Debate: La reforma constitucional. Estudio comparado y una propuesta metodológica

*Alfredo Quispe Correa**
Universidad de San Martín de Porres

RESUMEN

El debate sobre la Constitución tiene un lugar preferente en el escenario nacional. Oscila entre tres alternativas: Hacer algunas reformas a la Constitución vigente, convocar a una Asamblea Constituyente para que se elabore una nueva o sustituir la actual por la Carta de 1979.

El propósito de este estudio comparativo de las tres últimas leyes fundamentales es señalar la conveniencia de mantener en uso la Constitución de 1993, por razones prácticas, e introducir las reformas que sean imprescindibles bajo la inspiración de la Carta de 1979, fuente de consulta obligatoria.

Esta alternativa resulta práctica y más fácil de ejecutar, es menos onerosa y no escindiría peligrosamente a la sociedad peruana en extremos irreconciliables.

Palabras claves: *Asamblea Constituyente, Constitución, reforma, ciudadanía, cambio, escenario, ley, decreto, retroactividad, Estado.*

SUMMARY

The debate on the Constitution must preferably take place in a national scenario. The subjects discussed may include, among others, issues related to the amendments to the current Constitution and to a Constituent Assembly which may be held in order to draw up a new constitution or to substitute the current one for the 1979 Chart.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

The purpose of this comparative analysis comprising the three last constitutions is to establish the advisability of maintaining the fundamental law in force due to practical reasons and to introduce the necessary amendments based on the 1979 Constitution, which has been taken as a mandatory reference source.

This method is useful and easy to be performed. It is also less expensive and would not split the Peruvian society into irreconcilable extremes.

Key words: *Constituent, Constitution, Amendment, Citizenship, Change, Scenario, Law, Decree, Retrospective Nature, Government.*

I

En el país asistimos a un debate que dura ya varios años. La discusión va en el sentido de si se debe mantener la Constitución de 1993, tal como está, o si es mejor retornar a la Constitución de 1979, o si es preferible y más sensato seguir con la que nos rige, introduciendo reformas imprescindibles para perfeccionarla. Otra opción es embarcarse en la convocatoria de una Asamblea Constituyente para que el pueblo elija a sus representantes con el mandato expreso de estructurar un nuevo modelo político.

Hay que recordar, cuantas veces sea posible, que cambiar constantemente de Constitución impide que el pueblo internalice sus principios, perdiéndose el objetivo integrador que tiene una norma suprema como ésta, que es cohesionar a la población alrededor del núcleo duro de una cultura de libertad.

El liberalismo ha sido una propuesta ideológica que, con sus variantes, ha ido perfilando un tipo de sociedad para el país, desde que surgió como nación soberana. Y es el modelo que sigue la gran mayoría de países en el mundo. Una reforma de la Constitución, respetando la ideología y alterando pequeñas partes del texto, contribuirá a afianzar en el tiempo la cultura de paz que se reclama.

Si, por el contrario, se la sustituye radicalmente por otra concepción del mundo que ha probado ser ineficaz, como se demuestra hoy con las experiencias renacidas en algunos Estados tercermundistas, no sólo produciría un retroceso en nuestra economía sino que colisionaría con una forma de comportamiento histórico democrático que se ha ido cristalizando en la sociedad peruana.

Dentro de este marco ideológico, el camino no se agota en mantener la Carta actual, es probable que requiera una que otra reforma para hacerla más funcional o engrandecer su sentido social de la justicia. Nadie puede negar que el tiempo pasa, y no pasa en vano. Su tránsito afecta de un modo u otro la vida colectiva. Cambian las creencias, se enriquecen

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

los derechos, la tecnología abre nuevas perspectivas, el manejo estatal tiende a ser cada día más técnico y menos político. La Constitución no es ajena a estas influencias.

Dejar la Carta como está, sin modernizarla o hacerla más funcional, no es recomendable. Por tanto, ¿sería pertinente embarcarse en la aventura de elaborar una nueva o de sustituirla íntegramente por la Constitución de 1979?

Nuestra hipótesis es la siguiente: Necesitamos mantenerla, por cuestiones prácticas, y afinarla con cambios imprescindibles. Debemos, entonces, desechar la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente o sustituirla totalmente por el modelo anterior.

¿Veamos por qué?

II

ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Ésta es una de las opciones. La Asamblea Constituyente es un acto de decisión política, no requiere de un sustento constitucional. Es difícil hallar una Constitución que inserte una norma disponiendo su sustitución total mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente. La razón es porque los que elaboran la Carta le asignan una proyección de «futuridad», para que prolongue indefinidamente su vigencia en el tiempo. Como si en ese transcurrir la vida se congelara para siempre.

Ésta es una pretensión vana. Si bien no se debe jugar a cambiar constantemente de modelo, tampoco se puede pretender que la redacción de un código, que obedece a un contexto determinado, sobreviva intacta cuando las circunstancias han cambiado. Si se cita como ejemplo la larga vida de la Constitución norteamericana y sus escasas enmiendas es porque se desconoce o se olvida que la interpretación y la mutación constitucional influyen grandemente en la actualización permanente de su texto. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos es una muestra.

Otra muestra es el uso actual del parlamento y la preponderancia extrema del Poder Ejecutivo, bajo el liderazgo del Presidente de la República. En otros modelos políticos, en cambio, se abusa de las alteraciones legales sin que se vea afectada la realidad de manera notoria, bajo el pretexto o ilusión de que el derecho es el motor principal del cambio. No es así. Son los operadores del poder quienes tienen la responsabilidad de administrar con eficiencia y visión de futuro al Estado, y engrandecer o envilecer la Constitución.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

Si bien una Asamblea Constituyente implica una alternativa democrática, también implica un riesgo, cuyas consecuencias deben ser analizadas dentro de un escenario probable por quienes la proponen. El caso actual de Venezuela puede servir de referencia. Igualmente el de Bolivia. En ambas naciones los constituyentes se orientaron por modelos políticos superados, al extremo de originar, en un caso, una dictadura que está atacando la libertad de expresión y la libertad ciudadana y, en el otro, el germen de una división fragmentaria del Estado, que puede escindirlo para siempre.

No se puede ni se debe tomar decisiones sin analizar previamente sus consecuencias. La radicalización que se observa en la sociedad peruana junto a una Asamblea Constituyente podría originar que una mayoría relativa fragmente el país, volviendo a superadas propuestas de «aymaras, quechuas y costeños»; así como a la implementación de un Estado burocrático, vertical y arbitrario, en donde las libertades quedarían gravemente recortadas, cuando no suprimidas.

Si se convocara a una Asamblea Constituyente, podría darse el caso —como ha ocurrido en otras ocasiones— que sin abandonar su rol principal, de elaborar una nueva carta, sustituya al gobierno elegido en un «golpe de Estado», con el aparente respaldo de la mayoría del pueblo y con el pretexto de asignarle a la Asamblea Constituyente soberanía absoluta. Ése es otro riesgo: De la noche a la mañana, el país envuelto en la administración de un grupo político radical que, desbordando el mandato popular, se transforme en administrador burocrático del Estado.

Un tercer aspecto que se debe considerar es el costo. Si fuese vital para el país enfrentar el camino de una Constituyente, el costo del proceso no tendría importancia. Pero si sólo es una propuesta forzada por intereses políticos, habría que pensarlo seriamente. Las elecciones tienen un costo, y ese costo debe justificarse con fines trascendentes y no en las contingencias de la lucha por el poder. En un país pobre, que pugna por salir de sus miserias, el gasto público debe estar plenamente justificado.

En nuestra opinión y por las razones expuestas, debería descartarse una Asamblea Constituyente. Pasaremos a analizar la otra opción: Sustituir la carta actual por la de 1979.

III
LA SUSTITUCIÓN

Debemos dejar en claro que la Constitución de 1979 significó un avance importante si se la compara con las anteriores, especialmente en

* ginfox@terra.com.pe
ISSN: 1817-0285
CULTURA: Lima (Perú) 22: 101-116, 2008

materia de los derechos de la persona y por su contenido social. Hasta podríamos agregar el modelo de regionalización que dejaba a la ley establecer la forma de descentralización.

En efecto, si comparamos el texto de la carta de 1979, referida a las regiones, con el modelo que se aprobó durante el gobierno de Valentín Paniagua, mediante reforma contenida en la Ley 27680, descubriríamos que el modelo actual de la carta vigente ha balcanizado al país. No era recomendable hacer de cada departamento una región, por las dificultades y problemas que podían generarse entre ellos y, de éstos, con la Política General del Estado.

No es necesario hacer un estudio legal para comprobarlo. A diario somos testigos de la ineptitud de algunos gobiernos regionales para administrar sus recursos, de los conflictos de intereses entre gobiernos regionales limítrofes y de la continua presión de éstos contra el Gobierno central demandando más recursos que no saben cómo invertir.

Sin embargo, llegado el momento, más que restablecer la Carta del 79, se podría analizar y revisar el contenido de la Carta vigente en lo referido al modelo regional, sustituyéndolo por el anterior. Metodología que, adelantando una conclusión, sería recomendable considerar, cuando reflexionamos sobre la sustitución de la carta actual.

Si se insistiera en restablecer la carta de 1979, dejando de lado y de golpe la de 1993, se propiciaría un conjunto de problemas que harían más difícil la administración estatal. Para comenzar, ¿cómo quedarían los funcionarios electos con el modelo vigente? ¿Cuáles serían los efectos sobre todos los actos realizados? ¿Serían nulos?

Por supuesto que quienes anhelan complicar los procedimientos, en lugar de simplificarlos, buscarían fórmulas para convalidar todo lo realizado bajo su existencia, agotando un esfuerzo que podría ser valioso para encarar urgencias vitales.

¿Cómo quedarían las innovaciones introducidas en la Constitución actual, las que, en muchos aspectos, significan un avance respecto a la anterior? Para citar algunos ejemplos, que desarrollaremos en otro apartado, tenemos el sufragio de los militares, la Defensoría del Pueblo, las garantías constitucionales durante el Régimen de Excepción, la nulidad de los tributos violatorios de los Derechos Humanos, la precisión sobre el Decreto de Urgencia, la extensión de las garantías constitucionales.

Dejar estas mejoras de lado implicaría un retroceso; por lo demás, emprender una larga tarea de reformas para restituir la Constitución anterior resulta más complicado. Más viable, en nuestra opinión, es seguir con la actual e ir insertando los cambios que puedan ser útiles y que

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

provengan de la carta anterior. De igual manera, se pueden introducir otros cambios que las circunstancias actuales podrían justificar. Es un camino más sensato, tendría un costo menor y no alteraría significativamente el escenario político.

En los cambios en donde se pueden prever dificultades es: a) Las regiones, por los intereses originados en una administración atomizada. Es obvio que los presidentes regionales tratarán de defender a muerte la departamentalización, sin darse cuenta de que la administración económica requiere más espacio, más población y recursos y una distribución equitativa de éstos en el país.

¿Podría lograrse una integración en base al consenso? Ojalá así fuera. El modelo de descentralización aprobado y vigente es una muestra de la manera demagógica como se proyectan algunas reformas.

b) El régimen económico es otro punto de tensión. Puede ser que, a pesar de no ser rígido y abrir posibilidades o variantes en su administración, sea blanco de cuestionamientos entre quienes prefieren seguir los lineamientos actuales de la mayoría de las naciones en el mundo, y los que anhelan repetir el modelo estalinista de planificación compulsiva y dictatorial.

Aparte de esos blancos objetivos no es apreciable otro punto de conflicto. Lo cual es otro argumento a favor de mantener la Carta actual y sólo incorporarle las reformas necesarias tomadas de la Carta de 1979 o aquellas que las circunstancias, como hemos dicho, puedan justificar plenamente.

Veamos, ahora, los aportes de la Carta vigente.

IV
LA CIUDADANÍA Y EL SUFRAGIO

Es interesante observar cómo la ciudadanía y el derecho al sufragio han evolucionado a través del tiempo en nuestra historia constitucional. De la carta de 1823 a la presente, la universalización, la extensión de la ciudadanía y del sufragio, ha ido ampliándose considerablemente, pero por razones metodológicas abordaremos el enfoque de las tres últimas.

La Constitución de 1933 amplió la ciudadanía a las mujeres, mantenía la edad legal de veintiún años para acceder a ella y dejó sin efecto su suspensión por ejercer profesión religiosa. Hay que anotar que la carta de 1933 permitía el sufragar a las mujeres, pero sólo en los procesos municipales. Con ese fin se facilitó una libreta «electoral municipal», para que pudiesen participar, aunque el único proceso limitado con

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

participación femenina fue bajo el gobierno de Bustamante y Rivero (1946-1948).

La Constitución de 1979 aportó cambios sustantivos. La ciudadanía se extendió a los analfabetos, bajo un fundamento sencillo: no se podía someter a esas personas a una doble sanción, la de la falta de educación y el negarle el ejercicio de su derecho político. Aunque había otras paradojas, como la de alistarlo en el ejército y abrirle la posibilidad de «morir» por su patria e imposibilitarlo de decidir su destino.

Otro argumento falaz era considerar la «incapacidad» para leer y escribir un idioma determinado como una falta de cultura o carencia de inteligencia. Pero lo más difícil de explicar, entonces, a las élites gobernantes, no era que el analfabeto votase o no, sino que la existencia del analfabetismo era contraria a la supervivencia y el desarrollo de un país.

La edad constitucional para acceder a la ciudadanía se fijó en dieciocho años, incorporando a una vasta legión de jóvenes que tenía limitaciones para desenvolverse en actividades económicas. Esa decisión tuvo como fuentes la comprobación de la edad promedio en la que se concluían los estudios secundarios, la edad exigida para prestar el servicio militar «obligatorio» y el inicio de los estudios superiores.

La Carta de 1979 pone fin a una discriminación que conservaba la de 1933, por la que no podían ser elegibles Diputados ni Senadores si no habían dejado el cargo de empleados públicos seis meses antes. Aunque se debe dejar constancia que estas innovaciones recogidas en la Constitución de 1979 (voto de los analfabetos, ciudadanía a los dieciocho años y la participación de los trabajadores públicos en las elecciones, sin necesidad de renunciar a sus cargos) se ensayaron en la convocatoria a la Asamblea Constituyente que tuvo a su cargo la confección de esta misma Carta.

La Constitución de 1993 recogió todos estos cambios y agregó uno que fue sustantivo: el voto de los militares y policías en actividad. Fue una reivindicación reclamada durante muchos años, pues no existía una razón de peso para negárseles este derecho. Los argumentos eran débiles, como sostener que iban a someterse en el momento de la votación a las órdenes de sus superiores. O que no podían colaborar en el mantenimiento de la paz electoral, si tenían, simultáneamente, que votar, sin darse cuenta que tal obstáculo era superable mediante un reglamento.

Y hasta se argumentó que no podían ser imparciales en esa colaboración, olvidando que los miembros de mesa podían ser menos

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

imparciales porque tenían en sus manos el conteo de los votos. Se omitía decir que el escrutinio era en mesa y que los participantes en el proceso electoral tienen derecho a nombrar a sus personeros. La ley Nº 28480, que reformó el artículo treinta y cuatro de la Constitución de 1993, subsanó esa discriminación, que me atrevo a decir constituía una terrible injusticia.

Es difícil, a partir de esa extensión democrática de la participación del ciudadano, retroceder. Se debe partir de la Carta vigente y dedicarse a estudiar la conveniencia o no del voto voluntario, así como la posibilidad de rebajar la edad exigida para la ciudadanía a los dieciséis años.

V
LA NULIDAD DEL IMPUESTO

La Constitución de 1933, en su artículo 8, se limitaba a disponer que «Sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos y exonerar de su pago en todo o en parte». A su vez, la Constitución de 1979 avanzó en esta materia disponiendo, en el artículo 139, que «Sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios».

Igualmente, disponía en la segunda parte, que «la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria».

La tercera y cuarta parte se refería a los gobiernos regionales y locales, respectivamente.

Si se realiza una comparación entre ambos textos, la Constitución del año 1979 constituye un avance respecto a la del año 1933 al precisar los principios que deberían orientar la creación de tributos, ya que prohíbe, de manera expresa, la existencia de impuestos confiscatorios y los privilegios personales en esta materia.

Pues bien, ¿qué ocurría en la hipótesis de un impuesto confiscatorio o en la determinación de un privilegio por diferencia de las personas y no por la naturaleza de las cosas? Para defenderse habría que recolectar firmas para interponer una acción de inconstitucionalidad o apelar a una acción de garantía, deduciendo la excepción de inconstitucionalidad para que se aplique o no la ley al caso concreto. La sentencia, si era favorable, regía para el futuro y no podía tener efecto retroactivo.

La Carta de 1993 resuelve ese problema de una manera tajante. El artículo 74 dispone que «Los tributos se crean, modifican, o se establece

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante Decreto Supremo». Y en su última parte precisa, «No surten efecto las normas dictadas en violación de lo que establece el presente artículo».

Podríamos decir, entonces, que carecen de eficacia legal los tributos que se aprueban incumpliendo lo dispuesto en la segunda parte del mismo artículo, si no se respeta la reserva de la ley, el principio de igualdad, el respeto a los derechos fundamentales de la persona o tienen un efecto confiscatorio.

Si bien es cierto que la acción procesal es por inconstitucionalidad (el proceso de amparo es una opción que se puede articular para la inaplicación de una ley, violatoria de la Constitución), las consecuencias de un fallo que declarase fundada esa acción, podría tener efecto retroactivo.

En efecto, la Constitución actual, en su artículo 200, a continuación del inciso 6, referido a la Acción de Cumplimiento, establece que «una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas».

La ley orgánica a la que se refiere la Carta está contenida en el Código Procesal Constitucional (Ley 28237) que, en su artículo 81, señala: «Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal (Constitucional) debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».

En el caso que acabamos de analizar observamos que la Constitución de 1993 constituye un avance que no se puede dejar de lado, porque es un límite frente a cualquier arbitrariedad del gobernante en materia impositiva.

VI

LA VIGENCIA DE LA LEY

La Constitución de 1933 dispuso en su artículo 132 que «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su promulgación y publicación, salvo disposición contraria de la misma ley». Esta última parte condujo a la reflexión siguiente: La ley puede regir más allá del día siguiente. Lo que se conocía y conoce como la *vacatio legis*, la vacación de la ley.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

Pero también llevó a intentar la interpretación de que la ley podía tener efecto retroactivo, no sólo en cuestiones penales sino también en otras materias, cuestión que no prosperó porque el artículo 25 de la misma Carta dispuso que «ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos».

La ventaja de este texto es que culminó un proceso de internalización en la sociedad: que la ley rigiese desde el día siguiente. A pesar de esa evidente ventaja social, la Carta de 1979 dispuso en su artículo 195 lo siguiente: «La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley...».

Al extender el plazo de entrada en vigencia de la ley se abría la posibilidad de burlarla. Si alguien sabía qué iba a ocurrir legalmente el décimo sexto día de entrada en vigencia de la ley, tenía tiempo de sobra para evitar sus efectos. El argumento de la extensión del plazo no podía ser más endeble, pues era considerar que ese año, 1979, el juez podía aplicar una ley derogada al no informarse de su cambio, desconociendo la extensión de la televisión, de la radio y la germinación del Internet. Lo curioso es que, a pesar de ese texto, las personas —en diversas encuestas— seguían reconociendo que la ley entraba en vigencia al día siguiente.

La Constitución de 1993 volvió a la fórmula anterior restableciendo la obligatoriedad de la ley desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley, que posterga su vigencia en todo o en parte. O sea que únicamente abre la posibilidad de la vacación legal, de la vigencia futura, no sólo por la claridad del texto, sino porque el artículo 103 de la Carta dispuso que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

La vigencia de la ley nace desde el día siguiente de su publicación. Ésa es la regla internalizada por la población y que debe servir como ejemplo para el mantenimiento de normas que el ciudadano «vive y comprende», a veces sin haber leído su texto, guiándose sólo por la tradición.

VIII
LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Constitución de 1933 no tenía ninguna disposición desde la cual se podía inferir la existencia de un funcionario público que protegiese y defendiese a los ciudadanos frente a los atropellos de la administración estatal.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

La Constitución de 1979 significó un cambio positivo al establecer en el capítulo correspondiente al Ministerio Público que a éste le correspondía actuar como Defensor del Pueblo ante la administración pública, conforme lo estipulaba su artículo 250, inciso 4. Ése fue un hito que marcó diferencias con la legislación anterior.

No obstante, la Constitución de 1993 independizó la Defensoría del Pueblo del Ministerio Público al crear un organismo autónomo. En efecto, en su artículo 161 le asignó autonomía, definió su ámbito nacional para su estructuración y asignó al Congreso la facultad de elegirlo.

El artículo 162 señaló que sus atribuciones eran «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía».

Si bien se le asigna al Defensor del Pueblo iniciativa en la elaboración de leyes, faltaría agregarle otras atribuciones, como poder denunciar penalmente a los funcionarios públicos que se niegan a dar información o que se resisten a cumplir sus recomendaciones. En nuestro medio, no basta que un funcionario tenga autoridad moral para proteger los derechos de la persona, sino que debe asignársele una dosis de coacción legítima para que la burocracia no se haga la desatendida, aferrándose a su costumbre ancestral.

VIII
EL RANGO DE LEY

La Constitución de 1933 no tuvo normas que permitieran al Gobierno enfrentar situaciones dramáticas y de alto riesgo, como podía ser la presencia agresiva de una inflación importada, un desbalance comercial sorpresivo, escasez de alimentos o fenómenos naturales que alterasen la vida del país, por señalar sólo algunos casos.

La crisis de 1968 hizo patente esas deficiencias y hubo que apelar a una interpretación del artículo 123, inciso 23, de la Carta de 1933, para delegarle facultades al Ejecutivo, en uso de atribuciones esenciales de la potestad legislativa, tal como rezaba el dispositivo.

La Constitución de 1979 subsanó esos vacíos al crear, por un lado, los decretos legislativos con rango de ley y, por otro, al atribuirle al Presidente de la República la administración de la Hacienda Pública, la negociación de los empréstitos y el dictado de medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés general, y con

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

cargo a dar cuenta al Congreso, conforme lo estipulaba el artículo 211, inciso 20.

Pues bien, por ser atribución del Presidente de la República, esas medidas extraordinarias tenían que aprobarse por un Decreto Supremo que, por lógica, debía tener un rango distinto a otro Decreto Supremo que en ejercicio de esas atribuciones le permitía reglamentar las leyes.

Las disposiciones sobre los efectos de ese Decreto, destinado a enfrentar una situación extraordinaria en materia económica y financiera, alcanzaron puntos de vista dispares. Unos le asignaban rango de ley para suspender o derogar otra que fuese causante de la crisis; otros consideraban que no y, apelando a un formalismo positivista, le atribuían un rango inferior al de la ley.

Si se le otorgaba un rango equivalente al de la ley, una acción de inconstitucionalidad podía ser admitida por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Si no era así, correspondía al Poder Judicial dirimir el conflicto entre el Decreto Supremo y la Constitución, mediante un proceso de Acción Popular. Y mientras se discutía la existencia del problema, éste seguía agravándose.

La Constitución de 1993 zanjó la discusión de una manera sencilla. En el artículo 118, inciso 19, determinó que era atribución del Presidente de la República dictar medidas extraordinarias, mediante Decretos de Urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera.

Y por si quedasen dudas sobre el rango de este Decreto Supremo extraordinario denominado «de Urgencia», precisó que la acción de inconstitucionalidad era procedente contra las normas con rango de ley que violasen la Constitución, entre las que podían considerarse los Decretos de Urgencia. Quedó así definido el rango y el proceso constitucional correspondiente para impugnarlo.

XI

EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1933, en su artículo 70, determinaba que «Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56, 61, 67 y 68. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de ella.

El plazo de suspensión de garantías no excederá de treinta días. La prórroga requiere nuevo decreto.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

La ley determinará las facultades del Poder Ejecutivo durante la suspensión de garantías».

Las garantías que se podían suspender eran las siguientes: nadie podía ser detenido sino por orden del juez, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de tránsito y la prohibición de no ser extrañado del territorio de la República ni separado del lugar de su residencia. Estas disposiciones constitucionales fueron letra muerta durante diversos gobiernos dictatoriales que afligieron a la República, especialmente el del general Manuel Odría, bajo cuyo gobierno se restringió la libertad de los ciudadanos con la Ley de Seguridad Interior.

La Constitución de 1979, en su artículo 137, distinguió con claridad el «Estado de Emergencia» del «Estado de Sitio», comprendidos ambos en el llamado Régimen de Excepción. En el primer caso, precisó los derechos que podían suspenderse o restringirse, relativos a la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio. Determinó que en esa circunstancia no se podía desterrar a nadie.

En el segundo caso, sobre el «Estado de sitio», sólo se debía hacer mención de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no se restringe ni se suspende. ¿Y qué pasaba si, aprovechándose de la declaratoria de uno de los regímenes de excepción, un gobierno o las autoridades encargadas del control, incurrían en excesos?

Esa pregunta la respondió la Constitución de 1993. En la penúltima parte de su artículo 200 dispuso que el ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspendían durante la vigencia de los regímenes de excepción a los que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Y agregaba:

«Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de estado de emergencia ni de sitio».

De esta manera, la Constitución vigente pone un freno a cualquier abuso que se cometiese aprovechando la excepción. El juez determinará si el acto de la autoridad es razonable (existe relación con las motivaciones de la declaración) y si la respuesta es proporcional a la «provocación»; v.g., dispararle a un ciudadano indefenso.

En un trabajo publicado en la Revista del Foro, Nº 1, año 2007, p. 237-246, bajo el título de «Ninguna garantía se suspende», hemos sostenido que, en realidad, ninguna garantía se suspende. Que el énfasis

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

constitucional por proteger la libertad y los derechos no clausura la posibilidad de ejercer las otras acciones. Lo que ocurre es que en una situación de crisis hay que dar preferencia a las libertades y hay que admitir que, precisamente por esa situación de trance (guerra, cataclismo), las funciones estatales se deben concentrar en acciones prioritarias.

Entonces, estos puntos en la carta vigente, ¿no son avances importantes que se deben mantener?

X

DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Esta institución no existía en la Carta de 1933. Bajo su mandato, los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia eran elegidos por el Congreso entre diez aspirantes, propuestos por el Poder Ejecutivo (art. 222). Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores eran nombrados por el Poder Ejecutivo, en terna doble, a propuesta de la Corte Suprema; y los jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales, en terna doble, a propuesta de la respectiva Corte Superior (art. 223).

El proceso de ratificación estaba a cargo de la Corte Suprema (art. 224). Esa forma de elección y ratificación fue objeto de constantes críticas, no sólo por los abogados sino por la sociedad en general, debido a la frecuente intromisión e influencia política partidaria en esas decisiones.

La Constitución de 1979 acogió estas demandas y aprobó la composición para el Consejo Nacional de la Magistratura. Lo conformaba el Fiscal de la Nación, dos representantes de la Corte Suprema, un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, un representante del Colegio de Abogados de Lima y dos representantes de las Facultades de Derecho de las Universidades del país (art. 246).

Sin embargo, el nombramiento lo hacía el Presidente de la República, a propuesta del Consejo, mientras que el Senado tenía a su cargo la validación de los magistrados de la Corte Suprema (art. 245).

La Constitución de 1993 va a propiciar una menor injerencia política del poder en el nombramiento y ratificación de los magistrados, al establecer un cambio radical con el art. 154 referido a las funciones esenciales de este organismo. Allí se establece que las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura son nombrar, previo concurso, a los jueces y fiscales de todos los niveles, y ratificarlos cada siete años. Es también su función aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y, a

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

solicitud de esta misma Corte o de la Junta de Fiscales Supremos, a los jueces y fiscales de todas las instancias.

Abre, además, la posibilidad de que los sectores laborales y empresariales tengan representantes en el Consejo. De esta manera, las continuas demandas por una designación de magistrados, mediante un procedimiento autónomo, fueron acogidas en la Carta vigente. Y hasta la fecha, salvo una que otra decisión desacertada y crítica, este Consejo ha venido actuando con imparcialidad.

XI
LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Las Garantías Constitucionales son mecanismos concebidos y destinados a asegurar el orden jurídico de un país, además de las libertades y derechos fundamentales, a partir de la Constitución. En la Constitución de 1933 se hacía una mezcolanza entre lo que significaban los «derechos y garantías», asignándoles una sinonimia que no les correspondía. Hablaba de garantías nacionales, sociales e individuales, para significar los límites en la conducción estatal. Así, también, de los derechos de los trabajadores, la educación, la seguridad social, la familia y lo que hoy conocemos como derechos de la persona.

En cuanto a lo que hoy denominamos garantías, se consideraba a la acción de Hábeas Corpus el mecanismo de protección de los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución. Según obra en su artículo 69, todos los derechos individuales y sociales daban lugar a esa acción. No decía «la violación» de los derechos individuales y sociales lo que, entonces, hubiese sido más técnico.

Respecto al control orgánico, se diseñó la Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución y las leyes.

La Constitución de 1979 significó un avance importante. Distinguió claramente lo que eran los derechos de las personas individualmente consideradas, los derechos sociales y políticos, y las garantías constitucionales. Para ello se establecieron sólo cuatro: La Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción Popular ante el Poder Judicial y la Acción de Inconstitucionalidad, cuya competencia correspondía al Tribunal de Garantías, órgano de control de la Constitución.

La Constitución vigente, por su parte, mantiene la separación de derechos y garantías, pero ha ampliado éstas a seis. Tres de ellas

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285

corresponden al control orgánico, como la Acción de Inconstitucionalidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento. Las otras tres protegen la libertad y los derechos personales: el Hábeas Corpus, la Acción de Amparo y el Hábeas Data.

Si se derogara íntegramente la Carta de 1993 y se la reemplazara por la de 1979, reduciríamos las garantías a cuatro y, luego, habría que desarrollar una ley asignándole, a las que se salven de esa poda, los procedimientos correspondientes.

XII
CONCLUSIONES

- Existe en el país un debate constitucional sobre la necesidad de sustituir la Constitución vigente por la de 1979, reformarla parcialmente o, finalmente, realizar la convocatoria de una Asamblea Constituyente que apruebe un nuevo modelo ideopolítico.
- La sustitución de la carta actual por la de 1979 podría ocasionar diversas dificultades con algunas consecuencias negativas: pérdida de novísimas instituciones o de reformas básicas contenidas en la actual.
- La convocatoria de una Asamblea Constituyente, que sería el procedimiento más democrático, tiene el inconveniente de la hipotética elección de una fuerza política de tendencia radical que podría asumir la totalidad del poder, lo que generaría tensiones en la sociedad, además que obstaculizaría gravemente la conducción gubernamental.
- Lo más conveniente es mantener la Constitución actual con sus innovaciones, y proceder a la promoción y propuesta de reformas indispensables. Para ese efecto la carta de 1979 constituye una fuente valiosa e ineludible para adoptar algunos cambios.

* ginfox@terra.com.pe

ISSN: 1817-0285