

V

LA CONSTITUCION PUESTA A PRUEBA

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

30.-La instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales ..	261
31.-¿Es renunciable la inmunidad parlamentaria?	264
32.-Un Estado débil	266
33.-¿Debe concurrir el nuevo gabinete a las Cámaras?.....	268
34.-¿Jefe de gobierno?	271
35.- Habeas Corpus y Amparo	
I	274
II	276
III	278

V

LA CONSTITUCION PUESTA A PRUEBA

LAS VICISITUDES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL (*)

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

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

(*) Correo, 14 de agosto de 1981.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INCONSTITUCIONALIDAD DE EJERCICIO (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SOBRE EL PRIMER PODER DEL ESTADO (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LOCKE Y EL PRIMER PODER (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5

PRIMER PODER: PRO Y CONTRA (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6

LA TRAYECTORIA DEL “PRIMER PODER”

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

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

sólo en 1962 en elecciones que pierde, y por último en 1963, que también pierde. Recién al año siguiente (1964) apareció la teoría del Parlamento como primer poder del Estado, cuando el Partido Aprista con las huestes del General Odria, dominaba el Poder Legislativo.

Posteriormente, Haya candidateó y obtuvo la primera votación en las elecciones para la Asamblea Constituyente que después pasó a presidir. Se trata pues del único cargo público que ejerció, pero aclaremos que no lo fue por propia voluntad, ya que antes había intentado infructuosamente la Presidencia de la República. Aún más, en pleno proceso constituyente fue lanzada su candidatura a la Presidencia y de ello corre expresa constancia en los Debates de la Asamblea (véase por ejemplo el **Diario de los Debates**, de 1978, tomo II, páginas 204, 218, 273). A mayor abundamiento, los voceros del Apra señalaron en la campaña electoral de 1980, que el candidato aprista al salir vencedor (lo que no ocurrió) se dirigiría como primer acto público, a la tumba del fundador del Aprismo, para depositar sobre ella la banda presidencial.

Veamos ahora el aspecto doctrinario. Es sabido que el problema ideológico del Apra está contenido en dos libros sustanciales. **El antiimperialismo y el Apra** (de 1928, aun cuando publicado en 1935) y **Treinta años de Aprismo** (de 1956). Todos los apristas estarán de acuerdo en que en estos dos libros está contenida la suma ideológica del Partido; unos se inclinarán por el primero, otros por el segundo, pero nadie negará que en ambos o por lo menos en uno de ellos, se encuentra la esencia del aprismo. Pues bien, en ninguno de los dos se menciona esta teoría del Parlamento como primer poder del Estado. Aún más, en las **Obras Completas** editadas por Mejía Baca en siete tomos, no pasan de tres a cuatro las referencias, todas ocasionales, a esta teoría, y siempre en textos posteriores a 1964.

De lo que se desprende que ni a nivel de teoría partidaria, ni menos de praxis política, existe una confirmación de la teoría tantas veces citada. Fue enunciada dentro de una determinada coyuntura política, sin otro ánimo que satisfacer posiciones partidarias.

El Parlamento, como el Poder Ejecutivo, tiene su propia misión, en especial en tiempos como el presente. Es conveniente realzarla y sobre todo sostener su necesidad dentro de todo régimen verdaderamente democrático. Y todo esto puede hacerse sin recurrir a teorías exóticas, fruto de estrategias políticas o de aspiraciones frustradas.

EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (*)

Acaba de finalizar el debate sobre la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante la cual se pondrá en marcha -así lo esperamos- el funcionamiento de este Tribunal, consagrado por la nueva Constitución del Estado, sancionada en 1979 y puesta en vigencia recién en 1980. Constituye quizá la novedad más radical que trae el nuevo texto constitucional. ¿Cuál es exactamente el alcance de este Tribunal, cuyo mismo nombre puede y de hecho está llamando ya a error?

Antes que nada hay que resaltar que, en cuanto a la nomenclatura, -esto es, en lo referente al nombre- su origen está tomado de la Constitución española de 1931, que lo crea con tal nombre y que posteriormente recoge el borrador de la Constitución española que aprobaron las Cortes en 1977. No obstante, con posterioridad a dicho debate, el proyecto español adopta el nombre moderno de Tribunal Constitucional, y no el clásico de Tribunal de Garantías Constitucionales. Nosotros como se ve, nos aferramos al nombre clásico y no al moderno que es empleado en la misma España, en Italia, en Alemania, en Austria e incluso en algunos países del área socialista, como Checoslovaquia. ¿A qué se debe este aparentemente inofensivo cambio de nombre?

Cuando estuve en Madrid en abril de 1980 con el eminente jurista y politólogo Manuel García Pelayo -hoy Presidente del Tribunal Constitucional Español- me manifestó que, desde su punto de vista personal, prefería utilizar el nombre clásico de Tribunal de Garantías, y no el moderno de Tribunal Constitucional. Diversos críticos y comentaristas de la nueva Constitución, como es el caso de Oscar Alzaga, diputado a Cortes que estuvo recientemente en nuestra ciudad,

(*) Expreso, 18 de abril de 1982.

nos manifestaron igual criterio. Sin embargo, las razones que tuvo la Constituyente española para cambiarle de nombre, si bien dejó de lado una tradición y un título sumamente sugestivo, tuvo indudables razones de orden técnico. Y es que la palabra "garantía" tiene, en la actualidad un sentido restringido, mientras que por el contrario, hablar de Tribunal Constitucional no sólo es más escueto sino que adicionalmente es más preciso, pues es la defensa no sólo de las garantías (habeas corpus y amparo) sino de toda la Constitución. Pero dejemos la cuestión de nombres y vayamos al fondo del problema.

Aparte de su novedad, -producto de la constancia y amplia cultura jurídica de Javier Valle-Riestra- lo que hay que destacar es que el Tribunal surge en nuestro país como clara muestra de desconfianza frente al Poder Judicial, así se ve en forma clara, en las actas y los debates publicados. En su forma primigenia, que nos tocó criticar a través de los diarios, se planteó como facultad del Tribunal la revisión incluso de las sentencias firmes, lo que hubiera causado el caos total del mundo jurídico. A diferencia de Europa, en donde los tribunales constitucionales (creación doctrinaria y práctica del gran jurista Hans Kelsen) fueron creados para superar el dogma de la soberanía del parlamento, aquí, entre nosotros, ha sido creado para superar el descontento que existía en aquel momento sobre el Poder Judicial; sobre todo, durante la época militar que todavía recordamos. Pero, aparte de este origen, y con independencia de éste, es indudable que la idea es buena y hay que poner nuestro empeño en que realmente funcione.

Uno de los problemas serios que se achacó al Poder Judicial en el docenio militar, fue estar dominado por la política; aspecto que en parte es cierto, pero en parte no, y que no afecta ni mucho menos a la totalidad de los magistrados, aunque sí a algunos que no fueron políticos, sino obsecuentes, que es algo peor. Creemos que esto es importante deslindarlo, pues también el Tribunal de Garantías es un ente político; o por lo menos va a ejercer una función política. Recordemos que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido grandes presidentes (Marshall, Hughes, Warren) que fueron políticos profesionales; y eso no les impidió ser excelentes magistrados.

En términos generales, el texto de la ley es satisfactorio por encima de ciertos tecnicismos que no alteran su sentido esencial. Nos hubiera gustado que los legisladores tuvieran a la mano el anteproyecto de habeas corpus y amparo que elaboró la Comisión que me tocó presidir, pues ahí se da un tratamiento orgánico a toda la tramitación de dichas instituciones, incluso de la casación ante el Tribunal de Garantías que tomamos de las comisiones parlamentarias. No existe razón constitucional alguna para que se separe en dos el trámite de habeas corpus y amparo, como lo que se pretende; pues el artículo 303 de la Constitución indica que la Ley Orgánica del Tribunal regula su funcionamiento, es decir, el funcionamiento del Tribunal y no el procedimiento de las acciones de garantía. De lo contrario, bien podría ser procedente con esta misma lógica regular el juicio de alimentos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CONOCER LA CONSTITUCION (*)

El artículo 22 de la vigente Constitución del Estado, señala que la enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos, es obligatoria en todos los centros de educación civiles y militares, en todos sus niveles. El precepto en realidad casi no tiene antecedentes, pues todo sistema educativo del moderno Estado de Derecho así lo contempla, por lo que a primera vista tal obligación parecería excesiva o quizá superflua. ¿Por qué, entonces, ha sido consignado en el nuevo texto constitucional, y aprobado sin observación alguna?

Hay que recordar que la Asamblea Constituyente fue convocada por el régimen militar en 1977, se instaló el 28 de julio de 1978, y discurrió en funciones durante un año, para entrar en receso en julio de 1979. Todas sus discusiones transcurrieron teniendo como telón de fondo el régimen de facto con el cual convivía y del cual se temía -en ese momento- cualquier cosa. Es decir, existía una presión externa, que no sólo era producto de diez años de gobierno castrense, sino de la convivencia con el mismo durante el año de sesiones. Esta es, quizá, una primera razón que nos explique el porqué de esta norma.

Pero, aparte de los hechos antes señalados, existen otros factores que lo explican. En primer lugar, porque -como ya ha sido hecho notar- nuestra vida republicana se caracteriza por la presencia de regímenes de facto, los que están en mayoría sobre los regímenes de jure; en segundo lugar, porque los últimos gobiernos constitucionales en lo referente a su origen (Bustamante, Frado y Belaunde) no culminaron sus respectivos mandatos y se estimaba como necesaria una difusión y aprendizaje del nuevo texto.

(*) Expreso, 25 de abril de 1982.

Si bien la simple enseñanza de la Constitución no garantiza a la larga nada, es -sin lugar a dudas- uno de los elementos necesarios para la formación de lo que denominamos “sentimiento constitucional”, o sea, la sensación o la conciencia de que debemos vivir bajo un régimen constitucional, el cual puede servir de cierto control a las fuerzas que pretendan desconocerlo. Pero la enseñanza misma choca con diversos problemas, que no son de poca monta.

Un primer problema, que hay que destacar, es la necesidad de contar con una edición oficial debidamente cuidada, y que esté asequible al público en las librerías. La existente casi no circula, o en todo caso circula mal, y no obstante ser oficial, tiene algunas omisiones y erratas que no deberían existir. Más bien son los particulares, unos con más rigor que otros, los que se han lanzado a la empresa de editar textos de la Constitución, aun cuando no siempre los frutos sean realmente saludables.

El otro problema es buscar al personal que enseñe o difunda la Constitución; y aquí tocamos un problema realmente serio. Con frecuencia, vemos a ex-constituyentes, a políticos de prestigio y a parlamentarios, opinar con tanta desfachatez sobre la Constitución que nos hace pensar que el nivel de conocimiento de la Constitución es realmente muy elemental. En efecto, si destacados personajes cometen tales gazapos ¿qué queda para el ciudadano común y corriente?

Lo anterior nos demuestra la necesidad de poner en marcha, a través de los organismos pertinentes, todo un proyecto armónico que contemple no sólo la difusión del texto constitucional, sino adicionalmente los comentarios a la Constitución, que permitan una mejor comprensión de su articulado.

SENADOR VITALICIO (*)

A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, ha salido a discusión nuevamente la figura del Senador Vitalicio, que la nueva Constitución contempla para el caso de todos aquellos que han sido Presidentes Constitucionales. La figura llama la atención a primera vista, ya que en una democracia, en donde existe consulta periódica al electorado y alternancia en los cargos, es inusual que se denomine vitalicio a un cargo o función pública. ¿A qué se debe la presencia de esta institución?

Los Estados modernos, siguiendo el ejemplo de los países europeos han creado diversas fórmulas para aprovechar la experiencia política de los ex-Presidentes o de determinadas figuras para incorporarlas en el aparato del Estado. No sólo para honrar al cargo que ocuparon o para ofrecerle un medio adecuado de subsistencia durante el resto de sus días, sino para aprovechar la experiencia de quien desempeñó altas funciones de gobierno. Esta es la explicación y el alcance que se le ha querido dar modernamente, y esto es lo que precisamente se ha incorporado en nuestra actual Constitución.

Pero existe otra razón más y es que, con el carácter de vitalicio, se da a entender que el cargo es de por vida, y sin posibilidad alguna de renuncia o postergación. Y esto es así, para que no se repita lo que sucedió en 1956, cuando el ex-Presidente Bustamente se quiso incorporar al Senado en su calidad de tal; lo que no prosperó por diversas razones que sin lugar a dudas hubieran desaparecido, si es que la Carta de 1933 (que establecía lo mismo, pero como algo facultativo) hubiera sido más precisa.

En la actualidad, en el Perú existen sólo dos senadores vitalicios:

(*) Expreso, 2 de mayo de 1982.

José Luis Bustamante y Rivero y Fernando Belaunde Terry, sólo el primero ha aceptado el cargo y se ha incorporado a la Cámara alta; el segundo, tiene en suspenso tal derecho, en tanto ejerza la Presidencia de la República.

La Ley del Tribunal, como decíamos, ha contemplado la posibilidad de que sus miembros puedan ser incluso los que ostenten el cargo de Senador Vitalicio, que a nuestro entender, es algo excesivo y reñido, si no con la letra, por lo menos con el espíritu de la norma fundamental. La incompatibilidad existe para los Senadores, y no cabe hacer una diferencia con los senadores vitalicios porque no es procedente distinguir donde la ley no distingue. El Senador Vitalicio tiene todas las prerrogativas, preeminencias, facultades y obligaciones de los demás Senadores, salvo en lo concerniente al quórum. Aún más, cuando se ausenta, debe solicitar licencia, como lo ha hecho el mismo Dr. Bustamante. Pero éste no es el único motivo.

De acuerdo a la Constitución (Art.297) para ser miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, esto es, entre otros, tener más de 50 años y menos de 70.

Como quiera que el Dr. Bustamante ha superado esa edad, tampoco estaría en condiciones de poder ser nombrado, no obstante, que le reconocemos los más altos méritos para ocupar tal cargo. Sabemos que el Dr. Bustamante ha declinado su candidatura, aun cuando sin hacer referencia a estos motivos (que bien conoce) sino que lo ha hecho, en forma por demás elegante, con una alusión al domicilio, que si bien es válido en su caso concreto, no lo creemos de alcance general (pues nada impide que los Jueces del Tribunal, viviendo en Lima, se trasladen a Arequipa, únicamente para concurrir a sus sesiones).

Sin lugar a dudas que el más grande límite que existe para ser miembro del Tribunal es el de la edad. Setenta años hoy no son impedimento alguno para desempeñar funciones que requieren reposo y sobre todo un sano criterio y vasta experiencia. Más aún si se tiene en cuenta que en el mejor de los casos el cargo dura seis años y no es, como en otras ramas de la administración pública, una carrera de ascensos, aumentos y proyecciones.(1)

(1) La interpretación oficial que ha permanecido es que los magistrados no tienen límites de edad (nota de 1987)

¿ SUSPENSION DE GARANTIAS ? (*)

Durante años, se hizo común hablar de la suspensión de garantías, en especial en los ambientes académicos, financieros y políticos. Esto era así porque la Constitución de 1933 habla expresamente, en su artículo 70, de la suspensión de las garantías constitucionales, con lo cual derechos tales como entrar y salir del territorio nacional o la inviolabilidad del domicilio, quedaban en suspenso. Esta Constitución de 1933, concedía un amplio espacio a las garantías constitucionales que eran sobre todo las garantías individuales y sociales.

De acuerdo a nuestra tradición, las garantías constitucionales eran los derechos que tenían los ciudadanos por el hecho de ser tales; es decir, libertades de andar, ver, oír, transitar, publicar y expresar libremente sus ideas, que eran -por así decirlo- "garantías" que tenía una persona. Para defender estas "garantías" existía, en la Carta de 1933, un solo remedio procesal: el Habeas Corpus. En consecuencia, al darse una situación crítica, de emergencia, las "garantías" quedaban suspendidas e impropiciada la utilización del remedio procesal: el Habeas Corpus. Esto explica que se hablase de Suspensión de Garantías, y por tal se entendiese que quedaban sin efecto ni valor determinadas prerrogativas de los ciudadanos, aun cuando fuese sólo por un corto periodo.

Lo anterior, sin embargo, no tardó en ser cuestionado. En efecto, las nuevas escuelas procesales alemana e italiana, de principios de siglo, llegaron a la conclusión de que el término "garantía" debería quedar reservado a los instrumentos procesales que permitiesen la consecución de un fin. De lo contrario, se daría la paradoja de que una garantía

(*) Expreso, 30 de Mayo de 1982.

constitucional necesitase a su vez ser garantizada por el Habeas Corpus. Por otro lado, el amplio movimiento por los derechos humanos, que coincide con la Segunda Guerra Mundial, hace ver que el hombre en realidad tiene derechos, o sea, facultad o posibilidad de exigir al Estado determinadas prestaciones o protecciones. Acorde con este movimiento, las Constituciones europeas de la Segunda post-guerra consagran estos derechos a los que llaman "derechos fundamentales".

Siguiendo este movimiento la Constitución peruana rechaza la expresión de "garantías constitucionales" y la reemplaza por la más correcta de "derechos fundamentales". En cuanto a las "garantías constitucionales", las destina a ser lo que en rigor deben ser: medios de defensa del ciudadano y así son calificados el Habeas Corpus y el Amparo.

Claro está que el Estado no podía dejar de contemplar la posibilidad de que estos derechos pudiesen ser suspendidos y así lo establece el artículo 231 de la Constitución. Pero hay que tener presente que con la nueva estructura de la Carta, lo que se suspende son los derechos y no las garantías; y esto es así, porque ahora las garantías constitucionales tienen otro significado y lo que importa es lo principal (los derechos) y no lo accesorio (las garantías: Habeas Corpus y Amparo).

Todo esto nos viene a reflexión con la reciente lectura de un valioso ensayo del constitucionalista trujillano Víctor Julio Ortecho, denominado "Las nuevas garantías constitucionales", en donde hace éstas y otras precisiones de gran valor. Y también porque no dejamos de escuchar, de parte de encumbrados personajes que hay "suspensión de garantías", cuando en realidad lo que se suspende son los derechos.

§ 11

ORDEN PUBLICO (*)

Por extraña paradoja, siendo las Constituciones el fundamento del orden jurídico, no son ellas un dechado de perfección formal. En efecto, los textos constitucionales son por lo general vagos, imperfectos y llenos de imprecisiones. Lo cual en parte, es fruto del contexto político y social en el cual son elaborados, tal como se aprecia en nuestra vigente Carta de 1979.

Si queremos analizar sólo un caso, nada más apropiado que la noción de "orden público", que está incluida en el Capítulo XIII del Título IV, dedicado a la estructura del Estado. Ahí, dicho término está relacionado con el "orden interno", que a la larga llama a confusión. El referido Capítulo XIII se titula "De la defensa nacional y el orden interno". En él se trata de las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina y Aviación) y las Fuerzas Policiales (Guardia Civil, PIP y Guardia Republicana).

De una ligera apreciación de esta estructura, se desprende que la defensa nacional está encomendada a las Fuerzas Armadas y el orden interno a las Fuerzas Policiales. Sin embargo, al precisar estas atribuciones, el artículo 277 señala que las Fuerzas Policiales tienen por finalidad, entre otras, mantener el orden interno y preservar y conservar el orden público. Con esto, se quiere significar, aparentemente, que el orden público es parte del orden interno, lo que a primera vista parece un sin-sentido.

A fin de poner un poco de orden en este problema, recordemos dos puntos sustantivos: en primer lugar, que la ponencia que sirvió de

(*) *Expreso*, 6 de junio de 1982.

base a este capítulo constitucional estaba consagrada a la Fuerza Pública encargada en consecuencia del Orden Público -lo que en la versión final, desapareció- y en segundo lugar que existe en doctrina una distinción tradicional pero no menos útil entre "orden público interno" y "orden público externo".

Ahora bien, si el título genérico "orden interno" debemos entenderlo como "orden público interno" (esto es, conjunto de condiciones fundamentales para la vida social, que no pueden ser cambiados unilateralmente por los individuos), ¿Qué alcance debemos darle a la expresión "orden público", que aparece tan diferenciada en el artículo 277 de nuestra Carta Fundamental?

La Constitución peruana de 1860 (Art.18) la de 1920 (Art.4) y la de 1933 (Art.213) consagran un sentido muy definido y a la vez restringido de orden público, según el cual éste es entendido como sinónimo de tranquilidad, quietud o paz pública, que debe ser mantenido directamente por las Fuerzas Policiales. Así por ejemplo un incidente callejero.

De lo anterior, podemos concluir que lo que nuestra Constitución denomina como "orden interno" es, en realidad, el orden público interno, como conjunto de condiciones generales necesarias para la marcha de la sociedad y el "orden público" debe ser entendido, en sentido restringido y como parte del primero y referido a la mera tranquilidad y quietud de la población civil.

LAS GESTIONES DE LOS PARLAMENTARIOS (*)

Las Constituciones señalan que los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo; es decir, que no responden directamente por sus actos ante sus electores sino -en todo caso- ante la Nación, el país o el pueblo en general. No obstante esto, el parlamentario se debe a sus electores, y es indudable que debe estar cerca de ellos y sobre todo auscultar sus necesidades.

Pero lo anterior, siendo perfectamente explicable, conduce al parlamentario, quiéralo o no, a gestionar, a tratar de obtener ventajas, sean legales o no, para terceros ante el órgano dador de esas ventajas que es en lo fundamental el Poder Ejecutivo. Esta ha sido la experiencia política del Perú, y por eso es precisamente que existe el artículo 174, inciso 2 de la Constitución del Estado, que establece que los senadores y diputados están prohibidos de tramitar asuntos particulares de terceros ante órganos del Poder Ejecutivo.

Como es claro advertir la prohibición está expresamente referida a asuntos de terceros, lo cual permite que el parlamentario pueda dedicarse a la tramitación de asuntos propios, esto es, asuntos de carácter personal o familiar. Repárese en el hecho de que no existe prohibición alguna para que los parlamentarios ejerzan su profesión -tratándose de abogados- ante el Poder Judicial, por lo que mal podría reprochárseles el ejercicio de la abogacía ante los estrados judiciales, cualquiera que sea el asunto materia del juicio.

Aclarado lo anterior, retengamos la idea de que la prohibición es de tramitar asuntos particulares de terceros; no obstante esta tajante prohibición o precisamente por ella, es que continuamente se la viola.

(*) *Expreso*, 13 de junio de 1982.

Conocemos muchos casos por referencias personales y otros a causa de nuestro propio ejercicio profesional, como uno muy reciente en que un senador de la mayoría gobiernista presionó a un ministro timorato para obtener la defensa de intereses particulares de terceros. Pero cuando no se es Fiscal de la Nación, todo esto queda un poco en la penumbra. Más aún, cuando no existen elementos probatorios válidos en un juicio. Pero existe conciencia en la opinión pública sobre estos hechos y creemos que esto es de por sí suficiente.

Pero lo anterior, que pertenece al marco de lo opinable y hasta de lo discutible, queda si se quiere confirmado por un testimonio escrito irrefutable, otorgado por don Gustavo García Mundaca, miembro de la Cámara de Diputados, elegido por las filas del Apra, y que en su curriculum cuenta el hecho de haber sido nada menos que miembro distinguido de la Asamblea Constituyente. Ahora bien, lo que señala García Mundaca es por demás sorprendente, y dice así textualmente: "Intervienen muchas veces en sus Cámaras (los parlamentarios), y más aún ante el Poder Ejecutivo, realizan gestiones de todo tipo a favor de sus gremios o representados..." (Carta publicada en "El Observador" del 10 de junio de 1982)

Dejando de lado el acierto o no de las gestiones que por cuenta de terceros realiza García Mundaca (según propia confesión) y sin poner en duda su honestidad, debemos manifestarle que está total y profundamente equivocado, y que es inexcusable que un ex constituyente aparezca nada menos que como violador de la Constitución. Lo cual demuestra, una vez más, la necesidad no sólo de conocer más nuestra Constitución, tan flamante como desconocida, sino adicionalmente de que el Parlamento ofrezca a sus miembros una asesoría jurídica de la que, al parecer, carecen.

RETROACTIVIDAD TRIBUTARIA (*)

A fin de poner coto a diversos excesos cometidos durante el régimen militar fenecido, la Asamblea Constituyente consagró en el artículo 187 de la nueva Constitución, la retroactividad en leyes de orden tributario, cuando ellas favorecían al contribuyente. Se estableció así una norma constitucional casi sin precedentes, que ha venido a comentario en diversos círculos en fecha reciente.

En efecto, en diversas leyes promulgadas en los últimos meses, se han establecido normas tributarias, algunas verdaderamente beneficiosas que representan un verdadero alivio para el contribuyente, ya de por sí bastante agobiado por la carga tributaria. En muchos de estos casos, se ha señalado en forma expresa, que tal deducción o beneficio, será aplicable únicamente a partir del ejercicio gravable de 1983, con lo cual se da a entender, que recién el próximo año se podrá gozar de tal beneficio.

Ahora bien, lo anterior es aparentemente discordante con el citado artículo 187, que señala precisamente la retroactividad tributaria benigna, esto es, cuando ella realmente favorece al contribuyente. De aquí, se arguye, que si una disposición tributaria favorece realmente al contribuyente, no tiene sentido esperar hasta el próximo ejercicio, pues la retroactividad benigna haría que se aplique de inmediato y desde el principio del año en el cual la ley es promulgada.

Pero, la Constitución debe ser interpretada como un todo y en consecuencia de la simple lectura de un artículo, no pueden desprenderse conclusiones que no guarden armonía con el resto. Así, es necesario tener presente que el artículo 195 de nuestro texto constitucional es muy

(*) Expreso, 20 de junio de 1982.

claro al señalar que la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación, agregando que en el caso de leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual, rigen desde el primer día del siguiente año calendario. Encontramos, pues, que entre el artículo 187 y el 195 de la Constitución; existe discrepancia aparente, ya que lo que aparece permitido en uno, está negado en el otro. ¿Cuál es entonces la solución?

Indudablemente que no puede afirmarse que un artículo de la Constitución esté por encima de otro, ni menos aún el posterior es derogatorio del anterior, pues en la Constitución todos se encuentran en el mismo nivel. Sólo cabe entonces un criterio interpretativo, que mantenga intactas las dos disposiciones constitucionales, haciéndolas compatibles entre sí, y salvaguardando el principio de retroactividad benigna que la misma Carta consagra.

A nuestro criterio, la forma como debe salvarse este escollo, es observando que la norma general constitucional es la retroactividad tributaria, o sea, que rige para atrás en lo que favorece al contribuyente. Pero para dejar incólume el artículo 195, agreguemos que este dispositivo contiene una excepción a la norma, que precisamente consagra su validez; y es que esta famosa retroactividad tributaria (de por sí espléndida) no se aplicará para el caso de tributos de periodicidad anual; esto es, para aquéllos que como el Impuesto a la Renta, están dirigidos, en forma permanente a gravar las rentas netas que obtengan los contribuyentes en el ejercicio regular de sus actividades.

¿ COMO LEGISLAR ? (*)

Una de las más importantes actividades del Estado moderno es legislar. Esto no quiere decir que la función más importante sea la legislativa, pues no se puede sin más identificar legislación con función legislativa. Esta última la ejerce el denominado Poder Legislativo o Parlamento. Pero legislar es un acto que también hacen, dentro de su ámbito, otros órganos del Estado (como lo es, por ejemplo, el Poder Ejecutivo). Y es que por legislación, y en consecuencia por legislar, no sólo debe entenderse dar leyes (formal y materialmente) sino también toda otra norma (como decretos y resoluciones) que son leyes en sentido material o de fondo.

Lo anterior viene a colación por dos aspectos que deseamos tocar en esta oportunidad, precisamente en referencia a la legislación: una por parte del Poder Legislativo; otra, por el Poder Ejecutivo.

En lo referente al Parlamento, si bien no se ha caracterizado precisamente por una labor excelente en los meses que está funcionando, es claro que en la segunda legislatura ordinaria de 1981, o sea la que acaba de fenecer, ha sido si no en el número, por lo menos en la calidad un hacedor de leyes; algunas excelentes y otras realmente importantes. Queremos mencionar aquí, solamente, la Ley General de Industrias (con independiencia del contenido tan discutido sobre la participación de los trabajadores, que sólo es una pequeña parte de ella) y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (por más que muestre curiosas y hasta extrañas coincidencias con el modelo español)

Conviene recalcar, en esta oportunidad, que lo que importa en un

(*) Expreso, 4 de julio de 1982.

Parlamento no es hacer muchas leyes (pues eso es realmente fácil) sino hacer pocas y muy buenas. Por lo demás, la función legislativa hoy, no demuestra su excelencia haciendo muchas leyes (que en principio podrían aprobarse muy rápidamente mediante el sistema del carpetazo o del timbrazo) sino sancionando una buena legislación, aun cuando sea breve. Y, sobre todo, asumir un serio rol de fiscalización, que hasta ahora no vemos.

También el Poder Ejecutivo tiene la capacidad de legislar, y hoy es frecuente en el mundo contemporáneo, de clara preeminencia del Ejecutivo sobre el Parlamento (y esto, aun en los llamados regímenes parlamentarios). Nuestra Constitución, que en esto tiene un aire de modernidad, no escapa a la regla, y existen diversas situaciones en las cuales el Ejecutivo legisla, y muchas veces con fuerza de ley (por ejemplo, los Decretos Legislativos)

Un claro índice de esta capacidad legiferante del Ejecutivo, lo vemos en el artículo 211, inciso 20, de la Constitución, en donde se autoriza al Presidente de la República (previo referendo ministerial, que asume la consiguiente responsabilidad política) dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo de dar cuenta al Congreso. Bajo este rubro tan general, del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio ha salido gran cantidad de Decretos Supremos sobre las más diversas materias, en las cuales, muchas veces, se han trasgredido diversos artículos de nuestra Carta Fundamental.

Indudablemente, esta autorización constitucional no es puerta abierta a la irresponsabilidad, ni menos aún autoriza a hacer cera y pabilo de la Constitución del Estado, como lo hemos visto en algunos casos. Sería bueno que, además de los excelentes asesores que ocupan algunos cargos en la avda. Abancay (veinte en economía pero cero en derecho) el premier Ulloa se preocupase de contar con asesoría letrada del más alto nivel, que impida nuevamente los excesos a los que nos tiene acostumbrados.

¿ ALCALDE Y... PARLAMENTARIO ? (*)

En días pasados, ha surgido una polémica por demás interesante, en torno a la posibilidad de que un parlamentario (sea diputado o senador) pueda postular y, en su caso, ocupar el cargo de alcalde. Para ello, se han tejido diversas interpretaciones en torno al artículo 173 de la Constitución, que establece que hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, ya que, según se afirma, el alcalde no ejerce función pública, sino un mandato político otorgado por sus electores.

Indudablemente que el concepto de "función pública" no es pacífico, y no existe claridad conceptual en nuestras leyes, pues muchas veces es utilizado como sinónimo de otras; se emplea en forma tan amplia, que a la postre resulta ambiguo. Advirtamos, por de pronto, que diversa legislación municipal reconoce y admite expresamente que el alcalde ejerce una función pública (así, el artículo 35 de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades) por lo que, a nivel legal, la incompatibilidad existe realmente.

Pero, si nos remontamos hasta la Constitución, que es lo más alto dentro del ordenamiento jurídico, podemos apreciar que el criterio se repite. Algunos comentaristas alegan, en su defensa, que el cargo de alcalde es fruto de la elección popular, y no del nombramiento, lo que en rigor descartaría la interpretación que hemos señalado anteriormente.

Pero lo que interesa señalar, como premisa fundamental, es que la función pública no es tal porque el nombramiento provenga de una elección, pues con tal criterio ni el Presidente de la República, ni menos aún los diputados y senadores, podrían considerarse funcionarios públicos,

(*) **Expreso**, 11 de julio de 1982

lo que contradice el artículo 60 de nuestra Carta Magna, que así los considera.

¿Qué criterio debemos emplear para determinar si una función es pública o no? La respuesta está dada en la misma Constitución: es pública la función que la misma Carta consagra, y cuando la persona que la ejerce -sea por elección o por designación burocrática- tiene que jurar el cargo (artículo 63). Queda, así esbozada la diferencia a nivel constitucional, entre los funcionarios públicos (que juran el cargo) y los que no lo son, y que deben ser catalogados como servidores públicos (art. 58)

Si el alcalde desempeña una función pública, si dicho cargo existe claramente configurado en la Constitución del Estado (artículo 253) y si por añadidura lo jura antes de asumirlo, estamos -sin lugar a dudas- frente a un funcionario público, al cual le alcanza la incompatibilidad del artículo 173 y, en consecuencia, no puede ser ejercido por un parlamentario, con riesgo de que se produzca la vacancia de su curul.

§ 16

LA COMISION PERMANENTE (*)

Una de las novedades de la Constitución actualmente en vigor es, sin lugar a dudas, la institución de la Comisión Permanente. Contra lo que muchos creen, no se trata de algo nuevo, sino en todo caso de algo muy añejo, cuya data precisa se pierde un poco en la noche de los tiempos.

De acuerdo a lo expresado por autorizados tratadistas, la Comisión Permanente tiene una ascendencia típicamente hispánica, que no habría encontrado mayores seguidores en otro ámbito, salvo por cierto el hispano-americano. Según parece nació en pleno siglo XIII, en el Reino de Aragón, y se trataba de una comisión compuesta por cada uno de los cuatro brazos o clases en que se dividía la asamblea parlamentaria de aquel Reino, según anota el constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez. Dicha Comisión reemplazaba a las Cortes fundamentalmente en la administración de subsidios y en velar por la observancia de los fueros (de tanta importancia en la historia española)

Con posterioridad, la Comisión reaparece en la famosa Constitución de Cádiz de 1812, que se elaboró con representantes peruanos (y que incluso fue jurada en Lima), con el nombre de Diputación Permanente de Cortes. Posteriormente, reaparece en la Constitución republicana española de 1931, y nuevamente en la vigente y democrática carta de 1978. En América, son pocos los países que la tienen (uno de ellos: México en su vigente Carta de 1917), y nosotros mismos la tuvimos el siglo pasado.

Las funciones de la Comisión Permanente -y, por ende, sus

(*) Expreso, 18 de julio de 1982

poderes- son en realidad bastantes limitados, y diríamos que hasta modestos. Se rige por la Constitución y por un Reglamento que aparentemente nadie conoce (pues no ha sido publicado oficialmente) y su objetivo fundamental es actuar cuando el Congreso se encuentra en receso, pudiendo, de ser el caso, promulgar algunas leyes y tomar conocimiento de los estados de excepción que decreta el Ejecutivo. Como contrapartida, no puede aplicar sanciones, ni menos ejercer las funciones legislativas propiamente dichas.

No obstante, el artículo 199 de la Constitución señala que "los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas, se tramitan ante el Congreso, o en receso parlamentario, ante la Comisión Permanente, y agrega que la decisión aprobatoria de ésta (o sea de la Comisión) requiere un voto calificado de sus miembros. Ahora bien ¿Cómo, en efecto, se puede tramitar y aprobar la tramitación si es que no se tiene facultades legislativas? La interpretación dada por el Congreso, en el sentido de que la Comisión Permanente puede tramitar, discutir y aprobar leyes, es en consecuencia correcta, pero restringida únicamente a los que el mismo artículo 199 indica: no hay excepciones.

En vista de lo expuesto, cabe una consideración de orden formal: en base precisamente al artículo 199, se ha sancionado y promulgado recientemente la Ley 23447, que autoriza un crédito suplementario, en donde, en su considerando, se indica erróneamente: "... Por cuanto: El Congreso ha dado la ley siguiente...". Esto no es exacto y no debe repetirse. Quien ha dado la ley es la Comisión Permanente, que es algo distinto(1)

(1) Las facultades de la Comisión Permanente han sido inconstitucionalmente ampliadas por su Reglamento, y recientemente ha asumido incluso funciones que en exclusiva pertenecen al Congreso (nota de 1987).

PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS (*)

En los últimos días se ha comentado en diversos sectores, los alcances de la inmunidad parlamentaria, con motivo de un caso vinculado con la liquidación de un banco local, lo que, a nuestro criterio, merece un pequeño análisis.

Como una primera referencia, señalemos que la figura jurídica existente es lo que en términos generales se conoce como prerrogativas parlamentarias. Al respecto, existen antecedentes históricos algo remotos, pero que en su versión moderna arrancan, por así decirlo, de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII. Si bien según las tradiciones históricas y jurídicas existentes, aquélla adquiere diversos nombres según los países en los cuales se aplica, debemos señalar que en el ambiente latino-americano, por herencia española, y en parte francesa, se utiliza el término genérico de prerrogativas parlamentarias, para señalar la protección que en el actual Estado de Derecho contemporáneo, se contempla para los funcionarios públicos por el rango de la función que desempeñan, y no por ninguna otra razón de índole personal o particular. Anotemos de pasada, que las prerrogativas parlamentarias han sido objeto de frecuente abuso, no sólo en América Latina, sino incluso en la Europa actual por lo que la figura como tal se encuentra algo cuestionada, no obstante lo cual, se la admite sin mayores restricciones en el mundo occidental y, por ende, también en nuestro medio.

Ahora bien, las prerrogativas parlamentarias envuelven en realidad dos conceptos afines pero diferenciables que aquí sucintamente vamos a reseñar, tal como aparecen en la Constitución peruana de 1979.

(*) Texto inédito, escrito en julio de 1982 (nota de 1987).

La primera es la **inviolabilidad** y como tal está contemplada, en el artículo 176 de la Constitución, segundo párrafo. Según ésta, los senadores y diputados no son responsables ante autoridad ni tribunal alguno, por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones. Si estos votos u opiniones se emiten en ejercicio de funciones que no son las propias, es evidente que no alcanza en este supuesto la inviolabilidad parlamentaria, que en la práctica produce para el parlamentario una protección total frente a terceros.

El segundo aspecto es la denominada **inmunidad**, en virtud de la cual los parlamentarios no responden penalmente ante nadie, salvo que previamente se les levante el fuero que constitucionalmente los protege. Este fuero puede ser levantado, pero puede suceder también que no lo sea, pues esto es atribución exclusiva e inapelable del respectivo órgano legislativo. La inmunidad a su vez, puede distinguir dos situaciones, que conllevan un tratamiento procesal distinto.

Un primer caso de inmunidad, está referido a acciones en que incurre el parlamentario por funciones que no son las estrictamente legislativas (por ejemplo, un robo, un delito común, etc). En este supuesto, opera lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución, tercer párrafo, mediante el cual, todo procesamiento a un parlamentario necesita el permiso previo de la Cámara a la que pertenece, o de la Comisión Permanente del Congreso, en receso de éste. Si la autorización para el procesamiento penal se produce, el afectado pasa al fuero común, dentro de la instrucción abierta mediante proceso regular (es decir, ante el Juez Instructor).

Un segundo caso lo encontramos cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este supuesto, lo que cabe es únicamente la autorización del Congreso (y no de la Comisión Permanente) mediante el ante-juicio o juicio político, el cual está contemplado en los artículos 183 y 184 de la Constitución. De acuerdo a estos numerales corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado, y a éste declarar si hay lugar o no a formación de causa. Si el resultado es positivo, corresponderá el enjuiciamiento a la Corte Suprema, constituida en tribunal ad hoc.

En todas las situaciones antes señaladas, corresponde al propio

órgano legislativo declarar la procedencia del pedido judicial, lo cual implica un alto sentido de responsabilidad de parte de sus miembros, que deben ser no sólo celosos guardianes de la autonomía del Poder Legislativo, sino también de su imagen ante la opinión pública.

§ 18

INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA(*)

Desde la Revolución Francesa se acostumbra rodear al representante ante la Asamblea (ente legislativo) de determinadas seguridades, que le permitan desempeñar su cargo sin las presiones que puedan ejercer contra él, el poder o terceras personas. Estas son comúnmente llamadas prerrogativas parlamentarias, que no significan una protección de la persona del parlamentario, sino de la función que éste ejerce, proveniente del mandato popular. Así ha figurado en todas nuestras Constituciones y así lo reitera la vigente Carta de 1979.

Estas prerrogativas están consagradas en nuestro texto constitucional en dos conceptos bastante claros: la inviolabilidad y la inmunidad. Analicemos, en esta oportunidad, la primera, y dejemos para un posterior artículo la segunda.

De conformidad con el artículo 176 de la Constitución (primer párrafo) los senadores y diputados representan a la Nación, y no son responsables ante autoridad o tribunal alguno, por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones (segundo párrafo). Esto es lo que se conoce como inviolabilidad.

Como es de verse, se trata del derecho de hablar u opinar sobre cualquier tema, lo que trae total irresponsabilidad para el parlamentario, en el entendido de que con ello se protege lo más importante de su función. Aclaremos, también, que este manto protector está referido a votos u opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones, y no cuando actúa fuera de ellas.

(*) **Expreso**, 1 de agosto de 1982.

Cabe un comentario sobre esta inviolabilidad; y es que, en el fragor de un debate, bien pudiera un parlamentario extralimitarse en sus aseveraciones u ofender a terceros, estén o no dentro del hemiciclo. ¿Qué hacer en este caso? Ante esta situación, queda a la misma Cámara, y sobre todo a su Mesa Directiva, llamar la atención al orador, de acuerdo al Reglamento interno y, de ser el caso, suspender a quien se considera que ha agraviado a terceros. Se trata, entonces de un control interno, que exige una alta dosis de serenidad de la Cámara pertinente.

Otra situación que podría presentarse es que un parlamentario emitiese opiniones ofensivas contra terceros, que eventualmente constituyese delito, y que sean hechos fuera de la Cámara (Por ejemplo, en los pasillos del Congreso o en una exposición televisada). En estos supuestos, entendemos que la inviolabilidad no alcanza al representante y, en consecuencia, debe responder de ello ante el presunto agraviado.

El trámite procesal, en el supuesto anterior, queda señalado en el mismo artículo 176, tercer apartado; esto es, que corresponderá a la respectiva Cámara, o a la Comisión Permanente en receso del Congreso, la autorización para el procesamiento de quien ha sido denunciado ante la justicia ordinaria.

§ 19

INMUNIDAD PARLAMENTARIA(*)

Hemos visto en nuestro anterior artículo, dentro de lo que se denomina "prerrogativas parlamentarias", el concepto de inviolabilidad, que protege los votos u opiniones efectuadas en el desempeño de las funciones legislativas. Queda por analizar la inmunidad parlamentaria, que es -por cierto- más problemática.

La inmunidad está referida a su vez a dos situaciones claramente diferenciadas en la doctrina, mas no así en nuestra Carta Constitucional. La primera es la situación en la cual se encuentra un parlamentario por la comisión (presunta o real) de un delito común (por ejemplo: robo, aborto, etc.), sin conexión alguna con el ejercicio de sus funciones o, si se quiere, fuera de ellas. En este supuesto, es también aplicable el tercer párrafo del artículo 176, según el cual el procesamiento debe ser autorizado por la Cámara a la cual pertenece el parlamentario o, en receso de ésta, por la Comisión Permanente. Producida la autorización, corresponde a la justicia ordinaria (Juez Instructor) continuar con las investigaciones correspondientes.

La segunda situación es más grave; o sea, cuando se infringe la Constitución o se cometen delitos en el ejercicio de sus funciones, está actualmente en el cargo o haya cesado en él.

Cuando se da este supuesto, estamos ante lo que la doctrina llama juicio político o ante-juicio constitucional; y que está consagrado en el artículo 183 de nuestra Carta Fundamental, que señala que corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los altos funcionarios

(*) Expreso 8 de agosto de 1982.

de la República, el cual declarará si ha lugar o no a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados. Añade que, en este caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley. El juicio aquí es especialísimo, regido por la antigua Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, y se lleva únicamente ante la Corte Suprema, la cual se desdobra para salvar el principio de la instancia plural.

El antejuicio es una institución muy antigua, que nos viene como casi toda la materia constitucional de la experiencia histórica anglosajona. En Estados Unidos se denomina **impeachment**, y estuvo a punto de aplicarse a Nixon con motivo del escándalo de Watergate, si es que el referido mandatario no hubiera renunciado a su alto cargo.

El antejuicio en el Perú ha ocurrido muy pocas veces; en el presente siglo se cuentan casi con los dedos de la mano. En el pasado régimen constitucional (1963-1968) hubo dos casos muy sonados; uno a un diputado, otro a un ministro de Estado.

Como comentario final cabe hacer algunas apostillas: a) que tanto la **inviolabilidad** (que vimos en nuestro anterior artículo) como la **inmunidad** (que aquí hemos desarrollado) protegen a la función y no a la persona del parlamentario; b) que nadie, salvo el Congreso o en su caso la Comisión Permanente, puede autorizar el levantamiento del fuero de sus miembros, y c) que por esas mismas razones, existe grave responsabilidad política e histórica del Parlamento, por la forma como haga uso de estas prerrogativas.

EL PELIGRO DE SER LEGISLADOR^(*)

La complejidad del mundo moderno ha traído, en forma inevitable, el crecimiento del derecho positivo; esto es, el aumento desmesurado de la legislación que ahora pretende cubrir todos los campos, ya no sólo los tradicionales, sino los que antes se creían exclusivos del ser humano, como es la disposición de sus propios órganos, sea en vida, o después del fallecimiento. Por eso, se dice que una de las principales actividades del Estado moderno es la de legislar; sea para bien o para mal.

Dentro de la actividad legiferante, cumple un rol destacado -aun cuando no único el Congreso de la República, llamado simplemente Parlamento o las Cámaras. Por ella pasan todo tipo de inquietudes y en ella se reflejan todas las aspiraciones y demandas de una determinada colectividad. En este sentido, no se concibe democracia sin Parlamento en funciones, pues aun disminuido o mediatizado, su presencia es siempre importante.

Ahora bien, la vida moderna hace que la tarea de legislar sea cada vez más difícil, y que muchos campos tengan que ser necesariamente el coto de caza de los especialistas. Así, leyes sobre el agro no pueden darse a espaldas de los técnicos agrónomos, ni un código sanitario sin consultar a expertos en medicina. Ya no se espera que el parlamentario sepa de todo; sino que escuchando a los técnicos y entendidos decida lo que crea más conveniente. De ahí la importancia de las labores de asesoría que existe en todas partes, las que precisamente tienen a su cuidado la materia o sustento, dejando la forma, oportunidad y alcance, a los parlamentarios que tienen la sensibilidad política para ponerla en práctica.

(*) Expreso, 15 de agosto de 1982.

Lo anterior, que es algo bastante claro, no siempre es comprendido. Entre nosotros existe, si se quiere, un subdesarrollo político, que hace que determinadas personas por el solo hecho de ocupar un cargo, se crean con habilidad para desempeñar cualquier otro cometido. Esto se agrava en el caso de los parlamentarios(si no todos, por lo menos de la gran mayoría). Ser diputado o ser senador, los habilita para hablar con rotundidad sobre derecho, sobre economía, sobre sociología, sobre relaciones internacionales, sobre la productividad en el agro y cuanta más cosa cabe. Es decir, parecería que el cargo de parlamentario otorgase ciencia infusa, aligerando a nuestros representantes de soportar "esa larga paciencia" que es la cultura, según decía Bacon. Así, se habla sin pensar y se escribe sin leer sobre los más diversos temas.

Una muestra de lo que decimos es la forma como ha quedado aprobado (solamente en el Senado) el proyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo. La Comisión que lo preparó y estudió durante largos cuatro meses, y el Ejecutivo que lo revisó, presentó un proyecto maduro, con una sesuda exposición de motivos. La Comisión del Senado, confundiendo garantías con derechos y gatos con liebres, se vio en la necesidad de introducir algunas modificaciones, aun cuando no fuese más que para justificar su misma existencia. El Plenario, confiado en dicho trabajo, aprobó el proyecto de un sonoro carpetazo (ahora será timbrazo).

Este es sólo un ejemplo de varios que podríamos mencionar. Y esto sucederá mientras los parlamentarios, cual nuevos Leonardos, crean saber de lo humano y lo divino, en lugar de proceder con la humildad que siempre acompaña a la sensatez.

INUTIL PRODIGALIDAD DE SUPPLICIOS....(*)

En días pasados, ha vuelto a estar sobre el tapete el tan debatido tema de la pena de muerte, lo que de suyo origina una modificación de nuestra flamante Constitución, que sólo la comtempla para el caso especialísimo de traición a la patria en caso de guerra exterior (o sea, guerra convencional con otro Estado). A diferencia de otras partes de la Constitución, aquí no hubo consignas ni órdenes de los partidos en la Constituyente, sino que más bien cada uno de los convencionales votó según su leal saber y entender, acorde con los dictados de su propia conciencia.

¿A qué se debe, en realidad, la pena de muerte? Si analizamos el pensamiento histórico-jurídico de la humanidad, vemos que éste es prácticamente partidario de la pena capital en forma abrumadora. Desde Platón hasta Hegel, la pena de muerte es proclamada como una necesidad. Todas las revoluciones de todos los signos son de hecho mortícolas, y quizá no puedan dejar de serlo. La revolución inglesa, la francesa, la mexicana, la rusa y la cubana, no son precisamente ejemplos angelicales. Por el contrario, los tiempos pacifistas, o con ansias de pacifismos como los nuestros, son abolicionistas.

La misma Iglesia Católica, tan sabia y tan notable como institución humana, no deja de ofrecer posiciones desconcertantes. San Agustín se opone a la penal capital, pero Santo Tomás de Aquino, proclamado por León XIII como suma autoridad, es feroz partidario de ella. El Código Canónico y la Ley de 7 de junio de 1929 contemplan la pena de muerte en el Estado Vaticano. Los pensadores católicos tampoco se ponen de

(*) *Expreso*, 22 de agosto de 1982.

acuerdo. Un eminente jurista conservador, Giorgio Del Vecchio, fue al final de sus días un abolicionista consumado. ¿Por qué estas diferencias?

Es evidente que estar a favor o en contra de la pena de muerte no es, propiamente, un problema de ideologías políticas, sino de “vientos” cambiantes de acuerdo a diversas conyunturas. Hoy, la tendencia occidental es abolicionista (no obstante que casi todas las legislaciones de la Tierra no lo son), pero nada impide que en dos décadas más los “vientos” soplen en sentido contrario. Nuestra misma Constitución, -hay que recalcarlo- no es abolicionista, sino partidaria de la pena de muerte, aun cuando la ha hecho aplicable para un caso gravísimo, como ya hemos mencionado.

Ponerse a discutir a estas alturas sobre la conveniencia o no de la pena de muerte es comenzar a llenar nuevas bibliotecas a favor o en contra. De por sí, nunca nos pondríamos de acuerdo. Nosotros mismos, en un principio partidarios de la pena capital, hemos tenido serias vacilaciones después de consultar algunas lecturas; así, nos hemos encontrado con algunos hechos desconcertantes: Beccaria, el iniciador del movimiento abolicionista, era nada menos que un aristócrata consumado, partidario de la monarquía; Rousseau, por el contrario, considerado como el padre de la democracia moderna, es partidario de ella.

Hay algo que sí está claro con respecto a la pena de muerte: es que ella debe ser considerada únicamente como una sanción y nada más. Durante mucho tiempo se consideró (entre ellos, el célebre Bentham) que la pena de muerte tenía efecto intimidatorio, y podía prevenir el delito. Esto es totalmente inexacto, como la experiencia reciente lo ha demostrado. Tan pronto el Ejecutivo anunció que extendería la pena de muerte para los terroristas, éstos empezaron a actuar de nuevo y con más bríos. Hay que recordar, pues, el célebre apotegma de Beccaria, expresado en pleno siglo XVIII: “Inútil prodigalidad de suplicios, en nada ha contribuido a hacer mejores a los hombres”.

¿MODIFICAR LA CONSTITUCION? (*)

El proyecto de extender la pena de muerte a la comisión de nuevos delitos tiene el obstáculo, como bien es sabido, de la Constitución del Estado, que contempla la pena capital solamente para los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Ampliar la pena significa modificar la Constitución dentro de un procedimiento algo rígido, propio de nuestra tradición constitucional y de la mayoría de las Constituciones del orbe. Se cambiará, pues, la Constitución...

Cuando recién fue sancionada la Constitución (no promulgada como dicen todavía algunos incautos, sino simplemente sancionada) y esto en julio de 1979, pronto advertimos que el nuevo texto tenía serias limitaciones; algunas de orden sustantivo (que podían no tocarse, pues son opciones ideológicas) y otras de orden técnico, que realmente eran clamorosas. Pensamos siempre que se imponía una revisión del texto que en lo esencial respetase su espíritu y, sobre todo, salvase algunas serias contradicciones escapadas al constituyente.

Esta inquietud se hizo llegar a algunos amigos muy estimables que tenemos en ciertas esferas gubernamentales. Se nos dijo que no era recomendable hacerlo: que, en todo caso, cualquier modificación o inconveniencia podía salvarse con una ley (como efectivamente se hizo) y, más aún, que siendo tan nuevo el texto constitucional, preferible era no tocarlo; por lo menos hasta el próximo período de gobierno. Es decir, era conveniente un cierto "asentamiento" de la nueva Carta, a fin de que la experiencia cotidiana se encargara de hacerla más viva para el común de los ciudadanos. Confesamos que los argumentos nos parecieron si no valederos, por lo menos interesantes y altamente sugestivos.

(*) Expreso, 29 de agosto de 1982.

Pero ahora resulta que es impostergable modificar la Constitución para incluirle a como dé lugar, la pena de muerte para el terrorismo, bajo la forma de "homicidio calificado". Se trata, como se ve, de una modificación única, sin otro propósito que amedrentar, y en su caso castigar, a los terroristas. ¿Es esto realmente posible? Los hechos, por de pronto, no avalan esta tesis.

Pensar que con la pena de muerte para los terroristas se va a detener, eliminar o quizá disminuir estos actos, es una clamorosa ingenuidad. El problema del terrorismo nunca se ha arreglado con la pena de muerte, y es lamentable que teniendo tantas cosas que cambiar en el nuevo texto, se hagan cambios sólo en los aspectos coyunturales y por qué no espectaculares. En lo personal, tenemos la impresión de que el Ejecutivo no tiene una clara conciencia del problema terrorista ni de los medios para combatirlo, y que ha recurrido al expediente más fácil: cambiar la Constitución (lo cual, en las actuales condiciones, lo encontramos realmente lamentable).

Los delitos no se eliminan con papeles y la Constitución, en este sentido, es un papel más, aun cuando de muy alto nivel. Son otros los medios de combatir al terrorismo y de dar nuestro más ferviente apoyo a las fuerzas policiales. Un cambio en la Constitución nada bueno va a traer cuando el cambio se realiza dentro de tan negras y agitadas aguas. Y esto sin descontar el hecho de que tal modificación constitucional va a significar la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica, lo que me temo puede ser un escándalo internacional.

LAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS (*)

Una de las novedades más radicales de la nueva Constitución de 1979 es, sin lugar a dudas, el artículo 199, que prohíbe a los representantes a Congreso toda iniciativa para crear o aumentar gastos. Esto es lo que coloquialmente se llama "iniciativa parlamentaria", cuyos excesos todos recordamos en el último período constitucional.

De acuerdo a la Constitución de 1933, cada parlamentario (diputado o senador) tenía un determinado porcentaje del presupuesto para disponer una cantidad a su libre albedrío, incluso para regalarlo, como alguien pretendió alguna vez. De esta suerte, el parlamentario cumplía con sus electores y dentro de cada presupuesto anual se incluían partidas para una posta médica, un puente, el campanario de una iglesia, bancos para una escuela, y hasta una cancha de fútbol. Con esos favores, la reelección era casi segura.

Todo esto trajo, como era de esperar, presupuestos desfinanciados durante largas décadas. El parlamentario creaba el gasto, pero generalmente nunca daba los medios para cubrirlo. Como consecuencia de ello, el déficit crecía o, en su defecto, el columpio para la escuela de un caserío serrano no era comprado ni instalado. La secuela de esto fue funesta; a tal extremo, que una palabra tan autorizada como la de Basadre llegó a criticar lo que él llamó (en 1968) "el tremendo poder económico del Parlamento".

Toda esta situación desapareció felizmente en 1979, con la nueva Constitución. Ella ha encomendado tal labor al Ejecutivo y no al Parlamento, el cual de esta suerte se ve redimensionado y no limitado

(*) *Expreso*, 5 de setiembre de 1982.

a ser un maestro de obras de las provincias del interior. Acorde con los conceptos modernos de planificación, las iniciativas propias no hacen más que distorsionar el modelo global de desarrollo, cualquiera que éste sea.

Ahora bien, todo esto que fue logrado trabajosamente, amenaza al parecer con derrumbarse. Fuertes presiones de un sector de Diputados quiere modificar el artículo 199 para nuevamente recaer en el vicio de las iniciativas parlamentarias, que significan desorden y dispendio del área fiscal. Aluden, para ello, a la necesidad de obras en el interior del país... Pero ¿no podría esto encauzarse a través de los municipios y corporaciones hoy, y mañana las regiones?

Si prospera esta idea de otorgar a los representantes, iniciativa en los gastos, habremos dado varios pasos atrás, y con seguridad que nos colocaremos a la retaguardia de los países con democracia avanzada. Ni siquiera en Inglaterra, la madre del parlamentarismo, tiene la Cámara de los Comunes capacidad para el gasto ¿Por qué pues, debemos tenerla acá?

Piense el lector en la astronómica cifra que tiene el déficit fiscal, ahora sólo en manos (y bajo responsabilidad) del Ejecutivo. ¿A cuántos miles de billones aumentaría nuestro déficit con la restauración de las iniciativas parlamentarias?

¿QUIEN AUTORIZA A QUIEN? (*)

En semanas pasadas han sido publicados dos dispositivos de real interés; las Resoluciones Supremas No. 083-82-JUS, y No. 297-A-82 RE; ambas firmadas por el Presidente de la República, pero en realidad preparadas e implementadas por sus Ministros. En el primer caso, el Ministro de Justicia; en el segundo, los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía, Finanzas y Comercio. En ambos se autoriza a viajar al Presidente de la Corte Suprema de la República a España, para específicos fines judiciales.

A decir verdad, fue para nosotros una verdadera sorpresa que el señor Presidente de la Corte Suprema, en rigor, Presidente de un Poder del Estado, necesitase que un Ministro de Estado (inferior en jerarquía) o el Presidente de la República (uno de sus iguales) lo autorizase a salir del país, como un simple burócrata.

A nivel constitucional sólo existe limitación para salir al exterior al Presidente de la República, por el simple hecho de que él representa al Estado, y tal permiso tiene que darlo el Congreso, o sea, otro Poder del Estado. Pero los congresales nunca piden permiso a nadie para ausentarse del país, salvo a su propia Cámara y hasta 1968 recordamos que los Presidentes de la Corte Suprema se ausentaban con el permiso de sus pares (esto es, la Sala Plena) y no pidiendo autorizaciones a terceros.

Algo ha quedado sin embargo del "compás" revolucionario; y en efecto, las indicadas Resoluciones Supremas citan en su apoyo el Decreto Ley 21571, así como diversos decretos supremos sobre viáticos.

(*) *Expreso*, 12 de setiembre de 1982.

A ellos habría que añadir el artículo 168 de la Ley 23350, haciendo la salvedad de que todos están referidos al Poder Ejecutivo, empresas estatales, semiestatales y para estatales, en terminología que no es muy adecuada pero que es muy clara. Nada dice del Poder Judicial ni tampoco del Poder Legislativo ¿Por qué entonces estos permisos?

Decididamente, los viajes de los vocales supremos, y aún más del Presidente de la Corte Suprema, no tienen por qué ser visados por el Poder Ejecutivo, no sólo porque la ley no les alcanza, sino porque ello no se concibe dentro de la autonomía que debe tener el órgano judicial.

LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA**I (*)**

Del 23 al 27 de agosto último se llevó a cabo en la ciudad de San José de Costa Rica, la primera reunión regional de expertos a fin de tratar el tema de "la protección constitucional de los derechos humanos en América Latina a la luz de los instrumentos internacionales". Las sesiones se llevaron a cabo en la sede de la corte Interamericana de Derechos Humanos, y fue auspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, dentro de un plan de trabajo que considera como objeto de análisis la situación de doce países, entre los cuales se encuentra el Perú. Nos cupo la satisfacción de presentar el informe nacional correspondiente.

Indudablemente, tratar el problema de los derechos humanos en América Latina es un tema de por sí explosivo. Por lo pronto, habría que agregar que un primer problema surge cuando queremos indagar de cuáles derechos se trata, ya que como se sabe existen dos grupos de derechos humanos con sus respectivos textos internacionales: los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro. La tradición occidental ha privilegiado los primeros, y las denominadas democracias populares han optado por los segundos, según se afirma. En todo caso, lo cierto es que mientras el primer grupo es de fácil constatación (por ejemplo, comprobar si existe la libertad de tránsito), el segundo es problemático y harto complejo (¿qué se entiende, por ejemplo, tener una vida digna y decorosa?)

El primer problema que existe es, pues, a este nivel. Estados Unidos acusó en la época de Carter a la URSS de violar los derechos humanos, probado en hechos tan saltantes como las clínicas para

(*) Expreso, 19 de setiembre de 1982.

disidentes políticos y la censura en la prensa; pero, por su parte, el Kremlin replicó que los derechos humanos también eran violados en el continente americano por la miseria existente en las grandes ciudades, y por la opresión a las minorías raciales, aparte de la existencia de un sistema que se consideraba de por sí expoliatorio. Estamos, pues, frente a un diálogo de sordos.

Aparte del problema de su interpretación y alcances, es evidente también que los derechos económicos y sociales son difíciles de exigir al Estado en forma imperativa, mediante la coacción legalizada (vía Poder Judicial); lo que es fácil cuando se trata de los derechos civiles y políticos (por ejemplo, la libertad de prensa o la libertad de reunión). Esta dificultad ha hecho que el segundo grupo de estos derechos (económicos y sociales) queden como una aspiración, como meta, o en todo caso como programa reivindicativo de las luchas políticas y populares.

En vista de esta dificultad teórica pero con enormes alcances prácticos, es que los documentos internacionales, así como los convenios y sobre todo los informes de agencias no gubernamentales (como la Cruz Roja y Amnesty International) se han centrado sobre el primer grupo de derechos, es decir los civiles y políticos, toda vez que ellos son más fáciles de detectar y, sobre todo, de exigir su cumplimiento. Así, los informes sobre violaciones de domicilio, mordaza a la prensa, exterminación de la oposición (los famosos "desaparecidos") son objeto de denuncia por parte de estos organismos y equipos de trabajo. Y, coincidiendo con esto apreciamos que tanto los Pactos de Naciones Unidas, como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, han centrado su atención, en cuanto a mecanismos de defensa y denuncia se refiere, en este primer grupo de derechos civiles y políticos.

II (*)

El problema de los derechos humanos envuelve muchas aristas y cabe estudiarlo desde distintas perspectivas. Una de ellas es el problema teórico de su fundamento, que es objeto de apasionados debates entre

(*) *Expreso*, 26 de setiembre de 1982.

juristas, filósofos y moralistas. Otro es el de la vigencia, que puede ser un análisis sociológico, y otro en fin es un análisis juridicoconstitucional, que era precisamente el objeto de esta primera reunión regional de expertos a la que asistimos, y a la que nos referimos en nuestro anterior artículo.

El problema constitucional de los derechos humanos tiene a su vez varias facetas. Una es analizar el mismo texto constitucional, y ver la manera como él recoge los derechos fundamentales. Otras, complementarias e importantes son las siguientes: a) la existencia o no de tribunales de excepción, como los tuvimos aquí en la época de Odría; b) la competencia de tribunales militares sobre los civiles; c) la posibilidad de leyes de excepción que pongan en suspenso determinados derechos fundamentales; d) la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, sus métodos de incorporación y grado de vigencia, e) la existencia de situaciones de emergencia, que puedan enervar los derechos consagrados, f) la no interferencia de los poderes públicos en el poder judicial; g) la ratificación de los pactos internacionales y sobre todo el Pacto de San José de Costa Rica; h) la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros aspectos más.

Los anteriores tópicos son sólo algunos de los muchos que pueden plantearse en el aspecto netamente jurídico, que incluye lo constitucional, lo legislativo y lo jurisprudencial. Todo esto debe relacionarse con el sistema político que vive un país, y sobre todo con la conducta de los actores políticos, en relación con estos problemas, que si bien no es propiamente una labor jurídica, son hechos que no pueden escapar a la atención del jurista, en cuanto ellos en cierto sentido condicionan el aparato jurídico de Estado, por lo que hay que tomarlo como referencia.

Sobre lo expuesto anteriormente, se hicieron como queda dicho, diversos informes nacionales, que lamentablemente no cubrían toda América Latina; pero sí sus países más representativos. Todo esto está en procesamiento, y todavía no hay conclusiones finales a las cuales pueda llegarse válidamente, pero es indudable que cada uno de los participantes se forjó una idea sobre la problemática latinoamericana, y queremos en esta oportunidad adelantar algunas conclusiones, que extrajimos de nuestra participación en el referido encuentro, y que por

cierto no compromete a la institución ni a los demás participantes, como ritualmente se acostumbra decir.

A fin de tener una visión más ajustada de nuestra problemática, creemos necesario hacer algunas precisiones más. Hemos señalado ya que, por razones valorativas y jurisprudenciales, las organizaciones y los textos internacionales se inclinan por privilegiar desde el punto de vista de la **praxis** (pues no cabe ello en teoría) el aspecto de los derechos civiles y políticos, lo que en muchas partes de América Latina, y aquí todavía, se conocía como "garantías constitucionales" (y que ahora no existen como tales, no obstante que algunos parecen ignorarlo). Ahora bien ¿se violan estos derechos en América Latina o no? El problema no es fácil, y merece una explicación que será materia de nuestro tercer y último artículo.

III (*)

En nuestro anterior artículo, hicimos un planteamiento general sobre la eventual violación de los derechos humanos en nuestro continente y nos lo planteamos como interrogante. Frente a esta cuestión, nuestra respuesta tiene que ser afirmativa, en el sentido de que en América Latina, y dentro de ella por cierto el Perú, existe violación de los derechos humanos, y de esto ningún país se escapa. Pero precisemos aún más esta afirmación.

Cuando decimos que en toda América Latina se violan los derechos humanos, estamos diciendo que en países como los nuestros, los abusos y excesos existen y, por lo mismo que existen, es que se pregona tan insistentemente el respeto de los derechos humanos, pues éstos son objeto de violación. Pero salvando distancias, hay que decir que la violación de los derechos humanos existe en todas partes, e incluso en los países más avanzados y democráticos. Recordamos haber leído en semanas pasadas un informe sobre violación de derechos, nada menos que en Inglaterra.

Lo anterior merece algunas precisiones adicionales. Lo importante no es la violación de derechos humanos, que como decimos existe en

(*) Expreso, 3 de octubre de 1982.

toda América Latina, fruto de abusos y excesos que pienso son insuprimibles. No obstante, este primer paso no es definitivo ni tampoco el que clarifica la cuestión. Lo importante no es que existan estos excesos, sino que la violación de derechos humanos en un determinado país, se dé como algo sistemático, reiterado y que cuente con la complicidad o el silencio del gobernante. Es decir, cuando nos hallamos no frente a violaciones que existen porque el hombre es hombre, sino cuando afrontamos violaciones que son parte de un sistema institucionalizado. Y esto es lo verdaderamente grave.

Desde este punto de vista, tenemos que replantearnos nuestro análisis y, en consecuencia, nuestras conclusiones. En efecto, la violación sistemática, consciente y con protección oficial es frecuente en América Latina, pero en esto no están todos los países, sino solamente algunos. Sólo cuando nos hallemos frente a una situación oficial reiterada y consciente que viola los derechos humanos, podremos decir que en un determinado país se dan estos hechos como parte del sistema. Los excesos cometidos por autoridades policiales, los errores en que incurran los jueces, la existencia de determinadas normas discutibles, si es que pueden ser subsanadas, si no hay voluntad oficial de perpetuarlas, y sobre todo si son la excepción y no la norma, no pueden ser rasgos definitorios de una violación de derechos humanos.

Bajo este criterio, podemos señalar, en términos generales, que son varios los países de América Latina en donde existe violación de derechos humanos. En términos concretos, en la región centroamericana y en el Cono Sur. En Centro América esto involucra a Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Panamá, con la solitaria excepción de Costa Rica. En el Cono Sur, Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile. Hacemos hincapié en que esta lista puede no ser exhaustiva pero en todo caso es representativa, y además, merece dos apostillas: una referente a Nicaragua y otra al Brasil. En cuanto a la primera, se trata de una experiencia revolucionaria todavía no definida, que afronta diversas amenazas, y de la que esperamos institucionalice su proceso con respeto a los derechos humanos (entre los cuales está, por cierto, el derecho de las minorías a discrepar). El otro es el relativo al Brasil, que aun cuando vive una dictadura desde 1964, está operando un proceso de apertura de gran interés, y que esperamos no se entorpezca.

LAS VICEPRESIDENCIAS (*)

El tema de la Vicepresidencia ha vuelto a tomar repentina actualidad a raíz de dos viajes casi simultáneos, que ha programado el Presidente de la República. El primero es a la hermana república de Bolivia, vuelta ya a la constitucionalidad; el segundo lo es a los Estados Unidos. En ambos casos, el Presidente se ausenta del país, previa autorización del Congreso, y corresponde al Vicepresidente ejercer sus funciones. ¿Cuál es, sin embargo, la naturaleza de este cargo?

La Vicepresidencia es un tema que no es pacífico en nuestra historia constitucional. Ha habido vicepresidentes que han tenido fuerza y vigencia, como es el caso del general Diez Canseco, que en cuanto tal ocupó la Presidencia de la República hasta en tres veces (pero todas ellas juntas no llegaron al año), y otras en las que el Vicepresidente transitó sin pena ni gloria, y a veces en forma anodina. Aún más; épocas hay sin vicepresidentes (como es el caso de la Carta de 1933, en su versión original), y épocas también en que su existencia misma fue discutida y cuestionada (Mariano H. Cornejo la caracterizó como mueble de repuesto que nunca se usaba, salvo en caso de incendio). La Constitución actual, por el contrario al igual que otras anteriores, contempla no una sino dos vicepresidencias.

Ahora bien, ¿qué es un vicepresidente? Si analizamos el artículo 60 de la Constitución, en donde se hace referencia a los funcionarios del Estado, vemos que no aparecen mencionados, ni una sola vez los vicepresidentes (y si menciona al Presidente, a los parlamentarios, ministros de Estado y magistrados de la Corte Suprema). Esto es, el vicepresidente no es funcionario público, según este dispositivo. Más

(*) Expreso, 10 de octubre de 1982.

aún, no tiene mando ni autoridad, no tiene oficina a su cargo ni despacho administrativo, ni pliego, ni programa presupuestal, ni menos aún cobra sueldo. Es decir, mientras es tal, no tiene potencialidad alguna, la que se hace efectiva sólo en caso de que concurra a reemplazar al Presidente de la República.

Lo anterior está reforzado por lo dispuesto en la segunda parte del artículo 166 de la Constitución: ella señala que los candidatos a la Presidencia y vicepresidencias pueden integrar las listas de candidatos a Senadores y Diputados. Esto es, si tienen la posibilidad de postularse es indudable que se acepta que una sola persona reúna en sí misma, los dos cargos; esto es senador (o diputado) y vicepresidente. No cabría ser senador o diputado al mismo tiempo que presidente, pues aquí interviene la incompatibilidad señalada en el artículo 173, con lo cual el que ganó la Presidencia, al jurar el cargo pierde automáticamente la curul.

El caso que se ha planteado a raíz de estos sucesos es, concretamente, el de Javier Alva Orlandini, quien es como se sabe senador de la República y segundo vicepresidente. De acuerdo a la discrecionalidad que la misma Carta le otorga, el Presidente de la República viajará a los Estados Unidos acompañado por el embajador peruano ante ese país (por elemental regla de cortesía y uso protocolar) quien es, a su vez, primer vicepresidente de la República. El artículo 208 prescribe que, por falta temporal del Presidente, asume sus funciones el primer vicepresidente (o sea Fernando Schwalb); en defecto de éste, por el segundo (o sea, Javier Alva). Frente a esto, muchos comentaristas, algunos de ellos muy estimables (caso Manuel Tarazona) sostienen incompatibilidad, basándose en el artículo 173, que establece incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, salvo la de ministro de Estado. Según este raciocinio, Alva es Senador y no puede ejercer la función pública de la Presidencia.

En realidad, el artículo 173 debe ser interpretado en forma global. Por lo tanto, hay que advertir que los vicepresidentes que reemplazan temporalmente al Presidente, no ejercen la presidencia, sino que asumen las funciones interinamente, en tanto dure la ausencia del titular. Esto es, no se es Presidente, sino sólo vicepresidente encargado de la

Presidencia, si se quiere, es Presidente interino y no es titular (para quien sí alcanza el artículo 173 ya citado). Por otro lado ¿cómo se concibe que el mismo artículo 166 permita la postulación de los vice presidentes al Senado, si se sabe de antemano que un vicepresidente puede ser Presidente? No puede haber contradicción, si no queremos ir al absurdo. Si se permite ambos cargos, se permite ambos ejercicios, y la incompatibilidad sólo sobreviene si el vicepresidente reemplaza definitivamente al Presidente, con lo cual deja de ser vicepresidente y pasa a ser Presidente. En este supuesto, y sólo aquí, procedería la vacancia de la curul. Por tanto, la vicepresidencia de un parlamentario lo habilita para ejercer temporalmente la Presidencia de la República, sin que le alcance ninguna incompatibilidad.

FF. AA. ¿SON DELIBERANTES? (*)

El artículo 278 de la Constitución establece que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales no son deliberantes, añadiendo que ellas se encuentran subordinadas al poder constitucional. Nadie tiene un ápice de duda sobre la segunda parte del artículo, pero sí sobre la primera que ha despertado un cúmulo de opiniones tan grande, y en veces tan contradictorias que aquí, como en el viejo refrán alemán, los árboles no dejan ver el bosque. ¿Qué significa que no son deliberantes?

Desde la Revolución Francesa hasta el presente, se ha desarrollado un principio que casi tiene la categoría de dogma en la doctrina constitucional: la subordinación del poder militar al poder civil. Esto es así porque, en la teoría democrática, se tiene derecho a mandar en la medida que se es elegido; esto es, en cuanto se es reconocido como tal por la mayoría de la población. A diferencia de los métodos anteriores (basados en la herencia, el color o el derecho del más fuerte) la democracia representativa supedita el derecho a gobernar por el consentimiento que otorgan los gobernados. En tal sentido, el poder militar (entendido éste en su sentido más amplio) debe estar en función y como apoyo del poder civil, que es en rigor el poder legalmente establecido. Así lo establece nuestra Constitución, y así se observa en la tradición jurídica occidental.

Lo anterior no disminuye por cierto el rol que juega el poder militar en las sociedades modernas, tanto las desarrolladas como las subdesarrolladas. Nadie puede negar en nuestro medio el papel desempeñado por el poder militar (léase fundamentalmente ejército) sea para bien, sea para mal.

(*) Expreso, 17 de octubre de 1982.

En los países subdesarrollados como los nuestros, es indudable que las fuerzas armadas y policiales juegan un rol de creciente importancia, dentro de la marcha del Estado peruano, y por cierto dentro de la Constitución y las leyes. Recordemos que el Sistema de Defensa Nacional incumbe a todos los peruanos, y tiene el carácter de permanente e integral, tal como preceptúan los artículos 269 y 270 de la Carta Fundamental.

Esto podría, sin embargo, chocar a primera vista con el carácter no deliberante que la misma Constitución establece. En efecto, desde un punto de vista coloquial, no deliberante equivale casi a no pensar, con lo cual nuestros oficiales estarían reducidos casi al papel de una sombra, en actitud robotizante e indiferente al quehacer político tal como lo han declarado algunos políticos, y más de un constituyente (que por el hecho de ser tales, parecen autorizados para pontificar sobre la Constitución cada vez que les parece necesario). Pero ¿es esto realmente lo que se ha querido?

A fin de poder tener una clara idea de la situación, conviene dejar de lado el sentido corriente que tiene la palabra "deliberar", y restringirla a su sentido estricto, o mejor dicho, a su alcance jurídico. El carácter deliberante que tiene una asamblea, un cuerpo colegiado o una institución, está referido a la facultad de emitir opinión obligatoria en determinados puntos o agendas. Esto es, cuando existe un voto o una opinión deliberativa, significa que hay que contar con el permiso, autorización o aprobación previa de quien goza de esta facultad. Este es el sentido auténtico de la opinión deliberativa, y así aparecía en la derogada Constitución de 1933, al referirse al voto deliberativo del Consejo de Ministros, diferenciado del meramente consultivo. Esto significa que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales, no empujan algunos, tienen capacidad y derecho a pensar y expresar sus opiniones, pero ellas por más respetables que sean, no obligan al Presidente de la República, ni a los demás órganos del Estado.

EJERCER LA PRESIDENCIA (*)

No obstante que la Constitución es un instrumento jurídico por excelencia y en consecuencia descarta toda posibilidad de un gobierno de facto, lo cierto es que esa eventualidad está prevista en nuestra carta constitucional. No sólo en sus partes finales, sino muy especialmente en lo concerniente al ejercicio de la Presidencia de la República, que ahora ha vuelto a la escena con motivo de los viajes (realizado uno y cancelado el otro) de Jefe de Estado. Vale la pena, pues, rescatar el sentido de lo que es ejercer la Presidencia, para ver sus alcances y consecuencias.

El artículo 204 señala que no pueden postular a la Presidencia de la República ni a las Vicepresidencias entre otros el ciudadano que por cualquier título ejerce la Presidencia de la República al momento de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes. El tenor del texto es similar al artículo 137 de la derogada Carta de 1933, pero como cosa nueva aparece el plazo de dos años, que antes no existía.

Creemos que haber añadido un plazo previo y considerable es importante. Sobre todo si tenemos en cuenta que sin tal plazo, Odría pudo “bajar al llano” en 1950, pocos días antes de la elección, y luego subir como candidato único triunfante a los pocos días. La Constitución de 1933 decía “al momento de la elección”: o sea, ese mismo día, sabía interpretación jurídica a la que se prestaron los amigos del régimen. Lo bueno del actual texto constitucional es el plazo, pero ¿por qué dos años?

Un texto constitucional se explica de muchas maneras. Una de

(*) *Expreso*, 7 de noviembre de 1982.

ellas es saber las fuentes ideológicas que consultó el constituyente (Constituciones extranjeras textos doctrinarios, etc.); otra, ver los antecedentes políticos y la experiencia histórica reciente. Todos son elementos que deben ser analizados y ponderados según los casos. Para el tema que nos ocupa, es preciso retrotraerse al momento histórico en que este texto fue aprobado, para que veamos cómo tiene una lógica interna, que no es la de los lógicos aristotélicos y formales sino la lógica de la política que se caracteriza por no tener reglas.

Recordemos que la Constituyente se convoca en julio de 1977, y se instala en julio de 1978. Dos años después se instalaría el gobierno civil (como se anunció y efectivamente sucedió). Por ese entonces el correo de brujas anunciaba un pacto o acuerdo secreto entre el Apra y el general Morales Bermúdez para constitucionalizarlo, mejor aun, lanzar su candidatura dentro de un frente amplio en el mejor estilo de 1945. Frente a esto, sectores independientes de izquierda y el PPC (que ya por entonces había declarado su desengaño del APRA) propiciaron esta fórmula de los dos años para cerrarle la puerta al entonces presidente de facto. Se reconoció así, aun cuando indirectamente la existencia de situaciones anormales o de emergencia, que mucho más tarde han querido negar.

De lo anterior se desprende que la Presidencia de la República se ejerce sea por el titular constitucional, sea por un usurpador o de facto. Lo que queda por preguntarse es si la Presidencia de la República la ejerce el Vicepresidente que la ocupa cuando el titular se encuentra de viaje. ¿Es que acaso Gallo Porras, en el segundo período de Prado, o Seoane en el primer período de Belaunde, ejercieron la Presidencia?

La respuesta tiene que ser negativa. Ante la ausencia del Presidente de la República el Vicepresidente sólo se encarga de la Presidencia en forma interina pero no la ejerce. Esto es, se encarga del Despacho (art. 208) y no asume el cargo. Aún más, no jura cumplir el cargo de Presidente (art. 63) y en consecuencia no ejerce tal función. Por tanto, al Vicepresidente que ha reemplazado al Presidente en ausencias temporales, no le alcanza la prohibición de postular a que se refiere el artículo 204 de la Constitución del Estado.(1)

(1) Este criterio fue recogido con posterioridad por la Ley 23628 (nota de 1987).

§ 29

EL OCASO DE LAS EMPRESAS PUBLICAS (*)

La carga más pesada que recibió el régimen actual del anterior fue, sin lugar a dudas, la relacionada con las empresas públicas. El Estado creció desmesuradamente durante el docenio militar; casi sin orden ni concierto. Anotemos, de paso, que no estamos en contra de la intervención del Estado en la economía, sino de la intervención desordenada como fue el caso que reseñamos. Agreguemos, por otro lado, que la existencia de la empresa pública es un fenómeno del mundo moderno que no podemos ignorar. El problema reside fundamentalmente en su manejo, su rendimiento y sus fines.

A fin de afrontar este problema, se diseñaron diversas políticas, las cuales -a su vez- se volcaron en varias leyes, una de ellas denominada Ley de la Actividad Empresarial del Estado, dictada al amparo de las facultades extraordinarias que dieron origen a interminables decretos-legislativos. Desde el punto de vista del diseño empresarial, las empresas estatales quedaron divididas, para los fines que aquí nos interesa, en dos: empresas estatales de Derecho Público y empresas estatales de Derecho Privado. Esta distinción, que parecía herejía a primera vista, está sugerida incluso en la Constitución del Estado en la parte concerniente al régimen económico.

La novedad de las empresas estatales de Derecho Privado fue sin lugar a dudas, radical y esperanzadora. Se les otorgó estructura similar a las sociedades anónimas, con directorio responsable de sus decisiones y con escasos controles, todos ellos posteriores a los actos mismos, y dentro de una política global de comportamiento empresarial, encuadrado

(*) Expreso, 15 de noviembre de 1982.

dentro de tales límites. Se impusieron asimismo, algunas limitaciones en el manejo -en especial, en materia de licitación-, que diseñaban un cuadro bastante armónico lo cual permitía esperar una administración audaz y hasta creadora de las empresas públicas de Derecho Privado.

Lamentablemente, como siempre sucede en el Perú, lo permanente pasó a ser provisional, y así, conforme se sucedieron los meses, se comenzó a dictar sucesiva legislación, casi toda a nivel de Decreto Supremo, que quitaba, ponía, y agregaba más recortes y limitaciones a las actualmente existentes. Es decir, con discutibles dispositivos legales, se empezaron a crear nuevos controles y cortapisas. A tal extremo, que la pretendida autonomía de las denominadas empresas estatales de Derecho Privado ha empezado a ser seriamente cuestionada. Hemos visto, incluso, que recientemente se ha pretendido establecer normas obligatorias mediante oficio, lo cual rebasa toda nuestra capacidad imaginativa. Recordábamos que, en el fenecido régimen militar, se legislaba mediante aviso, ahora se hace o se pretende hacer, mediante oficio. A este nivel, las cosas no han mejorado.

A todo lo anterior se suma, según se nos ha informado, la nueva Ley de Austeridad, que con tan pomposo nombre pretende crear más recortes y limitaciones a las ya asfixiadas empresas públicas de Derecho Privado. Se nos asegura que hasta para comprar un borrador será necesario concurso público de precios. Al parecer, la norma será observada por el Ejecutivo, ya que por austeridad no debe entenderse racionamientos efectivos, sino resultados concretos.

De todo esto parece desprenderse una conclusión: la interesante experiencia de las empresas estatales de Derecho Privado parece estar llegando a su fin. De nada vale que se rijan por la Ley de Sociedades Mercantiles si tienen que pedir permiso hasta para cambiar de domicilio, o si están prohibidas de atender directamente sus necesidades más elementales. Es de esperar que algo se haga al respecto y no se frustre esta interesante experiencia.

§ 30

LA INSTALACION DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES (*)

Largo ha sido el proceso de implementación de la nueva Constitución y en veces también muy accidentado. Prueba de ello es el flamante como inédito Tribunal de Garantías Constitucionales, que acaba de instalarse en forma solemne en la ciudad de Arequipa. Primero fue su Ley Orgánica, luego su tardía composición por el Parlamento, previa prórroga del plazo que tenía dicho cuerpo legislativo y posteriormente, la habilitación de una partida especial para poder iniciar sus labores. Como se ve, la instalación del Tribunal se produce casi tres años después de puesta en marcha la nueva Carta Fundamental.

La excesiva lenidad aquí observada, es en realidad preocupante. Parece no haber existido interés alguno en apurar esta institución vital, cuyos objetivos señala la Carta y que son: cautelar la constitucionalidad de las leyes y otros dispositivos menores; y conocer en casación, las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo (ambos, pero sobre todo el primero, protector fundamental de los derechos humanos)

Puede alegarse, sin embargo, algunas excusas o consuelos. Una de ellas es que la Corte Constitucional italiana, empezó sus labores varios años después de que se promulgó la Constitución que la consagraba: la de 1947, todavía vigente. Pero el caso de Italia era especial; venía de terminar una guerra en la que precisamente no había tenido la mejor parte, y empezaba todo un nuevo sistema de gobierno: la democracia representativa, que reemplazó a la monarquía, dócil instrumento del Duce Mussolini.

Mientras que en España, salida de una larga dictadura, el Tribunal

(*) La República, 20 de noviembre de 1982.

Constitucional consagrado en la Constitución de 1978, ya ha sido instalado y se encuentra en pleno funcionamiento, aquí estamos en sus inicios. En España existen varias revistas especializadas que comentan y difunden la jurisprudencia constitucional del flamante tribunal, que ha apuntalado a la naciente democracia española.

La tarea que aguarda al Tribunal de Garantías Constitucionales, es sin lugar a dudas, delicada. Integrada por algunos hombres de derecho, inobjetables, es de esperar que cumplan sus funciones al margen, y de ser el caso, en contra del poder político. Es bien sabido que en los últimos meses se ha dictado una legislación muy frondosa, muy interesante en muchas de sus partes, pero también muy deficiente, y en algunos casos, violatoria del orden constitucional. En su caso, corresponderá al Tribunal la delicada tarea de derogar aquella norma que colisione con la Constitución del Estado, que es razón de ser y punto de partida de todo régimen constitucional.

Conviene aclarar un malentendido que circula en ciertas esferas, en relación con normas legales que atentan o violan la Constitución del Estado. Según algunos, la existencia de tal legislación inconstitucional, vicia, de por sí, todo el orden jurídico e invalida todo el sistema. Esto que a primera vista puede parecer cierto, no lo es en realidad. El orden jurídico, la normatividad general, pueden estar viciados aun cuando sólo sea en parte, de normas que afectan la Constitución del Estado, y ello no sólo es posible, sino incluso está previsto. O sea, la misma Constitución, no sólo la nuestra, sino la de otros países, prevé tal posibilidad, que consiste en que existan normas legales que contraríen la Constitución del Estado.

Precisamente, lo que caracteriza el sistema constitucional y que es su mayor mérito, es prever esta posibilidad y además, proporcionar los medios adecuados para atacar tales excesos. A diferencia de los regímenes dictatoriales en donde las órdenes y las leyes ni se discuten ni se impugnan, el régimen constitucional cuenta con la ventaja de establecer todo un mecanismo que puede ser accionado por los ciudadanos, para invalidar o dejar en suspenso normas que afecten la Constitución del Estado. Que se haga o no, es problema aparte, que no entra en el marco

del debate, como tampoco el hecho de que los jueces y tribunales amparen las pretensiones que les soliciten los interesados. Pero lo importante es que dicha posibilidad teórica existe, y está contemplada. Un segundo paso será cómo hacerla efectiva, y ahí juega un rol de importancia, no sólo el Poder Judicial, sino el novísimo Tribunal de Garantías Constitucionales.

Destaquemos, por último, una tarea que tendrá el nuevo Tribunal: la tramitación de las acciones de Habeas Corpus y de Amparo, para lo cual tendrá que realizar una verdadera labor creadora en materia jurisprudencial, ya que la legislación vigente está totalmente obsoleta. Y esto tiene que ser así, pues un excelente anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo, que hace tiempo remitió el Ejecutivo al Poder Legislativo, duerme todavía el sueño de los justos en la Cámara de Diputados.

**¿ ES RENUNCIABLE LA INMUNIDAD
PARLAMENTARIA? (*)**

A raíz del sonado caso Vollmer y de la presencia del Premier Manuel Ulloa en las Cámaras, se ha puesto de manifiesto, tanto por parte de él como del senador Luis Alberto Sánchez, que ambos estarían dispuestos a hacer renuncia a la inmunidad parlamentaria que los protege, a fin de someterse a una investigación de carácter judicial. La declaración de ambos personajes es, sin lugar a dudas, hermosa pero aparentemente ineficaz y quizás hasta contradictoria. Analicemos, pues, esta situación.

La inmunidad parlamentaria, en cuanto tal, está contemplada en los artículos 183 y 184 de la Constitución del Estado. Según ellos indican, corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los ministros de Estado, a los miembros de ambas Cámaras a los ministros de Estado, a los miembros la Corte Suprema y del Tribunal de Garantías Constitucionales y los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas. El artículo 184 agrega que corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados, agregando que en caso de proceder la acusación, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley (o sea, ante la Corte Suprema, como indica la antigua Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos)

A tenor de las informaciones periodísticas, tanto el premier Ulloa

(*) Expreso, 28 de noviembre de 1982.

como el senador Sánchez estarían involucrados en supuestos delitos o infracciones cometidas durante el ejercicio de funciones (Sánchez en cuanto senador, Ulloa en cuanto ministro). De ser así, es decir, de actos cometidos en funciones y a raíz de tales funciones, cabría aquí la acusación constitucional prevista en los referidos artículos constitucionales (183 y 184) y en ningún momento al simple permiso de la Cámara (artículo 176) que está referido a delitos comunes sin vinculación con la función pública.

Ahora bien, la situación antes descrita -que nos hemos limitado a reseñar, sin comentario alguno ni menos aún juzgando sobre la veracidad de los hechos en cuestión-, está vinculada con el ejercicio de funciones públicas, alcanzando en consecuencia a ellas la inmunidad parlamentaria, que está protegida por un fuero especial, denominado fuero parlamentario. Es decir, mediante el trámite antes referido se procede a levantar el fuero al presunto responsable, luego de la acusación que hace una Cámara a la otra, dentro de un procedimiento que se denomina "juicio político", porque tiene como objeto facilitar el acceso al fuero común que sí ejerce una función jurisdiccional, a diferencia del pronunciamiento de las Cámaras que es, como decimos, meramente político, y que en consecuencia bien podría terminar con una total absolución de las partes acusadas por el Poder Judicial.

El trámite contemplado en nuestra Constitución para el juicio político es imperativo y no admite disposición en contrario. Esto significa que nadie puede renunciar al fuero que le corresponde, ya que éste es irrenunciable, salvo que medie el proceso constitucional antes descrito de la doble acusación. Lo que, por cierto, no impide que el acusado (presunto o real) pida el levantamiento del fuero, pero en el entendido que ello no depende del interesado, sino del propio Congreso, siguiendo el ritual consagrado en la Constitución.

Anotemos, por último, una consecuencia más de este levantamiento del fuero, que deja de lado o en suspenso la inmunidad parlamentaria: dice el artículo 184 que en caso de que el Senado declare con lugar la acusación, el acusado que a en suspenso en el ejercicio de su función, esto es, en el caso bajo comentario, quedaría Ulloa sin Ministerio (aun cuando mantendría la curul parlamentaria) y Sánchez sin asiento en el Senado. Indudablemente, no es esto lo que tuvieron en mente quienes hicieron renuncia al fuero parlamentario.

UN ESTADO DEBIL (*)

El mejor gobierno es el que gobierna menos: tal el axioma que difundió Bentham y su escuela, y que dio campo al predominio, durante todo el siglo XIX del Estado liberal o también como algunos lo denominan liberal burgués o demoliberal. Bajo este principio, la vida del Estado discurrió en el siglo XIX sin mayores estridencias, es decir, sin más tarea que ocuparse de cuidar el orden de la calle, como decían los políticos y teóricos franceses de la pasada centuria. A este Estado anodino y sin iniciativa se le llamó, en ciertos círculos, Estado Gendarme, ya que su único objetivo era cuidar que nada pasase, y en el resto, en concordancia con el liberalismo económico, dejar hacer y dejar pasar.

Pero entrado el siglo XX el rol del Estado se modifica. La primera guerra mundial, la llamada Gran Guerra, rompe todos los esquemas previos, y se empieza a vivir peligrosamente, al decir de Nietzsche. Ya no se concibe que el Estado sea sólo un gendarme, ni que menos aún se preocupe únicamente del orden en la calle (tareas que, por lo demás, ya había culminado y perfeccionado). De lo que se trataba era de que el Estado interviniese en otros campos, y así fue entendido en la Europa de la entreguerra (con el nacimiento del llamado constitucionalismo social) y en los Estados Unidos (a partir del crac del año 1929, con Keynes y su escuela, quienes decretaron textualmente la muerte del liberalismo)

El Estado tiene hoy otras funciones, añadidas a las que el pensamiento clásico le encargó; es decir, se ha visto enriquecido con nuevas tareas que el tiempo exige, y que debe cumplir, en mayor o menor medida

(*) Expreso, 12 de diciembre de 1982.

según sus posibilidades, pero en el entendido de que el cumplimiento de sus nuevas tareas no debe conllevar el descuido de sus funciones elementales, tales como garantizar el orden en las calles y la seguridad del ciudadano.

Pero aquí viene precisamente el problema, y es que, si bien el Estado peruano, sobre todo, en la década del 60 ha tenido un rol cada vez más intervencionista, ello ha ocasionado un descuido de sus tareas tradicionales y por qué no decirlo, esenciales. Ello se aprecia sobre todo en la seguridad urbana y en el terrorismo como lo veremos a continuación.

En lo que se refiere a seguridad urbana, es ya un tópico afirmar que en Lima y en las principales ciudades costeñas ya nadie está seguro. Virtualmente se vive a merced de malhechores, que ya no respetan barrio ni capilla alguna. En las nuevas urbanizaciones no se conoce lo que es un Guardia Civil. Cuando de vez en cuando pasa un patrullero, los niños de barrio se reúnen para tomarle una foto y guardarla en el álbum de los recuerdos. Pueden pasar años sin que un custodio del orden aparezca por estas nuevas zonas, la gran mayoría de ellas pobladas por una numerosa clase media pujante que ha hecho realidad el sueño de la casa propia, sin saber los desvelos que esto le ocasionaría.

El terrorismo es otra muestra de lo dicho. Aun cuando se le niegue, lo cierto es que estas bandas han sentado sus reales en vastas zonas de influencia sin control de nadie y en donde no impera más ley que la que ellos mismos se imponen. Frente a esto no valen hermosas palabras sino crudas realidades. No se puede usar paliativos cuando el mal es tan grande.

De lo antes expuesto podemos concluir que el Estado peruano, por razones que ahora no importan, no sólo no cumple a cabalidad sus nuevas funciones, sino que ni siquiera lo hace con las antiguas. Es decir la seguridad de los ciudadanos no existe, y ya el Estado no es siquiera un guardián nocturno. El Estado se ha debilitado, ofreciendo gruesos flancos que muchos han sabido aprovechar muy bien. Es preciso, por ello, tener presente que es bueno tener libertad (que ahora gozamos) pero que el ejercicio de esta libertad requiere (entre otras cosas) de un mínimo de seguridad.

¿ DEBE CONCURRIR EL NUEVO GABINETE A LAS CAMARAS ? (*)

Como se sabe, el nuevo gabinete presidido por Fernando Schwalb luego de la crisis del gabinete anterior, asumirá sus funciones en pocos días. Como aspecto curioso, cabe señalar que este nuevo gabinete se constituye en pleno receso parlamentario, con lo cual se produce o puede producir un inicial desentendimiento entre el nuevo gabinete y el Congreso. En tal virtud, se ha planteado como una necesidad la presencia del gabinete ante las Cámaras y como quiera que no hay Parlamento, la convocatoria a una legislatura extraordinaria para escucharlo. Según algunos, tal convocatoria es ineludible e imperativa; según otros, no es así. ¿Cuál de las dos posiciones es la correcta?

A fin de precisar más este tópico conviene tener como mar de fondo la Constitución de 1933, que nos precedió, así como la experiencia política surgida al amparo de ella. En efecto la derogada Carta Fundamental establecía en su artículo 167 que "El Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurrirá a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros y expondrá la política general del Poder Ejecutivo". Lo que se desprende de la situación antes vigente son dos aspectos. a) la obligación de concurrir al asumir sus funciones, y b) la necesidad de que el Parlamento otorgue un voto favorable al nuevo Consejo (lo cual fue siempre motivo de ardua polémica en el periodo 1963-1968)

Ahora bien, las cosas han cambiado en algo con la nueva Constitución. Decíamos en otra oportunidad que siendo presidencialista la Carta del 33. había introducido en su texto tantas características parlamentarias

(*) Expreso, 26 de diciembre de 1982.

que en la práctica podían dar una connotación distinta al modelo que algunos como Enrique Chirinos Soto calificaron de mixto (esto en 1964) y otros como Villarán, de presidencialismo atenuado. Precisamente, sobre la base del hibridismo que en la práctica significó el período 1963-1968, es que fue intención del constituyente reforzar al Poder Ejecutivo, y alejarlo en lo posible de las tormentas parlamentarias. Sólo así se explica que la fuerza del Parlamento aparezca tan disminuida en la Constitución vigente, hasta el extremo que ya no tiene la exclusiva para legislar (recuérdese los Decretos legislativos) y menos aún tiene capacidad de gastos (que fue precisamente el detonante de la crisis del último período constitucional).

Acorde con lo señalado, el artículo 224 de la nueva Constitución indica que el Presidente del Consejo concurre a las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiere su gestión. La exposición no da lugar a voto del Congreso.

El nuevo articulado antes transcrito, nos lleva a las conclusiones siguientes: a) existe obligatoriedad del Premier y del nuevo Gabinete de concurrir a las Cámaras, es decir, a las dos reunidas (lo que se llama Congreso) y no a cada una de ellas y por separado, como era anteriormente, b) no existe fecha ni plazo fijado para esta concurrencia: a diferencia de la anterior Constitución que lo exigía al asumir funciones, la vigente Constitución no dice nada: c) la exposición del gabinete no da lugar a voto con lo cual se evita los aspectos bochornosos que se vieron en el último período constitucional, y a su vez no se fuerza a emitir un voto a priori que puede ser errado o apresurado. d) Al no existir fecha ni plazo fijo para la presentación del Gabinete, tampoco existe obligación del Ejecutivo de convocar una legislatura extraordinaria para escuchar al nuevo gabinete, sino que por el contrario puede esperar tranquilamente al mes de abril próximo que corresponde a la segunda legislatura ordinaria de 1982.

Hasta aquí la parte estrictamente constitucional, que por cierto no agota el problema: en realidad, sólo lo araña y superficialmente. Podría

pues pensarse que, con independencia del aspecto jurídico, es conveniente una exposición al Congreso, que daría a conocer al más breve plazo el programa del nuevo gabinete y a su vez sería una muestra de cortesía para con las Cámaras. Se trata de argumentos muy respetables, sin duda, pero que no son objeto del presente artículo.

¿ JEFE DE GOBIERNO ? (*)

En la década del 30, el eminente constitucionalista Manuel Vicente Villarán escribía lo siguiente: "El presidente del Gabinete no tiene autoridad alguna sobre sus colegas, ni siquiera una función de discreta vigilancia. Cada Ministro despacha los negocios de su Departamento por sí solo o los acuerda directamente con el Presidente de la República... Nada lo obliga a instruir al presidente del Gabinete de sus proyectos o resoluciones o pedirle opinión o consentimiento. Ni la ley ni las prácticas dan al presidente del Consejo de Ministros aquella posición predominante que tiene el Premier en los países europeos... El caso se halla dentro de la lógica del sistema de gobierno presidencial que excluye como exótica e inadaptable la existencia de un Jefe de Gabinete que posea algo más sustancial que un título de honor y precedencia".

Hemos recordado estos conceptos, a raíz de recientes declaraciones formuladas por el ex-premier Ulloa días antes de dejar el cargo y que han sido recogidas por la prensa diaria. Según se informa, Ulloa habría manifestado que era conveniente un cambio de gobierno: que se produciría en los próximos días un relevo de gobierno, y que tales o cuales asuntos habían sido dispuestos o analizados por el gobierno que él presidía. De ser cierta esta información, estaríamos, a no dudar frente a la existencia en el Perú de un Jefe de Gobierno aparte e independiente del Jefe de Estado. Creemos en consecuencia, que es conveniente analizar este planteo, y ver si realmente se adapta al Perú o no; dilucidación que creemos conveniente precisar más aún ahora, que contamos con un nuevo premier.

¿ Es válida la afirmación hecha por Villarán, en la década del 30,

(*) *Expreso*, 2 de enero de 1983.

sobre la base de la Constitución de 1933, que fue sin lugar a dudas la que más melló la autoridad del Presidente de la República en toda nuestra historia republicana? Creemos que sí, y más aún con la Constitución de 1979 que, si se caracteriza por algo, es por haber reforzado, y si se quiere exacerbado, la autoridad del Presidente de la República. Nadie en su sano juicio puede afirmar seriamente que el Parlamento es hoy el primer poder del Estado. A veces, dan ganas de preguntarse si es todavía un poder del Estado, o si se porta como tal (con independencia, por cierto, al desempeño individual de sus miembros)

Las Constituciones peruanas, tanto la actual como las anteriores se han caracterizado por consagrar un presidencialismo muy marcado, variando los matices según las épocas y según los personajes. Así, si bien es cierto que hemos tenido presidentes férreos y personalistas que han asumido por sí y ante sí todos los poderes (caso Leguía), también es cierto que han existido casos contrarios, como Prado en su segundo período, en el cual dejó prácticamente el país en manos de sus ministros mientras él se dedicaba a viajar. Estos últimos podrían ser denominados, si cabe la expresión, presidentes "ministeriales". Es decir que se limitan a dar los grandes lineamientos generales, y dejan a sus ministros el manejo de la cosa pública. Belaunde en su primer período fue, sin lugar a dudas, un presidente que manejó directamente el aparato del Estado, en lo que tuvo destacada participación; en su segundo período, por el contrario, deja gran margen de libertad a sus ministros y bien podría ser calificado como "ministerial".

Dentro de este sistema presidencialista (ratificado por la historia política de los últimos cien años), se han insertado algunos elementos parlamentarios; entre ellos, el voto de censura que hoy ha sido tan notoriamente mediatizado. Pero estos elementos parlamentarios insertados en nuestra estructura constitucional son de menor cuantía y no alteran la naturaleza jurídica del sistema, que bien puede seguir llamándose presidencialista. La presencia de un gabinete y de un presidente del mismo, no han creado una figura independiente del jefe del Estado, ni menos le ha conferido un espacio político y jurídico propio. Que al presidente del Gabinete se le endosen algunas tareas (como lo hizo el gobierno militar al crear la Oficina del Primer Ministro) es algo

saludable y hasta recomendable, sobre todo, para aquello que no tiene adónde ir, y busca un refugio en alguna entidad, nueva o creada. Pero este crecimiento de atribuciones administrativas no modifica los alcances de la figura del premier, que es premier porque es ministro de Estado y no al revés.

Lo que ha pasado en estos días es, pues, no un cambio ni un relevo de gobierno, sino simplemente un cambio de gabinete, que es muy distinto. El gobierno está presidido por el Presidente de la República, y por nadie más. El resto, incluidos premier y ministros, son sus colaboradores y auxiliares, aun cuando sean de muy alto nivel. El gobierno no cambia, sigue hasta 1985. Las estaciones en el camino no alteran su sentido ni su trayectoria.

HABEAS CORPUS Y AMPARO

I (*)

El 8 de diciembre último, dos días antes de la fecha conmemorativa de los derechos humanos, fue publicada en el diario oficial "El Peruano" la Ley 23506 que regula las acciones de Habeas Corpus y Amparo, acorde con los lineamientos de la nueva Constitución Política del Estado.

El texto, que durmió un año entero en las Cámaras, ha salido en forma tardía pero bastante oportuna, pues ha coincidido, sin quererlo, con la entrada en funcionamiento del flamante Tribunal de Garantías Constitucionales, que precisamente tendrá a su cargo la revisión en casación de las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo. Hagamos, pues, una breve historia de esta ley fundamental y destaquemos su importancia dentro de nuestra historia legislativa.

La primera ley de Habeas Corpus que existió en el Perú, fue promulgada en octubre de 1897, durante la administración de Piérola. Fue para nosotros grande la sorpresa el constatar (cosa en la que nadie había reparado), que el ilustre caudillo vetó la ley, y ésta tuvo que ser promulgada por el entonces presidente del Congreso, Manuel Candamo más tarde fugaz Presidente de la República por el partido civilista (1903). Esta primera ley -tomada en realidad, de experiencias análogas e inspirada en la tradición jurídica anglosajona-, está destinada exclusivamente a la protección de la libertad individual, a la cual también y por comodidad podría llamarse, aun cuando conlleve equívocos, libertad física. Es interesante destacar que, si bien todas las Constituciones

(*) Expreso, 9 de enero de 1983.

del Perú consagran la libertad individual, desde el punto de vista práctico ésta se encontraba sin medio de defensa; esto lo proporcionó recién el Habeas Corpus que, como decimos, se consagra mediante ley expresa en 1897.

Posteriormente se promulgan dos leyes procesales, ambas referidas al Habeas Corpus (1916), y en 1920, la Constitución de ese año lo consagra al más alto nivel. El instituto de Habeas Corpus adquiere por vez primera categoría constitucional, pero limitado, de acuerdo al esquema inicial, a la protección de la libertad individual. Conviene rescatar este hecho, o sea, que el Habeas Corpus adquiere rango constitucional recién en 1920, porque muchos, incluso los constituyentes de 1978, pensaron que ellos eran los que por primera vez lo hacían (véase al respecto la Exposición de Motivos del proyecto constitucional publicado en "El Peruano" el 1 de abril de 1979). Normas procesales sobre el Habeas Corpus son luego incorporadas en el Código de Procedimientos Penales de 1920 y reiteradas en el vigente de 1940. Por otro lado, la Constitución de 1933 consagró también el Habeas Corpus, pero ampliándolo para la defensa de todos los derechos individuales y sociales. Por último el gobierno militar, mediante Decreto Ley 17083, estableció nuevas normas procesales para la defensa del Habeas Corpus, distinguiendo la vía civil de la penal, lo cual indudablemente constituyó un acierto legislativo.

Del rápido recorrido antes efectuado, se desprende lo siguiente; existe a fines del siglo XIX una primera ley de Habeas Corpus, minuciosa y precisa, que reglamenta la institución para la defensa de la libertad individual. Posteriormente el Habeas Corpus aparece reglamentado en leyes incidentales (como las de 1916) o dentro de Códigos sobre procedimientos penales (1920 y 1940) o en leyes parciales (Decreto Ley 17083). Frente a esto cabe resaltar, por su organicidad, la nueva Ley de Habeas Corpus y Amparo, que es una totalidad en cuanto a señalamiento de derechos y procedimientos, en forma acabada y coherente y que constituye de esta suerte, a nuestro criterio, la mejor ley que sobre la materia ha tenido la República; la primera en lo que va de siglo, y la segunda en toda nuestra historia republicana.

II (*)

En nuestro anterior artículo, hicimos una referencia a los antecedentes históricos y legislativos de la Ley de Habeas Corpus y Amparo recientemente promulgada por el Poder Ejecutivo. Conviene ahora hacer una reseña de las fuentes de la ley, para mejor comprensión de la misma.

Lo que nos proponemos contestar, en esta oportunidad, es la siguiente pregunta. ¿De dónde salió esta ley y cuáles fueron sus vicisitudes?

En agosto de 1981, recibimos la llamada telefónica del flamante Ministro de Justicia, Enrique Elías. Solicitaba nuestra colaboración para preparar un anteproyecto de ley de Habeas Corpus y Amparo en la cual él tenía vivo interés. Se nos dio libertad para proponer el nombramiento de una comisión especial, y ella quedó finalmente constituida en setiembre de ese mismo año. Se trabajó intensamente durante varias semanas y se entregó las conclusiones al Ministro en diciembre de 1981. Sus integrantes, Pedro Arnillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María, supieron desplegar cada uno sus habilidades para que el texto del anteproyecto quedase a punto en la fecha prevista; se contó asimismo con la infraestructura del Ministerio de Justicia. Se trabajó teniendo en cuenta los antecedentes existentes en el país, la legislación y la doctrina extranjera, y dos valiosos proyectos que nos fueron de gran utilidad: el de Javier Valle-Riestra, referido al Habeas Corpus, y el de Alberto Borea, en lo relativo al Amparo. Nuestro anteproyecto, así como la meditada exposición de motivos que la precedió, fueron publicados en "El Peruano" durante el mes de febrero de 1982. Ahí tiene el lector una explicación más que suficiente de lo que se hizo y lo que se quiso, hoy más válido que nunca, pues la ley recién promulgada conserva, en lo esencial, los lineamientos de nuestro anteproyecto.

Las vicisitudes que tuvo el anteproyecto fueron, en realidad, varias y muy diversas. El trabajo de la comisión fue sometido, como era de esperarse, a una revisión metódica por los asesores del Ministro de

(*) *Expreso*, 17 de enero de 1983.

Justicia, el cual -a su vez- lo circuló entre todos los ministros. Esto obligó a algunas enmiendas, la mayoría de las cuales eran, sin lugar a dudas, acertadas; otras no lo eran tanto. Luego fue aprobado por el Consejo de Ministros y remitido al Parlamento. Ahí empezó, en realidad, su vía crucis. La Comisión de Constitución del Senado realizó un estudio prolijo del proyecto, sin modificarlo sustancialmente, y en nuestra opinión perdiendo el tiempo inútilmente. En primer lugar esta comisión preparó una exposición de motivos al proyecto de ley, lo cual era innecesario en esta clase de proyectos y, aún más, cuando se la hizo cometiendo graves errores conceptuales e históricos. Acto seguido, el proyecto venido del Ejecutivo fue sometido a una operación quirúrgica que consistió en una corrección del estilo de todo el proyecto que incluía hasta los puntos y comas y el cambio en el orden de las palabras. Es decir, se rehizo el proyecto diciendo lo mismo con otras palabras, y con un balance desfavorable, pues en la nueva versión se utilizaron barbarismos y anacronismos que pasaron desapercibidos para todos (lo que demuestra hasta qué punto necesita el Parlamento de una revisión radical de su método de trabajo).

El proyecto, luego de este maquillaje, fue aprobado sin debate por el Senado y remitido, de inmediato, a la Cámara de Diputados, donde durmió el sueño de los justos (y también de los injustos). Ahí no se hizo nada, lo cual confirma manera elocuente que la Cámara de Diputados, es la cámara política por excelencia. Al debatirse en el plenario -a tenor de las informaciones periodísticas- hubo serios problemas, y al parecer la bancada gobiernista se empeñó en bloquear el proyecto o, en todo caso, en desmantelarlo, con lo cual hoy tendríamos una ley autoritaria y no democrática. Felizmente la sangre no llegó al río y, con unas cuantas enmiendas, quedó aprobado formalmente, se devolvió el proyecto al Senado para lo no insistencia, y de ahí al Ejecutivo, que lo promulgó de inmediato.

Si quisiéramos sintetizar el contenido de la Ley, podríamos decir lo siguiente: protege o está destinado a la protección de todos los derechos fundamentales, sea la libertad individual (Habeas Corpus), sea los demás derechos fundamentales (Amparo). En el primer caso, se utiliza la vía penal; en el segundo, la vía civil. Ambos, pero más el

primero (libertad individual) que el segundo (demás derechos fundamentales) tienen un procedimiento rápido y expeditivo, bajo la idea central de que estas dos acciones deben ser rápidas, sin formalismos ni trabas, y que, de ser posible, tengan efectos fulminantes, en resguardo de los derechos de la persona. El propósito de la ley felizmente no frustrado, ha sido hacer un dispositivo legal claro, que cumpla un rol de eficiente pedagogía jurídica, dirigida no sólo al ciudadano común y corriente, sino a nuestros jueces, tan necesitados de información, sobre todo para los que ejercen sus funciones alejados de las grandes ciudades.

III (*)

Decíamos en nuestro último artículo cuáles eran las excelencias de la nueva ley de Habeas Corpus y Amparo, así como los propósitos que se tuvo al elaborarla; entre ellos, hacer un texto claro y preciso que, a la vez que reglamentase dos instituciones procesales básicas de la nueva Constitución, fuese un instrumento de divulgación que cumpliera un rol pedagógico entre jueces y abogados. Creemos que este rol lo puede cumplir, y esperamos que así sea: más aún cuando, repetimos, es una ley muy positiva para la defensa de los derechos fundamentales. Esto no significa que no tenga algunos defectos que, aun cuando no alteran su sentido, sin duda la desmerecen en algo. Y a eso queremos dedicar esta tercera y última entrega periodística sobre la nueva ley.

Aun cuando pueda parecer vanidad, lo cierto es que los defectos o errores de la Ley de Habeas Corpus y Amparo son precisamente aquéllos que se han introducido en el Congreso, y más exactamente, en la Comisión de Constitución del Senado, que trabajó y asumió, por sí y ante sí, la tremenda responsabilidad de revisar esta ley, careciendo, como los hechos lo demuestran, de la infraestructura y la competencia necesaria para ello. Si bien son a la larga **peccata minuta**, creemos que es nuestro deber señalar algunos de ellos.

Así, en lo referente a la libertad individual y a la procedencia del Habeas Corpus, la Comisión de Constitución del Senado eliminó la

(*) Expreso, 23 de enero de 1983.

referencia al plazo especial que regulan los tratados de extradición, tales como el llamado Código Bustamante, y que ha merecido reiterada jurisprudencia a favor; igualmente nuestro proyecto hablaba de la defensa frente a los que no "otorgasen o renovasen el pasaporte", recogiendo el expreso mandato constitucional, y la Comisión del Senado lo sustituyó por la fórmula "privación del pasaporte", la cual se totalmente inocua. En efecto ¿qué dictadura ha privado del pasaporte a nadie? Lo que ha sucedido es que éste no se renovaba por negativa del Cónsul, como sucedió durante el gobierno militar, que es distinto. Vemos, pues, que por el prurito de cambiar el estilo a las cosas, a la larga, se desfigura el mandato constitucional.

Otro aspecto que mereció la censura de la Comisión de Constitución del Senado fue el relativo a la casación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que debía estar en esta ley y no en la del Tribunal. En efecto, no sólo es más práctico que en una ley se encuentre toda la mecánica procesal, sino que la ley orgánica del Tribunal sólo se debe ocupar de su funcionamiento, y nada más (Art. 303 de la Constitución) ¿Ha pensado alguien que el juicio de alimentos puede regularse en la Ley Orgánica del Poder Judicial?

Un último punto importante, y que puede traer complicaciones, es el relativo a la intervención del Ministerio Público en la tramitación de las acciones de amparo. Fue propósito de la comisión redactora del anteproyecto que el Ministerio Público no interviniese para nada en estas acciones de garantía, toda vez que la experiencia demuestra que el previo dictamen fiscal lo único que hace es demorar la resolución del Juez. Aún más, no teniendo estas acciones de garantía la naturaleza de un juicio sino de un incidente, no tenía sentido esta intervención, que no hacía más que agravar la pesada carga que ya tiene sobre sus espaldas el Ministerio Público. Por eso, el artículo 45 de la ley, respetando el contenido del proyecto deroga el inciso 8) del artículo 89 del Decreto Legislativo No.52, que precisamente prescribe la participación del Ministerio Público en las acciones de Amparo.

Ahora bien, la Comisión de Constitución del Senado, por motivos

que nadie conoce, aunque todos respetamos, introdujo la intervención del Ministerio Público o sea del Fiscal para que dictaminase en todos los casos de amparo, y ante la Corte Superior (Art 34 de la ley). Pero al mismo tiempo que introducía o confirmaba la intervención del Fiscal en el artículo 34 de la ley, más abajo, en el artículo 45, derogaba precisamente esa intervención del Fiscal que antes propiciaba. Es decir, se borraba con la izquierda lo que se había hecho con la derecha ¿Qué hacer ante esto?

La contradicción antes señalada sólo se explica y se comprende dentro de la actual estructura legislativa que tiene el Parlamento, y que reclama a gritos una reforma. En efecto, en el caso concreto planteado ¿qué harán los jueces ante esta tremenda contradicción? Nuestra opinión, atendiendo al sentido de la propuesta, a la trayectoria de la misma y a la derogatoria expresa, es que el Ministerio Público no debe intervenir en la tramitación de las acciones de Amparo. Es lo que deseamos en bien del amparo mismo.