargan al pasivo del gobierno militar. Sin embargo, los resultados de éste son materia más apta para la justicia y tranquilidad de la reflexión histórica, que sabrá reconocer sus aportes y diferencias sus fases reales y los errores que hubo, pero lo que cuenta es el saldo positivo.

La Fuerza Armada reconoce que, al volver a sus cuarteles, su prestigio está cuestionado pues no se pudo alcanzar equilibradamente los objetivos de la revolución. Pero fue necesario que pusiera todo su empeño y vocación de servicio para tratar de elevar el nivel de vida del pueblo, conseguir un mayor bienestar y una posición internacional digna e independiente,

En todo caso, conviene que los líderes de esta hora piensen seriamente en la naturaleza y carácter de la Fuerza Armada peruana, tras doce años globalmente transformadores. Porque bien podría ser que la paralización del desarrollo de su "profesionalismo participatorio" se convierta en una peligrosa frustración. Al nivel actual de complejidad del Estado y de la Administración Pública y dada la incrementada internacionalización de cualquier sistema político, es riesgoso aferrarse al concepto de Fuerza Armada con "funciones tradicionales", de carácter simplemente instrumental.

Si se acepta que los profesionales castrenses van a seguir manteniendo una posición analítica frente a la vida peruana, es inevitable aceptar que continuarán alertas ante la consecución de los objetivos nacionales. Por tanto, no es posible pensar en un retorno simplista al "profesionalismo apolítico" de antaño y la nueva Constitución debió definir algún tipo de participación racionalizada que evite, precisamente, periódicos desbordes o interferencias militares, en la acción de los gobiernos civiles, ya que media en unos y otros la misma preocupación por la seguridad y el bienestar colectivo.

EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCION DE 1979

Carlos Montoya Anguerry

La Constitución establece, entre otros aspectos, la organización y las funciones de los Poderes del Estado. Es evidente que las normas relativas a esa organización, expresan el criterio que los autores tienen acerca de la existencia y funcionalidad de esos Poderes y refleja, además y sobretodo, su particular visión del país en conjunto, no tanto en su realidad geográfica, como en sus dimensiones humanas y sociales.

Al interior de esta primera reflexión, se constata la existencia de un enfrentamiento entre dos puntos de vista discordantes: de un lado, una visión estática de los Poderes y del país; y de otro, una visión dinámica, esto es, profundizada al interior de esas entidades.

Se trata de preguntarse, en otras palabras, acerca del criterio que ha impuesto el legislador en la decisión de las normas constitucionales relativas al Poder Judicial y, en términos generales, del país. Esta es una cuestión que no puede analizarse de una manera superficial y que exige una investigación profunda que merece una dedicación mayor. Pero existen en nuestra formación, algunos elementos de juicio que permiten una aproximación a la dilucidación del enfrentamiento entre los criterios referidos.

La gratuidad de la justicia

Uno de esos elementos de juicio es la separación que existe entre la realidad del Poder Judicial en funcionamiento y el concepto que del mismo tienen los legisladores. Un somero análisis de las normas constitucionales relativas a ese Poder, da por resultado la comprobación de que la realidad del mismo no se ha tomado en cuenta, ni se ha formulado una aproximación al conocimiento y regulación de esa situación. Se ha elaborado, por contrario, un Poder Judicial abstracto, estático, repitiendo en su mayor parte, las disposiciones de la Constitución de 1933, sin incorporar experiencias que resultan de un examen de la función que ha cumplido hasta la fecha.

En particular, no se ha dado importancia a una situación evidente para todos: el alto costo de la justicia para quienes tienen que acceder a ella. Un juicio, en la actualidad, es un problema económico; y la cuestión de fondo, esto es, el derecho desconocido o violado, pierde su dimensión frente a lo que cuesta en dinero, la reclamación en juicio.

El legislador ha prescindido de esta situación, no obstante que tiene o ha tenido conocimiento de la misma. Esta actitud significa un desconocimiento intencional del problema o, lo que es lo mismo, una tácita consideración de que ese problema no tiene importancia, por lo que no constituye elemento de decisión constitucional. Si el litigante puede o no sostener un juicio para reclamar

un derecho, es una cuestión ajena totalmente a la estructura legal que organiza el Poder Judicial, no es problema que deba ser objeto de la regulación constitucional.

Se ha dicho que esta crítica carece de sustento, pues generalmente quien reclama un derecho o tiene los medios necesarios para iniciar un litigio o está en la obligación de solventar el juicio en base, precisamente, del beneficio económico que al final obtendrá. Se ha dicho, igualmente, que no corresponde al Estado pagar el costo de los juicios para defender o restablecer los derechos de quienes tienen medios económicos. Y se ha argüido, asimismo, que todo servicio público exige el aporte del particular, como sucede aún en aspectos más vitales como la prestación de los servicios asistenciales médico-farmacéuticos.

Entendemos que esta crítica refiere un criterio de proyección de los males que aquejan a otras esferas de la actividad del Estado, pero que no tiene validez alguna si se examina el fenómeno en sí mismo. Desde esta perspectiva es necesario, en primer lugar, señalar que el servicio de la administración de justicia tiene evidentemente un costo, resultante del sostenimiento del aparato judicial en remuneraciones, locales, útiles y demás; pero este costo debe ser asumido por el Estado, al igual que los otros servicios destinados a la satisfacción de necesidades vitales de la población. El referir ese costo o trasladarlo a los particulares, es anteponer un criterio pragmático a otro de mayor jerarquía que es la función jurisdiccional.

Por otra parte, la realidad está proporcionando una certeza que es necesario destacar y es que el Estado corre ya con algunos de los costos de la administración de justicia, como las remuneraciones de los jueces y del personal administrativo, la construcción y equipamientos de locales, etcétera. De manera que cuando se dice y con razón que la justicia es costosa para el particular, se está haciendo referencia a otros factores, dentro de los cuales cabe señalar la necesaria intervención de profesionales, auxiliares y personal no remunerado por el Estado.

Otras dos constataciones deben ser expuestas: la primera que las partes en litigio no se encuentran en igualdad de condiciones económicas. Siempre se da el caso de que una de las partes cuenta con mayores recursos y esto, dentro del sistema de justicia formal que tenemos, orienta hacia soluciones injustas, sin mencionar la acción de presiones que intentan doblegar al personal de la administración de justicia. Luego predomina entre los litigantes de recursos, la consideración de su poderío económico, suficiente para empapelar al contrario y hacer alarde de ello. Esta desigualdad puede y debe ser criterio de decisión normativa y en ese sentido, el declarar que la justicia es gratuita destruye esa desigualdad pues el servicio será igual para todos. Es cierto que clandestinamente el poder económico pretenderá y logrará ventajas a pesar de toda declaración en contrario, pero estaremos en presencia de un hipofenómeno, de una realidad extra y aún contralegem, objeto de persecución.

La segunda consiste en la expresa y definida actitud de la Corte Suprema de la República dirigida hacia la gratuidad de la justicia, por lo menos en uno de sus aspectos. En efecto, por acuerdo de la Sala Plena de Justicia en el Arancel de Derechos Judiciales se ha declarado la gratuidad de las diligencias de inspección ocular a cargo de los jueces de primera instancia; esta decisión posibilita, al menos teóricamente que el litigante de escasos recursos económicos, puede actuar esa clase de pruebas que anteriormente, por el costo elevado de la misma, estaba muy lejos de ser realizada(1)

El acceso cerrado

Planteado el anhelo de la gratuidad de la justicia, debe mencionarse otra proyección del mismo problema económico. Consiste éste en el acceso cerrado a las clases o estratos sociales desvalidos económicamente. Las personas que pertenecen a ellos, no pueden literalmente, alcanzar justicia para la solución de sus conflictos jurídicos entre sí y frente a los poderosos. La justicia, aún la formal, es un ente lejano para ellos, que es imposible de alcanzar. Es, al contrario, la injusticia lo ordinario, lo que forma parte de su vida y que se sufre calladamente, con resignación, o a través de estallidos de impotencia.

La mujer que siendo casada o madre soltera tiene el derecho de accionar para el pago de una pensión alimenticia, no cuenta entre sus posibilidades la de iniciar juicio de alimentos. Ni tiene los medios económicos necesarios ni el tiempo indispensable para esta aventura en que consiste un juicio. Su personal decisión es el trabajo, no utilizar el aparato judicial. Y como este caso, muchos otros en los que nítidamente se observa esa situación de lejanía del Poder Judicial de los problemas de las personas económicamente pobres. Los que pertenecen a este Poder tienen más de una experiencia en ese sentido, pues no son pocas las veces que una persona humilde se acerca a inquirir por la forma de resolver un problema que le aqueja, creyendo que el Juez va a prestar oídos directamente a su inquietud, y recibe una respuesta inevitable: debe ocurrir a juicio y para sostenerlo debe contar con medios económicos.

Un paliativo a esta situación de graves repercusiones es el llamado beneficio de pobreza establecido en el ordenamiento procesal y también la creación de los Consultorios Gratuitos tanto los dirigidos por algunos Colegios de Abogados como por algunos Programas Académicos de Derecho de las universidades. Pero adviértase que se trata de remedios consagrados en normas legales de inferior jerarquía a la Constitución. Esta se ha limitado a establecer que el Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos (Art. 233. Inc. 9o.)

(1) Esta actitud fue contradicha, posteriormente con la creación de la Tasa Judicial conforme al Decreto Ley pertinente. Pero se formuló este en forma excepcional para aliviar una crítica situación económica.

La justicia y el pueblo

Después de haber analizado tan someramente los problemas de la gravedad de la justicia y del acceso cerrado, cabe aún mencionar otra situación tan o más importante que las anteriores. Es la incongruencia que contienen las normas constitucionales sobre el Poder Judicial, pues no obstante contener la solemne declaración de que la potestad de administrar justicia emana del pueblo —Artículo 232— sin embargo no se ha elaborado ni establecido un sistema que permita la intervención directa del pueblo en la función jurisdiccional, limitándose esa función a los juzgados y tribunales especializados o profesionalizados.

Puede decirse, con beneficio de inventario, que en los legisladores, ha primado el criterio formal de la justicia, según el cual ésta se desarrolla en términos y modos tan abstractos que solamente puede ser manejada por profesionales. Pero existen muchas situaciones de la vida diaria, traducidas en términos jurídicos, que se resuelven tan prosaicamente como se generan, sobre la base de la aplicación del sentido común, de la experiencia personal y en ellas cabe la presencia del propio pueblo para su resolución.

En esos mismos problemas, la solución que proporciona el Poder Judicial formal, entrabado por el uso de conceptos y terminología abstractos, resulta postiza y hasta extraña a la misma realidad. Este resultado es posible también por la imposibilidad objetiva que tiene el Juez de conocer la verdadera dimensión del problema sometido a su decisión, imposibilidad que nace del sistema procesal mismo en el que no se realiza plenamente la inmediatez.

La existencia de Juzgados de Paz No Letrados es un intento o aproximación a este anhelo de participación directa del pueblo en la administración de justicia. Pero este escalón de la justicia formal, se encuentra en estado de abandono y en situación de crisis. Los legisladores han debido tomar conocimiento del problema y fortalecer esa y cualquier otra forma de esa participación directa, en un intento de llevar a sus consecuencias la declaración que contiene el citado artículo 232 de la Constitución.

El rol del Poder Judicial

El Poder Judicial aparentemente resuelve problemas particulares, contenidos en los expedientes formados en base de demandas y denuncias, dando la impresión de no tener repercusión alguna en la problemática general del país. Esta impresión es, desde luego, falsa, pues a través de la resolución del caso particular, el Poder Judicial asume una función reguladora del orden jurídico general.

La Constitución de 1979, sin embargo, no ha reelaborado este rol de la administración de justicia. No ha interesado a los autores el contenido de este rol, es decir, cómo debe el Poder Judicial asumir un papel protagónico frente a

los grandes problemas nacionales. Es aquí en donde puede observarse el criterio estático que contienen las normas constitucionales, respecto de la administración de justicia.

Un ejemplo puede ilustrar el planteamiento de la situación anterior. La ley de Reforma Agraria, número 15,037 promulgada el 24 de mayo de 1964, en sus aspectos judiciales fue de conocimiento del fuero común. Frente a ella y no obstante tratarse de una ley emanada del Parlamento, que contaba con el consenso nacional y aún internacional (aunque con severas críticas), el Poder Judicial adoptó una actitud especial; los jueces tomaron la referida legislación como si fuera un problema formal, de índole civilista, e introduciendo criterios conservadores tendientes a la protección del derecho de propiedad(1)

Esta situación provocó una reacción: la creación del fuero agrario, formulada por el gobierno de facto posterior y mediante el Decreto Ley 17716. Los resultados de esta medida fueron conocidos de inmediato, pues el Tribunal Agrario y los Jueces de Tierras asumieron una actitud distinta, demostrándose así que no solamente se había producido un desmembramiento del Poder Judicial en su estructura, sino también en el criterio dinámico, finalista, de la aplicación del texto legal promulgado. Es evidente que este fenómeno está sujeto a la crítica y a la calificación de positiva o negativa, pero su producción interesa para los efectos de este breve comentario.

La experiencia extraída de la historia reciente, no ha sido recogida por los legisladores, quienes tácitamente han decidido desconocer la actitud del Juez frente a los problemas del proceso peruano, frente a la problemática más profunda y grave del país.

Si se reconoce que el Poder Judicial y, en particular el Juez tiene un rol protagónico frente a los problemas nacionales, debió formularse una definición constitucional del mismo para propiciar una actitud definida del juez que no está, ni puede, ni debe estar al margen. El Juez por propia función está colocado en el centro neurálgico de la vida social y no puede permanecer pasiva ni menos negativamente frente a las grandes decisiones políticas tendientes a la

(1) la afirmación de que el Poder Judicial es conservador no solamente ha sido formulada por los entendidos desde fuera del Poder referido, sino también ha sido reconocida por las autoridades del mismo. El Presidente de la Corte Suprema de la República, Dr. Domingo García Rada así lo reconoció en su artículo sobre el Poder Judicial en el siglo XX, contenido en el libro "Visión del Perú en el Siglo XX". Studium. Lima. 1963: "Encierra peligro conceder esta facultad al Poder Judicial (se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes) que, por esencia, es conservador y puede dificultar el desarrollo del país en el campo laboral, así como impedir las reformas sociales, desconociendo instituciones nuevas o frustrando los avances que confieren sentido social a la propiedad".

renovación de las estructuras políticas, económicas y sociales. Esta renovación es el signo impreso de esta etapa de la vida nacional, por lo tanto, el Juez debe asumir una actitud especial.

Puede decirse, en consecuencia, que al no haberse propuesto reformas estructurales en la Constitución (en virtud de una concepción formalista de la misma), se ha dejado al Poder Judicial en un rincón, para que cumpla una función abstracta, asumiendo que al interior del Estado no existen problemas profundos y que los conflictos particulares que resuelve ese Poder no tienen repercusión alguna en la sociedad.

Debe agregarse a lo dicho que en las etapas anteriores al debate constitucional, se formuló un planteamiento concreto que no llegó a plasmarse, según el cual, el Poder Judicial y, en particular, el Juez, debía tomar en cuenta las grandes decisiones de política económica-social y adecuar sus decisiones a esos fines de interés nacional.

La justicia, la ley y la realidad

Al interior de su propia función, el Juez observa una serie de problemas suscitados en la aplicación de las leyes y entre ellos, la existencia y vigencia de leyes caducas o injustas tanto en los aspectos sustantivos como procesales. Frente a ellas, el juez peruano adopta dos actitudes: o asume una posición legalista, dejando de lado la realidad del conflicto que resuelve y que es un supuesto distinto del que sustentó la ley antigua; o asume una posición moderna, no legalista, para encontrar un camino hacia la justicia.

En ambas alternativas, el riesgo de la justicia es grande, pues en la primera, se resiente la realidad con la mecánica aplicación de una norma y en la segunda, se resiente la estabilidad del juez, pues sus decisiones serán incomprendidas por quienes, con criterio conservador y legalista, están interesados en sostener un rígido esquema normativo compuesto de leyes sagradas y por lo mismo intocables.

La Constitución ha desconocido esta situación de tan graves proyecciones, pues parece que sus autores consideran que la función jurisdiccional es un simple juego de normas o conceptos, y no un juego de intereses concretos, vitales(2).

El juez debe aplicar la ley, es la norma genérica, ineludible; la función creadora del juzgador, reconocida por la doctrina más reciente, no ha sido consagrada en el ordenamiento constitucional.

(2) Hay que citar al efecto el Art. 233, inc. 6o. de la Constitución de 1979, así como el Art. XXI del T. Preliminar del C.C. y el Art. 23, inc. a) de la ley Orgánica del Poder Judicial.

En el intento de ofrecer una solución a la situación planteada y tomando como base una propuesta formulada en un anteproyecto, puede mencionarse la interesante alternativa de permitir que el Juez, en los casos especiales de conflicto entre la realidad y la ley, pueda resolver creando la norma para el caso particular, adoptando una decisión excepcional *extra-legem*, debidamente fundamentada y explicada.

Esta facultad se encuentra en parte reconocida por la nueva Constitución, en cuanto regula la situación que se produce cuando hay defecto o deficiencia de la ley, pues el Art. 233, inciso sexto, dispone que deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Pero la situación que se plantea es distinta, ya que se refiere no a la deficiencia de la ley sino al resultado notoriamente injusto de la ley vigente. En este caso el Juez, conforme al sistema imperante y recogido por la Constitución, no tiene más que aplicar la literalidad de la norma o correr el riesgo de una sanción disciplinaria. Pero si la Constitución, tomando conocimiento de esta realidad, permitiera alguna flexibilidad al Juez para que, explicando la situación, definiera el conflicto en términos de justicia (y no de legalismo), nos encontraríamos con un ordenamiento constitucional dinámico, atento a la propia realidad que regula.

Otorgada la facultad indicada, sería el caso de regularla mediante normas de control, como la consulta obligada al superior jerárquico, o normas restrictivas de la facultad a casos especialísimos (que son los que precisamente motivan este comentario) o, finalmente, creando conceptos o definiciones (aunque relativos) de los llamados casos "límite".

Es de advertir que una más lúcida labor judicial, sobre la base de una toma de conciencia de la verdadera función jurisdiccional, permite actualmente a los jueces aproximarse más a la realidad y a la justicia. Pero esta actitud es aún excepcional, pues lo corriente es la frialdad del texto legal, la rigurosidad aparentemente lógica del razonamiento judicial, con prescindencia de la realidad, con desconocimiento de los efectos reales de una resolución judicial. La constitución no ha asumido el problema.

Aspectos positivos

Las reflexiones anteriores no constituyen ideas originales del autor, sino de muchas personas, sobre todo de quienes integran el Poder Judicial y que fueron y son expuestas en comisiones, conversaciones, seminarios, y demás actividades de esta índole. Constituyen planteamientos de problemas que preocupan hondamente a los jueces y que esperan una mejor dilucidación y tratamiento para la búsqueda de soluciones positivas.

No ha sido tampoco el ánimo el de desconocer la importancia del Capítulo dedicado a la organización y funcionamiento del Poder Judicial que

contiene la Constitución de 1979, pues consagra aspectos sumamente positivos como el de conferir carácter constitucional a las garantías de la administración de justicia que estaban reconocidas anteriormente, en leyes de inferior jerarquía. Así mismo, es realmente destacable la preocupación por la estabilidad del Juez al reconocer requisitos especiales, particularmente en cuanto a la edad máxima de los jueces y que no son ya objeto de normas de inferior categoría, para evitar los abusos del poder. Finalmente, puede anotarse también la preocupación por resolver los problemas económicos del Poder Judicial al establecer un porcentaje del Presupuesto en favor de esa organización.

Estos aspectos merecen también ser comentados y lo serán, seguramente, por los entendidos en esta difícil estructura del Estado que es el Poder Judicial.

EL REGIMEN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCION DE 1979

Por: José Pareja Paz Soldán

EL PERU, PAIS DE MONARQUIA REPUBLICANA

El Perú es una Monarquía Republicana(1). Y debe continuar siéndolo. El poder de gobernar ha correspondido frecuentemente a un hombre sólo: Bolívar, Gamarra, Santa Cruz, Castilla, Piérola y en época reciente, Leguía, Sánchez Cerro, el Mariscal Benavides, Manuel Prado, *Manuel Odría*, Fernando Belaúnde. Investidos del Poder Supremo por elección democrática o por golpe militar, sin delegar en nadie el mando y la iniciativa, tomando por sí solos las decisiones fundamentales esos Presidentes fueron Jefes de Estado, personificando a la nación y representando al Estado dentro y fuera de la República como señala el artículo 211o. de la Constitución. En otros países, como los Estados Unidos de modo permanente, entre nosotros no siempre así, el Presidente es elegido por sufragio popular, su poder es temporal, es controlado por un Parlamento de igual origen popular en el que se expresa la oposición. Su denominación es la de "Presidente de la República" pero por la amplitud de sus poderes y atribuciones, cada día mayores y mayormente necesarias, frecuentemente por su personalidad y su carisma, es un auténtico monarca, con poderes a veces mayores de los que gozaron los Capetos, los Borbones, los Estuardos, los Savoya y los Hollenzoller.

La existencia de las Monarquías van desapareciendo. En Europa quedan en pocas naciones como Bélgica, Gran Bretaña, Holanda, los países escandinavos y han regresado en España, donde el Rey Juan Carlos ha conducido un saludable retorno a la plena democracia. Subsisten algunos monarcas en los países árabes y asiáticos, entre los cuales la del Japón es el más antiguo de la historia. En muchos de ellos cumplen actualmente sólo funciones decorativas o de protocolo y para animar revistas frívolas como la conocida revista "Hola" de España.

En las grandes naciones europeas, en los Estados Unidos y en los países latinoamericanos —sostiene Duverger—, se ha afirmado la figura del Monarca Republicano, o sea, un Jefe de Estado o de Gobierno con poderes amplios —"la concentración del Poder" es la característica básica de la Monarquía— con atribuciones crecientes no sólo en el terreno político sino sobretodo en el económico y gerencial y en la planificación nacional. Tal ha sido, es y debe ser la experiencia peruana. El constitucionalista galo Duverger los titula Monarcas Republicanos porque concentran en sus manos la totalidad de la autoridad gubernamental, aunque la reciban a través de legítimos procesos democráticos y me-

(1) La teoría del Presidente como Monarca Republicano ha sido brillantemente desarrollada por el constitucionalista francés Maurice Duverger cuyos planteamientos me han orientado al preparar este artículo, adaptándolo por cierto a la historia y a la realidad peruana.

diante elecciones auténticamente libres. “Es, señala, la forma contemporánea que toma la República en los países de mayor progreso político y económico.

La institución del Presidente de la República con poderes amplios y con plena autoridad fue creada por la Constitución norteamericana de 1878. Nuestro continente, apunta el tratadista francés Andre Siegfried, ha inventado la institución del Presidente de la República con poderes propios y extensos de gobernante efectivo. En el Perú si bien la presidencia aparece en nuestra primera Constitución, la de 1823, se trataba de un Ejecutivo débil sometido al Congreso. Pero en sus auténticas características se incorpora desde la Constitución de 1828 que fijó las bases permanentes de organización del Estado Peruano; régimen presidencial acentuado y efectivo, compartida responsabilidad ministerial, sistema bicameral del Congreso, Poder Judicial inamovible y unión de la Iglesia y el Estado.

El presidencialismo se fundamenta pues en el Perú en una fortísima tradición y en hábitos políticos incoercibles. No podemos imaginarnos, ha dicho el gran maestro del constitucionalismo peruano, Dr. Manuel Vicente Villarán, la abolición del régimen presidencial sino como un resultado de un cambio profundísimo, precedido de una revolución.

Desde que Bolívar lo planteó en la Constitución Vitalicia de 1826, el Presidente en Latinoamérica ha sido el hombre fuerte que gobierna, “poder de poderes”. La tradición política colonial de Virreyes y Capitanes Generales, de gobierno unipersonal, se proyectó en los Libertadores y en los Presidentes, fueran civiles o militares. A diferencia de los Presidentes en los gobiernos parlamentarios europeos, el Presidente en América no sólo PRESIDE SINO que también GOBIERNA y si Europa ha sido el campo del parlamentarismo, América ha sido el del presidencialismo. El destacado escritor y político español Manuel Fraga Iribarne ha señalado que en nuestro Continente, el Presidente es fuerte por la amplitud de sus facultades y porque la persona del Presidente se apoya más en la opinión pública y en su ascendiente sobre los electores que en la estructura de los partidos.

El régimen presidencial facilita gobiernos de autoridad, fuerza y eficacia. Empleo el término “Presidente con fuerza”, no como gobernantes de fuerzas, incontrolados u omnipotentes, sino de un Presidente Constitucional cuyos poderes legítimos son lo suficientemente gravitantes para sobreponerse a las presiones de todos los grupos de poder, a los contrapoderes y a los ilegítimos poderes de facto.

El Jefe del Estado es el verdadero leader del país. Cuando deja de serlo, el régimen deviene anárquico o determina una intervención golpista de la Fuerza Armada. Nada es más cierto que la célebre frase del jurista francés Emile Faguet: “Que el Presidente gobierne, que los Ministros administren y que el Parlamento legisle y controle”. Debemos dar al Presidente todo el poder necesario para actuar con eficacia pero dárselo mediante una Constitución. Raúl Ferrero, el con-

sagrado constitucionalista que siempre recordaremos, ha afirmado que “corresponde, de modo innegable, al Presidente de la República orientar la marcha del Estado, sin mengua de la dignidad del Legislativo y del control que éste debe ejercer”.

IMPORTANCIA DEL CARISMA EN LA ELECCION PRESIDENCIAL

La elección del Presidente de la República es el acto solemne por el cual el pueblo, detentador supremo de la soberanía, trasmite su autoridad al gobernante electo siempre que sean elecciones generales y genuinamente libres uniéndolo con la legitimidad que justifica su autoridad y su obediencia de allí su denominación de Presidente Constitucional de la República igual que ocurría con los reyes franceses, cuando eran consagrados con el oleo santo en la Catedral de Reims, y que no sólo era una investidura sino también una selección porque el verbo *eligere* significa en latín escoger.

Esta elección democrática no se puede hacer en las circunstancias contemporáneas independientes de los partidos. En los Estados Unidos sólo puede vencer el candidato de los republicanos o de los demócratas. En Francia, el candidato de la unión de las derechas o de la unión de izquierda. En el Perú ya no podría repetirse el caso de Guillermo Billinghurst, triunfador en 1912, que fue un candidato independiente. Y si la primera elección de Manuel Prado, en 1939, fue una elección dirigida y sin apoyo partidarista, —como acaba de reconocerlo uno de sus más íntimos colaboradores y confidentes en un interesante libro reciente— en 1956 sí triunfó legítimamente por el apoyo aprista a la hora undécima.

Pero los partidos no son libres para designar como candidato al que les viene en gana, salvo que se trate de su Jefe y Fundador. No se puede nominar arbitrariamente a cualquier político sino al que reúna condiciones específicas. En el conjunto electoral, la fuerza de los partidos políticos juega un gran rol pero igualmente importante es la personalidad del nominado. Piérola, en elecciones auténticamente honestas, habría siempre derrotado al candidato del Partido Civil. Leguía derrotó en 1919 al candidato oficial, Sánchez Cerro triunfó a pesar de la relativa oposición de la Junta Nacional de Gobierno y Manuel Prado tenía frente al candidato oficialista de 1956, una superior personalidad política. El carisma del Jefe del Apra, Haya de la Torre, en las frustradas elecciones de 1962, el de Fernando Belaúnde en las de 1963 y en la de 1980, en la que triunfó, el de Luis Bedoya en las elecciones municipales de 1963 y 1966 fueron determinantes en sus triunfos. Todos ellos han sido o son verdaderos leaders nacionales. Y por su atractivo personal Jimmy Carter derrotó al presidente Ford, en las elecciones de Estados Unidos en 1976. En oposición, el fogoso candidato presidencial de un pequeño partido peruano pero que carecía de carisma, podía restar votos a sus contrincantes con sus ataques ideológicos en la televisión, pero eran votos que no los capitalizaba en su favor.

En teología, el carisma es un don particular conferido por la gracia divina, como fue el caso de San Francisco de Asís, cuando Cristo, lo ungió con sus lla-

gas en manos y pies. El sociólogo Max Weber fue el primero en utilizarlo, como expresión política, para destacar la cualidad extraordinaria de un personaje, dotado de gran fuerza atractiva y de carácter suprapersonales realmente extraordinarios que no poseen el común de los mortales y que determina que se le considere como jefe “son hombres por encima del standard usual que suscitan una gran simpatía mezclada de respeto, de afecto y de admiración, con aurea propia que la sienten sus propios adversarios. Ese carisma es además fundamental para conquistar el voto de los independientes y de los indecisos y que son los que en última instancia determinan la victoria electoral. En la historia reciente ha sido o es el caso de De Gaulle, de Churchill, de Franklin Roosevelt, de Carter, de Mao Tse Tung.

Los hombres carismáticos son menos apreciados en los regímenes totalitarios comunistas que prefieren, más bien, a ladinos políticos, a incondicionales burócratas, que a lo suno' a buenos administradores como es el caso del leader soviético Breznev. La Internacional canta “Ni Dios, ni César ni Tribuno”, aunque puedan considerarse con cierto grado de carisma a los grandes dirigentes de la revolución rusa: Lenin y Trosky.

Los ciudadanos de una nación se inclinan ante ese jefe sobresaliente, porque sintiéndolo al mismo tiempo, como algo propio y suyo, lo considera por su superioridad, digno de representarlos y de gobernarlos y aún de encarnar sus sentimientos, aspiraciones e ideales. Y así fue que De Gaulle podía hablar de “cierta idea de la Francia”.

Los constituyentes norteamericanos que dictaron la Carta de 1787 crearon, dice el politólogo Duverger, con la institución de la Presidencia de la República una monarquía constitucional y democrática.

Buscando un monarca que fuera el equivalente del que entonces dirigía la Corona Británica, una división igualitaria del Poder, estableciendo un parlamento controlador y un poder judicial independiente. Pero el poder presidencial desde entonces ha crecido por el surgimiento de hombres carismáticos, de grandes vedettes políticos a nivel nacional que monopolizan la atención pública durante los largos meses que dura la campaña electoral con la selección de los candidatos en las llamadas elecciones primarias y de las convenciones que los designan que se ha convertido en una fiesta de tipo folklórico pero de trascendencia nacional, eclipsando el interés de las elecciones de senadores y de representantes al Congreso, que se efectúan al mismo tiempo. El Presidente electo, colocado en la cumbre de la Administración Woodrow Wilson, que también fue Presidente además de tratadista constitucional, “de devenir tan grande como pueda”. Y el nivel de la personalidad en los que han ejercido la presidencia norteamericana se ha elevado en los últimos 40 años.

INCREMENTO DE LA FUNCION PRESIDENCIAL

Aún en países como el de los Estados Unidos que ha establecido tantas limitaciones al Poder Ejecutivo como el federalismo, los estatutos y las legislatu-

ras de los 50 Estados, precisión detallada de sus atribuciones en la Carta, elección indirecta de segundo grado para la presidencia; se ha incrementado notablemente los Poderes del Jefe de Estado desde la Administración del Presidente Franklin Roosevelt en 1932, acrecentándose aún más en las siguientes como las de Truman, Kennedy, Johnson el que declaró por sí solo la intervención y la guerra en Vietnam sin la aprobación del Congreso; Kennedy, y continúa con la Administración Carter. No serían ya posibles en ese país la existencia de presidencias débiles, como la de Harding y de Coolidge. Aún en la cuna del parlamentarismo, como Gran Bretaña, el Poder que pasó primero de la Corona al Parlamento luego se ha transferido al Primer Ministro que ha establecido el autoritarismo de Gabinete. Por la disciplina partidaria y la unidad del voto, la Cámara de los Comunes se ha transformado en una simple Cámara de registro de las decisiones gubernamentales.

De Gaulle en Francia, no obstante su entusiasmo por los 40 reyes que en mil años crearon a Francia, no intentó por cierto restaurarla pero tampoco aceptó el parlamentarismo de las III y IV Repúblicas y convenció al pueblo de aprobar plebicitariamente la Carta de 1858, de un definido carácter presidencial, robustecido con la elección directa y popular del Primer Mandatario por la reforma de 1962. Francia ha pasado pues del degolismo personal al institucional, y los Jefes de Estado que lo han sucedido —Pompidou y Giscard d'Estaing— han ejercido en toda su amplitud la función presidencial, aunque por cierto sin el carisma y el esplendor del gran héroe de la resistencia francesa. Este país ha superado, y felizmente, la fragilidad y la indisciplina de las mayorías congresionales inestables y fugaces que paralizaron al Gobierno hasta 1958, con regímenes eventuales e impotentes.

Por otra parte, los medios de comunicación de masas como los grandes diarios, la radio y —sobretudo— la televisión han intensificado la personalización de la autoridad presidencial y su concentración en un solo personaje. Todos ellos tienen que ser vedettes políticas como se requiere también para los deportes, los espectáculos y el jet-social. Esta acentuación personalista es incontrastable. La publicidad y la propaganda han elevado a los Jefes de Gobierno a la suma de la jerarquía con cierto sentimiento paternalista, tendencia que lleva a encarnar el poder en un hombre, el mito del gobernante protector, a otorgar la confianza más a un leader o a un caudillo que a la institución presidencial misma. De aquí que los candidatos a tan alto cargo deben ser efectivos “votte-getters”, captadores de votos, lo que tiene muchas veces, más importancia que el contenido ideológico y el programa electoral del partido político que lo prohija. Porque en los gobiernos de todo el mundo, y no sólo en los occidentales sino asimismo, en los africanos o en los socialistas se ha afirmado el culto de la personalidad, atribuyéndoles los méritos o los desaciertos de toda decisión política importante.

Lo que les da una rotunda popularidad en nuestros días son los medios de comunicación de masas. Nadie discute ya esa jefatura indiscutida del Presidente del Ejecutivo sea Presidente de la República o Primer Ministro. A través de la radio y de la televisión la masa electoral toma un contacto directo con el gober-

nante. Fueron notables las charlas al pie de la chimenea que iniciara el Presidente Roosevelt y han sido proseguidas por Jimmy Carter. Los debates televisados en las grandes contiendas electorales como las de Kennedy-Nixon, Giscard d'Estaing-Mitterand, Carter-Ford han sido definitivas en los respectivos procesos electorales. Lo mismo ocurrió en el Perú en 1963 cuando el debate por la TV de Luis Bedoya con Jorge Grieve para la elección del Alcalde de Lima. El carisma de Fernando Belaúnde ha sido uno de los factores decisivos de su gran triunfo electoral, en especial, sus presentaciones alturadas en la televisión, ya que ésta es un instrumento implacable que no permite la simulación o la incompetencia.

Se ha producido pues una transferencia de la personalidad del poder local y parlamentario al poder nacional, el denominado paso de la feudalidad parlamentaria a la monarquía republicana. El incremento de la actividad social, la formación de ciudades con millones de habitantes, la sustitución de la aldea por la ciudad han determinado que sea el Jefe del Gobierno —Presidente o Primer Ministro— el asiento principal del Poder.

Anatole France, en una célebre frase, sostenía que perdonaba sus errores a la República Francesa porque gobernaba poco. El liberalismo en lo político y el capitalismo en lo económico confinaban al Gobierno a estrictas funciones de la defensa nacional, a la protección del orden interno y a la prestación de no muchos servicios, los que no podían ser proporcionados por la actividad privada. Para el liberalismo capitalista todo Poder del Estado era opresivo porque tendría indeclinable a abusar del mismo. Tanto más que los que llegaban al poder, los políticos de entonces, sólo los movía el instinto de dominación, y naturalmente, hacía prevalecer sus intereses, sus ideas, sus convicciones y sus pasiones sin suficiente control constitucional. El liberalismo limitaba al mínimo las prerrogativas y atribuciones del Estado así como el poder de los gobernantes para no interferir en la libre acción tanto de los individuos como de las empresas privadas. Claro está que el Poder no está hecho para oprimir sino para servir al bien común y así la dictadura del proletariado demuestra que no sólo el poder burgués ha tenido el monopolio de la extralimitación y del abuso.

La Carta de 1933 en vez de robustecer la autoridad del Presidente de la República, de acuerdo con la tradición republicana y las exigencias de un gobierno eficiente y dinámico creó un absurdo régimen híbrido presidencial-parlamentario. Funcionaba un Consejo de Ministros con un Presidente propio; el Presidente de la República no podrá nombrar ni remover a los Ministros sin el consentimiento del Premier; ni tampoco realizar ningún acto de gobierno sin la refrendación ministerial. Los Ministros podrán ser Senadores y Diputados, sin que se suspendiera su función parlamentaria, asistir a los debates de las Cámaras, ser interpellados y pudiendo ser censurados, debiendo en tal caso renunciar, potestad de la cual abusó el Congreso durante el último régimen constitucional. El Parlamento podrá designar Comisiones de Investigación y existía finalmente, un artículo que obliga a todo nuevo Gabinete a exponer ya no la política del Presidente si no “la general del Poder Ejecutivo”, como si pudieran ser diversas. Finalmente se suprimió la indispensable potestad —correlativa del derecho de iniciati-

va de las leyes del Jefe del Ejecutivo— de observar cualquier ley aprobada por el Congreso, lo que felizmente no se aplicó en virtud de una interpretación ad-hoc de una disposición transitoria de la Constitución.

Este sistema originó innecesarios enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo particularmente durante los gobiernos verdaderamente constitucionales de 1945-48 y de 1963-68, no faltó representante que invocó que el Parlamento es el Primer Poder del Estado, originando enfrentamientos que dificultaron enormemente la gestión presidencial y creando situaciones aconstitucionales que fueron uno de los motivos que generó los golpes del Estado que terminaron con esos gobiernos constitucionales.

Hay que darle al Presidente de la República, como lo ha hecho la nueva Carta Política de 1979, las más amplias y necesarias atribuciones políticas, administrativas, internacionales, gerenciales y sociales. La función legislativa es intermitente por su naturaleza. ¿Cómo podemos sostener que “el Parlamento es el primer poder del Estado” cuando según la nueva Constitución el Congreso sólo funciona del 27 de julio al 15 de diciembre y de 1o. de abril al 31 de mayo y sólo eventualmente en legislatura extraordinaria por un plazo no mayor de 15 días?

El Estado es un Poder Unitario de Gobierno aunque con distintos órganos como son el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial y el Electoral. Dentro de ellos el Ejecutivo es el órgano superior y mayestático porque ejerce la dirección política, gubernamental, administrativa y planificadora del Estado. El Legislativo organiza la estructura política y jurídica nacionales y el Judicial el que hace cumplir las leyes y sanciona a sus infractores, garantizando a todos los ciudadanos el pleno goce de sus derechos. De manera que tenemos un Poder que gobierna y administra, el Ejecutivo; uno que controla y legisla, el Legislativo y aunque puede ahora y sólo ella, la Cámara de Diputados interpelar y censurar a los ministros, no puede imponer al Presidente de la República una determinada política. Este es elegido a nivel nacional, goza de amplia popularidad (posiblemente con carisma) y representa la voluntad suprema de toda la nación, tal como lo especifica la Carta recientemente aprobada. Inclusive puede dictar decretos legislativos, previa autorización del Congreso y con cargo de dar cuenta a éste (Art. 188o.).

Si bien la primera Constitución peruana, la de 1923, no instauró inmediatamente el sistema presidencial porque creó una Junta de Gobierno Tripartita, elegida por la Constituyente de entonces y dependiente ante el Congreso, esa Constitución no tuvo ninguna proyección definitiva en el Perú, tanto más que sólo fue puesta en ejecución en el primer trimestre de 1827. La segunda Asamblea Constitucional aprobó la de 1828, que aprobó la Carta Política de ese año, estableció las grandes y permanentes estructuras del Estado Peruano como han sido un sistema presidencial con poderes efectivos para el Jefe del Estado y del Gobierno, un Parlamento bicameral supervisor del Ejecutivo, elegido por sufragio universal y un Poder Judicial inamovible e independiente.

Como ya he dicho, la Constitución de 1979 ha creado un eficaz sistema neopresidencialista. De acuerdo con sus postulados, el Parlamento se deberá concretar a sus funciones específicas de control del Ejecutivo y de legislar, sin tratar de interferir, desplazar o avasallar al Presidente de la República y al Poder Ejecutivo, permaneciendo cada uno dentro de sus atribuciones específicas y concretas y sin perjuicio de la mutua independencia, esperamos que actúen en un constructivo plan de colaboración.

LA NUEVA IMAGEN DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Las nuevas tendencias de la democracia social contemporánea muestran menos desconfianza a la acción presidencial. Admiten en principio, la necesidad de un Ejecutivo fuerte, un programa de contenido social, la labor gerencial del Estado, su necesaria intervención y reglamentación en la marcha económica del país y la planificación en razón de los serios problemas que debe resolver.

Así como en las poderosas multinacionales y en los grandes imperios económicos privados hay miles de empleados que programan o analizan las cuestiones, redactan informes y trazan esquemas, al final y en el interior de su vasta estructura, hay un hombre solo —llámese Presidente del Directorio, Director Gerente, etc.— que es el que toma la decisión sustancial. Igual ocurre en nuestro Estado Contemporáneo. El Presidente de la República está asesorado por organismos técnicos, al cual más complejo. Pero a aquel le corresponde la resolución final y para ello la Constitución lo ha dotado de poderes suficientes. Los consejeros y asesores no debilitan su importancia sino que por lo contrario la reafirman, poniendo a su disposición todos los medios de información y todos los memoranda posibles. De aquí otro motivo más para remarcar la superioridad del Jefe del Ejecutivo sobre las Asambleas Legislativas, las que no están en aptitud de confrontar todas las decisiones, sobre todo en materia económica y financiera y muchas veces tienen que delegar atribuciones propias mediante la llamada “delegación legislativa al Ejecutivo”.

Debemos considerar asimismo que los planteamientos y soluciones que presentan los ministros, los expertos o las grandes organizaciones públicas pueden ser acertadas dentro de la tecnoestructura en que se mueven, pero les falta valorizar una visión de conjunto y buscar una solución no sólo técnica sino humana que sí la puede tener el Presidente o el Premier, que son fundamentalmente “animales políticos”, según una expresión pintoresca pero gráfica, surgidos del voto popular y con la necesaria emoción social.

Ya he dicho y repetido en varias oportunidades que los Presidentes de nuestra época deben gozar de un poder político vigoroso y de plena autoridad para enfrentarse a las fuerzas corrosivas o disgregadoras y a los intereses creados, y para alcanzar la paz social, el bienestar para el mayor número de peruanos y el mayor desarrollo económico de la nación. Otros objetivos vitales de su gestión son la lucha contra el subdesarrollo, el acertado y gradual cambio de las viejas estructuras.

Una nueva fuente del poder presidencial es el derecho de dirigir mensajes ya sea al Congreso y directamente al pueblo, a través de exposiciones personales televisadas, de conferencias de prensa que tiene un gran impacto en la opinión, definiendo programas de acción o decisiones trascendentales. Porque es indispensable una relación permanente entre “el pueblo y el rey republicano” en el intervalo de las elecciones. Quizás las restricciones de ese contacto directo con el país, contribuyó a debilitar la figura de nuestro presidente constitucional, Fernando Belaúnde, como el mismo lo ha reconocido, sobretodo para superar los combates y entrabas políticas que le opuso la mayoría parlamentaria y los propios disidentes de su partido. La opinión partidaria olvidó que los votos que consiguió para su elección el Presidente Belaúnde fueron ganados por él y no por los legisladores o por los miembros de cualquier partido. El era el elegido y a él le correspondía la confianza popular, en tanto que no la defraudara.

También existe una relación indirecta de Presidente con la opinión nacional, cultivando y dialogando con los dirigentes de los partidos o de las grandes organizaciones de base, los círculos profesionales, los dirigentes universitarios y de la empresa privada. Porque en esta forma deviene, como debe ser, el Presidente de todos los peruanos y debe gobernar en su nombre para beneficio no de unos pocos sino del conjunto nacional.

EL CONTROL DEL PRESIDENTE POR EL PARLAMENTO

Cuando hemos utilizado la expresión de Monarca Republicano sólo hemos querido significar la existencia de un Mandatario investido de poderes efectivos, necesarios y constitucionales de gobierno, elegido por sufragio directo y popular y por un período determinado de duración en el cargo. Pero no pretendemos sostener que debe asumir todas las funciones del Estado. Todo Poder que no se le controla, expresa un conocido y cierto proverbio político, tiende a crecer desmesuradamente. “Sólo el Poder detiene al Poder”. Ese control es la función primaria y esencial del Parlamento, el que también goza de la legitimidad y de la representación de la soberanía, porque no sólo sus miembros revelan la voluntad del distrito electoral por el cual han sido elegidos —regional, departamental o provincial— sino que sus mandatos tienen un carácter igualmente nacional. Pero iguales en jerarquía. La tesis del Parlamento primer poder del Estado es notoriamente falsa en América, que ha inventado la institución del Presidente de la República, el dirigente auténtico de la vida política nacional, como surgió desde que fue establecida la institución presidencial en la Carta norteamericana de 1787.

Durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1978-79, algunos brillantes constituyentes como los doctores Andrés Townsend y Enrique Chirinos Soto, no obstante que apoyaron la creación de un sistema neopresidencialista en la nueva Carta con atribuciones ampliadas y reforzadas, se pronunciaron seguramente por respeto al Jefe de su partido, Víctor Raúl Haya de la Torre, por la superada tesis del “Parlamento Primer Poder del Estado”. Basaron su afirmación

en que el Parlamento encarna la plenitud de la soberanía por ser elegido por el pueblo —como si no lo es también el Presidente de la República— en su capacidad de dictar normas legislativas que debe acatar el Ejecutivo, pese a que éste goza ahora del derecho del veto suspensivo de las leyes, y que también la Cámara de Diputados puede censurar a la totalidad o a cualquiera de los Ministros de Estado. Agregaron que la mayoría de las Constituciones de los países comunistas, como los de la Unión Soviética, los Estados de Europa Oriental y China, otorgan el Poder Supremo a las Asambleas Parlamentarias. Pero en tales países quienes mandan en realidad, son los dirigentes de los partidos comunistas que seleccionan a los candidatos a través de listas partidarias únicas, minorías de dirigentes partidarios que manipulean y manejan por decenas de años al Poder del cual son sus verdaderos detentadores.

Refutando la doctrina del Parlamento, Primer Poder del Estado, expreso las siguientes razones:

- 1.- La influencia y el rol del Parlamento ha declinado en general en todos los países democráticos, aún en los países tradicionalmente parlamentarios como Alemania Federal, Francia y Gran Bretaña donde han crecido la acción e influencia del Presidente de la República o del Primer Ministro.
- 2.- La tesis del primer poder pueden aducirla porque cuando el APRA tuvo mayoría en el Congreso, en los años 1963, 68, pero en principio carece de toda base constitucional;
- 3.- El congreso no tiene funciones de dirección, de conducción, ni de administración, sino tan sólo de iniciativa, de deliberación y de control. Buena parte de los congresistas carecen de los conocimientos necesarios para afrontar la problemática de un gobierno contemporáneo;
- 4.- En el Perú, como en la generalidad de los países, es el candidato triunfante en la elección presidencial que determina la elección de los parlamentarios de su lista. El pueblo pues sólo los escoge a estos, a través del carisma y la influencia política del Jefe del Ejecutivo;
- 5.- Los Senadores, conforme a la Carta de 1979, serán elegidos a nivel regional y los diputados a nivel departamental, en tanto que el Presidente de la República es elegido a nivel nacional, con millones de votos;
- 6.- Resulta imposible sostener que el Parlamento es el Primer Poder, cuando conforme a la nueva Constitución, sólo funciona en legislatura ordinaria, cinco meses y medio al año, las legislaturas extraordinarias son eventuales y breves. Cabría preguntar que de aceptarse esa tesis, qué pasaría durante el receso parlamentario y ¿quién ejerce entonces ese Primer Poder?
- 7.- Gobernar es dirigir en forma permanente a la nación. El Parlamento, esencialmente deliberativo, no puede, ni es capaz de cumplir esa función permanente y en realidad, unipersonal.

PROHIBICION DE LA REELECCION PRESIDENCIAL

Pero para evitar que una presidencia constitucional se convierta con el transcurso del tiempo, en una presidencia omnipotente y abusiva es que la mayoría de los textos constitucionales prohíben la reelección presidencial, unos to-

talmente como es el caso de México, otros sólo después del transcurso de 2 períodos de gobierno como la de Venezuela, otros como la peruana de 1979, la reelección sólo es posible después de un período presidencial a estar por los dispuestos en el artículo 205 de la Constitución. Y el artículo 142o. de la Carta de 1933 establecía, para evitar la repetición de las funestas reelecciones sucesivas del Presidente Leguía, en 1924 y en 1929, que “no hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni modificada”.

Las reelecciones presidenciales de Leguía constituyeron su más profundo error político y la perpetuación de su dictadura determinó que luego de su deposición, en agosto de 1930, fuese encarcelado en el Panóptico de Lima, donde murió. Leguía quebró una hermosa tradición republicana, que había sido respetada por todos nuestros mandatarios, inclusive los más autoritarios como Gamarra, Castilla, Manuel Prado o Cáceres, de la no reelección y fue el único Presidente que postuló su reelección burocrática, que cometió graves atropellos y equivocaciones, muchas de ellas irreversibles como el Tratado de Límites con Colombia de 1922, incurriendo asimismo en tremendas corrupciones, con un parlamento sometido y prohibidos los partidos de oposición. Su trágico final ha representado una ejemplarizadora experiencia para que los futuros gobernantes constitucionales no intenten su perpetuación mediante una arbitraria y nefasta reelección

El art. 204o. declara que no puede ser elegido Presidente de la República, el ciudadano que por cualquier título ejerce la Presidencia de la República, en el momento de la elección o la ha ejercido dentro de los 2 años precedentes. En el Perú ha sido una verdad política y una tradición republicana permanente la prohibición de la reelección presidencial inmediata (art. 205o). Si el Presidente tiene una amplitud grande de poderes, la no reelección inmediata tiene la ventaja que fija su ejercicio en un período de tiempo no demasiado largo siendo un mandato temporal que garantiza el carácter democrático del régimen presidencial. Todas las Constituciones nacionales prohibieron la reelección presidencial inmediata para evitar el continuismo, el abuso del poder y la dictadura como ocurrió con el Presidente Leguía, el único que fue reelegido por dos veces. El continuismo presidencial (y el oncenio de Leguía lo demostró palmariamente en el Perú) ha sido uno de los males más graves de la vida política peruana que han calificado para siempre, la reelección presidencial.

Y como una demostración de rechazo general de la reelección presidencial, al producirse el derrocamiento del régimen leguista, el artículo 142o. de la Constitución de 1933 no sólo dispuso “que no hay reelección presidencial inmediatamente” sino que agregó que “esa prohibición no puede ser reformada o derogada y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán de hecho en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública”.

ATRIBUCIONES Y FUNCIONES PRESIDENCIALES EN LA CARTA DE 1979

Se puede agrupar las atribuciones y funciones del Presidente de la Repú-

blica en las siguientes secciones:

- 1.- Atribuciones que se relacionan con la representación del Estado;
- 2.- Atribuciones que se relacionan con el Gobierno Interior de la República, que se descomponen en: a) atribuciones legislativas; b) atribuciones políticas y c) atribuciones administrativas, hacendarias y presupuestales.
- 3.- Atribuciones que se relacionan con el Parlamento Nacional;
- 4.- Atribuciones que se relacionan con el Poder Judicial, el Consejo Superior de la Magistratura y el Tribunal de Garantías Constitucionales;
- 5.- Atribuciones electorales;
- 6.- Atribuciones diplomáticas e internacionales.

Además de las atribuciones que establece específicamente el artículo 211o. y demás de la Constitución del Estado, el Presidente puede ejercer las funciones de gobierno y administración no conferidas expresamente a los demás Poderes del Estado.

ATRIBUCIONES QUE SE RELACIONAN CON LA REPRESENTACION DEL ESTADO

El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación (art. 201o.); representa al Estado dentro y fuera de la República (art. 211o., inc. 2).

ATRIBUCIONES QUE SE RELACIONAN CON EL GOBIERNO INTERIOR

LEGISLATIVAS: El Presidente de la República tiene derecho a la iniciativa en las leyes y resoluciones legislativas y a ejercer el derecho de observación o veto suspensivo de las leyes (inc. 8, art. 211); dictar decretos legislativos con fuerza de ley, previa delegación de facultades por parte del Congreso y con cargo a dar cuenta a éste (inc. 10); promulgar y ejecutar las leyes y ordenar su cumplimiento así como el de las resoluciones legislativas (inc. 9); tiene derecho a reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

POLITICAS: Nombra y renueva al Presidente del Consejo de Ministros y con la propuesta y acuerdo de éste, a los demás Ministros de Estado; designa a los Prefectos y demás autoridades políticas; hace cumplir la Constitución, los tratados, todo con una influencia efectiva e incontrastable.

ADMINISTRATIVAS: Es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales y dirige el Sistema de Defensa Nacional (art. 273o.); representa al Estado en el interior de la República (inc. 2, art. 211o); mantiene el orden interno y la seguridad nacional; reglamenta las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; nombra y renueva a los más altos funcionarios de la administración pública y de las Fuerzas Armadas y Policiales; aprueba los ascensos en ambas Fuerzas; concede, conforme a ley, ascensos, licencias y pensiones a los funcionarios públicos; abre los créditos extraordinarios, con aprobación del Consejo de Ministros; decreta la movilización total o parcial; organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y Policiales (inc. 17, art. 211o), adminis-

tra la Hacienda Pública, negocia los empréstitos; remite al Congreso, dentro de los 30 días de instalada la primera legislatura ordinaria, el Presupuesto General del Sector Público para el año siguiente; y si dicho proyecto no es votado antes del 15 de diciembre, entra en vigencia el proyecto del Ejecutivo, el cual lo promulga mediante decreto legislativo (arts. 197o. y 198o). En esa forma se evita que por maniobras parlamentarias o exceso en la discusión, el Presupuesto de la República no sea aprobado oportunamente; dicta medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional; con cargo a dar cuenta al Congreso (inc. 21); regula las tarifas arancelarias (inc. 22); confiere condecoraciones a nombre de la Nación con acuerdo de Consejo de Ministros (inc. 24); autoriza a los peruanos para servir en ejército extranjero (inc. 25) y realiza las demás funciones de gobierno y de administración que le encomiendan la Constitución y las leyes (inc. 26).

ATRIBUCIONES QUE SE RELACIONAN CON EL PARLAMENTO NACIONAL

El Presidente de la República convoca al Congreso a Legislatura Extraordinaria (inc. 7, art. 211o); dirige Mensajes al Congreso cada vez que lo estime oportuno, y obligadamente al iniciar el Parlamento su legislatura ordinaria y al concluir su mandato presidencial, así como mensajes anuales (inc. 7); tiene iniciativa para presentar proyectos de ley; solicita al Congreso la ratificación de los nombramientos de Embajadores, Ministros Plenipotenciarios, Almirantes y Generales y Vocales de la Corte Suprema.

ATRIBUCIONES QUE SE RELACIONAN CON EL PODER JUDICIAL, EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES:

El Presidente de la República es el encargado de hacer cumplir las resoluciones del Poder Judicial y puede dirigirse a las Cortes, Tribunales y Juzgados requiriéndoles para la pronta administración de la justicia; nombra a los magistrados del Poder Judicial a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura; concede indultos y conmuta penas (inc. 23, art. 211o) y designa a 3 de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales.

ATRIBUCIONES INTERNACIONALES Y DIPLOMATICAS

De acuerdo con la tradición y la práctica constitucional, el Presidente de la República dirige la política internacional de la nación, conservando, si estima necesario, el secreto de las negociaciones pero enunciando públicamente las decisiones finales que tome y que comprometen al país. Es el representante general y único del Perú en el exterior y personifica a la nación (art. 211o., inc. 2). El Presidente dirige la política internacional en forma propia, reservada y discrecional, ya que el Ministro de Relaciones Exteriores es su subordinado y colaborador y sólo el Jefe Superior de la Cancillería, quien a su vez informa, instruye y conduce las gestiones de nuestros Embajadores y Agentes en el exterior;

y revoca en cualquier momento a los Embajadores, Ministros Plenipotenciarios y Cónsules peruanos en el extranjero y demás funcionarios diplomáticos. Los Embajadores y Representantes Diplomáticos extranjeros son acreditados ante el Presidente, al que presentan sus credenciales y los consulares le elevan sus nombramientos o sea las Letras Patentes, para que les expida el respectivo Exequatur de reconocimiento.

Corresponde igualmente al Presidente celebrar tratados y convenios con países extranjeros, con aprobación del Consejo de Ministros, sometiendo a la aprobación del Congreso sólo aquellos que están dentro de las atribuciones del Parlamento, como los convenios de límites, de doble nacionalidad, de empréstitos y adeudamiento exterior. Finalmente le compete declarar la guerra o negociar la paz con autorización del Parlamento.

Los tratados y convenios internacionales, una vez aprobados por el Congreso, si son asuntos de su competencia, o por el Poder Ejecutivo, si corresponden sólo a asuntos administrativos y de procedimiento, son ratificados exclusivamente por el Presidente de la República, que es el único que tiene la representación del Perú en el extranjero. Una vez ratificados, si se trata de acuerdos multi nacionales negociados ante organismos internacionales, se hace llegar a éstos el respectivo instrumento de ratificación. Y si son tratados bilaterales celebrados con otros Estados, se canjean ya sea en Lima o en la capital del otro.

La propia naturaleza de la función diplomática exige que la acción y dirección de la política internacional correspondan al Poder Ejecutivo que representa al elemento técnico y sentido de responsabilidad y permanencia. La gestión diplomática implica competencia, capacidad, conocimientos técnicos y reserva en los que actúan condiciones imposibles de reunir en un Parlamento. Este tiene cierta participación, como la de ratificar ciertos tratados internacionales y la facultad de interpelar al Canciller. Pero jamás el Congreso por sí mismo puede ni debe entrar en relación directa con un Estado extranjero.

ATRIBUCIONES ELECTORALES

El Presidente de la República convoca a elecciones generales para elegir a su sucesor, cuando menos con 6 meses de anticipación, así como para la renovación de los senadores y diputados, que concluyen con él, su respectivo mandato. Igualmente, convoca a elecciones para designar las autoridades regionales y las locales, o sea las de los Municipios.

En relación con la Constitución de 1933 las principales innovaciones en cuanto a la Presidencia de la República son las siguientes:(1)

(1) En la ponencia de los constituyentes apristas sobre los Poderes Ejecutivo y Legislativo se expresa lo siguiente: "En la Constitución de 1933 la balanza se inclinó en demasía al lado del parlamentarismo. Hemos desplegado sincero esfuerzo en la ponencia para

- 1.- Ha reforzado, como hemos expuesto a la autoridad del Presidente de la República —dentro de lo que se ha denominado el neopresidencialismo— que estuvo considerablemente debilitada más por el texto de la Carta del 33 que por el ejercicio presidencial durante los 46 años que ha regido;
- 2.- Se le señala como Presidente del Consejo de la Defensa Nacional y organiza y distribuye el empleo de la Fuerza Armada y Policiales, con lo cual tiene una jerarquía superior a la del Comandante en Jefe del Presidente del Comando Conjunto de la Fuerza Armada, el que en dos oportunidades —julio de 1962 y octubre de 1968— encabezó la rebelión militar contra el Presidente Constitucional.
- 3.- Se le reconoce el derecho de ejercer permanentemente el indulto y de conmutar penas, que en la Carta del 33 sólo podía realizarlo durante el receso del Congreso; así como de regular las tarifas arancelarias.
- 4.- El derecho de disolver la Cámara de Diputados si ésta ha aprobado más 3 votos de censura contra el Gabinete Ministerial;
- 5.- La celebración y aprobación de tratados internacionales, sobre materias a nivel de las atribuciones del Poder Ejecutivo, sin necesidad de someterlos a aprobación legislativa;
- 6.- Cuando concluya su mandato, todo Presidente Constitucional será Senador Vitalicio, a diferencia de la Carta anterior en que sólo era por un período legislativo. La razón de esta reforma es que el que ha desempeñado la jefatura constitucional del Estado, tiene amplia autoridad y experiencia políticas y que la nación debe aprovecharlas mediante el ejercicio permanente de una senaduría;
- 7.- Si el 15 de diciembre de cada año el Congreso no ha aprobado el proyecto de Presupuesto General procederá el Presidente a promulgarlo (art. 198o.).
- 8.- Como la nueva Constitución ha establecido un nuevo sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado, suprimiendo el régimen de unión por el de colaboración, ello implica que ha cesado el derecho presidencial del Patronato, o sea, de presentar candidatos para los cargos episcopales de Arzobispos, Obispos y demás preladados eclesiásticos.

LOS ACTOS Y MENSAJES PRESIDENCIALES

El Presidente de la República ejerce sus atribuciones sólo por actos escritos firmados por él y refrendados por un Ministro de Estado. Sus declaraciones orales, sus discursos en las solemnidades públicas, sus mensajes radiales y televisados, sus promesas a los pueblos y a las personas, tienen influencia e importancia evidentes. Pero constitucionalmente hablando, no son actos que impliquen el ejercicio del Poder Ejecutivo. El artículo 213 declara específicamente que los actos de gobierno son nulos si no son refrendados por un Ministro.

restablecer en la ponencia el equilibrio en favor del Presidente de la República. En nuestra vida constitucional, los hechos son presidencialistas en tanto que los textos se presentan como parlamentaristas. En vez de avivar el conflicto entre los hechos y los textos, el legislador sensato debe propender a la armonía entre unos y otros”.

Los documentos escritos por los cuales el Presidente ejercita sus derechos y toma sus decisiones legales, ejecutivas y obligatorias para los ciudadanos, son los decretos y las resoluciones supremas.

Se expiden decretos supremos cuando se trata de asuntos de importancia, se reglamenta una ley o se dicta una norma de carácter general. Van precedidos habitualmente de considerandos y comienzan con este encabezamiento: "El Presidente de la República". Llevan su firma íntegra y la del Ministro que lo autoriza.

Las resoluciones supremas o decretos simples constituyen la regla común. Entre ellas el Presidente resuelve un punto particular de una ley o de un relato, ordena un pago con cargo a una partida del Presupuesto para lo cual se requiere resolución suprema y decide los asuntos corrientes de la Administración Nacional. Los nombramientos de los altos empleados públicos de la categoría de Directores se hacen asimismo, por resolución suprema, documento que, simplemente rubrica, el Jefe del Estado y refrenda con media firma, el Ministro respectivo. Para los otros nombramientos de Auxiliares y Ayudantes de la burocracia administrativa, hasta resolución ministerial, firmada únicamente por el Ministro del Ramo, la que se extiende, asimismo, para resolver los asuntos de mera tramitación y para ordenar el pago de los gastos ordinarios, conforme al presupuesto.

El Mensaje Presidencial es un acto emanado del Jefe del Estado pero que no contiene una decisión gubernativa sino una opinión, un informe o una expresión de puntos de vista o representa una revisión y balance de un período de gobierno. Obligatoriamente el Presidente debe presentar Mensajes al Congreso al iniciar y al concluir su período presidencial, y tradicionalmente al inaugurarse, cada año, la legislatura ordinaria. Puede, asimismo, hacerlo en cualquier época. La práctica contemporánea, semejante en todos los demás países, es que el Presidente de la República se dirija directamente a la Nación cuando quiere exponerle, en las grandes circunstancias fundamentales o hacer un examen general de la situación del país, a través de los medios de comunicación de masa como son la prensa, la radio y la televisión.

EL VETO SUSPENSIVO DE LAS LEYES

La Constitución de 1933 no sólo suprimió el veto presidencial absoluto, sino, aún el relativo o sea la simple potestad del Jefe del Estado de observar una ley aprobada, aunque la atemperó con el artículo sexto de las disposiciones transitorias que autoriza al Presidente a ejercer dicha atribución mientras se constituya el Senado Funcional. En el plebiscito de 1939, se modificó esa disposición en el sentido de que el Presidente de la República podrá observar las leyes dictadas por el Congreso, necesitándose en este caso, las tres quintas partes del número total de miembros de cada Cámara para que la ley sea promulgada.

Desde la primera edición de mi libro sobre Derecho Constitucional Perua-

no, aparecido en 1939, hacíamos notar que la supresión del veto presidencial no tenía explicación ni antecedente alguno, tanto más que en el Perú, al igual que los demás países, se tiene un régimen presidencial acentuado y que el sistema parlamentario, a pesar de que constitucionalmente podría funcionar por contar aparentemente, con los elementos adecuados, no existe ni ha existido jamás entre nosotros. El veto presidencial ha tenido en el Perú una práctica ininterrumpida, consustancial con la institución presidencial(1).

La Comisión dictaminadora de la Asamblea Constituyente de 1933 señalaba que “no contiene el proyecto ninguna disposición sobre el veto presidencial suspensivo, porque entendemos que conforme a los principios que inspiran la regulación de las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo contenidos en el capítulo sobre “Los Ministros de Estado”, tienen éstos oportunidad de intervenir en los debates parlamentarios y de poder exponer cuál es el pensamiento del Poder Ejecutivo sobre el proyecto que se discute. Si las Cámaras, no obstante las observaciones que los Ministros formulan, dictan una ley después de amplio debate, en las Cámaras, el Ejecutivo debe promulgarla y mandarla cumplir. Es, pues, dentro de este sistema, innecesario e improcedente el veto suspensivo del Jefe del Poder Ejecutivo”(2)

A raíz de la derogatoria, en 1945, de las reformas plebiscitarias, cierto sector del Congreso pretendió que el Presidente carecía del poder legal de observar y vetar las leyes. Contrariando una tradición viva, la mayoría aprista trató de dominar al Gobierno. El Presidente, perdiendo la facultad del veto, carecería de autoridad y se hallaría inermes. La maniobra entrañaba una verdadera revolución constitucional.

El Presidente Bustamante y Rivero y su Gabinete defendieron entonces con energía la facultad del veto suspensivo(3). Derogado el artículo pertinente

-
- (1) El Dr. Manuel Vicente Villarán ha señalado —Cuestiones de Estado y de Gobierno— que el veto presidencial es parte esencial del sistema mismo. “Si en el gobierno parlamentario una ley pasa contra la opinión del Gabinete, la índole del parlamentarismo no permite que el Gabinete insista en su oposición vetando la ley sino que someta, dimita o disuelva la Cámara. En cambio bajo el plan americano, el Presidente se somete a la ley o la observa: no dimite porque ejerce sus funciones por período fijo y por elección nacional y carece de la facultad de disolución”.
 - (2) Diario de los Debates de la Constituyente. Tomo II, pág. 265.
 - (3) “Yo hice ver que ese proyecto tendría a destruir una larga tradición del derecho público positivo de nuestra patria; como el veto, en la modalidad simplemente suspensiva, que admite la Constitución, no afecta de manera alguna los fueros del Parlamento y significa sólo una invitación a considerar por segunda vez la ley observada; y como dentro de un régimen presidencial cual es el nuestro, en el que, sin embargo, existe el derecho de censura parlamentaria a los ministros sin la facultad correlativa del Ejecutivo de disolver las Cámaras, el veto atenuado que reconoce la fórmula constitucional vigente es la única y mínima defensa del gobierno y del país contra la eventualidad de errores graves o de una dictadura política de la mayoría legislativa”.
- José Luis Bustamante y Rivero - “Tres Años de Lucha por la Democracia”.

del plebiscito quedaba en pie la disposición transitoria de la Constitución, ya que no había llegado a constituirse el Senado funcional previsto en el artículo 89. La supresión del veto podría justificarse si ambas Cámaras tuvieran origen y composición diversas, estableciéndose un control recíproco que garantizara la parsimonia legislativa. Pero cuando las dos ramas tienen un origen exclusivamente político, aquel control es inexistente y surge la necesidad del veto presidencial. Porque como expresó el Presidente Bustamante y Rivero en su mensaje: "La supresión del veto del Ejecutivo es inexplicable y tiene asidero racional ahí donde el Congreso está constituido por las dos Cámaras de diferente origen y composición: la una elegida por sufragio político emanado del pueblo y la otra integrada con criterio funcional, a base de una selección entre elementos gremiales".

Ni los países del parlamentarismo clásico, han suprimido la facultad del Ejecutivo, aunque en realidad lo ejercen raras veces. El veto, señala Esmein, es un instrumento de reacción democrática contra los errores y abusos de las asambleas representativas. Bryce, en su célebre obra sobre el Gobierno de los Estados Unidos, destaca que ha producido excelentes resultados, porque ha representado un indispensable elemento moderador, prerrogativa que ha ejercido el Presidente, frecuente y útilmente con pleno asentimiento de la opinión pública(1).

En algunos países una simple insistencia de ambas Cámaras basta para vencer y quebrar el veto presidencial; en otras se necesita una mayoría calificada de dos tercios como en la Constitución de los Estados Unidos o de tres quintos como en el Anteproyecto Villarán; en algunos se posterga el examen de la ley hasta la siguiente legislatura ordinaria. Según la Carta de 1979 el Presidente tiene derecho a observar, en todo o en parte, una ley aprobada por el Congreso. Y éste podrá insistir siempre que se apruebe por más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (Art.193). Se trata, con todo, de un veto simplemente relativo o suspensivo o sea una invitación al Parlamento para que vuelva a debatir la ley a la cual se hace reparos. No paraliza definitiva sino momentáneamente la decisión legislativa. Sólo se convierte en definitivo si el Congreso no insiste en el proyecto. Si después de un nuevo debate se aprueba, regirá como ley. El veto presidencial es una de nuestras más arraigadas tradiciones políticas. Todas las constituciones, aún la de 1823 tan recelosa del Ejecutivo lo aceptaron, tomando

-
- (1) Es el de mayor interés citar las intervenciones que durante el debate parlamentario sobre el veto, en el Congreso de 1945, del entonces Diputado y posterior Presidente Constitucional de la República, Arquitecto Fernando Belaúnde Terry: "Considero que el derecho de veto presidencial es necesario para un mejor equilibrio de los Poderes y considero sarcástico que a un gobierno como el actual, presidido por un hombre que ha dado pruebas de ser sumamente respetuoso de la Constitución y de las leyes (el Presidente José Luis Bustamante y Rivero), le quitemos una atribución que han usado casi todos los Presidentes del Perú y de manera especial los que han actuado de manera dictatorial".

el artículo de la Constitución de los Estados Unidos. El Presidente podía observar un proyecto de ley aprobado para que se convirtiera en ley, era menester que las Cámaras insistieran por una mayoría de dos tercios, según las restantes. La de 1979 exige, como acabamos de decir, más de la mitad de representantes en cada Cámara.

El derecho de observar las leyes es lógico complemento del derecho de iniciativa y de la participación del Ejecutivo en la obra legislativa que no afecta los fueros del Parlamento ya que sólo significa una invitación a considerar, por segunda vez, la ley observada, dentro del conjunto de un régimen presidencial, cual es el nuestro. Por eso, el veto atenuado que reconoce la fórmula constitucional vigente es, como ha señalado el ex-Presidente Bustamante y Rivero, "la única y mínima defensa del gobierno y del país contra la eventualidad de errores graves o de una dictadura política de las mayorías legislativas"... Está encaminado a obtener el justo equilibrio de los Poderes; la intervención del Presidente representa un elemento moderador de carácter técnico, destinado a balancear la inspiración puramente política de muchas decisiones del Legislativo afianzando el rol permanente que le señala la Constitución. Es un poder, observaba el insigne político norteamericano Wenster, que se ha reconocido al Presidente como defensa contra una legislación precipitada, inconulta o inadvertida de una mayoría hostil y revolucionaria. "Es la sola verdadera fuerza del Poder Ejecutivo con la cual puede resistir al Congreso en tiempos ordinarios", apunta Bryce en su libro sobre la Democracia en los Estados Unidos(1). Y la autoridad presidencial que tiene entre sus manos el porvenir del país y que requiere para su cabal cumplimiento, condiciones de estadista, no puede limitarse a una tarea ejecutiva, sino debe seguir una línea política e intervenir, activamente, en la legislación nacional. Ese veto es además indispensable, para contener por algún tiempo, cuando menos, medidas inconultas o poner un freno a la omnipotencia del Congreso, para dar tiempo a la opinión pública a que se exprese y movilice(2).

(1) "En lugar de excitar el descontento popular, al resistir las decisiones de sus representantes, un Presidente conquista la popularidad haciendo uso valiente de su derecho de veto. Esa actitud denota y demuestra que sigue una línea de conducta en cuya posición no vacila. La nación posee buenas razones para desconfiar del Congreso, que sabe capaz de obedecer las peores influencias privadas o de dejarse arrebatar por las mendaces facciones del momento; ella tiende a considerar al hombre que ha sido elegido como guardián del Congreso y aprueba la extensión que la práctica ha dado al derecho de veto" - Bryce Ob. cit. En el Perú durante su administración el Presidente Bustamante (1945-48) hizo uso eficiente y acertado del derecho de veto deteniendo así proyectos improcedentes que no consultaban los intereses nacionales o vulneraban normas constitucionales, de donde surgió el proyecto de la mayoría aprista del Congreso de modificar esa disposición constitucional que los molestaba y controlaba.

(2) En los Estados Unidos cuando transcurren 10 días sin que el proyecto sea promulgado, ni devuelto en observaciones "el mismo proyecto se convierte en ley como si se hubiese firmado por el Presidente" (Art. 1, Sección VIII, párrafo 5 de la Constitución

Rectificando el error de la Carta de 1933, los Constituyentes del 79 han restablecido la plena vigencia del veto presidencial suspensivo. El Presidente de la República, dice el inciso 8o. del artículo 211o., tiene el pleno derecho de observar las leyes. Un proyecto aprobado por el Congreso se remite al Ejecutivo para su promulgación. Pero éste puede devolverla en plazo de 15 días, que es también el plazo para promulgarla, formulando las observaciones que considere procedentes sobre el total o sobre parte del texto aprobado. El Congreso para insistir en la ley tiene que aprobarla por más de la mitad de los miembros del número legal de cada una de las Cámaras. Sólo con esta mayoría es aprobada, y entonces procede a promulgarla directamente el Presidente del Congreso (1).

LA REGLAMENTACION DE LA LEY

La ley, regla superior de Derecho, emanada del Parlamento, tiene por razón misma de su importancia y solemnidad, un carácter general. Su misión, ha dicho el insigne civilista Portails, es dictar, desde amplios puntos de vista, las máximas generales de Derecho. Al Poder Ejecutivo corresponde asegurar la ejecución de aquellas con prescripciones menores de detalles, apropiadas a las circunstancias. La ley no puede preveer todas las situaciones sin incurrir en un casuismo excesivo e impropio. "De minimis non curat praetor". De aquí la importancia y necesidad de la reglamentación que es tarea de la administración (2).

El Reglamento es una disposición imperativa y general pero que emana de una autoridad administrativa. Desarrolla disposiciones que la ley contiene sintética o implícitamente, dándole un desarrollo más amplio o son reglas independientes, determinadas por nuevas consideraciones que surgen de la propia aplicación de la norma jurídica.

En el Perú la reglamentación de la ley corresponde al Presidente de la República, pero al hacerlo no puede alterar el espíritu de aquella, desnaturalizarla o trasgredirla aunque la tendencia generalizada del Estado moderno es que el

Federal). En cambio en Francia, por falta de sanción presidencial, lo hace el Presidente de la Asamblea Nacional.

- (1) "El veto es el instrumento de reacción democrática contra los errores y abusos de los Parlamentos" Esmein.
- (2) "Desde el punto de vista material, que atiende al contenido intrínseco del acto y no al órgano que lo realiza, los reglamentos son actos legislativos, aunque los dicta el Ejecutivo. A diferencia de la Ley, el reglamento no es objeto de un debate o de la aceptación formal de la nación a través de sus representantes, por lo que es esencial cautelar que no signifique transgresión de la ley o modificación de sus términos. Es una disposición general y escrita, dictada por una autoridad competente. La facultad de expedir reglamentos compete al Poder Ejecutivo y, más precisamente, al Jefe de Estado. Puede ser delegada en las autoridades locales sobre todo para las disposiciones de policía". Raúl Ferrero - Derecho Constitucional.

Gobierno amplíe su poder reglamentario no sólo para asegurar la aplicación de la ley sino aún para modificarla en detalles menores.

El Reglamento de una ley se establece por Decreto Supremo, precedido de consideraciones y lleva la firma completa del Presidente y del Ministro que la refrenda.

LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

En Primera vez una Constitución permite “al Congreso delegar en el Poder Ejecutivo y la facultad de legislar mediante decretos legislativos, sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rige la ley” (art. 188o.). Es un instituto que se conoce como “facultad delegada” y que es indispensable para aprobar leyes de carácter técnico y especializado, como las tributarias, los códigos y otros semejantes y que se hace cada vez más necesario, en vista de su creciente complejidad. Casi no hay Constitución contemporánea que no consagre esta facultad extraordinaria y es una de las innovaciones más importantes de la Carta de 1979. Ya durante el Gobierno Constitucional de Belaúnde, en 1968, el Congreso de entonces, no obstante que esa facultad no figuraba en la Carta de 1933, autorizó al Ministro de Hacienda, Dr. Manuel Ulloa Elías, para que dictase leyes tributarias y técnicas para equilibrar el presupuesto, normas que resultaron sumamente necesarias y benéficas para nuestra estabilidad presupuestal.

En una conferencia que el distinguido constitucionalista Dr. Alfredo Quispe Correa dictara sobre este tema de Delegación de Facultades Legislativas, destacó que el Legislativo transfiere al Ejecutivo esa facultad de dictar leyes pero reservándose la titularidad del Poder Legislativo, que no altera la doctrina de la separación de poderes porque en cualquier momento puede recuperar la facultad o rechazar la ley expedida en esa forma por el Gobierno, tanto más que tiene una limitación: “es condicional y recuerdo que ya durante la vigencia de la Carta del 33 se autorizó en tres ocasiones al Ejecutivo a ejercer tales funciones legislativas para los casos de la Ley No. 16043, que autorizó al Gobierno a poner en vigencia el Código Tributario; la No. 16701 que lo autorizó para adoptar disposiciones extraordinarias para el equilibrio fiscal”: y como requisitos para la delegación de esas facultades legislativas, el Dr. Quispe Correa establece las siguientes:

- 1.- Encontrarse expresamente permitida en la Constitución;
Que la ley autoritativa determine el contenido, el objeto, el alcance y el plazo;
- 4.- Que sea ratificados posteriormente por el Parlamento;
- 4.- Que el Poder Judicial pueda declarar la anticonstitucionalidad de la ley, para que las resoluciones que se dicten al amparo de la delegación de las facultades, no vulneren los principios de la Carta Magna;
- 5.- El sustento debe ser una inequívoca situación de necesidad o seguridad pública;

- 6.- Que sea jurídicamente posible; y,
- 7.- Que sea determinada o determinable, cuando menos. Las facultades delegadas ya figuraron en las Constituciones de 1926, 1834, 1839 y 1920 y responde a un sistema de colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo sobre todo para leyes urgentes o técnicas como son los Códigos.

REGIMEN MUNICIPAL

Alfredo Quispe Correa

Noción de Municipio. Elementos, organización y funciones esenciales. Los antecedentes nacionales: su internalización. La República: del Estatuto Provisorio a la Carta de 1933. La Ley Orgánica de 1892. El Decreto Ley No. 22250. La Constitución 1979. El gran debate: crisis del municipalismo.

NOCION DEL MUNICIPIO

José Pareja y Paz Soldán dice, respecto al Municipio, que "...se le podría definir como una comunidad de familias vinculadas por relaciones de vecindad dentro de los límites de un territorio y con capacidad para construir un gobierno local"(1). Considera asimismo que el "...Municipio surge de la convivencia de familias que residen en un territorio determinado —la base territorial es esencial—, y que tienen plena conciencia de esa comunidad y de afrontar y resolver los problemas que se creen"(2). Dentro de esa noción de municipio, observamos que los vocablos comunidad y vecindad, constituirían características esenciales de la institución; Si por comunidad entendemos una vinculación muy estrecha, fundada en intereses conscientemente compartidos, debemos convenir que en la ciudad moderna, más que en comunidad viven extraños con intereses divergentes, que no radican permanentemente sino por períodos cortos —fenómeno de la migración creciente—, manteniéndose eso sí, las relaciones de vecindad, que son aleatorias, temporales y no siempre lo suficientemente fuertes como para constituir una comunidad. De este hecho nos hablarán Austin Mac Donald(3) y Fernando Albi(4), a quienes volveremos al final de este trabajo.

El Municipio ha sido considerado como una institución capaz de imponerse a la voluntad del Estado, "...puesto que existe aún sin que se le reconozca", nos dice Alvaro Copete Lizarralde(5). Opinión que comparten la gran mayoría de tratadistas sobre la materia. Citamos nuevamente al doctor Pareja y Paz Soldán: "Dentro del régimen del estricto centralismo del Imperio Incaico, no existió la institución del Municipio, el que es esencial en la vida

-
- (1) Pareja y Paz Soldán, José. "Temas Constitucionales y la Constituyente" — Editorial Andina SCRL. Lima, 1978. Pág. 57.
 - (2) Pareja y Paz Soldán, José. Ob. Cit. Pág. 57.
 - (3) Mac Donald, Austin F. — "Gobierno y Administración Municipal". — Fondo de Cultura Económica — México, Buenos Aires. 1959.
 - (4) Albi, Fernando, — "La Crisis del Municipalismo". — Instituto de Estudios de Administración Local. — Madrid. 1966.
 - (5) Copete Lizarralde, Alvaro. — "Lecciones de Derecho Constitucional". — Ediciones Lerner. — Bogotá, 1960. — Pág. 383.

democrática y en la organización administrativa de un país y precede al Estado que no lo crea, sino que simplemente lo organiza jurídicamente y le da la autonomía necesaria para que cumpla sus funciones”(6).

La explicación de esta coincidencia, la de estimar al municipio como un ente que antecede al Estado, surge de la evaluación de las fuentes griegas y romanas, con su proyección hacia los modelos franceses e ingleses; ello justifica la sorpresa de no hallar dentro del Incario institución que se le pareciera. Y nos sorprenderíamos más si descubriéramos que en los Estados nuevos, nacientes, que acaban de surgir a la vida independiente, el municipio no ha sido el precedente obligado. Es necesario señalar que ubicado en esa línea, municipio anterior al Estado y democracia municipal desarrollada a extremos rousseauianos, se encuentra el maestro Mario Alzamora Valdez, cuya obra inspira muchas de estas líneas (7).

Nosotros no consideramos al Municipio anterior al Estado, en cualquier sistema político; o que su concepción original pueda sobrevivir en el mundo contemporáneo; ni que pueda llevarse a la práctica un radical ejercicio democrático del Poder; ni que no deba alterar su modelo tradicional, para situarlo como institución eficiente, en lugar de seguir repitiendo lineamientos que han sido impuestos por un liberalismo a ultranza. El municipio, como desarrollaremos en otras páginas, ha sufrido el impacto de una sociedad que evoluciona incesantemente, que requiere de ingentes recursos y territorios vastos para desarrollarse. La ciudad de diez mil personas, como quería Rousseau, o de cinco mil, como anhelaba Platón, no pasa hoy de ser una quimera.

ELEMENTOS, ORGANIZACION Y FUNCIONES ESENCIALES

La noción del Municipio nos lleva a identificarlo con el Estado y, en consecuencia, estructuralmente, a encontrar los mismos elementos: un territorio o espacio físico, una población y un poder, municipal no político. Decimos esto, porque el poder político es una fuerza creadora, primigenia, mientras que el poder municipal es una fuerza derivada, su existencia y vigor depende del poder que se encuentra en la cúspide de la pirámide estatal.

Es prudente anotar que también posee un fin, que no es otro, que el Bien Común, que “...no sólo exige la satisfacción de las necesidades nacionales, que también es primordial atender las exigencias de la colectividad en punto a servicios locales”(8). El Bien Común que es la creación de un medio que facilite la realización del hombre, se busca en todos los niveles, tanto en el estatal como en el municipal, para evitar contradicciones. Al poder municipal, a pesar de

(6) Pareja y Paz Soldán. – Ob. Cit. Pág. 56.

(7) Alzamora Valdez, Mario. – “Derecho Municipal”. – Lima. 1972.

(8) Copete Lizarralde, Alvaro. – Ob. Cit. 384.

haberlo connotado como derivado o de simple administración, se le reconoce autonomía, cuyas características esenciales, como nos previene Alzamora Valdez, son las siguientes: elección de sus autoridades, organización de los servicios públicos locales y prestación de los mismos, creación e inversión de las rentas y garantías que sólo en la vía judicial se puede controvertir sus resoluciones(9).

Greca(10), considera que la autonomía municipal es un péndulo entre la democracia y los regímenes autoritarios; éstos, la niegan. Pero el mismo autor admite que si bien su jurisdicción puede ser más amplia en términos de servicios, su direccionalidad se ve limitada por el Estado, a cuyos planes tiene que someterse. Podemos decir que aquí reside, fundamentalmente, la controversia sobre la existencia tradicional del municipio. En “El Vecino y el Gobierno Local”, se llega a sostener que la autonomía es el derecho de los municipios para normarse así mismo(11). La pregunta, o las preguntas que afloran de inmediato, son las siguientes: ¿es posible una autonomía tan extensa que permita la existencia de tantas organizaciones municipales como municipios hayan en el país? ¿Esta autonomía organizativa no conduciría a un caos por la heterogeneidad de modelos aprobados: ¿Pueden tener tanta autonomía como para crear e invertir sus rentas? .

Greca nos decía que el municipio debe someterse al Estado. Nadie podrá poner en duda la vocación municipalista de este autor. Nadie tampoco podrá dejar de reconocer la importancia de la planificación en la sociedad contemporánea. Por lo que es oportuna otra interrogante: ¿la autonomía municipal no colisiona con la planificación estatal? . Para los partidarios de la libre iniciativa y enemigos de la planificación, contestarán que es mil veces preferible la autonomía, para lo cual se sustentarán en la democracia y en el respeto a la dignidad humana, sin importarles los resultados, la anarquía. Nosotros creemos que es necesario usar la razón para darle un sentido humano al mundo en que nos ha tocado vivir. Vivimos un mundo irracional porque no hemos tenido capacidad para prever el porvenir y hemos dejado que el azahar sea la fuerza determinante de la conducción política.

Respecto a la organización, tanto Bielsa(12), como Alzamora Valdez en su obra varias veces citada, precisan que los órganos de la administración municipal son dos: uno deliberante, colegiado, representante de los municipios... otro es el

(9) Alzamora Valdez, Mario. – Ob. Cit. – Pág. 101.

(10) Greca, Alcides. – “Derecho y Ciencia de la Administración Municipal”. – Imprenta de la Universidad. – Santa Fe. 1937.

(11) “El Vecino y el Gobierno Local. Bases para una Legislación Municipal”. – Colegio de Abogados de Lima. – Cartillas de Difusión Jurídica. – Editorial Universitaria. Lima, 1966.

(12) Biela, Rafael. – “Compendio de Derecho Público”. – Buenos Aires. 1952. – Cap. XIV. – Págs. 372-380.

intendente, que es el de ejecución. En nuestro medio, la Asamblea Municipal, o Legislativo en miniatura, y el Alcalde, o Ejecutivo, constituyen la organización adoptada. En ambos modelos, el ideal escogido ha sido el Estado, con Legislativo, Ejecutivo, Separación de Funciones, etc. La realidad nos demostrará que esta organización es inoperante. Bástenos decir que el parlamentarismo se bate en retirada, dejando en su lugar un Ejecutivo cada vez más independiente, fuerte, rápido en sus decisiones. La copia ha elegido un modelo que viene siendo abandonado en el mundo entero.

Entre las atribuciones esenciales, según Bielsa, anotamos: a) Policía y b) Servicio. Policía de Moralidad y de Costumbres, Seguridad (Edificación, Tránsito). Y Servicios, como sanidad, cultura. Se anota una tendencia a municipalizar los servicios públicos, que marcha pareja a esa otra tendencia de querer estatizarlo todo.

ANTECEDENTES NACIONALES: SU INTERNACIONALIZACION

Es evidente que no existió en el Incario, institución parecida a la municipal. No especularemos si en su sistema era funcional o no dicha institución. Digamos simplemente que con la conquista llega la institución municipal a tierras americanas, mediante los Cabildos, "...que tenían entre sus funciones la justicia, la policía de seguridad, la salubridad, educación primaria, beneficencia, control del comercio y el tráfico(13).

España recoge de otros países de Europa, la organización municipal; al trasladarse a otras tierras, por transculturación o conquista, por violencia o medios pacíficos, la transplanta: los cabildos fueron los primeros gobernantes de las ciudades, bajo el régimen colonial, y hasta prolongaron su existencia más allá de la independencia, en las repúblicas que nacían libres. Bueno es recordar que el fenómeno de la independencia no significa para las repúblicas latinoamericanas, un cambio sustancial en la conducción política. Se rompe el cordón umbilical con la metrópoli, pero se mantiene la misma organización política, social, económica en los nuevos Estados. Y el grupo social que detenta el Poder lo mantiene, con nuevos lemas, con ideas diferentes y sobreviviendo en los viejos moldes societales. Por eso no extraña que los Oidores, que muchos miembros de las Audiencias, explicables en el régimen colonial, sobrevivieran impertérritos en un nuevo régimen que, teóricamente, los negaba. Entre ellos, Adelantados, Gobernadores, Intendnetes y Cabildos a quienes, el cambio de situación, sólo les hizo perder la dirección pero mantuvieron el control de la organización, como se verá al analizar el Estatuto Provisorio.

Los Cabildos eran nombrados por el Virrey; en alguna oportunidad eran

(13) Greca, Alcides.— Ob. Cit. Pág. 81.

elegidos, como en la época de Abascal (1812), más sólo eran votantes quienes poseían propiedades, títulos, rentas, requisitos que excluían a los vencidos. Posteriormente, los Notables de los Cabildos, compraban públicamente en subasta sus cargos, o los recibían como pago de favores. El Siglo XVI conoce otra fuente de provisión para las regalías del monarca. Los Cabildos Abiertos fueron, en cierta medida, una medida que hoy podríamos juzgar avanzada. Se reunía el pueblo, con las limitaciones que hemos establecido, para elegir representantes o para adoptar acuerdos que obligaban a las autoridades. Como se realizaban de vez en cuando, y sólo en las postrimerías de la colonia, es difícil evaluar su importancia.

En la República tampoco ha habido oportunidades de elegir a las autoridades ediles; en nuestra historia republicana, una o dos oportunidades han servido para demostrar la bondad del sistema electoral al de designación, por los controles internos que implica. También podemos anotar otros rasgos sobrevivientes de la Colonia: la del funcionario público que medra entre regímenes distintos, contradictorios; le ha quedado, a muchos, la “habilidad colonial del oidor” de saltar sin vergüenza de la Colonia a la República o de un régimen socialista y libertario a otro de signo adverso.

LA REPUBLICA: DEL ESTATUTO PROVISORIO A LA CARTA DE 1933

El primer documento que sirve como partida a la naciente república es el Estatuto Provisorio, promulgado el 8 de octubre de 1821. En su Sección Sexta, artículos del uno al tres, se establece y organiza la institución municipal, señalándose expresamente que “Las Municipalidades subsistirán en la misma forma que hasta aquí, y serán presididas por el Presidente del Departamento”(14).

A continuación vamos a señalar, someramente, los artículos pertinentes a las municipalidades, desde la Constitución de 1823 hasta la de 1920, reservando un comentario especial a la carta de 1933. Con este fin, usaremos el texto que dirigiera Víctor Villavicencio Cúneo, que hemos citado y del reciente libro de Vicente Ugarte del Pino(15).

Las Constituciones que contienen a la institución municipal, son: la de 1823, en su Cap. X, Poder Municipal, artículos del 138 al 147; la de 1828, Título VII, Municipalidades, artículos del 140 al 143; la de 1834, Título VII,

(14) “Municipalidades. Bibliografía y Guía Legislativa.”— Dirección: Víctor Villavicencio Cúneo. Biblioteca de la Cámara de Diputados.— Sección Informaciones. Servicio de Referencias.— Lima, 1958.

(15) Ugarte del Pino, Vicente.— “Historia de las Constituciones del Perú.”— Editorial Andina.— Lima, 1978.

Municipalidades, artículo 137; Constitución de 1856, Título XV, Municipalidades, artículos 114 al 117; Constitución de 1860, Título XV, Municipalidades, artículo 115; Constitución de 1920, Título XVI, Administración Municipal, artículos del 141 al 142. Las Cartas de 1826 y 1839, no legislan sobre el Municipio. Como caso curioso podemos anotar que el artículo 142 de la Carta de 1823, determinaba que “los Alcaldes son los Jueces de Paz de su respectiva población”; curiosa por lo edénica, por lo de vida apacible que supone, tranquila, campesina, que es difícil reactualizar hoy, como algunos quisieran. En la actualidad, el Juez de Paz debe ser un letrado y cada servicio estatal debe ser prestado por un técnico.

En el año 1946, así como en el año 1961, no se realizaron elecciones municipales, a pesar de contarse con la ley electoral No. 10733 y el Estatuto Electoral(16). En el régimen de Belaúnde (1963-68), los munícipes fueron elegidos, hasta la dación del Decreto Ley 18017 que suspendió este derecho del pueblo, retornándose a la designación por el Ejecutivo. Restituir ese derecho es una de las prioridades que deben consignarse en cualquier programa de reivindicación ciudadana.

La Constitución Política del año 1933 estableció, en su Título X, de la “Administración Departamental y Municipal”, en su Capítulo II, los Concejos Municipales, con los siguientes lineamientos: existirían Concejos Municipales en las capitales de provincias y de distritos y en los pueblos que determine el respectivo Consejo Departamental. A las mujeres se les concedía el voto municipal, derecho que no pudo ejercer porque no se realizaron elecciones, pero en el año 1955 por ley 12391 se hizo extensivo el derecho del sufragio político a la mujer, reparándose una injusticia.

En cada Concejo Municipal del Distrito, y en aquellos que se cree por acuerdo del Consejo Departamental, las comunidades de indígenas (hoy denominadas campesinas), tendrían un personero designado por ellas, en la forma que estableciera la ley. Los Concejos Municipales Provinciales tenían autonomía administrativa y económica en el ejercicio de sus funciones, dentro de la ley, aparte de las siguientes limitaciones: que los Concejos Departamentales deberían resolver en última instancia, sobre los asuntos administrativos de los Concejos Municipales, atribución que asumió el Ministerio del Interior por inexistencia de los Concejos Departamentales y, aprobar los presupuestos de los Concejos Municipales Provinciales, así como conocer el de los Concejos Municipales Distritales, cuando estos ocurran en revisión. El DL 19864, artículos 69, 71 y 72, otorgó al Concejo Provincial, la facultad de integrar los presupuestos en sus Distritos, estableciendo la unidad de Caja. Y, por Circular No. 79 de fecha 28 de abril de 1972, con registro No. 522-44-47, el Ministerio del

(16) Pareja y Paz Soldán, José.- “Derecho Constitucional Peruano”.- 5a. Edición.- Studium. Lima, 1973.

Interior precisó que los Concejos Distritales dependen administrativamente del Provincial, debiendo cumplir con sus reglamentos y acuerdos; los Distritales deben presentar sus presupuestos al Provincial y éste supervisar a los Distritales, con lo que cualquier duda sobre estructura jerárquica quedaba definitivamente resuelta. Finalmente, agreguemos que la Constitución del 33, repitiendo a muchas de las anteriores legislaciones, extendía al municipio hasta pequeñas unidades territoriales (caserío, poblado, comunidad), lo que en la fecha resulta contraproducente, como veremos más adelante.

LA LEY ORGANICA DE 1892

Es un conjunto de normas que aún tiene vigencia en el país, aunque ha sufrido profundas transformaciones. En la “Legislación Municipal”(17), publicación del Concejo Provincial de Lima, que no es frecuente, apareció tanto la ley como el Reglamento Interior del Concejo, aprobado el primero de junio de 1916, siendo don Luis Miró Quesada, Teniente Alcalde del Municipio, el que se hizo de cumplimiento obligatorio para los Concejos Distritales de Lima y de imitación forzosa para otros municipios del país. El D.L. 19864, correspondiente al Presupuesto Bienal del Sector Público, en su Cap. VII, referente a “Normas Especiales para la Ejecución del Volumen V, Gobiernos Locales”, introdujo la figura de la integración presupuestal comprendiendo al Concejo de Lima con los Concejos de su área (Art. 69), y el principio de la “Unidad de Caja”, art. 71, con lo que se convirtió al Concejo Provincial de Lima, en una unidad de administración de alcances metropolitanos. El art. 72 del citado Decreto Ley, abrió la posibilidad para que otros Concejos Provinciales de la República, pudiesen integrar sus presupuestos, al igual que Lima. Nosotros hemos compartido este punto de vista de organización técnica, estrictamente gerencial, pero la escasa difusión de sus bondades y una explicable deficiente aplicación, generó el rechazo de los vecinos, al considerar que el pago de los impuestos servían de beneficio ajeno y no propio del contribuyente.

En la Ley de 1892, el Alcalde era una figura simbólica, mientras los Síndicos, el de Gastos y el de Rentas, eran los personeros y verdaderos ejecutores de la política municipal. Diseñaba un cuadro de Inspectores que comprendía a los de Instrucción, de Puentes y Caminos, de Higiene y Vacuna, de Policía, de Estadística, de Estado Civil, de Mercados, de Aguas, de Obras, de Espectáculos Públicos y de Beneficencia. Admitía la posibilidad que se crearan otras inspecciones, conforme a las exigencias de la zona. Entre las atribuciones principales de las inspecciones, tenemos: el aseo, la salubridad, la provisión y conservación de los manantiales, inspección de las vías públicas, el ornato de las poblaciones; a los servicios locales como alumbrado público, baja policía; a la instrucción primaria (atribución que pasaría al Gobierno Central desde 1905), al

(17) “Legislación Municipal”.— Concejo Provincial de Lima.— Lima, 1974.

fomento de sociedades que protejan el progreso de las ciencias, artes industriales y liberales, a los Registros de Estado Civil y Estadística, a la conservación y propagación del fluído vacuno, a supervisar el servicio de los carruajes públicos, a reglamentar los espectáculos públicos, a votar los arbitrios municipales.

Esta ley, a medida que la Capital fue convirtiéndose en un centro urbano complejo y poblado, tuvo que ser modificada: tránsito fue encargado a las Fuerzas Policiales, mientras que Transporte lo asumió un Ministerio, la facultad de aprobar arbitrios fue alterada con la aprobación del Código Tributario, al comprender el arbitrio dentro del término genérico tributo, lo que sólo podía hacerse mediante ley. Las leyes relativas a las remuneraciones, uniformaron el sistema en el Sector Público y, en consecuencia, involucraron a los trabajadores municipales.

La ley 11377, conocida como el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, rige para los trabajadores del Gobierno Central, Gobierno Local e Instituciones Públicas Descentralizadas, con excepción de las empresas públicas. También señala el status del trabajador municipal. Lo que revela que la autonomía de los municipios, no era tanta. Y que el Gobierno Central fue asumiendo cada vez mayores atribuciones del Gobierno Local. ¿Preguntémonos si éste era un fenómeno natural o malos deseos de la autoridad respecto al Municipio?

El Ministerio de Vivienda tuvo a su cargo, por un tiempo, todo lo relativo a licencia de construcción; habiendo retornado esta facultad, a medias, a los Concejos. Precisemos, como veremos más adelante, que la nueva Carta Política ha replanteado el esquema municipal, volviéndolo a hacer centro del gobierno local y restableciendo las funciones que figuran en esta ley.

EL DECRETO LEY No. 22250

El Decreto Ley 22250(18), promulgado el 28 de julio de 1978, deroga a la Ley Orgánica de Municipalidades, pero difiere su vigencia, conforme a la primera Disposición Transitoria, para después de las Elecciones Municipales, dentro de los quince días de promulgada la ley electoral correspondiente; obviamente, se refiere a la Ley de Elecciones Municipales, que no se ha promulgado hasta la fecha, por lo que tampoco se han convocado a elecciones municipales, con lo que ha quedado vigente la vieja Ley Orgánica de Municipalidades, criticada por todos los sectores. Parece que existe un consenso por convocar a elecciones después de las generales que se realizarán en Julio, con lo que entraría en plena vigencia una ley a los dos años de haber sido promulgada y publicada.

(18) "Normas Legales".— Tomo 91.— 4a. Bimestre. 1978. Págs. 155-70.

Entre la opción democracia o técnica, el Decreto Ley 22250 escoge la democracia a ultranza, pretendiendo construir un poder municipal desde las bases, no sólo en cuanto se refiere a la elección de Regidores y Alcaldes, sino a la participación constante del vecino en la toma de decisiones municipales. Insistimos, esta ley tiene aspectos muy positivos, pero debe enmendarse la concepción participatoria extrema en aras de una administración municipal eficaz.

A grandes rasgos, determina: que cada municipio se regirá por el Reglamento que él mismo se dicte, de acuerdo a la población, capacidad económica y características de las regiones en que se encuentren. Ahora bien, si pueden haber Concejos Municipales en Provincias, Distritos, Pueblos, Núcleos Rurales, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, tenemos derecho a esperar multiplicidad de Reglamentos y la consecuente "heterogeneidad" de los mismos. Este hecho bastaría para pensar en organizar el Municipio a nivel provincial, para que éste dicte un reglamento obligatorio para los concejos distritales de su jurisdicción. Sólo en los distritos de Lima, a manera de ejemplo, se presentan diferencias notables cuando se zonifica entre Distritos vecinos, no existiendo más separación geográfica que una berma central; o cuando se liberaliza la facultad de cobro de impuestos. Si ello conduce a conflictos "vecinales", imaginemos lo que puede suceder entre comunidades nativas y núcleos rurales. En lugar de unificar, dispersamos; lo prudente es cohesionar, más ahondamos las diferencias. El núcleo de administración municipal debe ser el provincial y dejar que los municipios periféricos de su jurisdicción sean simples administradores o prestadores de servicios esenciales, como Registros Civiles.

Desde la perspectiva de los costos, éstos tienden a reducirse dentro de la concepción metropolitana, mientras se agrava en la concepción de esta Ley y en la de la Constitución "79", al multiplicar infraestructuras y al hacer uso relativo de la capacidad instalada. Este fenómeno se aprecia en el servicio de limpieza pública, en la que, pudiendo hacerse con un número determinado de unidades para cubrir un área extensa, cada Distrito prefiere tener su propia flota, desperdiciando su capacidad en un territorio pequeño. Entre las incongruencias que se nota, entre los límites de un Distrito a otro, es que, calle por medio, un municipio da servicio a su vecino, y se lo niega al del frente porque no es su jurisdicción. La integración a nivel provincial tendría esta ventaja: uso máximo de su parque automotor y servicio indiscriminado. Aparte que podría planificar el desarrollo urbano a nivel metropolitano, superando ese espectáculo que significa ver calles frustradas en su trazo, o cortadas por capricho de un Inspector, al no integrarse la comunicación vial en un proyecto de mayor envergadura.

El Decreto ley 22250, define al Municipio como una comunidad de familias vinculadas por razones de vecindad, dentro de los límites de un territorio y con capacidad para construir un gobierno local. Esta definición resume los elementos del municipio: población, territorio, poder, que hemos analizado anteriormente. El Decreto ley citado, atenúa el impacto de la

democratización intensa y extensa, cuando sostiene que los Concejos Provinciales prestarán directamente los servicios comunes de los Concejos de su jurisdicción, mientras que los Concejos Municipales Distritales, deben coordinar las actividades de los Concejos Municipales de los pueblos, núcleos rurales, comunidades nativas y campesinas.

El Concejo Municipal Distrital se integra por una Asamblea Municipal compuesta por los regidores y, el Alcalde, que ejerce la función ejecutiva. Son elegidos por sufragio directo, por un período de tres años y no pueden ser reelegidos hasta pasado un período. En cambio el Concejo Municipal Provincial, que tiene idéntica composición tiene un origen distinto, porque se los elige por votación indirecta. (El art. 253 de la Constitución 79, ha modificado este dispositivo, al determinar que Alcaldes y Regidores serán elegidos por sufragio directo).

Como una institución de democracia directa, que la Carta 79 no recogió para otros cargos políticos, la ley sanciona la revocatoria (art. 28), para los casos de ausencia por más de treinta días sin autorización (art. 26, inc. b); o por sobrevenir algunas de las causales contempladas en el art. 25, inc. c): ser funcionario del Sector Público Nacional, tener vinculación con sociedades que tengan concesiones, ser deudor del municipio por incumplimiento de contrato, ser pariente de los elegidos, los que hayan sufrido condena judicial por delito doloso o contra quienes se hayan dictado auto de detención definitiva. La revocatoria se solicita ante el Jurado Nacional de Elecciones, por un número no menor del 20o/o de electores que hubiesen sufragado. Corresponde al Jurado convocar a un plebiscito (otra figura de la democracia directa), la que se considera efectuada si votan por ella más de la mitad de los electores.

La Asamblea Municipal Distrital, pequeño Parlamento, tiene en sus manos el gobierno. Elige un Presidente por un año, cargo no reelegible. Se ha querido establecer una separación de poderes entre el Alcalde y la Asamblea, con orígenes distintos y atribuciones diferentes. La experiencia, en cambio, enseña, que lo que se dará, en la mayoría de los casos, es un “conflicto de poderes” entre el “Presidente” de la Asamblea y el “Alcalde”. Estamos frente a un miniparlamento con poderes excesivos, cuando debió haberse planteado un modelo “presidencial” o “gerencial”, es decir la primacía del gobierno municipal (Ejecutivo, Alcalde), sobre la Asamblea.

La Asamblea Municipal Distrital tiene las siguientes atribuciones: dictar medidas, derogar ordenanzas, proponer creación o alteración de tributos, participar en la fijación de tarifas de servicio público, aprobar el presupuesto y el balance, autorizar programas de obras y de servicios, autorizar la creación de empresas municipales, aprobar el Reglamento Interno, contratar empréstitos y emitir bonos. Corresponde a la Asamblea Municipal Provincial, según el art. 37, dictar su propio reglamento y pronunciarse sobre los de los distritales, revisar los proyectos referidos a tributos, determinar los servicios comunes, revisar y aprobar los presupuestos y rendiciones de cuentas, etc. Como se aprecia, todo el

poder reside en el Distrito, cuando debió haber sido a la inversa.

Un freno a la facultad de aprobar tributos es la exigencia de la convalidación legislativa, (la del contribuyente) y a las futuras generaciones.

El cargo de Alcalde es a dedicación exclusiva. Y será rentado cuando la población exceda los cincuenta mil habitantes. Este aspecto es muy importante, pues se logra: que no sea un cargo honorífico al que se dedica unas cuantas horas al día, mientras la mayor parte las absorbe en negocio particular y que personas de situación económica humilde puedan acceder a estos cargos, con lo que creemos se ha democratizado la función municipal.

El art. 48 constituye un notable avance, al sancionar la acción popular, mucho antes que se dictara la carta "79". Ella opera ante el Poder Judicial y contra las resoluciones, acuerdos y actos municipales contrarios a la Constitución y las leyes. Se consagra también el derecho de iniciativa, lo que es otro avance, a los vecinos. Y se configura la cooperación de los vecinos de manera voluntaria, con su trabajo, para la ejecución de obras y servicios de interés común, reconociéndoseles por ese esfuerzo unos "Bonos de Ayuda Municipal", con los que se podría compensar tasas municipales. (Art. 56). En un país deficitario de capitales, esta es una forma de superar la deficiencia, al estimular la cooperación vecinal en obras de interés general. El art. 57 trata de atenuar la autonomía municipal, al disponer que los planes deben concordar con los elaborados por el Sistema Nacional de Planificación. Para garantizar la continuidad de la acción municipal, los planes sólo podrán modificarse por los dos tercios de la Asamblea.

En lo relativo a higiene, alimentación, salud, educación, construcción y seguridad pública, vivienda y otros servicios, el municipio tiene que concordar su acción con la del Sector del Gobierno Central a que corresponde lo que significa otra disminución de su autonomía municipal, lo que nos parece atinado, sobre todo porque reconoce la realidad sobre la que se desenvuelve la administración y no insiste en ajustarla a la teoría. Los servicios públicos pueden ser prestados por el Concejo en administración directa, empresas autónomas municipales, asociación con usuarios, empresas mixtas, bien con el Estado o particulares, o por concesión. La ley propone la creación de un "Instituto Nacional de Fomento Municipal", con el objeto de estimular y fortalecer económica y administrativamente la acción municipal y su relación con los organismos públicos; y la Banca Municipal, que es otra de sus instituciones, para procurar un mejor ordenamiento del régimen económico, financiero y social de los municipios. Como bien señala, la Tercera Disposición Transitoria, la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima, creada por ley 10769, deberá asumir progresivamente las atribuciones del Banco, lo que viene haciendo, pues a la fecha ha diversificado sus operaciones y de simple caja de préstamos pignoraticios ha pasado a cobranzas, ahorros, depósitos a plazo fijo, así como a servir de intermediario financiero entre grandes empresas estatales y pequeños comerciantes, industriales, artesanos. La ley dispone, finalmente, que los Concejos se reúnan periódicamente para coordinar su acción, mediante los Congresos Municipales.

La Constitución reciente(19), establece en su Capítulo XII, "De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales", lo siguiente: las municipalidades son los órganos del gobierno local, tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La administración municipal se ejerce por los Concejos Municipales provinciales, distritales y los que establezca la ley (art. 252). Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por los vecinos de la respectiva jurisdicción. Los extranjeros residentes por más de dos años continuos pueden elegir y ser elegidos, salvo en las municipalidades fronterizas. El Concejo Municipal consta del número de regidores que señala la ley, de acuerdo con la población correspondiente. Es presidido por el Alcalde y, cuando el número de regidores es de cinco o más, se da representación a las minorías. (Art. 253).

Las municipalidades son competentes para: acordar su régimen de organización interior, votar su presupuesto, administrar sus bienes y rentas, crear, modificar o suprimir contribuciones, arbitrios y derechos; regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito; organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales; contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administren directamente; planificar el desarrollo de sus circunscripciones; y ejecutar los planes correspondientes, así como las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a la ley. (Art. 254). Podemos anotar el excesivo reglamentarismo constitucional, que llega a señalar el número requerido para la presencia de las minorías; modificar el D.L. 22250, especialmente en lo que se refiere a la elección directa; peligrosamente rompe con la tendencia establecida en el Código Tributario, que señala que sólo por ley se puede modificar tributos, para dejar al concejo a su libre albedrío; asume la regulación del tránsito, con lo que se debilitará un Sector importante del Gobierno, aparte de generar cierta anarquía porque cada Concejo regulará el tránsito a su leal saber y entender; al planificar el desarrollo de su circunscripción, fácil es imaginar la heterogeneidad de modelos y de conflictos que se van a presentar en cada distrito.

Las municipalidades provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente: zonificación y urbanismo; cooperación con la educación primaria y vigilancia de su normal funcionamiento; cultura; recreación, deporte, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, en coordinación con el órgano regional; cementerios; y los demás servicios cuya ejecución no esté reservada a otros órganos públicos y que tienen a satisfacer necesidades colectivas de carácter local. (Art. 255).

(19) "Constitución Política del Perú".- Edición Oficial.- Imprenta del MEF.- 1979.

Las municipalidades también promueven, apoyan y reglamentan la participación de los vecinos en el desarrollo comunal. Entre los bienes y rentas del municipio se considera a los tributos que gravan el valor de predios urbanos y rústicos de su circunscripción; las licencias y patentes que gravan el ejercicio de las actividades lucrativas y profesionales; el impuesto de rodaje; los recursos nacionales que se le transfieren para la atención de los servicios públicos descentralizados; la contribución por peaje, pontazgo y mejoras de las obras que ejecuten; el impuesto a la extracción de materiales de construcción; el impuesto sobre terrenos sin construir; los tributos que gravan la propaganda comercial y los espectáculos públicos; los productos de sus bienes y de los servicios públicos que presten; los arbitrios, derechos, contribuciones y multas; parte de la renta, eso sí, debe corresponder a los lugares en donde están ubicados los recursos naturales. Para la Capital de la República se establece un régimen especial que debe diseñarse en la Ley Orgánica de Municipalidades. Una cuestión que debió ir en la Constitución, dada su estructura reglamentarista, es la facultad de los Concejos Municipales para expropiar bienes y municipalizar servicios de interés común, con arreglo a las disposiciones sobre la materia. Felizmente esta atribución se conserva en el D.L. 22250, en el art. 86. Advertimos que nuestra diferencia sustancial con los dispositivos constitucionales y, en parte, con el D.L. 22250, reside no en que el Concejo tenga ciertas atribuciones, sino en la extensión de su jurisdicción, el territorio que comprende, la población que afecta. En otras palabras, si hay mil concejos distritales pues habrá, conforme a esta Constitución, mil reglamentos internos diferentes, mil cuadros tributarios diversos, mil planes de zonificación y urbanismo, con lo que, para no continuar, deberemos decir adiós a nuestros deseos de hacer del país una nación vertebrada. Para nosotros, cuestión que veremos en el capítulo siguiente, la unidad administrativa municipal debe establecerse a nivel provincial.

EL GRAN DEBATE: CRISIS DEL MUNICIPALISMO

En menor grado en el D.L. 22250, con mayor riesgo en la Constitución 79, observamos que sigue prevaleciendo en el país la concepción tradicional del municipio: hay una jerarquía que va del provincial, pasando por el distrital, hasta aquellos que se acuerden por ley. Esto nos ha llevado a pensar si una localidad puede crear tributos si tiene una población pobrísima que no puede pagárselos; si la regulación del tránsito debe hacerse en una unidad territorial pequeña.

Dos autores nacionales, en una reciente obra, dicen lo siguiente: "... una administración regional, desde ese nivel puede administrar los servicios esenciales con criterios distintos a los de una óptica meramente localista, frecuentemente menos racional"(20). O que, "El municipio puede y debe seguir existiendo. La implantación de administraciones regionales puede ser una ocasión adecuada para

(20) Zolezzi Chocano, Mario y Sánchez León, Abelardo.- "Municipalidad y Gobierno Local". El DL. 22250 en el tapete.- DESCO, 1979. Pág. 12.

redefinir sus funciones, derechos y atribuciones en relación a los poderes del Estado, empresas y organismos que han limitado su autonomía real, y crear las condiciones de una participación de los sectores populares, postergada por otros intereses de clase”(21). “...la administración municipal funciona a dos niveles que se yuxtaponen: la administración provincial y distrital (debió agregar el de comunidad y caserío, según creemos). Este hecho, de un lado dificulta un gobierno metropolitano y, de otro, hace necesaria la intervención de organismos públicos para poder atender la demanda de los servicios básicos”(22).

Preguntémos, como corolario de este trabajo: ¿puede un Concejo con escasos recursos y población dispersa y pequeña y con un territorio inhóspito, superar las grandes contradicciones sociales y los graves problemas sanitarios? ¿Otro Concejo de ingentes recursos dará su contribución al municipio pobre? Otras preguntas podrían ser formuladas. Lo que pasa es que muchos legisladores olvidan que vivimos un crecimiento urbano sin parangón en la historia. Olvida que la revolución industrial puso fin a las artesanías e industrias caseras, que los avocados pasan más tiempo en su trabajo que en su hogar, que hay un éxodo hasta ahora incontrolable del campo a la ciudad. ¿Se puede, con estas evidencias, insistir en el viejo esquema municipal, autónomo con atribuciones hasta para crear tributos? En ese sentido el D.L. 22250 tenía limitaciones que el Capítulo XII de la Constitución 79, ha pasado por alto. Esta idea, la de ir hacia Concejos metropolitanos, no es nueva, ya hasta se ha anunciado que “El gobierno municipal del futuro tendrá que basarse en una nueva teoría política si quiere evitar los errores del pasado”(23).

Repetimos, “...en los momentos actuales la vieja idea de la vecindad... se encuentra en crisis; carece absoluto de sentido; se halla en trance de desaparecer, y en muchos lugares ha desaparecido ya. Las condiciones que eran el soporte de la tradición, minadas por el desarrollo técnico, han conducido a una situación en que la solidaridad comunal significa cada día menos”(24).

Habría que preguntarse también “...si determinados servicios públicos se prestarán mejor adaptados a áreas arbitrarias o a otras racionalmente concebidas; si para ello será preferible sujetarse a directrices generales trazadas desde lo alto; y si convendrá utilizar organismos dotados de competencia general u otros que la posean específica”(25).

(21) Zolezzi Chocano, Mario y otros. – Ob. Cit. Pág. 16.

(22) Zolezzi Chocano, Mario y otro. – Ob. Cit. – Pág. 17.

(23) Mac Donald, Austin. – Ob. Cit. Pág. 143.

(24) Albi, Fernando. – Ob. Cit. Pág. 55-56.

(25) Albi, Fernando. – Ob. Cit. Pág. 71.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones, queremos acabar diciendo que debemos replantearnos totalmente la institución municipal, aprovechando la regionalización, situando al Estado en la cúspide de la sociedad política, la región como institución intermedia, y, el municipio provincial, como ente de administración a ese nivel; más abajo de la Provincial, el sistema sólo debe concebir simples Agencias Municipales prestando servicios básicos, como registros civiles, supervisión de la ejecución de la política del provincial, trámite. Ello implica modificar la Constitución, lo que parece ser su sino ineludible: nacida sin vida, cuando comience a vivir deberá ser replanteada, no sólo en cuanto a la municipalidad se refiere, sino en otras materias, como se desprende de la lectura de los otros trabajos que figuran en la presente obra.

Lima, Agosto de 1980

LOS PODERES POLITICOS DEL ESTADO EN LA NUEVA CONSTITUCION

Marcial Rubio Correa

Desde los inicios de la teoría de la división del poder del Estado en tres órganos(1), se ha reconocido que dos de ellos son fundamentalmente políticos (el Ejecutivo y el Legislativo), quedando el Poder Judicial como instancia funcional de aplicación de las leyes(2). La intención de este artículo es profundizar en la interrelación que la nueva Constitución peruana establece entre los dos poderes políticos, en la medida que su funcionamiento fluido y eficaz, puede colaborar al desarrollo de un clima crecientemente democrático.

El fenómeno de los gobiernos de facto ha sido particularmente agudo en el Perú y se debe a multitud de factores de la más diversa índole: sociológicos, políticos, psico-sociales, históricos, etc. No es nuestra intención entrar a un análisis minucioso en este momento. De entre todos ellos, sin embargo, es indudable que tiene un peso relativo el de la operatividad del gobierno diseñado constitucionalmente, en función de las urgencias del país.

Si unimos la necesidad de transformación de las injustas relaciones sociales existentes en el Perú, con la aspiración de una democracia creciente y consolidada, resalta la necesidad de obtener un régimen constitucional en el que los gobernantes elegidos tengan la posibilidad de ejercitar efectivamente el gobierno, implementando su programa propuesto al electorado.

Aún con el sistema de democracia representativa, sin componentes de democracia directa o semi-directa, es posible lograr un progresivo avance en esta línea con un sistema de gobierno adecuado. La Constitución de 1933, en los períodos 1945-1948 y 1963-1968 en que fue verdaderamente operativa, demostró su incapacidad de solucionar los impases existentes dentro de los diversos órganos del Estado o en sus interrelaciones. Es por ello interesante analizar las modificaciones introducidas en 1979, a fin de evaluar si contribuyen definitivamente a una mejor conformación de la cúspide política del sistema.

-
- (1) MONTESQUIEU.— *Del Espíritu de las Leyes*.— Madrid, editorial Tecnos, 1972. Segunda Parte; Libro XI; cap. VI. pp. 151 y ss.
 - (2) MERRYMAN, John Henry... *La tradición jurídica romano-canónica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1971. Caps. III, XIII y XV. A pesar de ser un libro de introducción general, es sumamente útil para apreciar la devaluación real que los modernos Estados de la familia romano-germánica han hecho de las funciones del Poder Judicial, por oposición a los de la familia anglosajona.

LOS TRES MODELOS CLASICOS

Duverger(3) de manera simplificada y Biscaretti di Rufia(4) con mayor profusión informativa, permiten comprender las estructuras básicas de los modelos clásicos de separación de los poderes, más allá de las particularidades normativas que asumen en cada Constitución positiva. No nos detendremos en la exposición detallada de cada uno de ellos porque bastan las referencias a sus obras, pero sí es indispensable señalar que, matices excluidos, no resulta irrelevante asignar en un sistema la censura ministerial al margen de la disolución del órgano de control, ni el monopolio legislativo de la Asamblea al margen del veto (u observación), ni la separación de Jefe de Estado y de Gobierno al margen de las atribuciones concretas del órgano legislativo, y así sucesivamente. En otras palabras, estas instituciones deben conjugarse armoniosamente, brindando adecuados pesos y contrapesos de tal manera que, en la hipótesis de un enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, se encuentre una salida razonable y adaptada a las circunstancias.

La evolución constitucional inglesa (iniciada algo antes del año 1,300 d. de C.) aportó el Parlamentarismo en una realidad donde la consolidación de un sistema bi-partidario lo ha hecho crecientemente viable. No ocurrió lo propio en Francia que a mediados de este siglo, sustituyó dicho sistema por uno de naturaleza mixta plasmado en lo que se ha dado en llamar la "Constitución Gaullista" de 1958-1962. Italia es otro ejemplo de inviabilidad del régimen parlamentario.

En ambos casos, ocurre que el parlamentarismo se yuxtapone con un sistema pluripartidario en el que la mayoría de votos sólo se obtiene con alianzas políticas frágiles, incapaces de sustentar gobiernos eficientes.

El sistema presidencialista apareció en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de hace poco más de dos siglos, y respondió a la necesidad que los Estados federados tenían, de hacer un gobierno federal relativamente débil, para que no los avasallara. Como señala Duverger: "es un matrimonio sin divorcio... no conduce necesariamente, como se cree demasiado a menudo, a un Gobierno fuerte"(5).

En definitiva, no se trata de ser "presidencialista", "parlamentarista" o "Gaullista" por razones teóricas. Cada modelo, y sus variantes, han tenido cuna en las realidades sociales y políticas que les dieron origen. Por tanto, son "inexportables". Dependen de qué se quiere, y cómo es el contexto en el cual se van a aplicar sus normas.

(3) DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, ediciones Ariel, 1970. Parte I; cap. II; sección II; párrafo 2; pp. 197 y ss.

(4) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México, F.C.E., 1975. Parte I; pp. 43 y ss.

(5) DUVERGER, Maurice... op. cit. pp. 211-212.

EL SISTEMA DE LA CONSTITUCION DE 1933

Más que un sistema mixto, era “ecléctico”: consideraba un Presidente y un Congreso elegidos ambos por el voto popular, es decir, con igual representatividad. En esto se parecía al régimen presidencial.

Sin embargo, otorgaba al Congreso el monopolio legislativo sin garantizar plenamente el derecho de observación de las leyes al Presidente(6) y, al mismo tiempo, permitía la censura ministerial sin otorgar la atribución correlativa de disolución de las cámaras. En adición, daba al Congreso inmensos poderes en materia de aprobación presupuestal, que restringían la capacidad del Presidente para implementar su programa de gobierno porque, como es sabido, el Presupuesto es el instrumento por excelencia para hacerlo y ello no puede verificarse cuando su elaboración y aprobación no pertenece al Poder Ejecutivo sino al Legislativo(7).

En resumen, el modelo de 1933 permitía funcionamiento armonioso de los poderes políticos cuando el Presidente y la mayoría parlamentaria pertenecían al mismo partido. Cuando ocurrió lo contrario (y así fue por distintas razones durante el gobierno del Dr. Bustamante y Rivero, y durante el primer mandato del Arquitecto Belaúnde Terry), el impase afloró y fue imposible de ser sobrepasado, llevando al país a un estancamiento de decisiones. El período 45-48 fue crítico por el final de la II Guerra; el de 1963-68 por la perceptible transformación social que operaba en el Perú desde mediados de la década del 50 y por la crisis económica que estalló en agosto de 1967(8).

Estos problemas debían ser resueltos en el nuevo texto constitucional y en la bibliografía peruana que hemos reseñado, en la que nos permitimos incluir un artículo nuestro(9), fueron analizados diversos aspectos a tomarse en consideración. El resultado final de la Constituyente fue un mecanismo similar en sustancia al de 1933, aunque con variantes que hubieran podido ser más positivas si todas hubieran avanzado el camino completo. Lamentablemente, varias de ellas quedaron en algún punto medio y ello les resta eficacia.

- (6) El tema de la observación de las leyes fue desarrollado en una tesis por Enrique Bernal. Puede verse un útil extracto en: BERNALES, Enrique... *El derecho de observar las leyes en la Constitución de 1933* en DERECHO, Lima, PUC, 1971. n. 29; pp. 20 y ss.
- (7) Ver: BERNALES, Enrique... *La Constitución de 1933 y la organización constitucional del Estado Peruano*; y, ALTHAUS, Miguel de... *La Reforma Constitucional en el Perú de hoy, a la luz de la experiencia histórica peruana y de elementos de Derecho Constitucional Comparado*. Ambos en *Revista de la Universidad Católica nueva Serie/3*; Lima, mayo de 1978.
- (8) PEASE, Henry... *El Ocaso del Poder Oligárquico*. Lima, DESCO, 1977.
- (9) RUBIO C., Marcial... *La encrucijada de una nueva Constitución*. En *Socialismo y Participación*, Lima, diciembre de 1978, No. 5.

EL MODELO DE LA CONSTITUCION DE 1979

Frente a la Constitución de 1933, la de 1979 introduce las siguientes modificaciones en relación a nuestro tema de estudio:

1. Observación de las leyes por el Presidente (art. 193).
2. Atribución expresa al Congreso de delegar la función legislativa en el Poder Ejecutivo (art. 188).
3. Iniciativa presupuestal en el Poder Ejecutivo salvo lo que respecta al Congreso (arts. 197-198 y 199).
4. Disolución de la cámara política (Cámara de Diputados), según los arts. 277 y siguientes.

Estos elementos deben compararse con los del modelo de 1933 a fin de analizar sus virtudes y defectos. Si bien todos son "inter-orgánicos"(10), necesariamente tienen que ver con algunos asuntos "intraorgánicos" que no son interés específico de este trabajo, pero que deberemos analizar en términos genéricos dentro de cada punto.

LA FUNCION LEGISLATIVA

En el sistema de 1933, el art. 124 otorgaba iniciativa en la formación de las leyes y resoluciones legislativas a:

- Los senadores,
- Los diputados,
- El Poder Ejecutivo y
- Los miembros del Poder Judicial por intermedio de la Corte Suprema en materia judicial.

La función legislativa estaba dada al Congreso por el inciso 1o. del art. 123o. Ninguna norma constitucional preveía expresamente su delegación en el Poder Ejecutivo (salvo los arts. 40o. y 49o. para emergencias y mientras ellas durasen). No obstante, en algunas oportunidades el Congreso hubo de rendirse ante las necesidades y otorgar dicha delegación por plazo determinado y con revisión por las Cámaras (especialmente la Ley 17044).

Como el Congreso era bicameral, cada una de las Cámaras debía aprobar los proyectos de ley. En caso de discrepancia entre ambas, se resolvía la aprobación o no aprobación en reunión conjunta de los senadores y diputados (art. 127).

A pesar de tener el componente burocrático del bicameralismo, el sistema elegido por la Constitución de 1933 permitía que el Congreso no paralizara su

(10) La terminología de lo inter-orgánico y lo "intra-órgano" está tomada de LOEWENSTEIN, Karl... *Teoría de la Constitución*. Barcelona, editorial Ariel, 1976. Parte II; caps. VI y VII.

función legislativa en caso de discordancia entre las Cámaras gracias al art. 127(11). Sin embargo, en los tiempos modernos, se tiende a considerar que aún con procedimiento legislativo expeditivo, los parlamentos son demasiado complicados, lentos y burocráticos para monopolizar la dación de normas legales. En este sentido, la no mención expresa a la delegación legislativa, era una omisión negativa en el texto.

Frente a ello, la Constitución de 1979 ha invertido los papeles: mientras el mecanismo legislativo bicameral se ha vuelto menos eficiente en el caso de discordancia entre senadores y diputados, se ha permitido la delegación de atribuciones legislativas.

La función legislativa sigue siendo atribución del Congreso de acuerdo al inciso 1o. del art. 186o. Sin embargo, el art. 188o. dice: "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.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley".

En sí, este sistema es razonable y moderno, en la medida que la complicación de la vida social, la creciente intervención del Estado (y especialmente del Poder Ejecutivo) en ella y la mayor rapidez que se requiere para aprobar la normatividad jurídica, aconsejan la delegación legislativa.

Sin embargo, hay hoy dos sistemas principales en torno a este punto: el primero consiste en dar la atribución legislativa genérica al Congreso y, por vía extraordinaria, permitir la delegación; el segundo, consiste en establecer constitucionalmente las materias en las que el Poder Legislativo de leyes(12) y encargar el resto de dicha tarea al Poder Ejecutivo (caso de la constitución francesa vigente).

Esta puntualización es importante por lo siguiente:

- Si la delegación de atribución legislativa en el Ejecutivo es extraordinaria, debe figurar como tal en la Constitución a fin de evitar que, mediante permanentes delegaciones, en los hechos la función legislativa descansa en el Ejecutivo. Paralelamente, la estructura del Legislativo tendrá que ser expeditiva como para poder dar la mayoría de las leyes, y el sistema de aprobación de normas tendrá que ser eficiente;

(11) Hay que tomar en cuenta, no obstante, que los senadores se oponían al sistema porque eran menos que los diputados y, lógicamente, primaría la posición de éstos. Ver: Chirinos Soto, Enrique: *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima, Editorial Andina 1979, p. 201.

(12) Estos campos, normalmente, son: derechos humanos y constitucionales; seguridad y defensa nacional; educación; leyes orgánicas del Estado; reglamentaciones constitucionales; normas penales y tributación.

- Si se elige el sistema de otorgar sólo determinados campos legislativos al Congreso, entonces su organización interna deberá estar orientada preferentemente al control político y no a la actividad legislativa, en la medida que el complejo de atribuciones del Ejecutivo es mucho más grande y, por tanto, es mayor la posibilidad de su extralimitación en el ejercicio del poder.

Sin embargo, nuestra Constitución de 1979 ha reunido algunas características negativas en torno a este problema (en los términos concretos en que se da el régimen), y que podemos resumir en lo siguiente:

- La delegación de atribuciones no es “extraordinaria” y, por tanto, puede verificarse en la mayoría de materias. Se permite concentrar, así, un considerable poder en el Ejecutivo, en cierta medida incompatible con el sistema de pesos y contrapesos de la separación de poderes.
- Si el Ejecutivo dicta la mayoría de las normas jurídicas, se recorta la participación de las diversas fuerzas políticas representadas en el Congreso, en lo referente a la discusión del fondo de las normas.
- Nuestro Congreso (más estrechamente la Cámara de Diputados), si bien tiene atribuciones de control político, está orientado preferentemente a legislar y, por tanto, su estructuración interna y manera de funcionamiento no tienen la capacidad de ejercitar un intenso control político sobre el Ejecutivo.
- Finalmente, el procedimiento legislativo del Congreso, en asuntos controvertidos, tiende a la parálisis antes que al dinamismo: la discordia entre las dos cámaras, no se resuelve en reunión conjunta como ocurría con la Constitución de 1933, sino que se establece un sistema de insistencias con votaciones cualificadas, que puede concluir en la imposibilidad de dar norma alguna sobre la materia:

“Artículo 192.—

....

Cuando una de las Cámaras desapruebe o modifique un proyecto de ley aprobado en la otra, la Cámara de origen, para insistir en su primitiva resolución, necesita que la insistencia cuente con los dos tercios de votos del total de sus miembros. La Cámara revisora, para insistir a su vez en el rechazo o en la modificación, requiere igualmente los dos tercios de votos. Si los reúne, no hay ley. Si no los reúne se tiene como tal lo aprobado en la Cámara de origen que ha insistido”.

En resumen, nuestro esquema constitucional permite, mediante ciertas circunstancias naturalmente, que mucha de la producción legislativa pueda ser hecha por el Poder Ejecutivo, con un Congreso estructurado principalmente para dar leyes, sin una capacidad eficiente de control político, y con un procedimiento de insistencias en caso de discordia entre las cámaras, que puede paralizar la normatividad. En circunstancias normales esto puede no hacer mella en el funcionamiento de los órganos, pero en casos de crisis que son precisamente los que la Constitución debe ayudar a resolver, se pueden presentar

serios impases que debiliten antes que consoliden la institucionalidad, porque los países subdesarrollados como el nuestro, precisan dinamismo antes que gobierno eventualmente paralizado

Luego de su aprobación, la norma debe ser promulgada por el Presidente de la República, el que puede observarla en un plazo de quince días comunicándolo al Congreso. En este caso el Poder Legislativo puede ratificar su norma, y superar la observación presidencial, con un voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara (art. 193).

El veto presidencial (u observación), es perfectamente adecuado y constituye una norma positiva en nuestra nueva Carta. Cuando ocurre que Legislativo y Ejecutivo tienen diferentes posiciones en referencia a algún asunto, el plan de gobierno del Ejecutivo puede verse entorpecido por legislación contraria a él. En este caso, el Ejecutivo tiene que tener posibilidad de defender sus proposiciones contra las normas de cada del Legislativo. Naturalmente, cuando más de la mitad de los miembros de cada Cámara insiste en su proposición, debe entenderse que en los términos de la democracia representativa, ella tiene trascendencia(13) y debe ser implementada.

En consecuencia, podemos concluir esta parte diciendo que en la Constitución de 1979, son positivas la introducción de la observación presidencial y de la legislación delegada. En referencia a esta última, sin embargo, la no mención de su carácter extraordinario, unida al procedimiento de aprobación de leyes y a la no agilidad parlamentaria en materia de control político, pueden llevar a serias distorsiones que resulten negativas para la institucionalidad de los poderes, en circunstancias de fuerte discrepancia sobre las normas a dar.

MATERIA PRESUPUESTARIA

Para la Constitución de 1933, el Presupuesto era una ley más, en cuya elaboración y aprobación el Poder Legislativo tenía ingerencia decisiva. No fue extraño por ello, especialmente en el período 1963-68, que muchos planes del Ejecutivo fuesen imposibilitados por el Congreso al aprobar la Ley de Presupuesto.

Por otro lado, el criterio de asignación de gastos, así como el de equilibrio presupuestal, no fueron precisamente exitosos en manos de los congresistas. A menudo se cometieron excesos en ambos aspectos, generando problemas a la posibilidad de gobernar ordenadamente el país.

- (13) En algunos casos del derecho comparado, la superación del veto presidencial exige votaciones calificadas mayores de los parlamentarios (60o/o; dos tercios; etc.). En esto, sin embargo, ocurre lo que en todo asunto que no tiene límite natural: el límite fijado siempre tiene una dosis de arbitrario.

Frente a ello, la Constitución de 1979 es más adecuada, corrigiendo los defectos.

En primer lugar, y salvo en la elaboración del Presupuesto del Congreso, “Los Representantes a Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar Gastos Públicos...” (art. 199). Se corrige así la fuente de muchos infortunios para el Fisco en el pasado.

En segundo lugar, la elaboración del Presupuesto es responsabilidad fundamental del Poder Ejecutivo. Es verdad que sufre un análisis y dictamen de la Comisión mixta parlamentaria a que alude el art. 197, pero lo que vota el Congreso es el Presupuesto total y no sus partes. Ello, unido a la carencia de iniciativa presupuestal de los representantes, implica la posibilidad de que sea el Ejecutivo el artífice principal de esta ley.

Añade una norma eficaz el art. 198: “Si el proyecto de presupuesto no es votado antes del quince de diciembre entra en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, el cual lo promulga mediante decreto legislativo”. Ello impide que la morosidad del Congreso pueda perjudicar el ejercicio presupuestal, como ocurrió muchas veces en el pasado.

Queda pendiente, y a nuestro juicio irresuelto, el problema de un voto negativo del Congreso sobre el Proyecto. Aparentemente no hay solución constitucional a este impase, pero en todo caso, se ha reivindicado correctamente para el Poder Ejecutivo, la posibilidad de estructurar el ingreso y el gasto fiscal en concordancia con sus planes y programas, dando al Poder Legislativo, fundamentalmente, atribuciones de control y de aprobación general. Es una alteración positiva frente a la Constitución de 1933.

LA DISOLUCION DE LA CAMARA DE DIPUTADOS

La Constitución de 1933 permitía la interpelación y censura ministerial, pero no la disolución de todo o parte del Congreso por el Poder Ejecutivo. Se planteaba así la posibilidad, actualizada en el período 1963-68, de que el Congreso censurara constantemente a los ministros creándose un impase entre Ejecutivo y Legislativo, en la medida que dichas censuras no implicaban, necesariamente, un cambio en la orientación de la política nacional. Este mecanismo, por lo tanto, tendía y tendió a la parálisis antes que al cambio en la orientación de la tarea de gobierno.

Tomada nota de esta situación, se hacía necesario introducir modificaciones en el sistema, bien eliminando la censura (a nuestro juicio, medida negativa), o bien incorporando la disolución del Congreso. La Constituyente escogió una fórmula intermedia y, creemos, insatisfactoria en su art. 227:

“Artículo 227o.— El Presidente de la República está facultado para disolver la

Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros”.

Para comprender nuestra crítica, debemos reseñar brevemente la composición intraorgánica de los dos poderes y, así, ver el contexto en que se inserta la norma.

Según la Constitución de 1979 el Poder Ejecutivo está conformado por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros. El Presidente es elegido por el voto popular y no está sujeto a censura política durante su mandato. En materia de nombramiento de ministros, hay que hacer un matiz: el Presidente del Consejo de Ministros es nombrado y removido por el Presidente. Los demás ministros, son nombrados y removidos a propuesta y con acuerdo del Presidente del Consejo, por el Presidente de la República (art. 216).

El art. 201o. establece que “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica la Nación”. Se repite así norma similar de la Constitución de 1933. Sin embargo, ello no es tan cierto porque el Presidente es también Jefe de Gobierno. Es decir, nuestro régimen no otorga esta categoría al Presidente del Consejo, cuyas funciones son participar de la forma antedicha en el nombramiento y remoción de los ministros, y presidir el Consejo en ausencia del Presidente. Por otro lado, las funciones del Poder Ejecutivo son asignadas expresamente al Presidente (art. 211), no a todo el Poder Ejecutivo (salvo el art. 218), y el hecho de que los actos del Presidente de la República sean nulos si no tienen refrendación ministerial (art. 213) corresponde a la necesidad de que haya un responsable político, no a que la tarea de gobierno descansa en los ministros individual o colectivamente.

Por lo tanto, intraorgánicamente, el Poder Ejecutivo tiene una cabeza política que es el Presidente, un Consejo de Ministros que está nombrado por él con funciones de gobierno limitadas, y un conjunto de ministros que, individualmente, tienen confiadas “la dirección y la gestión de los servicios públicos... en los asuntos que competen al ministerio a su cargo”(art. 212).

Por otro lado, la composición del Congreso es bicameral, teniendo ambas el mismo peso en la función legislativa (son cámaras colegisladoras), y especializándose la de Diputados en el control político (interpelación y censura, según el art. 226) y el Senado funciones propias de Cámara Alta en el constitucionalismo clásico (ratificación de embajadores, nombramiento o ratificación de otros funcionarios importantes, etc.) Ambas Cámaras son elegidas por sufragio popular, a diferencia de lo que suele ocurrir en los sistemas bicamerales tradicionales, donde los Diputados tienen origen popular, en tanto que la Cámara alta suele ser corporativa (caso del Senado Funcional nunca implementado de la Constitución de 1933), o francamente aristocrática (caso de la Cámara de los Lores o de los Pares de muchas otras Constituciones).

También debemos hacer mención al hecho de que las instituciones de la

censura ministerial y la disolución del Poder Legislativo, no aparecen al constitucionalismo en abstracto. Por el contrario, tienen relación estrecha con el conjunto del modelo, es decir, con la composición interna del Ejecutivo y Legislativo, y con el conjunto de sus atribuciones e interrelaciones.

En el sistema presidencial clásico, no existe ninguna de las dos. En caso de incompatibilidad entre Ejecutivo y Legislativo, se tiende a la parálisis. Las recientes querellas entre los últimos presidentes de los Estados Unidos y el Congreso son significativas de ello.

En el sistema parlamentario clásico el fenómeno es diferente en los términos finales a los que ha llegado, principalmente en Gran Bretaña; allí, desde principios de este siglo, la Cámara Alta (de los Loes) no es colegisladora absoluta sino más bien un organismo de veto de la legislación producida por la Cámara de los Comunes, que ésta puede superar proveído un sistema de insistencias y mayorías cualificadas en la aprobación de su iniciativa. Por otro lado, el Gobierno (Primer Ministro y su Gabinete), son los líderes parlamentarios de la mayoría absoluta de los Comunes de tal forma que, modificada la mayoría de dicho organismo, cambia también el Poder Ejecutivo. En este sistema, el monarca es verdadero Jefe de Estado, sin injerencia definitoria en la línea política del Gobierno.

De esta forma, la censura ministerial en Gran Bretaña ocurre sólo cuando por alguna razón (por ejemplo fallecimiento de los miembros del Parlamento que daban la mayoría al Gobierno en la Cámara, o el desastre que significó la política de Chamberlain en los albores de la II Guerra Mundial), se hace inevitable el cambio de Gabinete.

Por otro lado, la disolución de la Cámara de los Comunes opera cuando el Gabinete considera necesario modificar su composición para fortalecer su posición de gobierno. Así, disuelve la Cámara y convoca a elecciones que constituyen un verdadero plebiscito popular: si gana ocurre lo que pretendía, es decir, su consolidación. Si pierde, se forma otra mayoría parlamentaria y, por tanto, cambiará el Gabinete.

En el cuadro de atribuciones y composición de cada Poder y de sus interrelaciones, la presencia de la censura ministerial y de la disolución de la Cámara de los Comunes, es algo coherente, armónico y eficaz: La Cámara tendrá que esgrimir poderosas razones para censurar al Ministro o Gabinete; éste disolverá la Cámara para consolidarse o cambiar en caso contrario. En última instancia, como hemos dicho, se produce un plebiscito electoral que da al pueblo la resolución del conflicto entre los Poderes. Es por ello, precisamente, que la disolución de la Cámara opera en cualquier caso que el Gabinete lo considere necesario. En rigor, se trata de un caso de "incompatibilidad política" entre los órganos.

Con variantes, los diversos sistemas constitucionales han incorporado esta

organización. También lo ha hecho el nuestro, pero con defectos que luego de esta exposición podemos comprender:

- Por la composición y atribuciones del Poder Ejecutivo, en el Perú la censura ministerial (o de todo el Gabinete), no implica necesariamente el cambio de rumbo de la política del Ejecutivo, en la medida que su diseño y dirección corresponde al Presidente, el que no puede ser censurado. Eventualmente (como ocurrió en 1963-68) él podrá seguir nombrando ministros y manteniendo en lo sustancial sus discrepancias con el Legislativo, llevando a una situación de incompatibilidad entre ambos poderes sin solución efectiva.
 - La disolución de la Cámara de Diputados sólo es permitida en el caso que se censure o se niegue confianza a tres Consejos de Ministros, pero esta situación puede no presentarse nunca, si la Cámara de Diputados censura a uno o más ministros pero no a todo el Consejo. En este caso, la incompatibilidad entre los poderes permanece, pero no se viabiliza la disolución.
 - Si eventualmente se llegara a la disolución y una nueva elección diera la misma composición de la Cámara, o inclusive una composición aún más adversa al Presidente, ello no implica constitucionalmente ni la dimisión de éste, ni un cambio en su línea política. Es verdad que el Presidente deberá considerar muy seriamente si mantiene los términos anteriores, pero no está obligado a cambiarlos. Por otro lado, es por lo menos penoso que la Constitución se ponga en el caso de que, supuestamente, el mismo Jefe de Gobierno deberá cambiar su política porque perdió las elecciones. Lógico, para este caso, es que el Presidente se vea obligado a dimitir y se convoque a nuevas elecciones para completar el mandato.
 - El hecho de que la disolución sólo se permita cuando se censura o niega confianza a tres Consejos de Ministros, da a la institución un carácter esencialmente revanchista, no el de plebiscito que hemos descrito al hablar del régimen británico. Esto recorta su utilización en caso de incompatibilidad política entre los poderes, que es su verdadera finalidad en el constitucionalismo clásico.
 - Finalmente, al ser las cámaras colegisladoras, bien puede ocurrir que el Ejecutivo tenga su oposición política en el Senado y, sin embargo, “El Senado no puede ser disuelto” (art. 230), con lo cual puede llegarse a la situación de que la interacción entre los órganos se vea limitada seriamente sin solución posible durante todo el período de gobierno, repitiéndose lo que ocurría con la Constitución de 1933. Ello, tanto más, si hemos visto que el problema de solución de discrepancia entre las Cámaras no ha sido debidamente tratado por nuestra Carta.
- Es verdad que este problema aparece de la persistencia de nuestros constituyentes en el bicameralismo. Esta, es una concepción que nosotros consideramos equivocada para los tiempos actuales, máxime cuando ambas cámaras tienen origen en el voto popular. Sin embargo, si se insistía en ello, debió tomarse la medida consiguiente que es la disolución de todo el Congreso y no sólo de una de sus cámaras.

Por lo dicho, creemos que la Constitución debiera haber autorizado al Ejecutivo a disolver ambas Cámaras, siempre que hubiere incompatibilidad política entre ambos poderes, y que tendría que haber obligado al Presidente a renunciar y proceder a nueva elección de no obtener mayoría en la nueva elección. Tal como ha quedado finalmente diseñada, la fórmula no cumple con los supuestos para los que debe existir, si bien su incorporación recortada es siempre un avance en relación a la Constitución de 1933.

Como evaluación final del régimen en su conjunto, podemos decir que la Constitución de 1979 incorpora una modificación definitivamente saludable en relación a la de 1933 en materia de aprobación del presupuesto.

No ocurre lo mismo con el mecanismo de la legislación delegada, ni con el par censura ministerial-disolución del legislativo. Reconociendo que se ha producido un avance en relación a la Constitución anterior, el paso ha sido dado a medias, sin lograr la contundencia necesaria en el caso de la disolución, ni un sistema de pesos y contrapesos adecuado en el de la delegación legislativa.

Da la impresión de que nuestros constituyentes no han definido aún su concepción de estructuración de los poderes políticos. Por un lado, tienden a fortalecer al Presidente, por otro, no abandonan la versión original del Poder Legislativo. A nuestro juicio, dadas las características de nuestro sistema político, sería más razonable adoptar un sistema en el que el Congreso, fuese, fundamentalmente, un organismo eficaz de control político, manteniendo reserva legislativa en ciertos aspectos claves (ver nuestra nota No. 12) y entregando lo demás a la normatividad dada por Decretos Legislativos. Ello permitiría mayor dinamismo en la tarea gubernamental y una estructuración más racional de las funciones y composición interna de cada órgano.

En relación a esto último, sería importante considerar una separación entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en el Poder Ejecutivo, dando atribuciones políticas importantes al Primer Ministro y, por tanto, haciéndolo responsable de la conducción del país, lo que daría mayor sentido a la censura ministerial. Un Congreso unicameral contribuiría a estos propósitos, simplificando la tarea legislativa, dando mayor coherencia a la institución de la disolución, y permitiendo una relación más armónica entre los dos poderes políticos.

LOS AUTORES

R.P. Felipe Mac Gregor S.J., ha sido Rector de nuestra Universidad en el período 1963-1977. Es Rector Emérito, profesor principal del Departamento de Humanidades y una autoridad de prestigio internacional en el tema de la educación.

Gral. Div. E.P.(r) Edgardo Mercado Jarrín, ha sido Primer Ministro y Comandante General del Ejército Peruano. Es una reconocida autoridad intelectual en Defensa y Geopolítica. Ha tenido la cortesía de enviarnos una colaboración vinculada a estos aspectos constitucionales.

Dr. José Pareja Paz Soldán, constitucionalista renombrado, autor de un Tratado de Derecho Constitucional Peruano que tiene varias ediciones actualizadas, de varios otros trabajos sobre el tema. Ha sido profesor de nuestro Programa Académico.

Dr. Alfredo Quispe Correa, Constitucionalista nacional de reconocido prestigio, autor de varios trabajos sobre el tema, profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ha enseñado en nuestro Programa Académico en años anteriores.

Dr. Carlos Blancas Bustamante, profesor de nuestro Programa Académico en el curso de Teoría del Estado.

Dr. Alberto Borea Odría, profesor de nuestro Programa Académico en diversos cursos del área Constitucional.

Dr. Héctor Cornejo Chávez, es profesor principal del Departamento de Derecho, especialista y autor en el tema de Derecho de Familia, y ha elaborado la ponencia respectiva para el Anteproyecto del nuevo Código Civil.

Dr. César Delgado Barreto, profesor de nuestro Programa Académico en el área de Derecho Internacional Privado. Ha sido presidente del Consejo Nacional de Justicia.

Dr. Guillermo Figallo Adrianzeñ, profesor principal del Departamento de Derecho. Ha sido Presidente del Tribunal Agrario y vocal de la Corte Suprema de Justicia.

Dr. Domingo García Belaínde, profesor asociado de nuestro Departamento de Derecho y profesor de diversos cursos en el área Constitucional.

R.P. Francisco Interdonato S.J., profesor asociado del Departamento de Teología. Enseña en dicha especialidad en nuestro Programa Académico.

R.P. Manuel Marzal S.J., Profesor principal del Departamento de Ciencias Sociales, miembro del Consejo Ejecutivo de la Universidad.

Dr. Humberto Medrano Cornejo, profesor asociado del Departamento de Derecho, enseña en el área de Derecho Tributario de nuestro Programa Académico.

Dr. Carlos Montoya Anguerry, es profesor de nuestro Programa Académico, en el área del Derecho Procesal, y es actual magistrado en el Poder Judicial de la República.

Dr. Marcial Rubio Correa, profesor asociado del Departamento de Derecho, enseña en el área de Derecho Constitucional y el curso de Introducción al Derecho.

