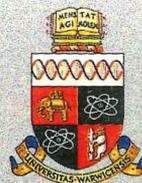


UNIVERSITY OF WARWICK
School of Law



Capítulo 3

DESAFIOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEOS

César Landa y Julio Faúndez
(editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO
Maestría en Derecho Constitucional
FONDO EDITORIAL

1996

Primera edición, marzo de 1996

Carátula: Sandra Bigio

Cuidado de edición: Carlota Casalino

Corrector de estilo: Eduardo Toche

Desafíos Constitucionales Contemporáneos

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima 100, Perú. Telfs.: 462-6390, 462-2540, anexo 220.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-007-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru



Domingo García Belaunde

LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ:
PODER JUDICIAL Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES

I

LA NUEVA CONSTITUCION DEL PERU

El 31 de octubre de 1993, el pueblo peruano acudió a las urnas para expresarse, a través de un referéndum, sobre el proyecto de Constitución elaborado por el Congreso Constituyente Democrático, instalado meses antes, y que había trabajado intensamente desde el mes de enero de 1993 hasta el 7 de setiembre del mismo año, fecha en la que terminó siendo sancionado el texto. Semanas más tarde, por un margen de 52% a favor y 48% en contra, la ciudadanía se manifestó a favor del nuevo texto, con decisión, pero sin entusiasmo. Un tercio de la población electoral no asistió al acto electoral y hubo un aproximado de 9% entre votos nulos y en blanco.

Salvo el caso de la Constitución de 1826 (aprobada directa y popularmente por los colegios electorales) todas las constituciones del Perú fueron aprobadas por asambleas o congresos constituyentes *ad hoc* reunidos normalmente para dar salida a situaciones de crisis, muchas veces de carácter coyuntural.

Dejando de lado la carta gaditana de 1812, aprobada en Cádiz y puesta en vigor y jurada en el Perú cuando éste era un Virreinato

dependiente de la Corona de España, nuestra primera Constitución fue la de 1823, a la que siguieron las de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979. La nueva Constitución de 1993 es así la décimo segunda Constitución de nuestra historia republicana, sin contar por cierto los numerosos estatutos o textos equivalentes, que se han dado en nuestro pasado reciente.

Una periodificación histórica

Nuestra pre-historia constitucional arranca en 1780, cuando en el Virreinato del Perú se sucedieron diversos conflictos de carácter militar, social e ideológico, que marcó el inicio de un largo proceso que conduciría a la independencia frente a España, lo que sólo sucede formalmente, de 1821. En la práctica, la independencia se consumó tan sólo en 1824, en el campo de las armas, con motivo de la batalla de Ayacucho, que se libró el 9 de diciembre en 1824, en pleno gobierno de Simón Bolívar. Durante todo el período, a nivel constitucional, es importante la Carta de 1812, que como ya se ha dicho fue jurada y aplicada en el Perú, y que impulsó las nuevas ideas liberales, y sobre todo la vida municipal y el periodismo libre. Esta Constitución de Cádiz, en cuya redacción participaron diversos representantes de los países de América, y dentro de ellos, 15 por el Perú, tuvo una gran influencia en nuestro país, y en otros países hispanoamericanos recién independizados.

Tentativamente, podemos distinguir los siguientes períodos:

- a) primer período, de formación y consolidación institucional: 1820-1860. Todo él está signado por problemas territoriales, ambiciones militares, pobreza fiscal, caos interno. En 1860 empieza un lento ordenamiento del joven Estado peruano.
- b) segundo período: de estabilidad, apogeo y crisis: de 1860 a 1920. Con él termina el Perú del siglo XIX, la llamada *belle époque*.
- c) tercer período: de 1920 a 1979. De inicio del constitucionalismo social y tendencias a la estabilidad. Encierra tan sólo dos constituciones; la de 1920, y la de 1933, que le es muy similar.

- d) cuarto período: de 1979 en adelante; de modernización con altibajos. En este período puede encuadrarse tanto la Constitución de 1979, como la vigente de 1993.

Antecedentes de la Constitución de 1993

Cuando el Perú se acerca a la década del 80, trae consigo varios problemas. El primero de ellos, es que como consecuencia de las grandes movilizaciones sociales de la década de 1960, el país ha cambiado; se ha modernizado, ha crecido pero a costa del Estado. Todo esto se conjuga y hace crisis durante el largo período militar que va de 1968 a 1980, y que encierra varios cambios y contradicciones. En una primera etapa, los militares optan por una serie de medidas en lo político, lo cultural y lo económico, de carácter socializante, con cierto estímulo para los grupos económicos nacionales, no así de los extranjeros. Es decir, modernizó al país, desarrolló el capitalismo a la sombra del Estado, pero al mismo tiempo hizo una política de concesiones de carácter social, que lo acercaban al populismo. Estas medidas, con cierta incoherencia, no pudieron durar, y ya hacia 1976 empieza su reversión. Esto es, se empieza a enderezar o derechizar los avances de los años anteriores. En este clima de tensiones y polarizaciones, se reúne la Asamblea Constituyente de 1978-1979, que dura un año en sus funciones. El fruto de esa Asamblea, en la cual ninguno de los grupos políticos tenía mayoría, fue necesariamente un texto de consenso, que se caracterizó, *grosso modo*, por lo siguiente:

- a) afinamiento de las instituciones políticas básicas, atendiendo a la experiencia pasada, en especial, lo concerniente a las relaciones entre los poderes del Estado;
- b) introducción de numerosas reformas propias del constitucionalismo contemporáneo, en especial en cuanto a principios e instituciones;
- c) introducción de nuevos organismos (Tribunal de Garantías Constitucionales, Consejo Nacional de la Magistratura);

- d) replanteo de diversas instituciones (Ministerio Público, papel del Senado);
- e) intento moderno de descentralización a través de las regiones modelo que sin embargo no llegó a cuajar, a diferencia de como si lo fue con los municipios, de larga tradición republicana;
- f) introducción de un gran elenco de derechos humanos, tomados de los documentos internacionales sancionados por las Naciones Unidas y por el Sistema Interamericano (Pacto de San José);
- g) consagración de expresas figuras relacionadas con el control constitucional (acción de inconstitucionalidad) y la defensa de los derechos humanos (el Hábeas Corpus, que ya existía, y el Amparo);
- h) amplio tratamiento de lo que se denomina como "Constitución económica"; en donde se reguló al detalle toda la vida económica del país, pero con demasiada frondosidad y con fórmulas ambiguas y de compromiso, ya que ningún grupo político tenía mayoría en la Asamblea Constituyente.

La Constitución de 1979, por el momento en que se aprueba y sobre todo por sus novedades formales, se convierte en una que abre un período, que hasta la fecha no ha sido cerrado. En efecto, por un lado, la normatividad económica fue flexible y respondió a su momento; ya que permitió políticas económicas distintas; así en el gobierno de Belaunde primó una política conservadora (1980-85) en el gobierno de Alan García (1985-90) una política populista, y finalmente, en el gobierno de Fujimori (1990- ...) una política ultra-liberal.

Sin embargo, la Constitución de 1979 no llegó a implantar un mecanismo para resolver conflictos entre los poderes del Estado; confió demasiado en la prudencia de la clase política, lo que era mucho esperar. Fue así que cuando llega al poder el presidente Fujimori, proveniente de predios desconocidos y alejado de los partidos, empezó una pugna con un Parlamento en el cual no tenía mayoría. Cabe advertir, que como consecuencia del populismo

desenfrenado del gobierno aprista (1985-1990) y la desidia en el combate al terrorismo, el país se encontraba en serios problemas económicos (con una inflación galopante) y además con una legitimidad cuestionada (ya que la subversión terrorista parecía actuar impunemente y sin control alguno). Si a eso se añade que los partidos políticos no habían renovado sus cuadros y habían producido un cansancio en la población —que empezó a mostrarse en las elecciones municipales de 1989—, todo daba a entender que el país estaba al borde de una seria crisis institucional. En realidad, la Constitución nada tenía que ver con esta crisis; o en todo caso muy poco. Por cierto, se notaba la necesidad de una reforma en ciertos artículos, pero la bondad del texto era aceptada en términos generales. La crisis provenía, pues, de los hombres, de la clase política. Ante esta situación, y respaldado por las Fuerzas Armadas y Policiales, el presidente Fujimori dio un golpe de Estado el 5 de abril de 1992, defenestrando al Congreso de la República, al Poder Judicial, al Ministerio Público, al Tribunal de Garantías Constitucionales y demás instituciones fundamentales. A raíz de entonces empezó una dictadura franca que sólo terminó el 31 de diciembre de 1992, con la instalación, luego de una elección popular, del Congreso Constituyente Democrático, así llamado con nombre cursi y redundante.

¿Reformas a la Constitución o nueva Constitución?

Producido el golpe de Estado, el presidente Fujimori quiso actuar como un dictador a base de plebiscitos. La opinión pública internacional y la presión interna lo convencieron de que eso no era posible. Empezaron entonces largas negociaciones, tras las cuales se llegó a la conclusión de que había que convocar a una Asamblea o Congreso Constituyente, elegido popularmente, para que reconducesse al Perú a los marcos democrático-constitucionales y que tendría una doble función; por un lado, fiscalizar y legislar; por otro, sancionar las reformas constitucionales que el país necesitaba. En esto hubo un acuerdo tácito entre el gobierno y los grupos opositores.

Lo que no quedó claro desde el comienzo fue cuáles serían las reformas que se efectuarían. Se barajaron diversas propuestas: había consenso en agilizar el funcionamiento de los poderes políticos; en replantear la regionalización, pues no había dado resultados, en afinar lo referente al Poder Judicial, para orientar a un mejor funcionamiento del sistema judicial, y replantear y precisar los derechos económico-sociales, muchos de ellos utópicos y de imposible cumplimiento. Por cierto todo esto estaba atravesado por aires reformistas provenientes de las corrientes liberales, que también inquietaron a los constituyentes de 1978, pero que tuvieron que coexistir con otras medidas (peaje que hubo que pagar en aquel tiempo). Pero además, saltaron dos temas que no estaban en la agenda: implantar la pena de muerte para los terroristas y permitir la reelección presidencial inmediata. Lo primero era un cambio drástico, y se vendió esta idea a la población como si ello fuera a resolver todos los problemas, descuidando el hecho que esto provocaba una colisión con el Pacto de San José; y lo segundo, es que se introducía una práctica viciosa en el constitucionalismo latinoamericano, que siempre había sido renuente a permitir la reelección presidencial inmediata. Desde un primer momento quedó en claro que estas reformas tenían nombre propio: la ampliación de la pena de muerte para los terroristas era una clara medida demagógica, y la propuesta reeleccionista, sólo perseguía favorecer al presidente Fujimori, para un futuro período. Salvo algunas reformas, algunas de ellas con nombre propio, no había nada nuevo bajo el sol. Por eso en algún momento se pensó que no valía la pena hacer una nueva Constitución, sino tan sólo reformar la antigua. Pero los "juristas" del régimen advirtieron desde un principio, que dejar vigente la Carta de 1979, aún con importantes reformas, sería un peligro. El Artículo 307º sancionaba drásticamente a todos los golpistas, y eso constituía una espada de Damocles que podía usarse en el futuro contra los actuales gobernantes. Al final, entre gallos y medianoche, el oficialismo instalado en el Congreso Constituyente los primeros días de enero de 1993, gozando de una amplia mayoría, decidió hacer una nueva Constitución. Meses después, los resultados demuestran que la nueva

Constitución repite en un 65% a la antigua, y que le es inferior en estructuración e incluso en sintaxis. Veamos el texto y sus grandes lineamientos.

La obsesión por la brevedad

La Constitución de 1979 tenía 307 artículos, mas unas cuantas disposiciones finales. La de 1993 tiene 206, o sea, en cifras redondas, menos de 100 artículos que la anterior. Para llegar a esto, siguieron una técnica muy curiosa: hicieron primero un texto muy largo y detallado, más extenso que el de 1979, y luego procedieron a efectuar cortes de tijera en donde parecía conveniente hacerlo, pero sin orden ni concierto. Así, por ejemplo, desaparecieron varios artículos dedicados a la reforma agraria (que ya habían devenido obsoletos) y otros de indudable utilidad (como los dedicados a las legislaturas, el medio ambiente, la empresa, etc.). Una mal entendida economía, ha hecho que con leyes posteriores y de desarrollo, traten de complementar lo existente. Es decir, se llegó a un texto más reducido sin ningún cuidado ni *sindéresis*, con el mero prurito de la brevedad.

Debe añadirse además, que el Congreso Constituyente, si bien solicitó la colaboración de gran cantidad de especialistas, los invitó tan sólo como expositores; no contó con ningún especialista serio como asesor y aún más, a los pocos que convocó, no los tomó en cuenta ni les hizo caso. De ahí las deficiencias, tanto de presentación como de estructura, que acusa el texto constitucional, lo que sin lugar a dudas no es grave, pero que contrasta con la elegancia arquitectónica de la derogada Carta de 1979.

Los derechos humanos

Se han mantenido, en términos generales los clásicos derechos humanos muchos de los respectivos artículos son glosa y calco de los enunciados en la Constitución de 1979. Sin embargo, los derechos económicos-sociales han sido adelgazados o replanteados. Si por un lado la Carta de 1979 propugnaba un Estado Social de

Derecho, el actual es un modelo de Estado de Derecho a secas, con muy poca preocupación social, incluso el concepto de "interés social" se ha eliminado. Por lo demás, es grave haber dejado de lado el carácter constitucional de los tratados de derechos humanos, que antes existía, y que ahora desaparece. Todo esto está vinculado con la concepción internacional: se abandona el monismo moderado de la Carta de 1979 y se vuelve al dualismo. En la parte social se ha criticado mucho la eliminación de la estabilidad laboral (lo que en realidad no está mal, porque la verdadera estabilidad la da el sistema económico y no las leyes), y además, haber eliminado, sutilmente, la gratuidad de la educación universitaria (importante retroceso sin dudas). Al mismo tiempo, se dejan abiertas las puertas a la privatización de prácticamente todo el universo productivo; en el mismo sentido se hace una apertura indiscriminada a toda inversión extranjera, sin límite ni control alguno (a lo que muchos han calificado como actitud entreguista).

Felizmente, el Artículo 3º reproduce imperfectamente una cláusula que existía en la Carta de 1979, en donde se reconoce los derechos implícitos o derechos no enumerados, de tanta importancia en la actualidad.

Participación ciudadana

Aspecto novedoso y trascendente, es la incorporación de diversas figuras de participación popular, como el referéndum, el plebiscito, la revocatoria de autoridades municipales, la elección popular de determinados jueces, etc., que son sin lugar a dudas, importantes. Lo único de que hay que lamentar es que todos ellos han quedado a nivel de meros enunciados y deberán ser desarrollados por las leyes que se dicten en el futuro.

Nacionalidad, Iglesia Católica y Tratados

A diferencia de constituciones anteriores, la presente no tiene un tratamiento especial para la nacionalidad. Su enunciado es muy

breve, y elimina referencias a los diversos problemas de nacionalidad que se presentan en el derecho internacional privado. En lo referente a la adquisición de la nacionalidad peruana por parte de extranjeros, se indica como uno de los requisitos, la residencia en el país, pero no indica plazo (lo cual facilita la concesión de la nacionalidad peruana a extranjeros que vengan tan sólo por unas cuantas horas).

La referencia a la Iglesia Católica se mantiene igual que en la anterior Carta de 1979. Como se sabe, el Perú en idéntica forma que el resto de los países de Latinoamérica, tenía un régimen concordatario con la Iglesia, que se heredaba de los tiempos virreinales. Eso ha ido desapareciendo paulatinamente, y en el Perú en 1979, se inauguró un trato de separación amistosa con la Iglesia Católica, reconociéndosele un status especial en vista de su significación en la formación de la nacionalidad peruana a través de los siglos. Pero al mismo tiempo, se reitera que las demás confesiones tienen igualdad de derechos y pueden ejercer libremente su culto, siempre y cuando no afecten el orden público ni las buenas costumbres.

En lo referente a los tratados, encontramos dos novedades; la primera es importante, pues distingue a los tratados que pueden ser negociados y firmados por el Ejecutivo (*executive agreements*) de los que necesitan sanción parlamentaria; y por otro lado, se establece la primacía de la ley sobre el tratado, con lo cual el Perú vuelve a adoptar la posición dualista. En este aspecto, se nota un retroceso, ya que la Constitución de 1979 tenía un tratamiento muy rico sobre los tratados, daba categoría constitucional a los tratados sobre derechos humanos y en términos generales se afiliaba a lo que uno de los autores nacionales calificó como "monismo moderado".

Régimen económico

La Constitución de 1979 contenía un apartado económico muy amplio, extenso y ambiguo, que permitía diversas lecturas, desde las más conservadoras hasta las más populistas. Esto hacía que el

texto fuese, sin lugar a dudas, algo utópico, pero en términos generales era más manejable. Era el tributo que se pagaba a la época y al momento en que se elaboró la norma constitucional. Pero la nueva Constitución, cuando el liberalismo ha avanzado grandemente y se ha producido el colapso de las democracias populares del Este y la caída del muro de Berlín, se afilia a un liberalismo a ultranza, que prácticamente olvida el ingrediente social. La palabra "social" es reemplazada por la de "bien común", de raíces escolásticas y el Estado prácticamente desaparece del mundo económico, para jugar un modesto papel subsidiario. Toda clase de facilidades se da al capital y a la inversión extranjera. En el mismo sentido sucede con la propiedad. Pero en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución los reduce y se limita a hacer un enunciado muy general, que lo deja a la buena voluntad del Estado. Adquiere por un lado una mayor dosis de realismo, pero otro, permite que el Estado se desentienda de las grandes mayorías necesitadas, abandonándolas a las implacables leyes del mercado.

En lo concerniente al régimen tributario, presupuestal y de banca y finanzas, no se encuentra novedades. Se ratifica la presencia de la Contraloría General, del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Los poderes del Estado: Ejecutivo y Legislativo

Desde el siglo pasado, el presidente la República ha gozado de grandes poderes. La América Latina adoptó el sistema presidencial inventado por los padres de la república norteamericana, pero exacerbaron el modelo. Por ello es que desde el siglo pasado se han dado mayores atribuciones al Congreso, y sobre todo controles sobre el presidente, como son el refrendo ministerial, y la creación del Consejo de ministros; que en realidad han sido límites muy relativos. Lo cierto es que nuestro constitucionalismo histórico ha diseñado un régimen de colaboración de poderes, antes que de separación de poderes. En la actual Constitución de 1993, se acentúan los poderes del presidente, aún más, se ha posibilitado, por vez

primera la reelección presidencial inmediata, lo cual está reñido con nuestra tradición republicana.

En el lado del Poder Legislativo, lo más novedoso y radical, tanto como la reelección presidencial inmediata, es sin lugar a dudas haber consagrado la cámara única de 120 miembros, en un país que tiene una población electoral de más de 10 millones de electores. Al mismo tiempo, se introduce la disolución de dicha Cámara por parte del Ejecutivo, si es que ella niega confianza a dos gabinetes o consejos de ministros. Esta medida típicamente parlamentaria de disolución tiene un aspecto interesante, cual es que se ha introducido (aun cuando existía ya en la Carta de 1933) la "investidura parlamentaria", lo cual significa que cada nuevo gabinete debe presentarse a las Cámaras antes del inicio de sus gestiones para obtener el apoyo parlamentario. En este supuesto, la Cámara puede no dar confianza al nuevo gabinete, lo que hay que medir, pues sin querer alimenta al Ejecutivo para que en una segunda oportunidad pueda disolverla. Este es un juego político interesante, que no se sabe a dónde puede conducir; aunque es muy improbable que conlleve ninguna preeminencia parlamentaria. Tenemos la impresión de que no modificará nuestra tradicional preponderancia presidencial.

Al presidente del Consejo de Ministros, por vez primera, se le reconoce un papel de coordinación entre sus colegas, mas no existe preeminencia, si bien se consagra su situación como vocero oficial del gobierno, luego del presidente de la República. En cuanto a fuentes normativas, se mantienen las existentes, como es el decreto legislativo, que es la manifestación expresa de la legislación delegada, pero se agrega el "Decreto de Urgencia", que es el nombre que adoptan los decretos del Ejecutivo que tienen fuerza de ley y que se adoptan tan sólo en determinadas situaciones.

Poder Judicial

La estructura del Poder Judicial se mantiene tal como había estado funcionando antes, pero se agregan tres aspectos novedosos:

a) en primer lugar la Academia de la Magistratura, que es el camino a través del cual se forman los futuros magistrados, salvo las instancias inferiores, que pueden en ciertos casos, ser elegidos por el voto popular; b) ratificaciones de los magistrados cada siete años, medida de carácter administrativo, inmotivada, que puede sacar de la carrera a cualquier magistrado y que ha sido introducida con el ánimo de poder hacer algunas depuraciones de personal, mientras no se cuenta con una totalidad de magistrados egresados de la Academia; y, c) creación de un órgano, el Consejo Nacional de la Magistratura, que tiene a su cargo la supervisión, evaluación y nombramiento de los magistrados (y que está compuesto por siete miembros elegidos por diversas entidades representativas, sin vinculación alguna con el poder político).

La única limitación sería que tiene el modelo judicial, es que permite el libre juego del fuero privativo militar para juzgar a los civiles, en caso de traición a la patria y terrorismo. Además, las sentencias del fuero militar, salvo las de muerte, no son revisables por el Poder Judicial, lo cual constituye, sin lugar a dudas, una sensible limitación y un punto desfavorable al aparato jurisdiccional del país.

Ministerio Público y Defensoría del Pueblo

La Constitución de 1979 constituyó un ente autónomo que llamó Ministerio Público, cuyo titular era el Fiscal de la Nación; tenía entre sus funciones, representar en juicio a la sociedad (sobre todo en la parte penal) y actuar como defensor del pueblo. Pero durante estos años, sus funciones han sido rebasadas; ahora el Ministerio Público, integrado en tres instancias por fiscales, tiene una misión específica, que es representar los intereses de la sociedad y del Estado de preferencia en el ámbito Penal, y por otro lado, ahora se crea la Defensoría del Pueblo, como órgano constitucional autónomo. Las labores que desarrolla son las propias del Ombudsman, tan extendido hoy en día.

La distribución territorial

Tradicionalmente el país se dividió internamente en departamentos, y éstos a su vez en provincias de acuerdo al modelo francés que adoptamos en los inicios de la República. Pero la Constitución de 1979 creó las regiones como entes autárquicos, planeadas para que no fueran más de doce (aún cuando sólo se llegaron a instalar once y el proceso quedó sin concluir). Lo cierto del caso es que la descentralización programada en regiones que tenían asambleas regionales, con facultades administrativas, económicas y en parte legislativas, devinieron en un gran desorden cercano a la anarquía. Frente a esto lo más sensato hubiera sido replantear las regiones y no en anularlas. Pero la Constitución de 1993 ha anulado las regiones, vuelve a los departamentos, crea un centralismo férreo y rígido, dejando a los departamentos sin ninguna función y restando poderes a los municipios.

Garantías constitucionales

Se consagran diversas garantías o procesos constitucionales algunos ya existentes, que son: Hábeas Corpus (para proteger la libertad individual y derechos conexos a ella) el Amparo (para la protección de los demás derechos); el Hábeas Data (para la protección de la intimidad frente a la informática, si bien se ha desnaturalizado en sus alcances alcanzando al derecho de rectificación a los medios de comunicación social) la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra normas con rango de ley; la Acción Popular (para accionar contra la facultad del Ejecutivo y demás organismos que tienen el poder reglamentario); la Acción de Cumplimiento (contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo).

Tribunal constitucional

La Constitución de 1979, siguiendo la nomenclatura española de la Segunda República, creó el Tribunal de Garantías Constitucio-

nales. La vigente Constitución de 1993 ha profundizado la idea, dándole el nombre moderno, o sea, Tribunal Constitucional, y además ha ampliado sus competencias, que ahora son:

- a) conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad;
- b) conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento; y,
- c) conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

De ellas, la verdaderamente importante es la última; la ley determinará cuáles son los conflictos que el futuro Tribunal resolverá. Sus miembros, siete en total, son nombrados por el Congreso, por una mayoría calificada de los dos tercios del número legal de sus miembros.

Comentarios finales

Sin lugar a dudas la Constitución trata más temas de los que han sido señalados en este resumen necesariamente sucinto. Como quiera que se trata de un texto sin aplicación y muy nuevo, hemos hecho más incidencia en la primera parte (antecedentes, historia, características) que en el texto en sí, pues una visión ajustada sólo puede obtenerse luego de verla en funcionamiento real. En los momentos actuales, con un Congreso en funciones que es sumiso al Ejecutivo, y un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir que pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos, será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando no exista el actual ambiente autoritario.

II

PODER JUDICIAL

Desde 1821, año en el cual el Perú declara su independencia con respecto de España, se propugnó un Poder Judicial como uno de los tres poderes del Estado, en la mejor tradición de la Europa continental que se difunde en la obra de Montesquieu. Desde entonces, el Poder Judicial conformado por tres niveles o instancias, el último de los cuales es la Corte Suprema, ha funcionado en forma ininterrumpida, con la única excepción del período 1881-1883, en el cual el Poder Judicial se recesó, ya que la ciudad capital y gran parte del país, se hallaba ocupado o en conflicto con tropas extranjeras, a raíz de la Guerra del Pacífico. Pero desde entonces, existen algunas características recurrentes, que podríamos enumerar de la siguiente manera:

- a) presencia del Poder Judicial, concebido como poder del Estado, en forma independiente y autónoma;
- b) sus miembros son funcionarios de carrera, o mejor dicho, se pretende que lo sean, en el sentido que son personas que ingresan al Poder Judicial en los más bajos niveles, y con el correr de los años van ascendiendo dentro de él hasta llegar a la edad de la jubilación (que es normalmente los 70 años);
- c) el nombramiento de los magistrados depende de los otros poderes del Estado: del Poder Ejecutivo generalmente, y, en la máxima instancia, se da la intervención del Parlamento. Es decir, interviene un poder del Estado o dos en forma conjunta;
- d) no obstante su continuidad, por razones políticas, el Poder Judicial ha sido intervenido por el Poder Ejecutivo y alterado en su composición, hasta en seis oportunidades; casi siempre con motivo de cambios políticos violentos o revolucionarios vinculados con regímenes de facto. La última intervención ha sido el 5 de abril de 1992, que ha iniciado un proceso de recomposición que todavía no ha concluido.

Ahora bien, el problema judicial ha sido objeto de preocupación y de estudio, fundamentalmente a partir del siglo XX y en relación con la forma como eran elegidos sus miembros. Si bien es importante la formación jurídica de los magistrados, siempre se consideró como algo fundamental el nombramiento de los jueces. Y esto está vinculado con la excesiva politización de la magistratura, que ha dado un Poder Judicial que históricamente ha sido deficiente y dependiente del poder político. Dicho en otras palabras, el gran problema del Poder Judicial desde que se fundó la República, es el del nombramiento de los magistrados, y por tanto, el de su falta de independencia. Si bien en teoría el nombramiento no tenía por qué aparejar la dependencia de los magistrados con quien los nombraba, en la práctica, al nombrarlos el poder político, se convertían en dependientes de este poder y en sus obsecuentes servidores. De tal suerte, el problema frontal de la magistratura peruana ha sido y es, hasta ahora, el problema de su independencia y fundamentalmente de su independencia frente al poder político, que es la garantía principal que tienen los ciudadanos frente a los excesos del poder. Por cierto que existen otros problemas que sólo en fecha relativamente reciente han aflorado, como es el caso de su formación profesional, pero ese es un tema más complejo, y cuya resolución sólo puede alcanzarse a largo plazo, porque en cierto sentido está unida al desarrollo del país.

Analizando con detenimiento el problema del nombramiento de los magistrados, ya adelantamos que ellos han sido nombrados en forma sistemática por el poder político: por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo o por ambos. Esto dio malos resultados; por esto es que desde principios de siglo se pensó en crear un órgano autónomo, independiente de los demás, que tuviese a su cargo el nombramiento de los magistrados, lejos de todo poder político y atendiendo tan sólo a sus méritos y capacidades. Así en 1915, Bernardino León y León propuso la creación de un Jurado de la Magistratura; más tarde en 1927, Enrique Echeopar planteó la creación de una Corporación Electoral Judicial, y posteriormente, en

1931, la Comisión redactora del Anteproyecto de Constitución, presidida por Manuel V. Villarán, propuso la creación de un Consejo de Justicia. Con posterioridad menudearon los proyectos que buscaban crear un órgano independiente, integrado por gente capaz e inobjetable, que tuviese a su cargo la elección de los futuros magistrados.

Curiosamente, esto sucedió tan sólo en 1969, cuando el gobierno militar de entonces (de facto) creó el Consejo Nacional de Justicia, integrado por representantes de los otros poderes del Estado, colegios de abogados y universidades del país, que tenía a su cargo todo lo relativo al nombramiento y supervisión de los magistrados, lo que incluía capacidad de sanción y destitución.

Se daba así la culminación de iniciativas y proyectos que se plantearon desde principios de siglo. Lamentablemente, y como quiera que el Consejo Nacional de Justicia funcionó bajo una dictadura, sus logros fueron escasos y no dio buenos resultados. No obstante ello, la Asamblea Constituyente de 1978, al dictar la Constitución que se pondría en vigor en 1980, con el advenimiento de la democracia, creó un Consejo Nacional de la Magistratura, el cual estaba compuesto de miembros designados por poderes del Estado, colegios de abogados y universidades, con lo cual en cierto sentido se repetía la composición anterior, pero con afinamientos. Sin embargo, si bien la creación del Consejo en 1969 y su nueva fórmula de 1979 eran interesantes, dejaron mucho que desear, porque en dichos órganos autónomos se filtraban los representantes del poder político (en el de 1969) o se disminuía sus facultades (como en 1979) y además el poder político al final siempre se hacía presente, con lo cual se avanzó muy poco en los objetivos buscados (ya que incluso se establecía con los magistrados nombrados una relación de clientelaje, que les hacía perder autonomía).

La nueva Constitución del Perú sancionada en 1993 y actualmente en vigencia, continúa esa tendencia y la trata de perfeccionar, a fin de que el poder político esté lo más lejano posible de los

nombramientos judiciales, entendiéndose que esta es la mejor manera de lograr su independencia (si bien es sólo el primer paso).

De esta suerte, el Consejo Nacional de la Magistratura diseñado en la Constitución vigente de 1993, tiene una composición de siete miembros integrados de la siguiente manera:

- a) uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta, en Sala Plena;
- b) uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos;
- c) uno elegido por los miembros de los colegios de abogados del país, en votación secreta;
- d) dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás colegios profesionales del país, conforme a ley;
- e) uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales; y
- f) uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

A este número (siete) la norma (Artículo 155°) agrega que puede ser ampliado a 9 (nueve) a solicitud del mismo Consejo. En este caso, son elegidos estos dos nuevos miembros, en votación secreta, por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones respectivas del sector laboral y empresarial.

Lo importante de este Consejo es que continúa y perfecciona la institución creada constitucionalmente en 1979 (aún cuando con diversos antecedentes), y le otorga la plenitud de poderes en relación con el nombramiento de los jueces y la supervisión y control de su conducta funcional, a los cuales puede investigar y sancionar. Igualmente importante es que sea ampliamente representativo de los diversos sectores de la sociedad. Como inconveniente señalemos dos puntos:

- a) los miembros del Consejo ente rector de la Magistratura, no necesitan ni títulos ni capacidad alguna, tan sólo la edad de 45 años y ser peruano de nacimiento con lo cual, queda abierta la puerta a cualquiera, sin tomar en cuenta requisito alguno; y,
- b) se ha elegido un sistema de nombramiento de los miembros del Consejo enredado y complejo, que hará muy difícil su conformación, e incluso su instalación.

Estas dos observaciones últimas se mantienen hasta ahora, pues el Consejo Nacional de la Magistratura no sólo no funciona, sino que incluso no se ha instalado (y es dudoso que se instale antes de un año). Mientras tanto, el Congreso Constituyente, durante el período anterior a la promulgación de la Constitución vigente, ha creado un "Jurado de Honor de la Magistratura" (integrado por cinco abogados de prestigio y reconocida trayectoria), para que en forma transitoria tengan a su cargo todo lo relativo a la judicatura, incluyendo nombramientos, tarea en la que actualmente continúa, hasta en tanto se instale el previsto Consejo Nacional de la Magistratura.

Si bien es prematuro opinar sobre instituciones que aún no funcionan, podemos aventurar la hipótesis de que en lo relativo al nombramiento judicial hay síntomas de que el nuevo Consejo Nacional de la Magistratura creará una judicatura independiente. El segundo paso será tener una judicatura eficiente y con formación humanista y jurídica, lo que tomará mucho más tiempo.

III

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

El nombre de "garantías constitucionales" es ampliamente conocido en la literatura constitucional latinoamericana, aunque si bien es cierto que tienden a ser sustituidas por otras. La tradición y el uso la han hecho familiar a amplias capas de la población. Pero el nombre de "garantías constitucionales" tiene hoy en el Perú, y en gran parte de la América Latina un doble significado; el primero es el referente clásico y hoy anticuado, que lo hace equivalente a normas

generales, principios o derechos de las personas, provenientes de la tradición francesa, filtradas por el constitucionalismo español. Así, los textos del siglo XIX se refirieron a las "garantías constitucionales" como aquellas normas fundamentales de la vida en relación y, muy en especial, los derechos de la persona. Con el tiempo, este rótulo tan genérico pasó a una triple división que iniciada en el siglo pasado, se consagró por vez primera en la Constitución peruana de 1920, que distinguió tres tipos de garantías constitucionales; garantías nacionales (atinentes a la marcha y obligaciones del Estado); garantías individuales (clásicos derechos del liberalismo) y garantías sociales (nuevos derechos económicos y sociales, surgidos después de la Gran Guerra). El segundo significado es el moderno, el cual entiende como garantía algo accesorio, de carácter instrumental, y en consecuencia relacionado con la parte procesal del derecho, en este caso, del derecho constitucional. Se distingue así, por un lado, los derechos que son la parte sustantiva, de lo que son la parte accesorio procesal. De esta manera, los derechos fundamentales o derechos de la persona (llamados libertades públicas en la tradición jurídica francesa y derechos civiles en la tradición jurídica sajona), son considerados como derechos fundamentales básicos, constitucionales o simplemente derechos humanos.

En la tradición jurídica peruana, lo que se utilizó en todo momento fue el rubro de "garantías constitucionales". Esto se modifica tan sólo en 1979, con la Constitución aprobada ese año que, por vez primera, acorde con los nuevos vientos de doctrina, distingue los instrumentos procesales, a los que llama "garantías constitucionales", de los derechos humanos, a los que califica como derechos fundamentales de la persona.

A partir de ese momento, queda definido en toda su extensión que en la Constitución hay dos partes bien definidas; una, la parte fundamental, declaratoria de los derechos intangibles, y otra, los aspectos procesales para su defensa. Sin embargo, esta clara conquista terminológica que se adquiere en la Constitución de 1979, queda en algo oscurecida cuando al tratarse sobre el régimen de

excepción, se introduce una confusión entre derechos y garantías. En el nuevo y vigente texto de 1993 tenemos lo siguiente: por un lado se consagra y perfecciona el concepto de garantías constitucionales, y por otro, se eliminaron algunas vaguedades en lo referente al régimen de excepción, pero se introdujeron otras imprecisiones. Pero en lo que ahora nos interesa, la de 1993 continua y perfecciona lo que incorpora por vez primera el texto constitucional de 1979, que es pionera en esta materia.

*
* *

Hemos titulado este texto con el rótulo de “garantías constitucionales”, porque así lo recoge buena parte de la doctrina (garantías como algo accesorio; al igual que se habla de garantías en el Código Civil), pero otros autores, aun cuando en menor grado, hablan de procesos constitucionales. Ahora bien, ¿cuál es la postura correcta?

Indudablemente que la clásica palabra “garantía” utilizada en todo nuestro siglo XIX como equivalente a derechos de la persona, era algo incorrecto. Transformar su uso en materia constitucional para designar a las instituciones protectoras de la persona humana (como es el Hábeas Corpus) constituye indudablemente un adelanto y un acierto. Y esto se difundió, a tal extremo que las experiencias de la II República Española (1931), y las constituciones de Cuba (1940), Ecuador (1978) y Perú (1979) ubicaron a los jueces que resolvían estos problemas, en un Tribunal de Garantías Constitucionales (si bien el caso de Cuba era singular, pues a diferencia de los demás casos citados, dicho Tribunal no era independiente sino integrante del Poder Judicial).

Sin embargo desde el período de entre guerras, y mas en concreto después de la Segunda Guerra Mundial se empieza a hablar en el continente europeo del aspecto procesal de la Constitución, que algunos como Kelsen y Eisenmann califican como “justicia constitucional” y otros como Guetzevich y con posterioridad Cappelletti, como “jurisdicción constitucional”. Esto implicó un determinado

modelo de control constitucional en una vertiente europea, distinta a la revisión judicial del ámbito norteamericano que funcionaba con pulcritud desde hacía más de cien años. Como quiera que en Europa este tópico estuvo desarrollado sobre todo por procesalistas (así, por ejemplo, Calamandrei en Italia), es que con mayor rigor se ha empezado a hablar, con insistencia desde hace unos veinte años, de que así como existe un derecho procesal civil, un derecho procesal penal y un derecho procesal laboral, debe existir una rama del derecho que se llame algo así como "derecho procesal constitucional", sobre la cual en la Europa continental y gran cantidad de países latinoamericanos, existe en la actualidad una frondosa literatura e incluso revistas especializadas.

Desde el punto de vista del proceso, es evidente que este derecho procesal constitucional esta todavía en ciernes, es decir, en embrión, y por tanto, hay que tomarlo con reserva si bien es cierto que en el futuro, esta rama jurídica florecerá. Ahora bien, aceptada la existencia de esta rama procesal de carácter constitucional, y como quiera que esta se integra o desarrolla a través de juicios o procesos, es indudable que tales procesos son de naturaleza constitucional, y dado que así como hablamos de procesos civiles, debemos hablar también de procesos constitucionales, con más propiedad que hablar de garantías constitucionales. Con todo, si bien lo anterior es lo correcto, y como quiera que aún no se ha generalizado su uso, es que nos referiremos en el presente desarrollo a las "garantías constitucionales", que por lo demás, son muy antiguas en América Latina, y en cierto sentido, también lo son en el Perú. La nueva Constitución de 1993 recoge y completa el cuadro de dichas garantías, como lo veremos a continuación.

*
* *

i) Acción de Hábeas Corpus

El Artículo 200° de la Constitución de 1993; indica que son garantías constitucionales las que ahí menciona; el inciso a) señala

entre estas a la acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Este artículo no hace más que recoger, en sustancia, lo establecido en el Artículo 295° de la Constitución de 1979, en lo referente a la amplitud del enunciado general y a lo que realmente protege, con los afinamientos que con posterioridad dio su ley reglamentaria, la N° 23506 (desde 1982) y con el importante aspecto de que el Hábeas Corpus puede emplearse incluso contra particulares, lo cual fue aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la década de 1940, pero sólo plenamente admitida en 1979 con la Carta fundamental de ese año.

En cuanto a antecedentes se refiere, valga la pena señalar que la primera propuesta legislativa sobre el Hábeas Corpus fue presentada en la Cámara de Diputados en 1892, pero la primera ley formal sólo fue sancionada años después, en 1897, época en la cual esta primera ley de Hábeas Corpus entra en vigor y se convierte no sólo en la primera ley de Hábeas Corpus, sino en la primera ley de carácter procesal peruana para la defensa de principios o derechos constitucionales. También es importante destacar que, tal como consta en los debates, y contrariamente a cierta idea muy difundida, se tomó como inspiración la idea o concepto inglés del Hábeas Corpus (y no del norteamericano), pero sin lugar a dudas se adaptó la institución en forma limitada y no con la amplitud de su modelo original. Este instituto fue perfilándose con diversas normas posteriores, entre las cuales señalemos las leyes de 1916, y finalmente la Constitución de 1920, que elevó el Hábeas Corpus a nivel constitucional por vez primera; para proteger tan sólo la libertad individual o física de los ciudadanos.

Posteriormente, la Constitución de 1933 deformó el Hábeas Corpus, al ampliarlo para la protección de todos los derechos individuales y sociales (que en la terminología de la época llamó garantías individuales y sociales) creando de esta manera un instrumento

inmenso y multiforme hecho para defender las leyes, lo que originó una gran cantidad de normas procesales que se dieron sobre todo en 1968, para ordenar su tramitación ante los jueces.

Finalmente, y como una verdadera conquista e inflexión teórica, en 1979, la Constitución de ese año distinguió muy claramente el Hábeas Corpus, dirigido únicamente a la protección de la libertad individual, del Amparo, que cautela los demás derechos constitucionales distintos de la libertad individual.

Esta diferencia, introducida por vez primera en 1979, se mantiene en la Constitución de 1993.

ii) Acción de Amparo

Como hemos visto, la Constitución de 1979 introduce por vez primera el Amparo a nivel constitucional y como garantía constitucional específica, distinta del Hábeas Corpus. En la Constitución de 1993 el Artículo 220º, en su inciso 2) repite la institución al reconocer como garantía constitucional a la Acción de Amparo, la que procede contra el hecho o la omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, distintos a la libertad individual.

Si bien, como decimos, la Constitución de 1993 no hace en este punto más que repetir la Constitución de 1979, que es la que introduce por primera vez a nivel constitucional la Acción de Amparo, ésta no deja de tener antecedentes. El más lejano lo constituye el Artículo 7º de la Ley N° 2223 de 1916 que estableció lo siguiente:

“Todas las garantías (o sea, derechos) contenidos en el Título IV de la Constitución del Estado, darán lugar a recursos destinados a amparar (yo subrayo) a los habitantes de la República que fueran amenazados en el goce de sus libertades o hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad. Son aplicables a estos recursos las disposiciones de la ley de Hábeas Corpus...”

Sin embargo, esta norma que estaba destinada a hacer nacer un "amparo" dentro del derecho positivo peruano, no fue objeto de ningún desarrollo jurisprudencial ni legislativo, y más bien fue dejada de lado, sobre todo a partir de 1920, con la nueva Constitución de ese año.

Posteriormente en 1933, la Constitución de ese año creó un Hábeas Corpus multiforme, parecido al Amparo mexicano, y más tarde en 1968, por Ley N° 17803, se distinguió el Hábeas Corpus en materia civil y penal, esto es, un Hábeas Corpus penal o Hábeas Corpus *stricto sensu*, y un Hábeas Corpus civil, que en realidad era un amparo, aún cuando no llevase este nombre.

Finalmente en 1974, se creó, dentro del fuero privativo agrario, el "recurso de amparo", para proteger a los propietarios de tierras indebidamente expropiadas para fines de reforma agraria, el cual era revisado en instancia única por el Tribunal Agrario. De esta suerte, este amparo agrario servía para defender el derecho de propiedad de los afectados por indebidas medidas de reforma agraria, recurso que efectivamente operó, pero que fue finalmente desactivado en 1980, al entrar en vigencia la Constitución de 1979, que creó un Amparo constitucional con otros alcances, y por otro lado, dispuso la reunificación de los fueros privativos dentro del Poder Judicial, lo que hasta ahora se mantiene.

Por tanto, el amparo constitucional de la Constitución de 1993 repite a la Constitución de 1979, en donde tiene su punto de partida, pero que tiene antecedentes que se remontan a 1916 (y esto sin explayarnos sobre el Amparo colonial peruano, que dejamos para otra ocasión).

Como una novedad, aún cuando ya existente en la legislación de 1991, la Constitución de 1993 agrega que el Amparo no procede contra norma ni contra resoluciones judiciales demandada de un proceso regular. Con lo primero se da a entender que el Amparo no acciona directamente contra leyes, sino únicamente contra actos u omisiones, pero ello no impide que cese acciones contra actos ar-

bitrarios, y adicionalmente se pida la inaplicación de una ley con efectos *inter partes* (Art. 138° de la Constitución). Por otra parte, la prohibición de enderezar amparos contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular, persigue acertadamente no interferir con los resultados emanados de un proceso llevado en forma normal, pero la jurisprudencia ha interpretado que en ciertos casos, cuando en un proceso no se dan las mínimas condiciones del debido proceso legal (*due process of law*) cabe un amparo, pero sólo en situaciones excepcionales. Por tanto, puede decirse que en términos generales, la normatividad sobre el Amparo se mantiene.

iii) Acción de Hábeas Data

Procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos a que se refiere el Artículo 2°, incisos "5) solicitar información de cualquier entidad pública, 6) impedir que los servicios informáticos no afecten la intimidad y 7) honor y buena reputación, derecho a la intimidad y derecho de rectificación".

Mucho se ha discutido la conveniencia de la introducción de esta medida, toda vez que se estima que para ello era suficiente una adecuada reglamentación del Amparo, como se da en otras partes. Su introducción se debe al congresista Carlos Torres y Torres Lara, quien la tomó de la Constitución brasileña de 1998, que la incorpora por vez primera en un texto constitucional, si bien en la literatura y la legislación europeas existía desde la década del 70. Sin embargo, al introducirse este instituto, se le ha desnaturalizado, ya que si bien se le da como campo de aplicación todo lo referente a la protección del ciudadano frente al abuso de la informática (vinculado en cierto sentido con el derecho a la privacidad, y a lo que se conoce como libertad informática o autotutela informativa), tiene como inconveniente:

- a) Haber incluido dentro de su campo de acción el derecho al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia, agregando que;

- b) Toda persona tiene derecho a través del Hábeas Data, a la rectificación en cualquier medio de comunicación social por informaciones inexactas que la afecten.

Con lo primero, puede atisbarse un peligroso conflicto con lo que entendemos por libertad de prensa y podría dar lugar a la censura previa; con lo segundo, se utiliza como arma para el derecho de rectificación, que nada tiene que ver con la etimología ni con el contenido teórico de la acción de Hábeas Data.

El periodismo y diversos voceros de opinión (gremios profesionales, partidos políticos, etc.), han hecho severas críticas a la manera como se ha planteado el Hábeas Data, y en el mismo sentido se pronunció el prestigioso constitucionalista argentino Néstor P. Sagués, en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de Ica del 18 al 20 de noviembre de 1993. Todo esto motivó que el autor de la propuesta planteara al pleno del Congreso Constituyente una ley modificatoria, que no tuvo tramitación alguna por su inoportunidad e imprecisión. Es de esperar que con independencia a una modificatoria del texto constitucional, tan defectuoso, la ley de la materia salve estas contradicciones y disipen eventuales amenazas a la libertad de expresión.

iv) Acción de Inconstitucionalidad

El Artículo 200º, inciso 4) señala que esta Acción procede contra las normas que tienen rango de ley (ley, decreto legislativo, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo.

Esta Acción, abstracta y directa para efectuar el control de la constitucionalidad de las leyes y de normas de dicho rango, fue introducida por vez primera en la Constitución de 1979, siguiendo los modelos europeos sobre la materia (en cuanto atribuciones de los tribunales constitucionales).

Este nuevo control abstracto, coexiste con el control difuso, que veremos a continuación.

v) Excepción de inconstitucionalidad

Los constitucionalistas acostumbran hablar de excepción de inconstitucionalidad, mientras que los procesalistas optan por referirse al término "cuestión prejudicial". Sea lo que fuera, lo cierto es que en estos casos, lo central no es el control de constitucionalidad, sino un proceso cualquiera en el cual hay un conflicto o defensa de intereses privados y en donde en forma incidental se plantea la inconstitucionalidad de una ley. Este sistema de inaplicación, de alcances *inter partes*, conocido como sistema difuso, tiene una clara inspiración norteamericana, y se introdujo por vez primera en 1936, en el Código Civil de ese año, pero sólo fue reglamentado en 1963, con la Ley Orgánica del Poder Judicial. A nivel constitucional fue ratificada en la Constitución de 1979 (Art. 236°) y ha vuelto a repetirse en la Constitución de 1993 (Art. 138° *in fine*).

vi) Acción Popular

De claros orígenes romanistas, la Acción Popular constitucional se introdujo en 1933 en la Constitución de ese año, pero sólo fue reglamentada en 1963, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de ese año. La Constitución de 1979 la reiteró y lo mismo ha hecho la Constitución de 1993, que señala que ésta procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, en cuanto infringen la Constitución o la ley. Como podrá apreciarse, y esto es una constancia desde 1934, la Acción Popular está pensada en una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, pueda vulnerar las leyes o la Constitución.

vii) Acción de Cumplimiento

El inciso 6) del Artículo 200° establece que esta procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Se desconoce el sentido de esta propuesta. Fue incorporada por iniciativa del congresista Carlos Ferrero Costa, pero en las actas no consta nada sobre su fundamentación; tampoco hubo debate alguno al respecto ni se sabe nada de sus antecedentes. La idea que se tuvo fue únicamente crear un medio procesal rápido para obligar al cumplimiento de una norma o un acto administrativo, ante la autoridad o funcionario que se negase a ello. Es difícil decir como funcionará pues falta todavía la ley que reglamente y precise su ejercicio.

Tratando de rastrear antecedentes, podemos ver que el concepto de acción de cumplimiento existe en la Constitución colombiana de 1991 (Art. 87°), pero con un significado distinto al que aquí se le ha dado, pues el ordenamiento colombiano al referirse a la acción de cumplimiento hace mención a un principio de derecho que se exterioriza a través de otros medios; no es ni mucho menos lo que se ha consagrado en la Constitución peruana. Un parentesco o semejanza en el derecho comparado, podría ser el *writ of mandamus*, tal como funciona en el derecho norteamericano, heredado de Inglaterra.

viii) Proceso competencial

En 1979 se creó en el Perú, siguiendo el modelo europeo un Tribunal de Garantías Constitucionales, para el que utilizó la nomenclatura creada por la Segunda República Española en 1931. En ese momento, por la radical innovación que significaba crear un Tribunal de esta naturaleza, como ente autónomo e independiente, separado del resto de los poderes del Estado, se le asignaron pocas

competencias, no obstante que la propuesta original las contempló en forma bastante completa.

Pues bien, la Constitución de 1993 ha reproducido dicha figura, pero ahora con el nombre del Tribunal Constitucional, siguiendo de esta manera la huella trazada por la Constitución de 1979. Pero entre sus escasas competencias, han añadido una, y que es importante (Art. 202º, inciso 3) cual es conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Esto significa que la ley reglamentará en qué casos determinados conflictos sean resueltos en definitiva por el Tribunal Constitucional. Es evidente que los conflictos entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo no serán resueltos por el Tribunal, pero es probable que la futura ley de la materia precise las competencias, que tentativamente podrían ser las siguientes:

- i) Conflictos entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional
- ii) Conflictos entre los departamentos o regiones entre sí, cuando se instalen o funcionen libremente.
- iii) Conflictos entre otros órganos constitucionales

ix) Acusación Constitucional

Existe desde el siglo pasado, tomado del juicio de residencia hispánico y del *impeachment* sajón y se mantiene en la actual Constitución (arts. 99º y 100º). Como quiera que ahora existe una sola Cámara, corresponde la "acusación" a la Comisión Permanente, y al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al alto funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad. Son pasibles de esta acusación el presidente de la República, los representantes al Congreso, los ministros de Estado, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, los fiscales Supre-

mos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General. El Artículo 100° agrega que si la resolución acusatoria tiene contenido penal, se iniciará un proceso ante el Poder Judicial, previa acusación fiscal. Este es un privilegio que alcanza hasta cinco años después que el funcionario ha cesado en sus funciones.

Lo importante de la "acusación constitucional" que la doctrina denomina "juicio político" es que es una habilitación para un proceso posterior que se lleva ante los jueces comunes los cuales pueden condenar o absolver al acusado. En tal sentido, en sentido estricto, estamos ante un proceso político y no jurisdiccional, motivo por el cual su inclusión dentro de las garantías constitucionales es algo que obedece en cierto sentido a una convención. No es, por tanto un proceso jurisdiccional, pero existe un debido proceso que habilita la jurisdicción.

CONCLUSION

Las garantías o procesos constitucionales señalados en la Constitución de 1993 en forma algo dispersa, representan una innovación con respecto a la larga tradición constitucional del Perú, pero por otro lado constituyen una continuidad y en cierto sentido una mejora de lo que plasmó pioneramente la Constitución de 1979. Por cierto, algunas de estas instituciones como el Hábeas Corpus, el Amparo y la Inconstitucionalidad (en vía de acción o de excepción), tienen arraigo y funcionamiento en nuestro entorno constitucional, pero otras son muy nuevas y la ley tendrá que diseñarlas. Parte importante en este manejo es, sin lugar a dudas, el papel que desarrollarán los jueces, que es muy importante, pero de lo que no hay que hacerse demasiadas ilusiones.

Coventry, febrero de 1994