

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Constitución y Política

3ra. edición revisada y corregida

Lima, 2007

Primera edición : Lima 1981

Segunda edición: Revisada y aumentada : Lima 1991

Tercera edición: Revisada y corregida : Lima 2007

*A Germán J.
Bidart Campos,
con gratitud*

Prólogo a la tercera edición

La primera edición de este libro apareció en 1981 y encerraba, por así decirlo, mis opiniones sobre el interesante momento constituyente por el que atravesaba el Perú a fines de los años setenta del pasado siglo, y que por su calidad y singularidad, no ha vuelto a repetirse. La obra se agotó y tuvo más éxito del esperado. Una segunda edición corregida y ampliada, fue publicada en 1991, con igual suerte. Y desde entonces han pasado tantas cosas, que he pensado que no vale la pena hacer una nueva edición, pues mientras tanto he ido publicando diversos textos sobre los mismos temas o similares, en libros y revistas especializadas.

La obra tiene, pues, su propio lugar y fecha: responde a problemas y situaciones de hace dos décadas y a así lo han entendido generosamente quienes han sido sus lectores o lo han consultado.

Sin embargo, por contener ella en lo sustancial, una descripción y una polémica sobre un periodo de transición de la dictadura a la democracia, es que ha tenido muchos adeptos en lectores, amigos y no amigos, del exterior, quienes me la reclaman con relativa frecuencia, a tal extremo que he tenido que recurrir a la fotocopia de mis propios textos.

Vistas así las cosas y luego de darle vueltas al tema, he optado por esta nueva edición, que en realidad es la misma de 1991, pues, como decía, no quiero agregar temas que he desarrollado en otra parte o que he destinado a otras publicaciones. Es, pues, la versión final de un libro que en realidad corresponde a su segunda edición aparecida en 1991 y que aparece tal cual, salvando ligeras incorrecciones que respetan lo impreso. Y que por eso mismo, utilizando los modernos métodos de impresión, se hace de él un tiraje muy corto.

Cuando se revisan textos escritos hace tanto tiempo, se comprueba como en muchos puntos se ha mantenido uno en una determinada posición, pero en otros ha tenido una evolución o si se quiere un cambio cualitativo en el enfoque o en el punto de vista. Esto es inevitable, y por eso a quienes lean este texto por vez primera, recomiendo ver y hacer la cita correspondiente viendo el año en que fue formulada, no fuese a ser que de repente sostengo hoy algo distinto. Derecho a cambiar de opinión que todos tenemos y más aun quienes se dedican a la tarea intelectual, con la condición de que lo acepten y sean concientes de ello

Lima, diciembre de 2006

Prólogo a la segunda edición

El presente libro, compuesto de ensayos y artículos dispersos, fue terminado en 1980, y puesto en circulación el año siguiente. Tenía como objetivo reunir diversos textos relacionados con la problemática que el título encierra, y adicionalmente (y esto era quizá lo más importante) dar cuenta de mi participación en el interesantísimo debate constituyente que se inició en 1977, se desarrolló intensamente durante el período de vigencia de la Asamblea Constituyente (1978 – 1979) y culminó por así decirlo, con la entrega del poder a los civiles, con la restauración, en 1980, del régimen constitucional. A decir verdad, nunca me imaginé el éxito que este pequeño libro alcanzó, como lo demuestra el hecho de que muy pronto se agotara la edición, y se hicieran de ella algunas tiradas adicionales y además, circulara en multilith y fotocopia. Más aún me llamó la atención de que la parte dedicada al debate en torno a la nueva Constitución, que está reflejada en los artículos periodísticos escritos al compás de los acontecimientos y de los que sólo publiqué una pequeña selección, tuviera tan buena acogida, por parte de lectores y estudiosos. Incluso un distinguido amigo y eminente colega, el juspublicista colombiano Jaime Vidal Perdomo, me manifestó en alguna oportunidad que esta parte periodística relativa al debate constituyente, era la que más le había atraído, pues le permitía explicarse muchas cosas de las que entonces sucedieron.

Desde esa época han pasado algunos años, y he recibido algunos pedidos insistentes para la reimpresión de la obra. Lamentablemente, diversos compromisos académicos, tanto internos como internacionales, han retrasado esta segunda edición más de lo que pensaba. Pero en realidad, no podía tratarse de una mera reimpresión. En primer lugar, había que corregir diversos errores y omisiones que se habían deslizado en las pruebas, y además, efectuar algunas anotaciones marginales de actualidad, en los pocos casos en que esto era requerido, dejando intactas las fechas y las fuentes de referencia, que sirven para explicar cada texto, su época y sus respectivos alcances. Por otro lado, como había seguido escribiendo sobre estos temas, era bueno aprovechar la ocasión para incorporar algún nuevo texto conexo, que pudiera ser de utilidad dentro del conjunto. Esto explica el porqué esta obra sea en realidad una nueva edición, no sólo corregida, sino ampliada y completada considerablemente.

En relación con la primera edición, las más importantes variantes son las siguientes:

- 1) *Se ha introducido, en el capítulo II, gran cantidad de artículos periodísticos por mí publicados durante el debate de la Constituyente y*

que sin agotar todo lo por mí escrito en esa oportunidad, completa y mejora el gran marco en el cual me tocó actuar. En esta búsqueda debo agradecer al Dr. José F. Palomino Manchego, por las útiles sugerencias que me hizo al respecto, y muy especialmente a mi antiguo alumno el Dr. Samuel B. Abad, quien revisó cuidadosamente el diario **La Prensa** de ese período, leyó todos mis artículos e hizo una selección de los que en su opinión deberían adicionalmente incorporarse a este libro, por lo que le quedo muy reconocido.

2) Se agrega un texto nuevo, debidamente revisado y corregido; consignado como capítulo V, sobre los riesgos de la democracia, que escribí especialmente para la revista **Los caminos del laberinto**, a pedido cordial de mi buen amigo Osmar Gonzales.

En lo personal, y vistas las cosas a la distancia, juzgo hoy severos algunos de los juicios que entonces emití sobre el proyecto constitucional y el texto finalmente sancionado. Pero algún amigo cercano me ha insistido en que ellos fueron necesarios para evitar algunos de los despropósitos que se plantearon en el seno de la Asamblea Constituyente y, que además, es siempre conveniente conocer un punto de vista académico sobre lo que entonces sucedió, por encima de errores y aciertos. En todo caso, y en cuanto a este punto, considero a esta obra como un testimonio del interesante período constituyente que vivimos hace algunos años.

Todo lo anterior, debidamente ensamblado, fue preparado, revisado por mí y terminado a fines de 1987, fecha en la cual he puesto punto final a la pesada e ingrata tarea de leerse y revisarse a sí mismo. Después he dejado descansar todo el material recopilado, y me he puesto a la tarea de escribir estas líneas prologales, y entregarlas a mi editor, por cuya paciencia le quedo muy agradecido.

Lima, octubre de 1988

Prólogo a la primera edición

Desde hace algunos años estamos empeñados en estudiar la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político, considerando su punto de entronque, que es el Estado. Esto implicaba un análisis de la realidad político-social, que posteriormente pudiera ser encuadrado en un marco teórico que lo explicase. La ausencia de tratamientos orgánicos y satisfactorios sobre este tema, hizo que nuestra investigación se retrasase más de la cuenta, en vista de la dificultad de aclarar muchos conceptos, no obstante que ya habíamos revisado la principal literatura existente sobre dichas materias.

*Fue en 1973, con motivo de la preparación de un homenaje al historiador Jorge Basadre que, invitado gentilmente por uno de los organizadores, David Sobrevilla A., preparamos una primera parte de un ensayo mucho más amplio, en donde fijábamos los principales criterios que a nuestro entender, clarificaban la cuestión. Posteriormente dicho trabajo (lamentablemente publicado en forma tardía y en 1978) fue ampliado y revisado sustancialmente, y apareció en su forma final en la revista **Derecho** (número 33, diciembre de 1978) editado por la Universidad Católica, bajo el título de "Derecho Constitucional y Ciencia Política". En esta oportunidad, se reproduce este trabajo (conjuntamente con otros más como veremos más adelante), que aun cuando mantiene sus tesis centrales, ha sido nuevamente revisado y sustancialmente ampliado sobre todo en su segunda parte en la cual hemos subsanado algunas omisiones, salvado algunos errores, y ampliado considerablemente la bibliografía.*

Paralelamente a este trabajo teórico, la transferencia del poder anunciada por el Gobierno Militar tras varios años de permanencia en él, estuvo condicionada por la dación de una nueva Constitución Política del Estado, a la que se convocó con la anuencia de las principales fuerzas políticas del país (con lo que en la práctica legitimaron tal convocatoria, ya que posteriormente intervinieron en las elecciones para el órgano constituyente). Para estos fines, la Asamblea Constituyente fue instalada el 28 de julio de 1978, y duró en funciones exactamente hasta el 13 de julio de 1979. Esto originó, como era de esperarse, un intenso debate sobre la forma, estructura y alcances de la nueva Carta, que envolvía problemas políticos y jurídicos, o mejor dicho, problemas jurídicos que contenían o portaban una opción política. En este gran debate, proliferaron las publicaciones en diarios y revistas, mesas redondas, entrevistas e intervenciones televisadas, cursillos y conferencias, etc., en el cual lo más representativo de la opinión pública (partidos, sindicatos, gremios profesionales, intelectuales, etc.), dejaron oír sus planteos sobre el tema en cuestión. El debate prácticamente se inició con la mesa redonda que organizó el Colegio de

*Abogados de La Libertad a la cual fuimos gentilmente invitados, conjuntamente con el Dr. Luis Alberto Sánchez, antiguo y diestro parlamentario, a fuer de destacado ensayista y crítico literario, y el doctor José Pareja Paz-Soldán, nuestra primera autoridad en Derecho Constitucional peruano, con una vasta labor en este campo. En la mesa redonda organizada por el Colegio de Abogados de La Libertad, precedida por sendas conferencias a cargo de cada uno de los invitados, (aquí se publica la nuestra) se debatieron algunos temas de gran interés, parte de los cuales han sido recogidos de su versión magnetofónica, por una revista de Trujillo (**Hola**, año I, número 1, 26 de setiembre de 1977). El debate orgánico fue planteado al poco tiempo en una publicación colectiva en la cual también intervine (y de la que existe versión impresa, aun cuando algo mutilada (cf. **La Constituyente ¿para qué?**, Edit. Retama, Lima 1978). Posteriormente se sucedieron diversas intervenciones públicas, en muchas de las cuales nos tocó actuar, así como reportajes que se publicaron en diversos órganos de la prensa limeña (véase por ejemplo la entrevista que nos hizo la revista **Personas**, número 15, setiembre de 1979).*

*En todo este período, aparte de estas intervenciones nuestras, nos dedicamos semanalmente a comentar el debate constitucional a través de la página del diario **La Prensa** –merced a la gentil como persistente invitación de su Director, Alfredo Quispe Correa, quien hizo del diario entonces bajo su dirección, no obstante las limitaciones existentes, una verdadera tribuna del pensamiento. En este diario publicamos más de cincuenta artículos, sobre diversos tópicos relacionados con el proyecto de texto fundamental que se debatía.*

*Por esa misma época, fuimos invitados a la Comisión Especial de Estado, Territorio, Nacionalidad e Integración (**La Prensa** 12 de octubre de 1978) y a la Comisión Especial de Fuerza Pública (**Equis X**, número 133, noviembre de 1978) por gentil iniciativa de sus Presidentes Andrés Townsend Ezcurra y Fernando León de Vivero, respectivamente. Aun cuando en esta oportunidad, como en otras, expusimos diversas ideas que no siempre fueron acogidas, tenemos la satisfacción de haber contribuido, muy modestamente, al importante debate que se vivía. Si bien nuestra posición fue y es en la actualidad bastante crítica con respecto al texto constitucional sancionado en julio de 1979 (lo que, por qué no decirlo, nos causó no pocos disgustos) hemos creído y creemos que el país debe vivir bajo este texto, ya que ha contado con un verdadero consenso, que estuvo ausente en otras épocas, y que le ha otorgado, por así decirlo, legitimidad. Lo que por cierto no excluye, no sólo la actitud crítica, sino abogar por sus inevitables reformas, que la hagan más operativa y sobre todo menos utópica.*

De todo este conjunto se publica aquí el largo ensayo citado en primer lugar, una sección de nuestros textos periodísticos y dos conferencias, que son,

en gran medida, un testimonio del importante momento constituyente que vivimos. Todo esto está en cierto sentido vinculado con la problemática que encierra el título: Constitución y Política. Si bien en la primera parte, se da un enfoque sobre todo teórico y de carácter general, en la segunda parte, se abordan posiciones más concretas, que demuestran la implicancia de ambas. Claro está que por inevitable deformación profesional, se notará, en muchos casos, un predominio del enfoque jurídico, que es simple muestra del oficio del autor, y no preferencia o prioridad alguna. En cuanto a la segunda parte, que como decimos, recoge más en vivo el debate de aquel momento, hemos tenido ciertas aprehensiones antes de publicarla. En efecto, si como se ha dicho, el periodismo es la ciencia de lo efímero, es indudable que la generalidad, cuando no la totalidad de lo escrito, tiende a perecer, por la fragilidad de su estructura; y aun cuando ésta sea robusta, se resiente siempre del carácter coyuntural en que fue vivido, pensado y escrito. Lo ideal, pues, hubiera sido darle forma de ensayo a cada uno de esos artículos, y sobre todo un engarce más riguroso. Pero como quiera que esa tarea puede esperar quizá demasiado, por estar absorbidos actualmente en otro tipo de investigaciones, es que hemos optado por una publicación seleccionada de esos trabajos periodísticos, sin modificación alguna, salvo las estrictamente estilísticas y las correcciones de las erratas u omisiones que se pasaron al mismo medio en donde fueron publicadas (para lo cual citamos la fuente en cada caso). Así dejamos constancia, de que no fuimos ajenos al debate nacional en torno a la nueva Constitución, cuando muchos, no siempre bien informados, hacían lo mismo con gran entusiasmo y publicidad.

*El conjunto justifica pues, el agrupamiento bajo un solo rótulo. Recalamos que decimos constitución y política y no constitución y situación socio-económica. Esta última no es tratada aquí, entre otras razones, porque carecemos de la preparación académica suficiente para su enfoque, y porque adicionalmente, creemos posible el tratamiento de lo “político” y lo “jurídico” como fenómenos independientes (para la perspectiva teórica) y con cierto nivel de independencia con respecto a la infraestructura (para hablar en terminología marxista). Queda en pie la tarea de hacer tal tipo de análisis de la Constitución, sobre el cual, en la literatura extranjera existen ya varios clásicos (tal el caso de C.A. Beard con su **An economic interpretation of the Constitution of the United States**, de 1913).*

Debemos agregar que en lo que a política se refiere, hemos adoptado hasta ahora un nivel que por comodidad podemos llamar descriptivo (que no es lo mismo que neutralidad) y hemos guardado tanto en nuestra vida pública como privada, un no compromiso con las fuerzas políticas actuantes. Si en nuestra exposición hemos coincidido o defendido esquemas o planteos vinculados a determinada tienda partidaria, ello será, como rezan las películas norteamericanas, por mero accidente o azar, ya que nuestra posición ha sido

siempre partir de un planteo teórico (jurídico y político) ajeno a toda vinculación o interés presentista o pragmático.

Por el mismo motivo que carecemos de vinculación con las fuerzas actuantes, tanto presentes como pasadas, es que no tenemos porqué aferrarnos a las ideas aquí expuestas, y es plausible que si en el curso de los acontecimientos estimemos errónea alguna afirmación ahora dicha, la abandonemos por otra idea, que consideremos mejor.

*Señalamos por último que el texto de nuestra conferencia en Trujillo **(Sobre la clasificación de las constituciones)** así como las dos que cierran este volumen **(Constitución y praxis política y Nuevas tendencias del Derecho Constitucional)** se publican aquí por vez primera.*

Lima, julio de 1980

I

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
CIENCIA POLÍTICA**

(a propósito de la relación entre
fenómeno jurídico y fenómeno político).

§ 1

Quien analice detenidamente cualquier texto de Derecho Constitucional, podrá advertir cómo los problemas que tratan, lindan y con frecuencia se yuxtaponen, con los problemas políticos. Por otro lado, los científicos políticos (politólogos o politicólogos) al hacer el análisis del gobierno, tratan las mismas materias que los constitucionalistas. Si bien cada una de estas dos disciplinas parecen tener su “coto de caza”, la verdad es que en muchos de los linderos, los muros de contención no parecen tener eficacia alguna. Es pues evidente que los problemas del gobierno, del ejercicio del poder, inquietan y atraen tanto a los politólogos como a los constitucionalistas. El tema podría no pasar de esta constatación, si es que no reparásemos en otro hecho fundamental de nuestro tiempo: el carácter interdisciplinario de las investigaciones. Así, vemos que los politólogos acuden con frecuencia a conceptos tomados del mundo del Derecho y que los constitucionalistas aprovechan los logros de la Ciencia Política; fenómeno éste que puede apreciarse en Estados Unidos, en Europa y en menor escala en América Latina. Es así como de pronto, el estudioso de cualquiera de las dos disciplinas se encuentra en la temática no de una ciencia, sino de dos. Esto ha ocasionado un sinnúmero de problemas sobre la naturaleza de la relación entre ambas, por lo que es válido preguntarse: ¿cuál es el nexo entre Derecho Constitucional y Ciencia Política? ¿se trata de dos disciplinas autónomas o son una y la misma cosa como pretenden algunos? ¿o por el contrario es una sola ciencia con dos vertientes? En el supuesto de que se trate de dos disciplinas ¿cuál es el grado de correspondencia? Todas estas interrogantes han sido planteadas, y se ha pretendido dar diversas soluciones. Pero lamentablemente, y pese a la calidad y al nivel de los esfuerzos desplegados, no existe un planteamiento satisfactorio al respecto; y lo que es más grave, ni siquiera se han fijado los términos del debate en su adecuada dimensión. Esto se explica porque muchas veces se desconocen los supuestos mismos de lo que es una aproximación epistemológica, o porque se carecen de los supuestos metodológicos necesarios en ambas disciplinas, o peor aún, porque se ignoran sus principios. Ello justifica el presente trabajo, que es sólo una primera tentativa de carácter provisional para precisar la relación entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Aun cuando es muy meritorio el boceto efectuado por André Hauriou en su conocido texto universitario (y que aquí en parte aprovechamos) al parecer, éste no ha sido continuado ni perfeccionado, ni siquiera en la misma Francia. Esto puede apreciarse por ejemplo en una obra ejemplar como la de Maurice Duverger, de tan amplia resonancia e influencia en el mundo hispanoamericano, en donde vemos a través de las sucesivas ediciones de su conocido manual, variaciones tan notables que sólo contribuyen a agravar más nuestra perplejidad. Otro caso notorio está representado por la monumental obra de Georges Burdeau (**Traité de Science Politique**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris

§ 2

A fin de esclarecer nuestro tema es menester partir del principio, es decir, del origen mismo de la problemática, o para decirlo en términos más sofisticados, recurrir a la experiencia originaria. Descartamos en este punto inicial, toda concepción metafísica y apriorista, y nos aferramos aun con sus limitaciones, a una concepción crítica y realista del mundo.

Nuestro punto de partida será entonces, la experiencia humana, esto es, el hombre en cuanto ser proyectado a la vida misma.

El hombre de acuerdo al viejo apotegma aristotélico, es un **zoon politikón (Política, 1253b)**, o sea, es un “viviente social”. Es decir, y este es el verdadero significado del dicho aristotélico, el hombre es un ser que vive en sociedad, que vive con otros, pues según el mismo filósofo, únicamente pueden vivir solos las bestias y los dioses. Buena parte del pensamiento contemporáneo, ha dedicado no pocos esfuerzos para precisar esta característica social del ser humano (Ortega, Buber, Jaspers, Marcel, Sartre,

1949-1957, 7 tomos). Burdeau afirma que la ciencia política no puede ser más una enciclopedia de conocimientos, sino un método de estudio del derecho constitucional (tomo I, pág. 8), la que por lo demás no tiene objeto propio (elle n'a pas un objet qui lui serait propre) siendo imposible deslindar ambas disciplinas. Posteriormente (**Método de la Ciencia Política**, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1964) se rectifica de su anterior posición y declara que “la ciencia del derecho constitucional es en este sentido, más que una de las ciencias políticas cuyo resultado sistematiza la ciencia política ...” “...el derecho constitucional (es considerado) como el instrumento metodológico de la ciencia política” (pág. 143). Por último, en la segunda edición de su **Traité ...** (L.G.D.J., Paris 1966) reniega de su fe jurídica (Tomo I, pág. 5) afirma que la ciencia política tiene un objeto propio haciendo suya la definición de Robson, aun cuando mantiene la idea de que la Ciencia Política sirve como método para tratar los problemas del Derecho Constitucional: agregando que el estudio del poder, si bien es propio de la Ciencia Política, no excluye la competencia del jurista (pág. 6), de tal suerte que hay una confluencia de interés. Aun cuando existe aquí un planteo más moderno que en sus obras anteriores, Burdeau mantiene todavía una imagen confusa sobre este problema. Por otro lado, cabe señalar que existe numerosa literatura dedicada al problema más genérico de las relaciones entre el derecho y la política, en donde no siempre encontramos enfoques satisfactorios; como puede verse en los **Archives de Philosophie du Droit**, cuyo tomo XVI (1971) está destinado precisamente a “le droit investi par la politique” (a pp. 37-62 corre no obstante un sugerente ensayo de Roland Maspétiol “Le droit et le politique: deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité sociale”). En el mundo anglo-sajón el problema no ha sido tratado orgánica ni satisfactoriamente, aun cuando existan textos que combinan el análisis político con el jurídico, como puede verse en la obra clásica de Harold J. Laski (**A Grammar of Politics**, George Allen and Unwin, London 1978; la primera edición es de 1925). En la literatura latinoamericana se observa igual panorama, aun cuando contamos con el valioso ensayo de Néstor Pedro Sagüés, **Mundo jurídico y mundo político**, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1978.

etc.). Su ser es entonces, ser con otros. Los “otros” forman una serie de relaciones intersubjetivas que crean vínculos de interdependencia. Por eso decimos que el hombre vive en sociedad, que siempre ha vivido en sociedad (**ubi homo, ibi societas**). Pero ¿qué sucede en este marco social? A primera vista vemos –como ya hemos dicho– una serie de relaciones, unas son culturales, otras son religiosas, otras son deportivas, otras son laborales, otras son económicas, otras son políticas, otras son jurídicas, etc. Si queremos analizar cómo esta urdimbre de relaciones se encuentran no solo con el grupo, sino con el hombre mismo, podemos tomar como ejemplo a un ciudadano corriente. En cuanto tal, tiene relaciones económicas (sea porque tiene un negocio, sea porque es un trabajador) tiene relaciones religiosas (es decir, pertenece a un determinado credo, participa con otros feligreses en una determinada religión, o aun careciendo de ella, no deja de tener sus propias concepciones sobre el alma, sobre Dios y sobre el destino del hombre) tiene relaciones jurídicas (continuamente el derecho se presenta en su vida diaria, cuando compra, vende, cuando se casa, cuando paga impuestos, cuando obedece las reglas de tránsito, etc.) relaciones políticas (en cuanto cree y profesa determinadas creencias políticas, y participa sea en forma activa o no, en defender el **statu quo** o en cuestionario. Es decir, siempre surge en torno nuestro una serie de relaciones que convergen en última instancia en un grupo o en una persona, de tal manera que cada hombre tiene con los demás, con el mundo en torno, un flujo de influencias con las cuales está en continuo contacto.

Por otro lado, debemos tener presente, que la sociedad, desde los tiempos de la horda y de la tribu, ha tenido necesidad de organizarse, de crear un orden para el todo social, de estar dirigido por otros o de dirigir. Siempre ha habido un hombre, o un grupo de hombres que se han hecho cargo (queriéndolo o no) de conducir a la sociedad. Basándose en distintas teorías (el derecho del más fuerte, el derecho hereditario, creencias mágicas, derecho divino de los reyes, democracia representativa, democracia popular) siempre ha habido alguien que ha mandado, y otros (los más) que han obedecido. Esta relación mando-obediencia, podía quebrarse, cambiar los que mandaban por cualquier motivo (elecciones, sucesión, derrocamiento) pero siempre quedaba esta verdad maciza: unos pocos mandaban y un gran número obedecía. O dicho en términos modernos: siempre ha habido gobernantes y gobernados (Duguit, Burdeau, Duverger, etc.)⁽²⁾

⁽²⁾ Dice León Duguit: “En todos los grupos sociales que son calificados como Estados, desde los más primitivos y simples hasta los más complejos y civilizados, se encuentra un hecho único: individuos más fuertes que los demás, que quieren y pueden imponer su voluntad a los otros...” (**Traité de Droit Constitutionnel**, 2ª edición, Paris 1921, tomo I, pág. 499-500). Y un conocido antropólogo afirma: “El poder político es inherente a toda sociedad; provoca el respeto de las reglas que lo fundan; la defiende contra sus propias imperfecciones, limita en su seno los efectos de la competición entre los individuos y los grupos. Son dichas funciones conservadoras, las que por lo general se contemplan ...Al recurrir a una fórmula sintética, definiremos el poder como el resultado, para toda la sociedad, de la necesidad de

La relación entre unos y otros ha estado basada en diversos factores (el miedo, la convicción, el terror, etc.) pero siempre, detrás de cualquier argumento existió el mando respaldado por la fuerza o mejor dicho, por la coerción. Estos mandatos u órdenes iban dirigidos a los más, es decir, a los gobernados. Estas órdenes (de hacer, no hacer, o simplemente pautas de conducta para obtener un determinado fin que es elegido libremente) fueron en un principio verbales, posteriormente escritas, en un proceso lento que va de la costumbre hasta el derecho legislado o establecido judicialmente. Las sociedades modernas, sobre todo a partir del siglo XIX, van hacia la legislación, es decir, a fijar en pautas escritas (sean códigos, precedentes judiciales) un conjunto de normas que mandan, prohíben, sancionan o simplemente indican cuál es el procedimiento que debemos seguir, si es que queremos hacer algo válidamente.

luchar contra la entropía que la amenaza con el desorden, como amenaza a todo sistema” (G. Balandier, **Antropología política**, Ed. Península, Barcelona 1969, pág. 44). Un clásico como Weber señala: “El Estado, como todas las asociaciones políticas que históricamente la han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal)” (**El político y el científico**, Alianza Editorial, Madrid 1967, pág. 84).

§ 3

Volvamos de nuevo a las relaciones que encontramos en el seno de toda sociedad. Cuando afirmamos que en ella se dan vínculos o relaciones de carácter religioso, sabemos que éstas tienen su fundamento en la fe que comparte un determinado número de personas. Cuando decimos que existen relaciones culturales, vemos claramente que dichas personas tienen en común el cultivo de determinadas parcelas del saber, de las letras, las artes, las ciencias, o en otro nivel, la educación en todas sus modalidades, desde los escalones o grados más bajos hasta los más avanzados. Cuando mencionamos que entre los hombres existen relaciones económicas, sabemos que por medio de estos fenómenos encontramos la producción y distribución de bienes y servicios, así como una gama muy variada y compleja de efectos que surgen de ellos. Cuando sostenemos que el hombre guarda con otros hombres relaciones políticas, estamos asumiendo que tienen entre ellos relaciones de dependencia y subordinación, que cada uno desempeña dentro de la sociedad un rol y tiene un status determinado.

Ahora bien ¿qué hay detrás de estas relaciones de orden político? O dicho en otras palabras ¿qué significan estos fenómenos políticos que están presentes en la sociedad? Detrás de estos fenómenos existe (al igual que la fe detrás de los fenómenos religiosos) una compleja y enigmática realidad que se llama poder. En toda sociedad existe el poder, y el ejercicio de éste permite organizar en forma articulada la sociedad bajo una estructura de mando-obediencia. El poder que es lo que subyace en las relaciones políticas, se manifiesta en toda la vida social. Poder lo tiene un maestro de escuela sobre sus alumnos, el párroco sobre sus feligreses, el gerente de una empresa sobre sus trabajadores, **et caeteris paribus**. Pero estos fenómenos de poder son realizados en pequeña escala, en relaciones de alcance corto, en mundos pequeños, o si se quiere decirlo en otras palabras, están referidos a una situación microsociedad.

Pero cuando estas vinculaciones se dan en otro nivel, o sea cuando están referidas al poder que tiene un juez, un jefe de Estado, un grupo poderoso que influye en la opinión pública, un partido político, entonces ese poder se proyecta por así decirlo, sobre una pantalla grande, adquiere una dimensión distinta, pues las decisiones que emanen de ese poder así investido, puede y de

hecho alcanza a un mayor número de personas, y en principio a toda una sociedad. Estamos aquí ante una **concepción política del poder**.⁽³⁾

⁽³⁾ Aun cuando este tipo de definiciones pueden ser muchas veces circulares, puede afirmarse que el carácter distintivo entre el poder político y el poder no político reside en la utilización del aparato estatal (Weber). Así por ejemplo, los terratenientes en una sociedad tradicional, tienen un efectivo poder; en rigor, un poder económico. Pero cuando utilizan ese poder para obtener algo en defensa de sus intereses, sea mediante funcionarios del régimen, instituciones estatales o normas promulgadas **ad-hoc**, entonces están ejerciendo un poder político, aun cuando notoriamente enmascarado. Por eso es válida la clasificación de Loëwenstein de los detentadores del poder en oficiales e invisibles; esto último, tema de análisis que aquí no tocamos, como otros temas conexos (por ejemplo, en qué medida el poder político legitima un sistema de apropiación de bienes o el rol que juega la ideología, etc.) En estos aspectos, las demás ciencias sociales tienen mucho más que decir que la ciencia política, lo que explica el auge en los últimos tiempos de la historia social y la historia económica.

§ 4

Los fenómenos políticos, lo hemos dicho, descansan sobre el poder. Ahora bien ¿en qué consisten estos fenómenos políticos? O dicho de otra forma, este poder ejercido por los hombres y que origina los fenómenos políticos ¿qué es lo que persigue? Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos señalar tres características:

- a) afirmación del hombre por el hombre,
- b) buscar lo que es bueno para la sociedad,
- c) estructurar la relación de gobernantes y gobernados.

a) La política pretende buscar el pleno reconocimiento del hombre por el hombre: siempre desde las épocas antiguas de Grecia y Roma, los hombres han buscado que se les reconozca como tales, en su plena condición de seres humanos. Las luchas de patricios y plebeyos, la rebelión de esclavos, las guerras por conquistar imperios o por sacudirse de ellos, son sólo algunos de los hechos que pueden señalarse. Aún hoy día, las diversas formas de opresión existentes, demuestran claramente que la lucha por el reconocimiento del hombre está lejos de haber culminado. Guerras imperialistas, de izquierda y de derecha, persecuciones a los judíos, segregaciones raciales, son otras tantas muestras de ello, por no hablar del hambre y la miseria que soportan millones de seres humanos.

b) La política busca lo que es bueno para la sociedad: desde Platón y Aristóteles, los filósofos, los políticos y los hombres de Estado han buscado o creído buscar lo que es bueno para la sociedad. Los métodos y los fines para buscar lo “bueno” son, sin embargo, muy distintos. Pero si el concepto de “bueno” lo vaciamos de todo contenido metafísico, tendremos que admitir que “bueno” es equivalente a una “x” que en determinado momento histórico es considerado como “valioso”, y que es preferible a lo que es “no bueno”, o sea, lo “no-x”.

c) La relación de gobernantes y gobernados es una consecuencia de lo señalado anteriormente. En efecto, toda sociedad política organizada supone que existe un grupo que manda sobre una mayoría que obedece. Hay que precisar que esta relación es permanente, por más que exista una auténtica democracia en la cual los “gobernados” participen en la decisión de mando, ya que siempre, aun cuando tengan acceso a las

grandes decisiones, son por último destinatarios de esa voluntad de mando.

De lo expuesto podemos desprender algunas características de los fenómenos políticos:

- a) son de carácter societal,
- b) son de orden fáctico,
- c) implican una relación mando-obediencia, y
- d) envuelven conflictos, que por lo general, desembocan en la violencia (siendo una de sus facetas más distintivas, la lucha por el poder que llevan a cabo los grupos organizados de una sociedad).

§ 5

Hemos visto que en la sociedad existen una serie de vínculos o relaciones, una de las cuales está referida a los fenómenos políticos, los que tienen su fundamento en la realidad poder. Pero lo que hemos hecho hasta aquí es una descripción de fenómenos, tal como lo puede demostrar un conocimiento objetivo. Pero el hombre participa también en una serie de relaciones de orden cultural. Todo esto responde a un ansia de saber, natural en el ser humano. Los fenómenos que hemos descrito anteriormente están ahí; la historia, la del pasado y la del presente, dan testimonio de ello. Pero el ansia de saber del hombre es muy grande. Desde muy antiguo busca aprehender la realidad, conocerla tal como ella misma es, y buscarle un orden y un sentido. A ello responden **La República** y **Las Leyes** de Platón, **La Política** de Aristóteles, **Las Leyes** y **La República** de Cicerón, **La Ciudad de Dios** de San Agustín, y todas las obras que vinieron después (las utopías del Renacimiento, el iluminismo del siglo XVIII, etc.) Estos esfuerzos por captar la realidad política es lo que se denomina Ciencia Política, que hasta hace cincuenta años, era apenas conocida, y cuando era practicada tenía un matiz filosófico, y sobre todo normativo de naturaleza moral y jurídica. Podemos entonces decir que la concepción moderna de la ciencia política concibe a ésta como la que tiene por objeto “estudiar la naturaleza (o sea el concepto), fundamentos, ejercicio, objetivos y efectos del poder en la sociedad” (Robson), o si se quiere, el análisis de las condiciones del poder político, de sus formas concretas y de sus tendencias evolutivas (Kammler).

§ 6

Hasta aquí lo relacionado con los fenómenos políticos. Pero surge la interrogante ¿cómo se expresan estos fenómenos políticos? O dicho en otras palabras ¿cómo se ejerce el poder político? La respuesta es sencilla. El poder político tiene que ser ejercido necesariamente a través de órdenes o mandatos, que señalan cánones de conducta, que en última instancia deben ser acatados por aquellos a quienes van dirigidos, ya sea por miedo, por persuasión, por convencimiento o por cualquier otro motivo, pero que en el fondo conlleva el reconocimiento de esa autoridad, de esa potestad para decidir. Los gobernantes (detentadores o usufructuarios del poder) tienen que dirigirse a los gobernados (destinatarios del poder) mediante órdenes, mandatos o pautas de conducta. Y siempre es así, porque el poder en última instancia busca conducir, sin importar cuáles sean los medios que se utilicen para ello. Pero inmediatamente surge la pregunta ¿y cómo hacemos para que esto sea posible? Evidentemente mediante la comunicación. Los hombres siempre se han comunicado unos con otros; en ese sentido el hombre es un ser dialogante, un ser con otros. Si así no hubiese sido, nunca hubiera podido vivir en sociedad. Y el medio que utiliza para comunicarse es el lenguaje. El lenguaje es un conjunto de signos que tienen la peculiaridad de servir de medio por el cual se transmiten ideas, conceptos, impresiones y vivencias, etc. El lenguaje es muy complejo y ha tenido una variación y evolución muy larga. Pero, sin importar la posición que adoptemos al respecto, lo cierto es que mediante el lenguaje, los gobernantes hacen saber a los gobernados, qué es lo que se debe hacer, o sea qué, cómo y dónde hacerlo.

Mediante el lenguaje es que se van configurando obligaciones y derechos, cuyo uso reiterado y constante da origen a normas de carácter consuetudinario, esto es, basadas en la costumbre. En un principio, estas órdenes eran dadas verbalmente, mediante bandos y proclamas, luego se van fijando por el uso diario. Posteriormente y tras un largo desarrollo histórico, este lenguaje hablado, plasmado en costumbres, se vuelve escrito. Es decir, las relaciones de poder, necesitan para su estabilidad de cierto asentamiento, que a su vez requiere ser institucionalizado, ser permanente, sin importar cuánto dure esa permanencia, pues aun cuando sea alterada, modificada o sustituida, por su natural inclinación buscará nuevamente instaurar un **statu quo**. Se construye de esta manera, sobre una realidad empírica, fáctica, como son las relaciones de poder, un conjunto de normas que pretenden canalizar su ejercicio. Las normas que buscan encuadrar estos fenómenos políticos, son de naturaleza general, y están referidos a la forma como se estructura el poder, alrededor o dentro de un ente que se denomina Estado. Es en suma lo que se conoce

como Derecho Constitucional, cuya aparición doctrinaria si bien es tardía si se le compara con otras ramas del Derecho, su existencia es tan antigua como el fenómeno mismo de la política.

§ 7

Si queremos definir la finalidad del Derecho Constitucional, diremos que es la siguiente: “encuadrar jurídicamente los fenómenos políticos”. Pero surge la pregunta ¿es fácil encuadrar los fenómenos políticos? Evidentemente que no, y esto por tres razones fundamentales:

- a) la violencia casi siempre acompaña a las relaciones políticas, y en consecuencia su encuadramiento tropieza con dificultades.
- b) porque la vida de la política es sumamente espontánea, y el Derecho tiende a ser estático.
- c) Porque las normas constitucionales se dirigen fundamentalmente a los “gobernantes”, los que llegado el caso, y muchas veces sin sanción, trasgreden esas mismas normas.

De donde se concluye que el Derecho Constitucional pese a su importancia, contiene en sí mismo un margen de incertidumbre que es irreductible, y que frente a otras ramas del Derecho (tributario, penal, civil, etc.) lo hacen menos perfecto, aunque si seguimos en el nivel de comparaciones, el Derecho Internacional (o derecho de gentes) estaría en peor situación (ya que no sólo carece de sanciones, sino de órganos centrales para aplicarlas).

No obstante su imperfección, el Derecho Constitucional tiene un lugar destacado dentro del campo de las disciplinas jurídicas, pues corona el sistema normativo de todo Estado. Pero paradójicamente, pese a ser superior, es en muchos casos impotente.

Avancemos un poco más en nuestras indagaciones. Hemos dicho que el Derecho Constitucional busca el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos. Pero ¿qué constituye el objeto de estudio del Derecho Constitucional? Hemos adelantado parcialmente su contenido: es el estudio de las normas jurídicas que encuadran los fenómenos políticos. Pero precisemos aún más ¿qué clase de normas son éstas? Tradicionalmente se ha dicho –y esto por razones históricas– que las normas que son objeto de este Derecho, son aquéllas contenidas en un texto que llamamos Constitución, que como tal es promulgado formalmente. De acuerdo a este criterio, el Derecho Constitucional sería el Derecho de la Constitución. Pero esta definición, sin ser falsa, no es del todo exacta. En efecto, hay muchas normas que no están precisamente en la Constitución, y sin embargo regulan jurídicamente los actos políticos; están

contenidas en las leyes; decretos, reglamentos, de muy diversa naturaleza y jerarquía. Aún más; hay Estados en los cuales no existe una constitución escrita (Inglaterra, Israel y en otras épocas España y Hungría) y que se regulan por diversos textos y leyes fundamentales, muchas veces dispersos en forma inorgánica, y a veces, como en el caso de Inglaterra, de usos y costumbres de muy antigua data, así como de las resoluciones de las cortes. No cabe duda entonces que debemos afinar nuestro concepto de Constitución, porque de lo contrario, sólo nos quedaríamos con lo que Lasalle llamó irónicamente “una hoja de papel”. Por lo pronto tenemos que admitir que pueden haber constituciones escritas o no escritas, pero que siempre y en todo momento, hay que reconocer que todo Estado, por el hecho de serlo, **tiene una constitución; si por ella se entiende una manera de ser que hace que sus instituciones estén vertebradas y respondan de determinada manera a la colectividad a la cual pretendan conducir**. Así considerada, la Constitución es el conjunto de fuerzas que canalizan la dinámica política del Estado. Esto es lo que se conoce como constitución material o fáctica, que puede existir en forma independiente a la constitución formal o escrita, y en este supuesto puede guardar con aquélla una relación de correspondencia, de correlación o de desfase absoluto (las vigencias constitucionales son distintas de la normatividad constitucional).

El Derecho Constitucional puede entonces considerarse como aquél que estudia las normas generales, escritas o consuetudinarias, que regulan la actividad del Estado, así como la relación entre gobernantes y gobernados.

Precisemos aún más esta definición: hemos mencionado nuevamente la relación gobernantes-gobernados, y esto porque es central en el campo de las relaciones políticas, y en consecuencia en la vida constitucional de los Estados.

Los gobernantes tienen una misión fundamental (con independencia de sus fines): mandar, es decir, ejercer autoridad. Son los titulares del poder. Esta autoridad está dirigida a los gobernados que son los destinatarios del poder, los que reciben el impacto de esta autoridad. Que el Estado ejerce poderes es evidente, y la historia del Estado demuestra que éste ha crecido cada vez más, a tal punto que muchos han visto este crecimiento como un verdadero peligro (Spencer, Ortega, etc.) Pero, y como anverso de la moneda, la historia demuestra otro aspecto: la política ha sido en gran parte la lucha por la libertad. La rebelión de los esclavos, de los pueblos sometidos, las luchas sociales, la independencia de los nuevos pueblos, dan buena muestra de ello. La autoridad o sea el ejercicio del poder debe tener un límite, difícil por lo demás, porque el poder tiende a avanzar indefectiblemente. El dilema del Derecho Constitucional radica pues, entre el ejercicio de la autoridad y el respeto de la libertad de los ciudadanos (libertades éstas, formales o materiales). El Derecho Constitucional se encuentra así entre su Escila (la autoridad) y su Caribdis (la libertad) lo que ha dividido a los juristas. ¿Es el Derecho Constitucional el derecho de la

autoridad (M. Prélot, G. Vedel) o es el Derecho Constitucional el derecho de la libertad (Mirkin-Guetzevith). Leibniz decía que hay verdades que son ciertas en lo que afirman y falsas en lo que niegan. Habría que aplicar aquí el mismo apotegma. Las dos posiciones son ciertas pero incompletas. El derecho constitucional es esencialmente aquél que concilia la autoridad con la libertad en el marco del Estado (André Hauriou).

§ 8

Hasta aquí nuestro **excursus** sobre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política. Si nos hemos detenido en ellos es porque como señalamos al principio, guardan una estrecha relación. Para poder apreciar mejor lo que hemos dicho, debemos volver a nuestro acercamiento epistemológico a la realidad. En efecto, es en la realidad social donde encontramos estas relaciones políticas y jurídicas, realidad que es múltiple, o si se quiere **pluridimensional**. La sociedad como un todo es muchas cosas, o sea gran cantidad de relaciones (religiosas, morales, políticas, económicas, jurídicas, etc.) Podríamos graficar este **totum** de la siguiente manera (figura 1).

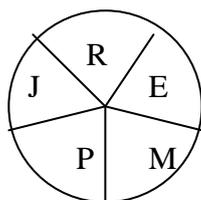


FIG. N° 1	
R	= Religiosos
J	= Jurídicos
P	= Políticos
M	= Morales
E	= Económicos

El fenómeno social en un todo complejo. Este fenómeno (del griego **phainómenon**, lo que aparece) es un conjunto de relaciones, de carácter inescindible. Desde el punto de vista de nuestra experiencia directa y dejando de lado sus vinculaciones causales, la realidad es una sola; en el mundo existen muy variados elementos, pero todos ellos son inseparables entre sí. De esta manera, cualquier fenómeno religioso siempre guarda relación con algún ingrediente extrareligioso, como puede ser un elemento moral, político, etc. Un fenómeno jurídico conlleva la existencia de factores extrajurídicos, ya sean de naturaleza económica, política, religiosa, etc. ⁽⁴⁾

Ahora bien, todos estos fenómenos que coexisten dentro del marco social tienen siempre una pretensión: realizar valores, es decir, persiguen una “x” que significa una preferencia. Esta unidad dentro de la diversidad, consiste

⁽⁴⁾ De donde se desprende que no aceptamos la determinación de lo político y lo jurídico por lo económico (Marx) ni siquiera en última instancia (Engels). Creemos, sí, que la realidad es dialéctica, en el sentido que existe una interdependencia de factores, con eventuales predominios o influencias determinantes de estos elementos según las épocas y las circunstancias, en donde un mismo hecho puede a veces condicionar y otras ser condicionado (se trata en rigor, de introducir la dialéctica en la dialéctica misma).

en una serie de **facta**, hechos, que persiguen la realización de valores dentro de la sociedad.

§ 9

Hemos dicho que no se pueden estudiar los fenómenos sociales aisladamente. Igual puede decirse del Derecho. Si la experiencia jurídica es una urdimbre de relaciones (es pluridimensional) no puede pretenderse estudiarla aisladamente. La experiencia jurídica, o sea la manera cómo el Derecho se nos presenta en la sociedad, no es pura, sino al igual que el metal precioso, está mezclada con otros elementos, sin cuyo conocimiento no es posible explicarla.

Esto en cuanto concierne a nuestra experiencia del fenómeno social, en especial del jurídico y del político. Pero tenemos que ir más allá. En razón de sus objetivos, de sus métodos y de sus propósitos, la experiencia global dentro del marco social tiene que ser segmentada, dividida mentalmente para hacerla objeto de estudio. Es decir, los fenómenos mezclados entre sí pueden ser conocidos por una **scientia omnibus**, y así lo fue durante siglos. Platón y Aristóteles reunieron y analizaron todo el saber de su época. Toda la experiencia entraba prácticamente dentro de la filosofía. Y así fue durante mucho tiempo. Aun en el siglo XVII, Leibniz es un filósofo en sentido clásico: domina casi toda las disciplinas de su siglo, y en muchas de ellas hace aportes sustanciales (filosofía, matemáticas, lógica, física, etc.) Pero a partir del siglo XVIII la situación varía sustancialmente. Ya no existe el hombre que pueda abarcar todo el saber en una sola ciencia síntesis, que dé explicación de todo el mundo que lo rodea (Hegel lo intentará todavía en el siglo XIX; su fracaso puede apreciarse cuando demuestra la existencia de siete planetas, cuando ya se había descubierto el octavo). Se hace entonces necesaria la especialización (que por lo demás tiene antecedentes más remotos), pero aquí ya se perfilan más nítidamente las diferentes áreas o campos sobre los que debe insistir cada ciencia. Es decir, cada parte de la realidad deberá ser objeto de una disciplina específica, a fin de que delimitando su objeto, pueda ser conocida y descrita con precisión y rigor. Esta actitud es uno de los elementos que da origen a la ciencia moderna, iniciada con Galileo y con un desarrollo vertiginoso sobre todo en el siglo XIX, más conocido como el siglo del progreso.

Las ciencias se definen no por su **objeto material**, sino por su **objeto formal**. Dicho en otras palabras, por la perspectiva o actitud teórica que adoptan frente a una realidad determinada. Si bien toda ciencia es analítica, empírica, descriptiva, explicativa y verificable (o si se quiere falsable, **falsificable**, en terminología de Popper) y en la medida de lo posible predictiva, lo cierto es que su perspectiva es teórica. Veamos un ejemplo sencillo: la anatomía y la fisiología tienen el mismo objeto material: el cuerpo humano; pero la primera

estudia la estructura externa e interna del cuerpo, mientras que la segunda se ocupa del funcionamiento de los órganos interiores del cuerpo. Igual puede decirse del Derecho y de la Sociología. Ambos estudian la conducta del hombre en la sociedad, pero el primero lo hace viendo al hombre como destinatario de normas, y la segunda lo estudia en cuanto el hombre está en interrelación con otros hombres. Lo mismo puede decirse del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política. Ambos estudian el fenómeno del poder en la sociedad, pero el primero lo hace sobre las normas que regulan ese poder, mientras que la segunda estudia el ejercicio de ese poder por los hombres.

Lo que distingue a las ciencias y más aún a las que tienen al hombre como objeto de estudio, es que teniendo similar o parecido objeto material, se diferencian por la distinta actitud teórica con que lo enfocan, es decir, por la perspectiva. Así el fenómeno del poder es estudiado jurídicamente por el Derecho Constitucional, y sociológicamente por la Ciencia Política.⁽⁵⁾

⁽⁵⁾ Existe un serio problema a nivel epistemológico, a fin de diferenciar la ciencia política de la sociología política. Así por ejemplo, un excelente texto reciente considera que ambas son sinónimas y que es inútil discutir las diferencias (Roger-Gerárd Schwartzberg **Sociologie politique**, Eléments de science politique, Edit. Montchrestien, Paris 1974, pág. 40). Antes habían expresado idéntico punto de vista M. Duverger y Bottomore, entre otros. No obstante, pensamos que su diferenciación es factible y necesaria (Lipset, Janowitz, Hughes y Howes, etc.) La sociología política tiene como objeto de estudio **la base social del poder** en el sector institucional de la sociedad, analizando las diferentes pautas de estratificación social y sus consecuencias para la política. Y si bien es cierto que pueden haber zonas de interferencia entre ambas, la ciencia política como eje fundamental pretende ser una teoría del poder, buscando hacer predicciones políticas (Miró-Quesada Rada).

§ 10

Hemos llegado así a un problema crucial: el problema de la clasificación de las ciencias. Desde tiempos muy antiguos, los filósofos y los hombres de ciencia han pretendido por razones sobre todo metodológicas, ordenar el **corpus scientiarum** (así Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Bacon, etc.) En los últimos tiempos destacan las clasificaciones de Dilthey (ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu) cuya influencia alcanza a Weber, Cassirer, etc.; de Windelband (ciencias nomotéticas que establecen leyes y ciencias ideográficas que describen acontecimientos) y las de Rickert entre ciencias naturales y ciencias culturales. Aunque las clasificaciones de las ciencias son muy variadas, un atento examen de ellas nos permiten ver que en el fondo todas coinciden en lo fundamental. Únicamente como hipótesis de trabajo, y dejando de lado críticas que al respecto han surgido, podríamos efectuar la siguiente clasificación de las ciencias:

- a) ciencias lógico-formales (lógica ordinaria, polivalente, modal, etc.; aritmética, geometría, etc.)
- b) ciencias físico-naturales (física, química, astronomía, etc.)
- c) ciencias biológicas (biología, anatomía, zoología, botánica, etc.)
- d) ciencias del hombre (historia, sicología, lingüística, sociología, ciencia política, etc.)⁽⁶⁾

Las ciencias del hombre, o ciencias sociales en sentido amplio (en sentido estricto estaría reducida únicamente a la Sociología) se caracterizan por su objeto: el hombre y el medio en que éste se desenvuelve. Sin embargo, no son intercambiables. No sólo tienen independencia conceptual, sino también metodológica (los métodos del derecho son distintos de los de la psicología, y ambos a su vez de los de la sociología). Pero esta autonomía no significa que vivan en compartimientos estancos, como lo quería Spengler para las culturas, sino que sufren influencias recíprocas. Así, el derecho y la política, están siendo últimamente tratados con instrumentos formales, lógicos y matemáticos

⁽⁶⁾ El lector debe tener presente que al no ser ciencia, la filosofía no se incluye en esta clasificación, ni en ninguna otra que pudiéramos utilizar. Lo que no impide, por lo demás, la existencia y utilidad de la filosofía social y la filosofía política. (Nota: en mi libro **Conocimiento y Derecho** publicado en 1982, adopto una clasificación de las ciencias algo distinta que, pienso, afina aún más lo que se sostiene en este ensayo. Nota de 1987).

(por ejemplo, en Derecho lo han intentado G. Kalinowski, Alchourrón y Bulygin, en Ciencia Política J. March, Benson, Alker, J. Atalli). A su vez el derecho y la ciencia política son susceptibles de enfoques filosóficos, históricos, etc.

Lo dicho anteriormente es para destacar que justamente por la división reinante entre las ciencias (de la que nuestro esquema es un pálido reflejo) se hace necesario más que nunca un estudio interdisciplinario. Así, el constitucionalista debe estudiar los marcos jurídicos que encuadran los fenómenos políticos, y en ese sentido tiene que buscar el derecho que se aplica al Estado, a las instituciones, a los poderes constituidos, a las libertades y derechos del hombre, y la manera cómo éstos son interpretados por los tribunales, etc. Pero no puede olvidar que debajo de la realidad jurídica que maneja, existe un **substratum** político que debe tener en cuenta. ¿Esto significa que el constitucionalista debe volverse politólogo? No puede pretenderse tal cometido a esta altura de los tiempos. De lo que se trata es que el constitucionalista esté enterado y siga con atención los avances de la Ciencia Política. El constitucionalista no tiene por qué efectuar trabajos de campo, propio de sociólogos y politólogos, sino que, realizado éste por terceras personas, y en la medida en que le son útiles, deberá aprovechar sus resultados para los fines de su propia investigación. La Ciencia Política resulta así para el constitucionalista, una ciencia auxiliar, lo que no significa disminuir el valor de aquella, porque **mutatis mutandis**, el politólogo que se interese por estudiar el fenómeno del Gobierno, considerará al Derecho Constitucional en igual situación.

Si miramos la Ciencia Política en situación ancilar con respecto al Derecho Constitucional, o como complemento necesario como quieren algunos, veremos que este “refuerzo” ha logrado un ensanchamiento del horizonte del Derecho Constitucional. Podrá así dentro de su misma óptica jurídica, comprender que el derecho escrito, formal, puede ser de nula aplicación en el mundo real, y podrá constatar el divorcio entre los textos y los hechos (Duguit). Podrá asimismo sacudirse del “sueño dogmático” y ver la realidad tal como ella es, y sobre todo, podrá valorar las necesidades del mundo que pretende ordenar jurídicamente. A su vez, aplicados los recientes resultados de la Ciencia Política (y en general de las ciencias sociales) al mundo jurídico, comprenderá mejor el verdadero funcionamiento de las normas dentro de un sistema social. Así lo podemos apreciar en el cuadro que elaboran Chamblis y Seidman relativo al Derecho (**Derecho y Poder Político** en “Derecho” No. 30, 1972) y aplicable por cierto al Derecho Constitucional. (Figura 2)

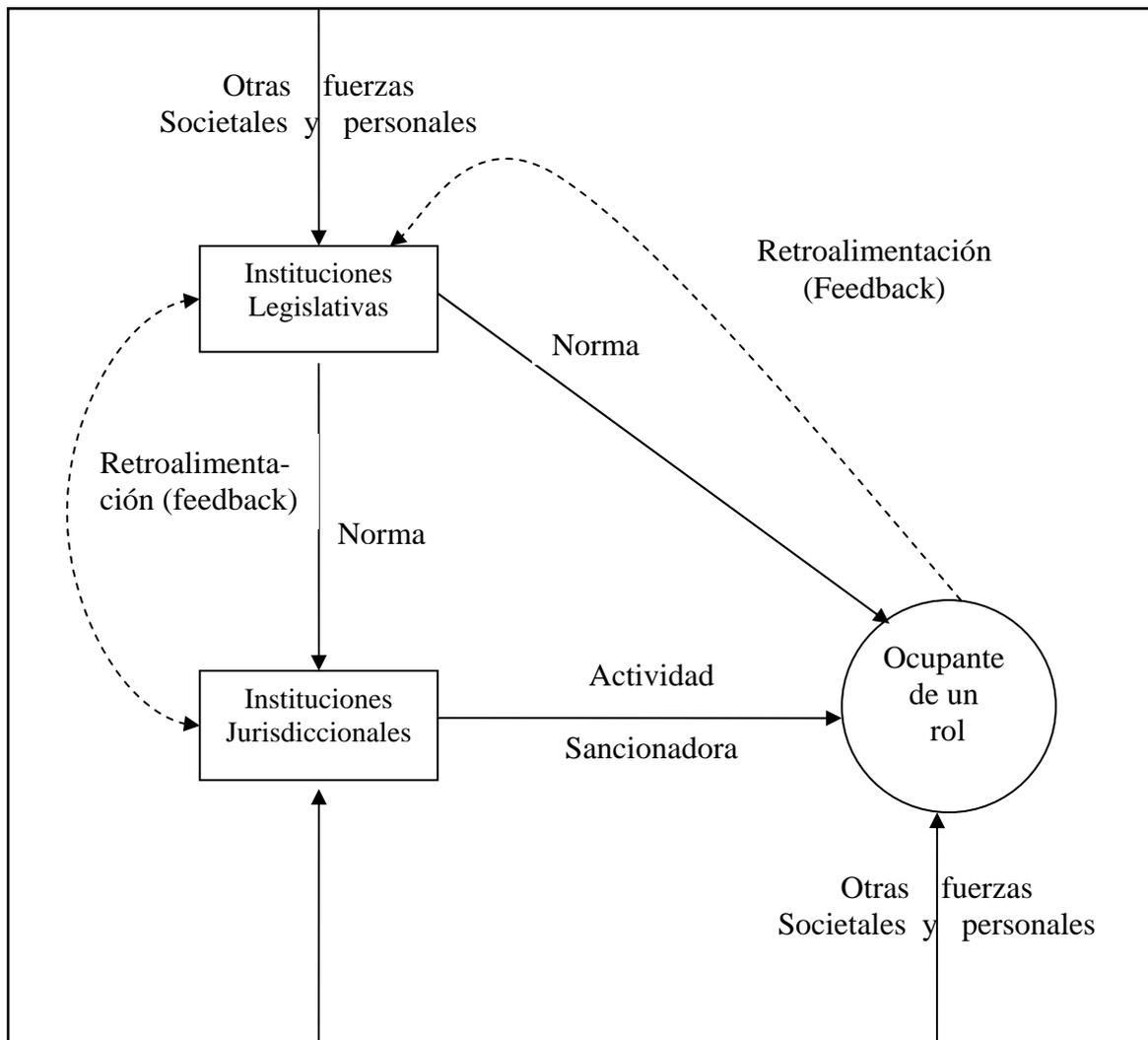


Figura 2

Un último dato importante: la Ciencia Política, con su análisis descarnado de los hechos, contribuye a desmitificar el mundo jurídico. Al desenmascarar las realidades vedadas por este manto legal, hace posible un mejor papel del Derecho Constitucional, que en cuanto ciencia que busca ordenar a los hombres dentro de un equilibrio entre la autoridad y la libertad, se ofrece, a no dudarlo, como uno de los mejores medios de realizar la justicia dentro de un sistema social.

§ 11

Después de esta digresión, conviene precisar aún más qué entendemos por derecho (o por Derecho Constitucional). En efecto, hemos distinguido dos planos:

- a) El plano fáctico, el mundo de la experiencia, en donde existe el derecho en estado de interrelación inseparable con los demás fenómenos. Estamos así para decirlo con palabras de Reale, “con el normativismo jurídico concreto”, en donde el derecho se halla unido a otros hechos (sociales, religiosos, políticos, etc.) con los cuales pretende realizar valores. Este plano fáctico-normativo-axiológico, es estudiado por la sociología política, sociología industrial, sociología económica, ciencia política, etc.).

Los “hechos” constituyen la materia prima de estas disciplinas; lo que no significa que permanezcan en un nivel empírico, porque todas ellas, en el nivel de ciencia, tienen su propia elaboración conceptual, su enfoque teórico. Pero los hechos, sin lugar a dudas, son su objeto principal, su punto de partida, y su marco teórico de referencia.

- b) En cuanto se estudia con el prisma del rigor, el derecho es objeto de la ciencia jurídica, que trata de normas sin importar por ahora cuál sea la estructura de estas normas (sobre lo que existe por lo demás una intensa discusión, como puede verse en tan diversos autores como Del Vecchio, Stammler, Kelsen, Cardozo, Hart, Ross, Raz, etc.). Los hechos así como su elaboración teórica son tratados por la historia, por la sociología, por la antropología, por la economía, etc.; y los valores por la axiología, por la filosofía política, filosofía social, filosofía del derecho, etc., que hacen que el derecho tenga un sentido; sea éste volver a un determinado orden social, mantener el **statu quo**, o cuestionarlo y postular un nuevo orden jurídico.

El primero es un nivel fáctico, el segundo es un nivel normativo⁽⁷⁾. En ambos casos, es posible aislarlos para fines de estudio. En tal sentido, el Derecho y el Derecho Constitucional se limitan al estudio de las normas escritas

⁽⁷⁾ La Ciencia Política es descriptiva, el Derecho es prescriptivo; la primera es verdadera o falsa, tiene que ver con la realidad, con la cual puede ser contrastada, a diferencia de lo jurídico, cuyas normas son válidas o inválidas (problema aparte es el de la observancia de las normas en el contexto social).

o consuetudinarias, ya sea en su versión dogmática, o en su versión jurisprudencial, lógica o filosófica. Hasta aquí el jurista. Pero esta actitud ha agotado el derecho como ciencia, mas no el derecho como realidad, el derecho como experiencia (la constitución real de la que hemos hablado). Es preciso entonces que el jurista salga en busca de esos elementos faltantes de la experiencia jurídica y pida ayuda a las respectivas disciplinas que la estudian (filosofía, historia, sociología, ciencia política, etc.) O sea, que complete el estudio del derecho de los libros con el estudio del derecho en acción (Pound) o mejor aún, que se acerque al derecho vivo. Entonces, y sólo entonces, la ciencia del derecho se verá enriquecida, evitando que la visión del mundo que lo rodea sea mutilada y unidimensional. Habremos sin lugar a dudas dejado atrás una concepción tradicional del derecho, para partir de una concepción crítica del derecho.

§ 12

Hemos visto que el Derecho Constitucional persigue el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, esto es, el tratamiento jurídico del ejercicio del poder. Ahora bien, existen otras disciplinas que también quieren hacerse partícipes de esta misión. Son la Teoría General del Estado (o Teoría del Estado) y el Derecho Político. Analicemos cada una de ellas en forma separada.

La Teoría General del Estado nace propiamente en Alemania en el siglo XIX, gracias a los esfuerzos de Klüber, E.A. Albrecht, Maurenbrencher, von Stein, von Gierke, Rehm, Mayer, Gerber, Laband, entre otros.

No obstante, Kart Friedrich von Gerber, es generalmente reconocido como el padre de la moderna ciencia del derecho público alemán, y cuyo principal aporte está contenido en dos libros fundamentales de 1852 y 1880 (que aquí utilizamos en la versión italiana compendiada de P.L. Lucchini; **Diritto pubblico**, Giuffré Editore, Milano 1971). Gerber escribe su obra en una época en que Alemania estaba dividida en varios Estados, bajo la égida de un monarca y con una Constitución que dependía de él. En su primer trabajo, de 1852, señala que uno de los mayores defectos del juspublicismo alemán era considerar al Derecho constitucional como el núcleo del Derecho público (pág. 8) y sostenía que entregarse del todo a la tendencia constitucionalista de origen francés era algo peligroso y temerario. Sin embargo, en 1865 sostenía por el contrario que se podía restringir el Derecho público al Derecho constitucional, excluyendo el Derecho administrativo, y considerando además el Derecho penal y el Derecho procesal. De acuerdo a Gerber, el Derecho público alemán no podía ser una simple descripción de la Constitución (p. 17); sino que debía estar dividido en tres grandes partes: a) derecho del Monarca, b) derecho de los funcionarios públicos, y c) derecho de los súbditos. De esta suerte, el objeto del Derecho público como doctrina científica es el estudio del derecho perteneciente al Estado en cuanto tal (p. 96) con independencia de los ordenamientos jurídicos específicos, estudiados por cada rama del Derecho. Así el Monarca es el órgano supremo de la voluntad del Estado (p. 207). Como se puede apreciar, el interés de Gerber se centra sobre todo en el empeño de construir un Derecho público alemán, en forma paralela pero independiente al Derecho privado alemán.

Sobre esta base, y teniendo en cuenta que en Gerber el derecho público era el derecho del Estado, es que fue fácil la difusión del nombre de Doctrina del Estado; o si se quiere, de Teoría del Estado (pues la voz alemana **Lehre** se

acostumbra traducir tanto por doctrina, como por teoría, aun cuando esta última puede expresarse también en la voz **theorie**). De esta manera, la doctrina o Teoría del Estado (o simplemente Teoría General del Estado) empezó a considerar al Estado en su máxima generalidad, empeño que culminó en la obra maestra publicada por Jellinek en 1900, en la que resumió magistralmente toda la experiencia jurídico-política de la pasada centuria, y de la que Löewenstein dice que desde entonces, ni dentro ni fuera de Alemania, ha tenido una digna sucesora.

En su **Teoría General del Estado** (Edit. Albatros, Buenos Aires 1943) Jellinek hace las distinciones siguientes:

- a) Ciencia del Estado en sentido amplio (que identifica con la Ciencia Política, aun cuando esto no está bien precisado) y
- b) Ciencia del Estado en sentido estricto.

La Ciencia del Estado se ocupa exclusivamente de la investigación relativa al Estado y a los elementos que vienen a constituir, como miembros suyos, la arquitectónica del mismo (pág. 61). En sentido estricto, la Ciencia del Estado es Doctrina (o Teoría) del Estado, la que puede ser general y particular (y esta última a su vez, puede ser subdividida en especial e individual). La Doctrina (o Teoría) General del Estado tiene que ver al Estado en su plenitud, ya que éste es por un lado construcción social y de otro, institución jurídica. Más adelante Jellinek distingue entre **Staatsrecht** (Derecho del Estado, que Fernando de los Ríos traduce equívocamente como Derecho Político, seguramente pensando en la nomenclatura universitaria española) y **Offentliches Recht** (Derecho Público). Agrega que el **Staatsrecht** (Derecho del Estado) en cuanto parte del Derecho Público es lo que los franceses llaman **droit constitutionnel** (p. 317), lo que según afirma es erróneo, pues la palabra “constitución” es equívoca. Esto es, cree que decir derecho constitucional, es limitarse al estudio de la Constitución, por lo que prefiere hablar del Derecho del Estado. Continuando, señala que el Derecho Público se divide en Derecho Internacional y Derecho del Estado en sentido amplio; éste a su vez se desdobra en Derecho Judicial, Derecho Administrativo y Derecho del Estado en sentido estricto (o sea, constitucional).

La Teoría o Doctrina del Estado estudia el Estado en cuanto tal, esto es, las normas centrales del Derecho Público, y dentro de éste, el Derecho del Estado. Su obra trata sólo sobre la parte general, e iba a ser continuada por una segunda parte dedicada a la parte especial que apareció fragmentada y póstumamente, y en donde se desarrollarían los diversos aspectos del ordenamiento constitucional.

De esta forma, el ciclo iniciado por Gerber culmina en Jellinek, quien consolida las pautas fundamentales de la Teoría (o Doctrina) General del Estado. De esta suerte, lo que en el siglo XIX fue afirmación teórica y académica propia de la fisonomía político-cultural germana, habría de sufrir –como veremos después– los embates de las conmociones de la presente centuria, de lo que son clara muestra los extremos representados respectivamente por Kelsen y Heller.

En su **Teoría General del Estado** (Editora Nacional, México 1965, edición alemana de 1925) Kelsen rechaza la consideración de lo social dentro del Estado, y se centra en el aspecto normativo, distinguiendo la Teoría General del Estado, de la Teoría Especial del Estado (pág. 60), la cual trataría la parte doctrinaria de una constitución escrita. Agrega que la Teoría General del Estado coincide con la Teoría General de la Constitución, y que junto a ella existe la Teoría Especial como doctrina de un Estado “real y concreto”. Kelsen admite desde entonces la unión, o mejor dicho la identificación del Estado y del Derecho (como lo denota el título de su obra posterior publicada en 1945: **General Theory of Law and State**) de manera tal que la teoría del derecho se convierte en guía y fuente de la Teoría del Estado, la que queda subsumida y absorbida por aquella. De esta suerte, en Kelsen la Teoría del Estado acaba siendo una Teoría del Estado sin Estado.

Herman Heller, inspirado en el pensamiento marxista y sociológico, adopta una posición contraria (**Teoría del Estado**, FCE, México 1961). Por lo pronto sostiene que la Teoría del Estado no puede ser “general”, sino que debe centrarse en épocas concretas: en su caso en el Estado moderno occidental. Heller sostiene que la Teoría del Estado es “una ciencia sociológica de la realidad”. Pero este enfoque, aun superando los formalismos ya anotados, conlleva el peligro de disolver la Teoría del Estado en el torrente social e histórico, sin asidero normativo alguno. De esta manera, con las dos concepciones opuestas de Kelsen y Heller, termina en rigor lo que puede denominarse como el empeño de construir una Teoría del Estado en forma coherente y orgánica. Dice por ello Lucas Verdú que “el destino azaroso de la Teoría del Estado ha sido hasta ahora este: o perder su sustantividad y convertirse en una Teoría General del Derecho donde no hay sitio para el Estado, o transformarse en sociología, con lo que se capta su esfera real y efectiva, pero apenas si se trata su aspecto normativo”.

Entrado el siglo XX, la influencia de la Teoría del Estado –fuera del ámbito alemán– ha sido y es cada vez más decreciente (como lo demuestra el caso notable del francés R. Carré de Malberg en la década del veinte, con su clásica **Teoría General del Estado**, FCE, México 1948 que no ha provocado seguimientos). Si bien el Estado seguía siendo tema de interés para los constitucionalistas, cada vez eran menos los que se animaban a darle un

tratamiento autónomo. Y cuando se respeta el nombre, es considerado generalmente como un capítulo o un sector del Derecho constitucional (Francia, Italia) o del Derecho político (España, Argentina).

Tratando de superar el impasse en que estaba estancada la Teoría del Estado, han surgido últimamente intentos de revitalizarla –sobre todo en Alemania- incorporándole a su estudio elementos que ofrecen la sociología, la historia, la antropología, la psicología, la política, etc. De tal manera, la Teoría del Estado así concebida ha quedado como una “enciclopedia de conocimientos sobre el Estado”, lo que ha merecido fuertes críticas. Dice al respecto Biscaretti di Ruffia:

“La Teoría del Estado ... es una ciencia sólo parcialmente jurídica, ya que toma en consideración el Estado desde puntos de vista muy diversos, pretendiendo una síntesis unitaria y comprensiva (si bien sólo consigue una amalgama más o menos feliz, de materias intrínsecamente diferentes) tomando nociones y métodos del derecho, de la sociología, de la política, de la economía, de la historia, etc.”^(*)

Surgida en el siglo XIX bajo signos distintos a los actuales, sus metas y objetivos han sido capitalizados –con mayor seriedad y rigor– por el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, lo que ha contribuido a su paulatina pero inevitable desaparición, no obstante los esfuerzos denodados –pero desproporcionados– que todavía algunos intentan.⁽⁸⁾

^(*) El aserto de Biscaretti lo podemos confirmar en dos difundidos textos recientemente vertidos al castellano: Reinhold Zippelius **Teoría general del Estado**, UNAM, México 1985 y Klaus Stern **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**, CEC. Madrid 1987. (Nota de 1987).

⁽⁸⁾ Es curioso destacar que así como en materia filosófica, las denominadas “democracias populares” encabezadas por la Unión Soviética, son tributarias de la decimonónica dialéctica hegeliano-marxista, en materia jurídica sucede algo igual, pues ahí subsisten –respaldadas por las Academias de Ciencias– la Teoría del Derecho y la Teoría del Estado (creación del siglo XIX) pero unificadas. Así en un conocido manual editado bajo la supervisión de N.G. Alexandrov (**Teoría del Estado y del Derecho**, Edit. Grijalbo, México 1966) se sostiene que “la teoría del Estado y del Derecho es una ciencia de carácter técnico general, inspirada en el marxismo-leninismo” y con carácter de “ciencia única” y no como una simple yuxtaposición de dos ciencias independientes: como serían la “Teoría del Estado” y la “Teoría del Derecho”. A su vez, dentro de las ramas del Derecho Socialista Soviético, se encuentra como disciplina fundamental, el Derecho Estatal, conjunto de normas jurídicas que expresan y fijan la estructura y funcionamiento del Estado, dentro del cual la Constitución (o Ley Fundamental) es la más importante entre sus normas (Cf. P. Biscaretti di Ruffia – G. Crespi Reghezzi **La Costituzione soviética del 1977**, Dott. A Giufre, Edit. Milano 1979). Aun cuando en ciencias sociales se ha introducido últimamente en la URSS la tendencia estructural-funcional, no tenemos conocimiento de que existan trabajos o enfoques interdisciplinarios. Las democracias populares siguen en lo esencial el modelo soviético, como puede apreciarse en un libro notable escrito por Radomir Lukic, profesor de la Universidad de Belgrado (**Théorie de**

§ 13

El problema del Derecho Político reviste caracteres diferentes por una sencilla razón: su aparición es anterior al Derecho Constitucional⁽⁹⁾. En efecto, el término “derecho político” aparece en el siglo XVI, aunque su uso se hace frecuente sólo en Montesquieu y sobre todo en Rousseau, quien lo utiliza como subtítulo de su famosa obra sobre el **Contrato Social**.

El término Derecho Político, fue empleado para estudiar lo que es hoy propio del Derecho Constitucional, y ambos términos fueron utilizados como sinónimos durante mucho tiempo, en especial en Francia, España y América Latina. Pero poco a poco, el término Derecho Constitucional fue ganando adeptos no obstante las críticas que su uso motivaba. En la década del 20, Duguit protestaba contra el término “constitucional” al que consideraba insuficiente y equívoco, pero sobre el cual admitía que estaba tan aceptado en su uso, que no era posible proscribirlo (**Traité de droit constitutionnel**, Paris 1921, tomo I. pp. 541 – 542). Mientras los términos Derecho Constitucional y Derecho Político eran usados indistintamente, no había ningún problema sobre el particular, ni siquiera existía algo que surgió después: ver cuáles eran sus respectivas fronteras. Pero cuando tras la Segunda Guerra Mundial viene la marejada de estudios sobre Ciencia Política, los cultores del Derecho Político se ven en la necesidad de enriquecer su disciplina con los aportes de la nueva ciencia (nueva en Europa, no en los Estados Unidos). Esto se presentó sobre todo en España, y en algunos países latinoamericanos, en especial en la Argentina, pues la mayoría de los demás países europeos y latinoamericanos, habían dejado hacía mucho tiempo de usar el término “derecho político”. Este problema todavía es más delicado, cuando como en la Argentina, Bolivia y Chile, existen cátedras separadas de Derecho político y Derecho constitucional.

L’Etat et du Droit, Dalloz, Paris 1974), quien considera posible una teoría única del Derecho y del Estado (cit. p. 64). Como puede apreciarse, la nomenclatura utilizada –no empuje los esfuerzos realizados– sigue siendo deudora del pensamiento jurídico alemán del siglo XIX, aun cuando los contenidos en algunos casos sean modernos y sugestivos (como es la obra de Lukic).

⁽⁹⁾ Los orígenes del Derecho Constitucional pueden esquematizarse así: Napoleón creó en Italia dos Estados: el primero en la región Lombarda, la República Traspadana, el segundo, que abarcaba Módena, Reggio, Ferrara y Bolonia, la República Cispadana. Así, en la ciudad de Ferrara, el 31 de marzo de 1797, se dictó una resolución aboliendo las cátedras de Jus Publico y Pandectas, y creando el Derecho Constitucional Cispadano y Jus Publico Universal, siendo su primer profesor Giuseppe Compagnoni di Luzo, autor del libro **Elementi di diritto costituzionale democratico**, Venezia 1797. En Francia se crea oficialmente dicha cátedra en 1834, y tiene como primer titular a un profesor italiano: Pellegrino Rossi quien además hizo valiosas incursiones en el Derecho penal. Posteriormente se extiende a todo el mundo.

A fin de efectuar un análisis detallado respetando las características existentes, estudiaremos en primer lugar la situación española, y luego la Argentina, que es la más representativa, pues el caso de Bolivia y de Chile es de menores dimensiones y siguen las huellas argentinas (para Bolivia véanse los textos de Alipio Valencia Vega **Fundamentos de Derecho Político**, Buenos Aires 1962; ib. **Manual de Derecho Constitucional**, La Paz 1964 y para Chile, de Alejandro Silva Bascuñán **Tratado de Derecho Constitucional**, Ed. Jurídica de Chile, 3 tomos, Santiago 1963 y **Derecho Político**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1980).

En las universidades de España –como producto de una larga tradición–, no se enseña Derecho constitucional, sino Derecho político. Si bien esta materia tiene en dichos centros de estudios una larga trayectoria, se acostumbra reconocer en Adolfo G. Posada (1860 – 1944) su contribución a definir el concepto, su contenido y alcances, y que cumplió adicionalmente una proficua labor de difusión, tanto propia como ajena, contribuyendo así a fijar los temas que desde entonces se hicieron comunes en las universidades españolas. La obra de Posada es doblemente importante, pues su influencia alcanzó eco en América Latina, de tal suerte que ella contribuyó a que en 1922 se crease en Argentina la primera cátedra de Derecho Político, cuyo primer titular Mariano de Vedia y Mitre, no desconoció la deuda con el maestro español. Hay que señalar no empece, que siendo importante la obra de Posada, no tuvo lamentablemente una clara y coherente visión en el punto que estamos viendo, sobre el cual modificó además constantemente su criterio, desde la primera edición de su **Tratado** en 1894, hasta su última y definitiva edición (Cf. **Tratado de Derecho Político**, Lib. General de Victoriano Suárez, 5ª edición revisada, 2 tomos, Madrid 1935). En esta obra considera indispensable partir del concepto de política como paso previo para la determinación del Derecho Político. La política es considerada como ciencia del Estado, pero como éste tiene varias facetas, será lícito hablar de ciencias políticas (en plural) (tomo I, pág. 15). Admitida la pluralidad de ciencias políticas (historia política, ética política, filosofía política, economía política, derecho político, etc.) (tomo I, págs. 22 - 23) se reafirma no obstante la unidad de todas ellas, pues tienen el mismo objeto: el Estado (la teoría del Estado, por otro lado, surge de la utilización de los logros de la filosofía política, historia política y la ciencia filosófico-histórica de la política) y en cierto sentido se identifica con la Ciencia Política General. Dentro de las Ciencias Políticas especiales, se encuentra el Derecho Político, que estudia el Estado desde su vertiente jurídica, o sea, como el Derecho del Estado (tomo I, pág. 54). Por otro lado, el Derecho constitucional, se entiende sólo desde una perspectiva histórica, y tal disciplina corresponde en realidad al régimen constitucional moderno, que refleja no sólo al régimen de un grupo de Estados en un período histórico, sino que adopta un sistema político específico: el constitucional (tomo II, pág. 69). De tal suerte, si la política como ciencia es la ciencia del Estado y el Derecho Político es el Derecho del Estado, pero

considerado en su manera más general, el Derecho Constitucional es en realidad el Derecho Político de ciertos Estados, a saber, los llamados constitucionales, porque se rigen por normas constitucionales, que el Estado se impone y pretende observar (tomo II, pp. 72 – 73).

Discípulo y continuador de la obra de Posada, es Nicolás Pérez Serrano, autor de diversos estudios monográficos y cuyo **Tratado de Derecho Político**, escrito en el período 1936-1939; ha sido publicado póstumamente (Editorial Civitas, Madrid 1976). Pérez Serrano sostiene que el Derecho político es “aquella parte del ordenamiento jurídico que se refiere al fenómeno Estado” (pág. 60), que incluiría dos grandes sectores: una parte general (Teoría General del Estado) y una parte especial o exposición dogmática del Derecho vigente (Derecho Constitucional) (pág. 61).

La argumentación de Pérez Serrano es más precisa que la de Posada, aun cuando hay que reconocer que parte de aquélla. Por su largo magisterio, Posada ha tenido el mérito –y también la responsabilidad– de haber fijado un concepto de “derecho político” de muy vasta influencia, que sólo ha empezado a ser cuestionado en los últimos tiempos.

Entre los juristas españoles actuales dedicados a este campo, podemos mencionar –sin ánimo de ser exhaustivo– a Enrique Tierno Galván (valioso sobre todo por su obra de promotor, aun cuando sus intereses se han dispersado luego en la filosofía y la sociología); Manuel García Pelayo, Carlos Ollero, Fraga Iribarne, Jesús Fueyo, Xifra Heras, Lucas Verdú, Sánchez Agesta, Jiménez de Parga, Fco. Javier Conde, entre otros, que alternan entre la política y el derecho. Así García Pelayo (**Derecho Constitucional Comparado**, Rev. de Occidente, varias ediciones) está hoy consagrado a la investigación política (dirige una revista fundamental en Caracas: Politeia) y ha estudiado el Estado a la luz de la problemática contemporánea (**Las transformaciones del Estado contemporáneo**, Madrid 1977). Xifra Heras, ha publicado en dos enjundiosos tomos su **Curso de Derecho Constitucional** (Edit. Bosch, 1957–1961) y valiosos estudios sobre política contemporánea. Igual puede decirse de Luis Sánchez Agesta (**Curso de Derecho Constitucional Comparado**, varias ediciones; **Lecciones de Derecho Político**, Granada 1954); Fraga Iribarne (**La Crisis del Estado**, 1958, **Sociedad, Política y Gobierno en Hispanoamérica**, 1971, **Legitimidad y Representación**, 1973); Jesús Fueyo (**La Mentalidad Moderna** 1964, **Estudios de Teoría Política** 1958); Fco. Javier Conde (**Introducción a la Ciencia Política** 1957); Pablo Lucas Verdú (**Introducción al Derecho Político**, Barcelona 1958, **Principios de Ciencia Política**, 3 tomos, Madrid 1973, **Curso de Derecho Político**, 4 tomos, Madrid 1972-1984).

Ahora bien, España se ha mantenido sobre todo por tradición, aferrada a la denominación “derecho político”, pero sus principales cultores, se han dado

pronto cuenta que el Derecho político es hoy por hoy, en un porcentaje elevado Ciencia Política. Así lo dice claramente uno de sus exponentes, Carro Martínez:

“El título del libro viene en cierta manera condicionado por ser su editor la Facultad de Derecho, pero en realidad se trata de un manual de ciencia política general” (**Derecho Político**, Madrid 1965).

Posiciones similares pueden advertirse en otros autores, especialmente en Luis Sánchez Agesta y Pablo Lucas Verdú. Sánchez Agesta señala en sus **Lecciones de Derecho Político** (Granada 1954) que el contenido del programa de este curso, se orienta a desarrollar una concepción del Estado, una exposición sistemática del Derecho Constitucional, una exposición histórica de las doctrinas o instituciones y una teoría del acto político. De ahí deduce que el contenido tradicional de lo que en España se ha entendido por Derecho Político, envuelve diversos temas entre los que existe relativa unidad. Dice así: “en realidad (este término) ha sido el que ha cubierto en nuestra patria la enciclopedia de ciencias políticas (sic). No es pues posible precisar una unidad de objeto, sino en términos de gran amplitud” (pág. 6). Dentro de este rubro incluye la Teoría del Estado, el Derecho Constitucional, la historia del pensamiento, las instituciones políticas y la Teoría de la Sociedad. Todos ellos son considerados como contenidos parciales del Derecho político, por razones sobre todo pedagógicas, pues cada uno de ellos tiene una relativa autonomía en sus respectivos sistemas (pág. 17). Agrega el autor que “los conceptos de sociedad, política, estado y derecho son pues los cuatro conceptos básicos, matrices de las diversas ciencias políticas, presupuesto ineludible del conocimiento de cualquiera de ellas” (pág. 20). De esta manera, Sánchez Agesta termina reconociendo el carácter híbrido del Derecho político, que sin objeto propio resulta siendo una mixtura de diversas disciplinas. Similares términos repite nuestro autor en la sexta edición de su obra (Granada 1959), aun cuando después ha tratado de superar esas dificultades. Esto lo apreciamos en sus **Principios de Teoría Política** (Madrid 1979) que es una reelaboración de su manual de derecho político y que se utiliza en el primer curso que sobre la materia se dicta en las universidades españolas.

En esta obra dice: “entendemos por teoría política un sistema de saberes enunciados como aserciones e hipótesis sobre la realidad política, que expliquen su estructura y procesos como un contorno del mundo en que vivimos y fundamentan su estimación con un criterio práctico de conducta” (pág. 21). Y agrega que la teoría política “se nos revela en una función sintética entre la sociología, las ciencias jurídicas y la filosofía política ... su objetivo es la **sociedad** ... su objeto es también este mismo **Derecho** (así como) las **ideas políticas** (pág. 25)”. Con lo cual, si bien demuestra un mayor trato con la realidad y el pensamiento político, nuestro autor mantiene todavía una visión sincrética del Derecho político, delatando su ambigüedad. Hay que agregar,

como curiosa concesión que es reveladora, que al segundo curso de Derecho Político que se lleva en las universidades españolas, Sánchez Agesta ha dedicado su **Curso de Derecho Constitucional Comparado** (Madrid 1968).

Pablo Lucas Verdú (**Curso de Derecho Político**, Tecnos, Madrid, vol. I, 1972, vol. 2, 1974, vol. 3, 1976, vol. 4, 1984) mantiene una posición bastante interesante. Al analizar los orígenes, dice que “desde el principio el Derecho Político combina paradójicamente su vaguedad conceptual con su alcance sugeridor...” añadiendo que “se aceptó el nombre de Derecho Político, mucho más por su valor significativo que por su claridad conceptual” (vol. I, pág. 19). “Si bien todo derecho es en algún sentido político, eso no significa que sea fácil normativizarlo. Además ha contribuido a su difusión, cierto sabor estético que no hay que descuidar. Surge entonces la pregunta ¿es posible juridizar la realidad política y hacer de ella una disciplina jurídico-normativa? Por lo pronto, en España el Derecho Político se presenta como una vasta enciclopedia que abarca materias jurídicas, sociológicas, filosóficas, históricas y políticas ... mediante un sincretismo metódico que hacen difícil una síntesis. El Derecho Político se presenta así con vaguedad e incoherencia sistemática” (Vol. I, pág. 24). Afinando su concepción, Lucas Verdú admite la expresión derecho político “por su valor tradicional y su alcance estético ... (ya que) el Derecho Político no tiene un valor sustantivo”. En consecuencia, considera como materias del Derecho Político dos grandes sectores: la ciencia política, en cuanto estudia los fenómenos relativos al poder (y a los que ha dedicados sus **Principios de Ciencia Política**, cit.) y el Derecho Constitucional, en cuanto estudia las reglas e instituciones jurídicas fundamentales, relativas a la organización y ejercicio del poder político (vol. I, pp. 37-38). En cuanto a la Teoría del Estado, se disuelve a su vez en dichas disciplinas. De esta manera, el planteo de Lucas Verdú conduce a aceptar la expresión “derecho político” –sin contenido alguno– como simple rótulo o etiqueta de dos disciplinas, sin relación directa con el calificativo que las une.

Entre las últimas promociones, destaca Juan Ferrando Badía por su vasta formación y su prolífica actividad de escritor, en donde ha combinado hábilmente el ángulo jurídico con el político. Al aspecto jurídico ha dedicado **Formas de Estado desde la perspectiva del Estado Regional**, I.E.P: Madrid 1965, **Las autonomías regionales en la Constitución Italiana del 27 de Diciembre de 1947**, I.E.P. Madrid 1962 y **El Estado Unitario, el Federal y el Estado Regional**, Ed. Tecnos, Madrid 1978; y desde el ángulo político **La democracia en transformación**, Ed. Tecnos, Madrid 1973 y **Estudios de Ciencia Política**, Ed. Tecnos, Madrid 1976. En sus trabajos, en donde Ferrando Badía demuestra conocer muy bien la moderna Ciencia política, y en consecuencia su diferencia con el Derecho constitucional, no se expone sin embargo un planteamiento teórico sobre ellos ni sobre las características que los hacen distintos sino que por el contrario los asume como existentes,

precisando que la Ciencia Política (o ciencia de las instituciones políticas objetivas) se ocupa del régimen político, y el Derecho Constitucional de las instituciones jurídicas formales, con lo que queda esbozada la distinción entre ambas y también su mutua necesidad, como se desprende del planteo sistémico que aplica al fenómeno político y constitucional.

En **Enfoques en el estudio de la ciencia política** (“Revista de Estudios Políticos”, núm. 187, enero-febrero de 1973) considera la noción de “régimen político” como central en la ciencia política, y más adelante (**Teorías contemporáneas en torno a la ciencia política; teorías positivas** en “Revista Española de la Opinión Pública”, abril-junio de 1976, número 44) define la ciencia política (desde una perspectiva socio-política) como ciencia del régimen y sistemas políticos, de lo político, cristalización de la actividad política, creadora de un orden de convivencia. Agreguemos nosotros que esta extensa definición –que en parte compartimos– no se entiende sin una previa aceptación de la existencia y funcionamiento del poder en el seno social, que es lo que precisamente intentamos en estas líneas.

En la Argentina se ha planteado un problema más complejo, pues existen sendas cátedras dedicadas a la enseñanza del Derecho Constitucional y del Derecho Político. El fundador de esta cátedra fue, como ya hemos dicho, Mariano de Vedia y Mitre quien desde muy temprano fijó sus puntos de vista (Cf. **Curso de Derecho Político**, 2 tomos, Buenos Aires 1926; la última versión es de 1952, publicada en dos volúmenes con el título **Derecho Político General**). En su monumental **Historia general de las ideas políticas** (Edit. Guillermo Kraft Ltda., 13 tomos, Buenos Aires 1946), Vedia sostiene que el Derecho Político comprende la Teoría del Estado y el análisis histórico de las ideas políticas. Por otro lado afirma que “el Derecho Político trata del régimen jurídico del Estado como fenómeno político y social. Otro muy distinto es el ámbito del Derecho Constitucional, dogmático por excelencia, que se basa en la interpretación del hecho expreso de las constituciones y leyes fundamentales” (Tomo I, pág. 498). Hay que señalar que la variante introducida por Vedia –en lo que se refiere al acento histórico en el contenido del Derecho Político–, no ha prosperado en la Argentina, aun cuando se ha mantenido la separación con el Derecho Constitucional, tesis que precisamente cuestionamos en este ensayo.

Posteriormente hay que ubicar a Carlos Sánchez Viamonte, que ha jugado un rol muy importante en el desarrollo del constitucionalismo argentino y latinoamericano, y que es autor además de una vasta obra (**El Habeas Corpus**, Ed. V. Abeledo, 1927; **Democracia y socialismo**, Edit. Claridad, Buenos Aires 1933; **Revolución y doctrina de facto**, Edit. Claridad, Buenos Aires 1946; **El Poder Constituyente**, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1957; **El Constitucionalismo**, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1957; **Los derechos del hombre en la Revolución Francesa**, UNAM, México 1956; **La**

libertad, Buenos Aires 1960; **Manual de Derecho Constitucional**, Ed. Kapelusz, Buenos Aires 1959; **Las instituciones políticas de la historia universal**, Ed. Omeba, Buenos Aires 1962, etc.). Entre sus publicaciones debemos incidir sobre todo en su **Manual de Derecho Político** (Edit. Bibliog. Argentina, Buenos Aires 1959). En el prólogo nos dice su autor que “todos mis libros tratan temas de Derecho Político identificándolo con el Derecho Constitucional y hasta con la Ciencia Política”. Sánchez Viamonte cree que ser “constitucionalista” es limitarse a ser un exégeta de la Constitución y por eso es que al lado del Derecho Constitucional coloca al Derecho Político. En otra parte (pág. 13) dice que es imposible hacer un distingo entre el Derecho Político y el Derecho Constitucional anterior a las constituciones escritas, y que el Derecho Constitucional es el Derecho Político ulterior a ellas. Concluyendo, dice Sánchez Viamonte que el Derecho Político debe ser el coronamiento teórico y doctrinal del Derecho Constitucional, agregando que “debe ser ciencia política sin dejar de ser derecho” (pág. 30).

La tesis de Sánchez Viamonte es interesante, pero susceptible de crítica, ya que en nuestra opinión identifica erradamente el Derecho Constitucional con el Derecho de la Constitución, lo que hoy día, y también en la fecha que escribía su Manual, ya no era cierto después de los estudios de la escuela sociológica de Derecho constitucional (Duguit, Hauriou) y sus continuadores del presente (Burdeau, Duverger, etc.) Partiendo de esa premisa equivocada, era fácil comprender que defendiese la existencia del Derecho Político como la única vía para superar la dogmática glosadora y exegética del texto, que probablemente le impactó en los años de su formación universitaria. Además, el concepto de Ciencia Política que maneja Sánchez Viamonte es sumamente anticuado y no se compadece con el actual estado de esa disciplina, que aún en 1959, año en que escribía esas líneas, tenía contribuciones notables, no sólo en los Estados Unidos, sino en la misma Europa; en especial Francia, Inglaterra, Italia y en cierto sentido en España. En consecuencia, y si consideramos el Derecho Constitucional en su sentido moderno, el Derecho Político es perfectamente absorbido por aquél.

Al magisterio de Faustino J. Legón debemos un soberbio e inacabado **Tratado de Derecho Político General**, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1959-1961. Según Legón, el Derecho Político no solamente incluye y comprende a la Teoría del Estado sino que “pone las condiciones para proseguir con el establecimiento de las bases de la estructuración concreta del Estado ... (ya que) no debe olvidarse que esta materia (o sea el Derecho Político) no consiste en un derecho positivo ni en una legislación predefinida” (tomo I, pág. XVI). Por un lado se encuentra el Derecho Político, y por otro, el Derecho Constitucional, disciplinas ambas que aconseja no confundir, ya que “el derecho político se ubica lógicamente con anticipo y prelación al derecho constitucional y lo rige” (tomo I, pág. 364). El primero trata los principios generales (el derecho

constitucional general, diremos nosotros) y el segundo el derecho positivo de los Estados (en realidad, el derecho constitucional particular).

Germán J. Bidart Campos, es sin lugar a dudas uno de los más notables constitucionalistas de habla hispana. Autor de una vastísima obra, tanto orgánica como dispersa, dueño de un elegante estilo y sólida formación, ha tenido en el punto que nos interesa, una evolución sumamente original y sugestiva, no obstante nuestra discrepancia de ella.

La obra académica de Bidart Campos se inicia con su **Derecho de Amparo** (Ediar, Buenos Aires 1961; cuya segunda edición ampliada y actualizada publicó en 1968 bajo el título de **Régimen legal y jurisprudencial del amparo**) al que siguieron otras obras más (**Derecho Constitucional**, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1964 – 1966; **Derecho Constitucional del Poder**, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1967; **Filosofía del Derecho Constitucional**, Ediar, Buenos Aires 1973; **Manual de Derecho Constitucional Argentino**, Ediar, Buenos Aires 1975; **Los Derechos del Hombre**, Ediar, Buenos Aires 1974; **Historia política y constitucional argentina**, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires 1976-1977; **Las élites políticas**, Ediar, Buenos Aires 1977; **Marxismo y Derecho Constitucional**, Ediar, Buenos Aires 1979; **Manual de historia política**, Ediar, Buenos Aires 1980), que le han permitido fijar toda la problemática contemporánea político-constitucional, con profundidad, rigor y sello personal.

En un primer momento, Bidart acepta la situación –teórica y práctica– existente en las universidades argentinas; por un lado el Derecho Constitucional (dogmático) y por otro el fundacional, el Derecho Político. Así lo vemos en su **Derecho Constitucional**, el cual sin embargo, es todo un tratado integral, ya que no sólo toca el Derecho Constitucional argentino, sino el comparado, y además teoría general, apoyado de cierta dosis de literatura política, que da a su visión un tono moderadamente realista. Paralelamente Bidart había publicado su **Derecho Político** (Ed. Aguilar, Buenos Aires 1962) en donde analiza conceptos de Derecho Constitucional, de historia de las ideas políticas, de Ciencia Política, etc. Sin comprometerse con una definición precisa, Bidart señala que el Derecho Constitucional se dedica a un Estado concreto y determinado; mientras que el Derecho Político sería el que atiende a todo Estado en general (pág. 60) con lo cual produce una superposición con su mencionado tratado. Así, el Derecho Político incluiría la Teoría del Estado, la Ciencia Política, la historia de las ideas y las instituciones políticas. De aquí parece desprenderse la idea de que el Derecho Político es lo que se conoce como Derecho Constitucional General, aun cuando cuente con valiosos aditamentos de índole histórica, filosófica, política, etc. que hacen del Derecho Político una materia un tanto ecléctica. Posteriormente, Bidart ha publicado sus **Lecciones elementales de Política** (Ediar, Buenos Aires 1973) en donde

intenta superar el problema de la distinción entre Derecho Político y Ciencia Política, sugiriendo una visión unitaria de ambas disciplinas. En el prefacio nos dice que es ésta una nueva edición de su “Derecho Político”, pero que ha preferido utilizar la denominación de “política” porque cree así superada la contradicción entre ambas, con lo cual se ve precisado a efectuar un replanteo de sus posiciones. Ahora Bidart sostiene que la ciencia política engloba polifacéticamente a la realidad como tal, y bajo este rótulo incluye cuatro aspectos, uno filosófico, otro sociológico, otro jurídico y un último histórico (pág. 31).

Entre tanto Bidart continuaría investigando temas de la problemática política contemporánea (historia, élites, marxismo) para terminar replanteándosela nuevamente en su último libro **El régimen político** (De la politeia a la res publica) Ediar, Buenos Aires 1979. Sostiene aquí que su interés es buscar la relación entre Ciencia Política y Derecho Constitucional, precisando que el régimen consiste en el efectivo funcionamiento de las instituciones políticas dentro del marco y del cauce del Derecho Constitucional material. Anuncia su propósito de desarrollar la tesis global de la identidad entre política y derecho constitucional material. Para tal efecto, señala que el Estado es una realidad unitaria de índole socio-política y jurídica (pág. 251) y en consecuencia si es uno el objeto, una también debe ser la ciencia. El orden jurídico es el Derecho Constitucional o constitución material (pág. 253) conceptos estos últimos, que considera sinónimos, no obstante que la generalidad de la doctrina los considere separados. Así, el Derecho Constitucional es cada vez más el derecho de las instituciones, o sea, el Derecho Constitucional equivale al quehacer político ejemplarizado, siendo en consecuencia un derecho constitucional material: este es el derecho positivo, el único de cada Estado (p. 268). Lo que interesa no es la norma, agrega, sino la vigencia (pág. 272); la constitución material debe ser el verdadero objeto de estudio científico (pág. 276); por tanto “política y derecho constitucional son una sola y misma cosa” (pág. 282).

El argumento de Bidart es sin lugar a dudas impecable, siempre que se acepten sus premisas de la identidad entre constitución material y derecho constitucional. Bidart ha recorrido así una larga trayectoria: del Derecho Constitucional a la Ciencia Política. Pero su punto de partida lo encontramos inadecuado; ya que no sólo confunde los distintos grados de la realidad y sus respectivos puntos de vista, sino que al no tomar en cuenta los resultados epistemológicos contemporáneos, llega a un **mixtum** que deja sin explicación toda la teoría constitucional que Bidart conoce muy bien y que reflejó con rigor en sus primeros trabajos. Tal posición pues, similar a la de Linares Quintana, pero planteada con mayor talento y rigor, espera un replanteo y una revisión de los conceptos, que no dudamos que el ilustre jurista argentino pueda hacer algún día.

Interesante es también la posición de César Enrique Romero, uno de los pocos constitucionalistas que ha buscado equilibrar en su obra el constitucionalismo moderno con las tendencias actuales de la Ciencia Política, de la que es cabal expresión su armoniosa y parcialmente póstuma obra **Derecho Constitucional** (Víctor P. de Zavalía editor, 2 tomos, Buenos Aires 1974-1976), en donde aborda el Derecho Constitucional bajo la óptica que denomina realista. Tiene el mérito además de haber descartado el rótulo de “derecho político” en momentos cuyo uso estaba ampliamente generalizado en la Argentina, aceptando que dicho término representaba en España un mixtum de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Para aclarar estos conceptos escribió un breve ensayo **Ciencia Política, Derecho Político y Derecho Constitucional** (“Revista de Estudios Políticos, número 185; setiembre-octubre de 1972) en donde trata de precisar su posición. En cuanto al Derecho Político admite su carácter híbrido; la Ciencia Política es considerada como ciencia de síntesis, y siguiendo a Burdeau en su **Método de la Ciencia Política** señala que una de las perspectivas de la Ciencia Política es precisamente el estudio jurídico del poder, del que se ocupa el Derecho Constitucional, como parte de aquél. Interesante en el planteo, es sin embargo tan insuficiente como el de Burdeau, al que siguió muy de cerca en este punto.

Un intento novedoso es el realizado por Segundo V. Linares Quintana (**La nueva ciencia política y constitucional**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1969). Linares Quintana intenta unir bajo una sola ciencia el Derecho Constitucional y la Ciencia Política moderna, cuyas principales fuentes, tanto americanas como europeas, demuestra conocer muy bien. Linares entiende que existe o debe existir una sola disciplina que él llama: ciencia política y constitucional, con lo cual se pretendería unir dos enfoques, que como ya hemos visto, son totalmente distintos. No obstante, Linares Quintana no logra fijar el propósito de esta unión, pues no da ningún argumento con qué justificar la aparición de esta nueva rama del saber.

La misma tesis, con mayores elaboraciones, es defendida por nuestro autor en su reciente **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas** (Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1970, 3 tomos), que trae por lo demás un justiciero elogio de Kart Löewenstein, aun cuando en lo que a nuestra crítica se refiera, no logra convencernos de su posición, sin por ello dejar de reconocer que tanto aquí como en su monumental **Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional** (Edit. Alfa, 9 tomos, Buenos Aires 1953–1963), 2ª edición, en curso de publicación) haya realizado una bien lograda presentación de la temática constitucional así como de sus vinculaciones con la realidad político-social.

Carlos S. Fayt (**Derecho Político**, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1973) entiende el “derecho político” como “el estudio de la estructura

dinámica de la organización política y sus relaciones con la sociedad, el orden y la actividad política, incorporando el método sociológico y político sin abandonar el jurídico". Añade que "el derecho político se nos presenta como un sistema, cuya unidad resulta del enlace de una teoría de la sociedad, una teoría de la organización, una teoría de la constitución y una teoría de los actos políticos" (pág. 32). Precizando más aún, señala que "su objeto es la organización política y su contenido un sistema de conceptos derivados de una teoría de la sociedad, el Estado, la Constitución y los actos políticos. Con este alcance, no tiene equivalencia sino prelación al Derecho Constitucional y Administrativo, a los que sirve de base y fundamento. La ciencia política en lo esencial forma parte de su contenido, como así también la historia del pensamiento político" (pág. 39). En Fayt puede apreciarse un planteamiento inverso al que se observa en otros autores, cual es colocar al Derecho Político como disciplina omnicomprensiva de las demás.

Mario Justo López es un distinguido politólogo quien es autor de una enjundiosa **Introducción a los estudios políticos** (Ed. Kapelusz, Buenos Aires, tomo I, 1969, tomo II, 1971). Dicha obra tiene en realidad un carácter enciclopédico, y es en consecuencia poco orgánica ya que incluye nociones de Ciencia Política, historia de las ideas e instituciones, Derecho Político, Derecho Constitucional, filosofía política e incluso Derecho Internacional. Se trata de un loable esfuerzo informativo realizado con fines pedagógicos, y en el cual el autor no muestra claramente sus propios puntos de vista. Más bien en su **Manual de Derecho Político** (Ed. Kapelusz, Buenos Aires 1973) López da a conocer sus propios planteamientos, y presenta quizá el más novedoso y sugestivo intento realizado en lengua castellana por vertebrar en forma coherente el campo del Derecho Político. López entiende que el Derecho Político "es la consideración, en sentido teórico, aunque con implicancias doctrinarias, de preceptos jurídicos imbuidos de valores morales, que deben regular la actividad política y el estudio de cómo esa regulación tiene vigencia en la realidad" (pág. 80). En tal sentido, el Derecho Político será el estudio de las normas generales, mientras que el Derecho Constitucional es el que atiende al ordenamiento jurídico de cada país. La obra trata de la Constitución en las siguientes fases: constitución natural (factores geográficos, sociopsicológicos, económicos e histórico-culturales), constitución real (poder político, fuerzas políticas, dinámica política), constitución jurídica (el Estado, la Constitución, centralización y descentralización, continuidad y discontinuidad, formas de gobierno y regímenes políticos) y constitución del constitucionalismo (democracia constitucional, Estado de Derecho). Salvo la inclusión de la "constitución natural" (que nos parece excesiva) la obra de López se acerca a lo que podría denominarse como "fundamentos de derecho constitucional", quedando demostrado que aunque se guarde fidelidad a la "etiqueta", cada vez que se intenta situar al Derecho Político, éste se desvanece y da lugar a una obra de Derecho Constitucional, enriquecida con los aportes de las ciencias sociales.

Alberto A. Natale (**Derecho y Ciencia Política**, La Plata, 1972) trae un planteamiento interesante, que en parte sigue las huellas de Burdeau. Entiende el autor que la Ciencia Política se ocupa del poder y es una ciencia omnicomprensiva. Así considerada, la ciencia jurídica no es más que una rama de la politología, y el estudio jurídico del poder se integra necesariamente en su tronco común que es la ciencia política. Natale acepta implícitamente que este enfoque jurídico del poder sea denominado “derecho político”.

Posteriormente Natale ha puesto en circulación un magnífico volumen que condensa y actualiza sus puntos de vista, y en donde reitera y afina lo expuesto en su anterior ensayo (**Derecho Político**, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1979) en donde además trae como aspecto novedoso el tratamiento de la integración subregional. Aquí sostiene que el Derecho Político no es derecho positivo, ya que en rigor debe ser una “teoría general jurídica del poder” (pág. 3). El poder es el objeto central de la Ciencia Política, ciencia multifacética que estudia el poder en general. En cuanto se juridiza, lo estudia el Derecho Político (parte de aquélla) y que tiene un enfoque general; mientras que cuando se particulariza y concreta en un determinado orden positivo, nos encontramos con el Derecho Constitucional. Así “la politicología engloba todas esas posibilidades y de esa manera nos brinda una imagen general del fenómeno que constituye su objetivo (el poder)” (pág. 12). No obstante el interés del planteo de Natale, que su autor ha sometido a continuo refinamiento, creemos que es insuficiente para explicar ambas realidades, tal como lo hemos expresado anteriormente.

Un balance sumario de lo hasta aquí expuesto, nos permite concluir que mientras en España se tiende a perfilar los ámbitos de ambas disciplinas de manera lenta pero segura (por un lado Derecho Constitucional, por otro Ciencia Política) en la Argentina, debido a la existencia de cátedras separadas de Derecho Político y Derecho Constitucional, existe una imprecisión epistemológica y un gran desconcierto, como se aprecia en la breve referencia que hemos mencionado en lo tocante al tema objeto de nuestro interés, y que por cierto no desmerece la calidad ni el nivel de la obra realizada por el constitucionalismo argentino, del cual es descollante figura Germán J. Bidart Campos.

§ 14

El Perú ha seguido un proceso similar, pero con caracteres especiales. Durante el siglo pasado y al igual que en Francia, se usó indistintamente las expresiones “derecho constitucional” y “derecho político”, y en veces también “derecho público”. Cuando en 1875, se fundó a iniciativa del Presidente Pardo, la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de San Marcos, Manuel Atanasio Fuentes ya había traducido del francés algunas obras de Paul Pradier Foderé, primer Decano de la flamante Facultad (**Compendio de Derecho Político y Economía Social**, 3ª ed., Lima 1870; **Principios Generales de Derecho, de Política y de Legislación**, Imp. Del Estado, Lima 1875) en las que se utilizan en forma equivalente los términos “derecho político” y “derecho constitucional”. Estos textos tuvieron una gran influencia, y permitieron que durante mucho tiempo ambos términos fuesen utilizados indistintamente y considerados prácticamente como sinónimos por los juristas peruanos, aunque con el predominio del vocablo “constitucional”.

Una notable excepción la encontramos en José María Quimper (**Derecho Político General**, Benito Gil editor, 2 tomos, Lima 1887), que sin embargo no ha despertado seguimientos. Quimper parte de la constatación de que no existe un tratamiento orgánico de la Ciencia Política que reúna los numerosos elementos políticos dispersos en las ciencias especiales, con las cuales se pueda hacer un todo unitario. De esta suerte hay que rastrear estos elementos subyacentes en disciplinas tales como el derecho natural, derecho civil, derecho constitucional, economía política, moral, ética, sociología, etc. y formar un tratado de Derecho Político General (tomo I, pág. 16). Este último es definido como “el que se ocupa de las bases de la sociedad, de sus principios cardinales, de los derechos y obligaciones que para la sociedad y los ciudadanos emanan de ellos, de las naciones y de su organización como tales” (tomo I, pág. 24).

El Derecho Político es así equivalente a la Ciencia Política, y en cuanto son generales, estudian sus aspectos más amplios. Aun cuando esto no está claro en la obra de Quimper, el Derecho Constitucional aparentemente estaría consagrado al estudio de un determinado ordenamiento positivo, con lo cual nuestro autor se convertiría en un precursor del esquema utilizado en las universidades argentinas. No obstante lo valioso de esta obra teniendo en cuenta sobre todo la época en la cual fue redactada, no tuvo seguidores, ni sirvió de base para la creación de una corriente o una escuela. En este siglo tuvimos otras dos excepciones: Víctor Andrés Belaunde (**Lecciones de Derecho Político**, 1932, inéditas) y René Boggio (**Manual Elemental de Derecho Político**, Lima 1948), pero entendiendo el primero que ambos

términos eran equivalentes, y el segundo, que el Derecho Político era una ciencia omnicomprendiva que abarcaba tanto la Teoría del Estado como el Derecho Constitucional. Otros como Toribio Alayza Paz-Soldán (**Derecho Constitucional General y Comparado**, Lima 1935) y José Pareja Paz-Soldán (**Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**, 2 tomos, Lima 1980) han preferido usar el término “derecho constitucional”, aunque Pareja (por lo demás, el mejor exégeta y expositor de nuestro constitucionalismo) considera en su estudio elementos históricos, sociales, políticos y económicos, que dan a su obra una visión más amplia.

Más bien ha sido Raúl Ferrero R. ⁽¹⁰⁾ quien ha intentado diferenciar el Derecho Político del Derecho Constitucional y de la Teoría del Estado; tesis ésta que aquí no analizamos, pues su autor, en ediciones posteriores de su obra, prácticamente ha hecho abandono del término. En la última edición de su libro totalmente refundido con respecto a los anteriores y que titula: **Ciencia Política** (Teoría del Estado y Derecho Constitucional), Lima 1975, realiza un deslinde teórico entre la Teoría del Estado, el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, que aquí conviene analizar, **in extenso** no sólo por su vasta influencia, sino porque es la única versión existente en el Perú sobre estos temas.

Ferrero señala que “la disciplina que estudia el Estado globalmente, o sea en su triple aspecto de organización constitucional, de doctrina que informa su estructura y praxis o actividad política, recibe hoy el nombre de Ciencia Política” (pág. 9). Ferrero encuentra que estos tres problemas son tratados por una Ciencia Política Global, ya que existe una pluralidad de ciencias que estudian el Estado, por lo que aquélla le da una unidad superior. Insiste a su vez en delimitar en forma precisa los límites de cada una de ellas. Agrega que es necesario describir todos los factores que explican la esencia, la organización y el funcionamiento del Estado. Ello significa, ideas políticas, instituciones políticas y vida política, de donde se desprende que a las ideas corresponde la Teoría del Estado, a las instituciones el Derecho Constitucional, y a la vida real

⁽¹⁰⁾ Hay que destacar el mérito de Ferrero, pues en su **Teoría del Estado**, (Lima 1966) dedica un apéndice a la Ciencia Política moderna, constituyendo de esta manera el primero que en el Perú ha expuesto, aunque sea sumariamente, la concepción moderna de la Ciencia Política. Esto no significa desmerecer ni negar la existencia de valiosos ensayos y trabajos de campo realizados con anterioridad por sociólogos y politólogos. Pero ninguno de dichos trabajos ha enfocado el problema teórico, sino que más bien ha dedicado su atención a la investigación empírica. Tampoco negamos que estos autores tengan una sólida formación teórica de su disciplina, que los capacite para efectuar este tipo de planteamientos, pero en todo caso, y hasta donde alcanzan nuestras informaciones, lo escrito no amerita hacer mayores referencias. Últimamente, aunque de soslayo, han enfocado estos problemas Fernando Fuenzalida, Alejandro San Martín, Julio Cotler, Hugo Neira y Enrique Bernaldes. Cf. D. García Belaunde, **Bibliografía de Raúl Ferrero Rebagliati** en “Economía y Finanzas”; abril de 1978, año VII, N° 13, pp. 24-38 (una versión ampliada y revisada en **Libro homenaje a Raúl Ferrero R.**, Lima 1984. Nota de 1987).

la sociología política o ciencia política en sentido estricto. Esto para precisar la diferencia con la Ciencia Política global, que dicho en otras palabras, es la Ciencia del Estado.

Continuando nos dice Ferrero que la pluralidad de disciplinas que atañen al Estado y al fenómeno político, se debe a que el conocimiento político tiene tres planos diversos: un plano filosófico, que toca las ideas (Teoría del Estado), un plano jurídico, que trata sobre las instituciones (Derecho Constitucional) y un plano sociológico analizado por la sociología política o ciencia política en sentido estricto. Siguiendo con este desarrollo dice Ferrero que el Derecho Constitucional “es el derecho que se aplica a las instituciones políticas”. Por otro lado, la Teoría del Estado “investiga la esencia y finalidad del Estado”; “mira al Estado en abstracto”, no es ciencia estricta sino filosófica con aproximación a lo metafísico. Por último, la Ciencia Política es “ciencia del poder” y equivale a la sociología política, teniendo como área de investigación los hechos políticos. Siguiendo el cuadro elaborado por la UNESCO en 1948, asigna a la Teoría Política el estudio de la Teoría del Estado; señala que las Instituciones Políticas son el objeto del Derecho Constitucional, y los Partidos, grupos y opinión pública corresponden a la Ciencia Política. Inexplicablemente, deja sin referencia alguna el último apartado del cuadro de la UNESCO dedicado a la Política Internacional.

Una observación de carácter general que puede hacerse al planteamiento de Ferrero es que constituye un sincretismo, que a nuestro criterio no es satisfactorio. Rasgos distintivos de su pensamiento son dos enunciados generales; primero la definición de la ciencia política como Ciencia del Estado (siguiendo a Jellinek y modernamente a Prélot) y segundo, identificación de Ciencia Política con Sociología Política (en lo que sigue a Duverguer). Enunciados éstos que por cierto despiertan crítica, pero cuyo análisis no es objeto del presente ensayo.

Ferrero señala que lo que explica el fenómeno Estado, son las ideas políticas, las instituciones políticas y los hechos políticos, que corresponden cada una a las tres disciplinas ya mencionadas, que a su vez guardan un paralelismo con los tres planos del conocimiento (filosófico, jurídico, sociológico). Si analizamos esto con detenimiento, podremos apreciar la debilidad de esta tesis. En efecto, los tres planos del conocimiento no caracterizan las tres ciencias como se pretende. Si analizamos la Teoría del Estado, a la cual se le reserva el plano filosófico y el estudio de las ideas políticas, veremos que en nada se diferencia de la Teoría Política, tal como es tratada modernamente, o de la filosofía política. Ahondando más, podremos ver que el plano filosófico se da en cualquier nivel, ya que existe un enfoque filosófico del derecho, de la ciencia social, de la ciencia natural, del lenguaje, etc. En consecuencia, el enfoque filosófico no es exclusivo de la Teoría del

Estado, ni necesariamente está referido solo a ideas. En el campo estricto de la Ciencia Política, existe precisamente la Teoría Política, que es la que da cuenta de las ideas políticas, y que puede ser meramente empírica o apriorista.

Igual podría decirse del plano jurídico (Derecho Constitucional), dedicado a estudiar las instituciones políticas. En realidad, las instituciones políticas en cuanto tales, son estudiadas por la Ciencia Política, y en cuanto están revestidas por el derecho, son objeto del Derecho Constitucional. Pero el Derecho Constitucional no se agota en el estudio de las instituciones, ni tampoco mantiene un **divortium aquarium** con la filosofía, que como tal, es tratada en la parte que se conoce como Derecho Constitucional Filosófico o Filosofía del Derecho Constitucional (Bidart). Si analizamos por último la ciencia política **sensu stricto** o sociología política, vemos que Ferrero la destina a ser ciencia de hechos. Pero sabemos que construcciones como las de Parsons en sociología o de Easton en ciencia política no son empíricas, sino teóricas. La ciencia política no es sólo hechos, tiene también teoría e instituciones políticas. En cuanto a lo filosófico, aún cuando siempre está presente, tiende a fijar su radio de acción en la denominada filosofía política, también de palpitante actualidad. Por último, en cuanto a los hechos mismos, la sociología del derecho es muy pródiga, y por lo demás ha entrado en el seno mismo de la filosofía del derecho, con escuelas tales como la jurisprudencia sociológica, el realismo jurídico, el historicismo jurídico, etc.

En 1970, Darío Herrera Paulsen, publicó su **Curso de Derecho Constitucional** (Lima, Imprenta de San Marcos), título bajo el cual engloba la Teoría del Estado, lo que sin lugar a dudas es un acierto. Herrera sostiene que “el derecho constitucional es a la vez ciencia jurídica y ciencia política” (pág. 13). De ahí desprende Herrera que “las ciencias políticas (sic) pueden confundirse con las de Derecho Público” (pág. 16), agregando que “se trata pues, de definiciones casi idénticas”. Para él “las ciencias políticas son aquellas que estudian los hechos políticos, es decir, los fenómenos de todo tipo que surgen en una sociedad organizada” o sea “autoridad política dentro del campo del Estado”. “La Ciencia Política trata de medir y a menudo determinar a priori la influencia de esas condiciones de la vida social sobre la acción de las instituciones políticas y su evolución”. Más adelante señala que como las ciencias políticas agrupan las disciplinas que estudian el fenómeno de la autoridad, entiende que esta ciencia abarca los siguientes campos: a) doctrina política; b) historia de las instituciones; c) derecho constitucional, d) sociología política o ciencia política en sentido estricto. De ahí desprende nuestro autor que existe una íntima interrelación entre Ciencia Política y Derecho Constitucional.

El planteo de Herrera, aunque menos orgánico que el de Ferrero, es susceptible de las mismas críticas; pues ambos sostienen implícitamente la tesis

de que el Derecho Constitucional y la Ciencia Política son prácticamente la misma cosa, con lo que siguen en cierta medida anclados en la visión clásica del problema⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ A esta relación habría que agregar el trabajo de Francisco Miró-Quesada Rada; **Ciencia Política: actualidad y perspectiva**; Lima, 1976, que constituye el primer esfuerzo realizado entre nosotros por mostrar el panorama actual de la moderna ciencia política. Aunque en lo esencial compartimos sus planteamientos, el tema que aquí nos ocupa, o sea las relaciones entre Derecho Constitucional y Ciencia Política, son consideradas en aquella obra de manera muy tangencial, por lo que aquí no entramos en su análisis.

§ 15

Como balance general, debemos decir que el Derecho Constitucional en la actualidad no puede permanecer inmutable frente a las acechanzas de nuestro tiempo, y que sin abandonar la normatividad que le es propia, debe asumir una actitud realista de los problemas que afronta, sin descuidar la tarea interdisciplinaria con las ciencias sociales, de las cuales la moderna Ciencia Política, es la que más le es necesaria. La tesis expuesta a lo largo del presente ensayo ⁽¹²⁾ es precisamente esa, sin descuidar la propia autonomía y características de ambas ciencias, ni mucho menos, como se ha pretendido y pretende todavía, que una de ellas absorba a la otra o que sean lo mismo, o que ambas desaparezcan dentro de una concepción global, cuya estructura y sentido son muy discutibles.

Así considerados, el Derecho Político y la Teoría del Estado, que son todavía disciplinas que pretenden compartir inquietudes en parte propias del Derecho Constitucional, devienen eliminables por carecer de suficiente peso epistemológico. Que la tradición es muy grande, y que pasará mucho tiempo para que las nuevas tendencias logren imponerse, es algo de por sí sabido y que en la América Latina se encuentran abundantes muestras. Así por ejemplo, la Teoría del Estado se sigue enseñando en forma autónoma en México (con cariz propiamente kelseniano), en San Salvador y en el Perú. El Derecho Político se enseña en Argentina, Bolivia, Chile y España (desde donde viene el aliento y el ejemplo) pero la Ciencia Política moderna no ha sido incorporada todavía en las Facultades de Derecho latinoamericanas, con excepción de Panamá, El Salvador y recientemente y en forma restringida en la Argentina. Otros países como el Perú, siguen en alguna medida anclados a la “ciencia política” en su versión tradicional y anacrónica, pues gran parte de sus facultades –o programas– siguen denominándose de “derecho y ciencias políticas”⁽¹³⁾. No obstante, es de esperar que la Ciencia Política –que tiene un

⁽¹²⁾ Enunciada por lo demás, en la teoría y en la práctica, en nuestros textos **El constitucionalismo peruano y sus problemas**, Lima 1970; **Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano** en “Derecho”, N° 29, 1971; **Los Gobiernos de facto** en “Boletín Informativo” N° 11, 1976 (editado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa). En nuestro trabajo en prensa, **Conocimiento y Derecho** hemos ahondado esta problemática de una manera más amplia y también más abstracta. (Nota de 1987: Ha sido editado por el Fondo Editorial de la Universidad Católica en 1982).

⁽¹³⁾ En 1972 propusimos al entonces Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad Católica, se gestione la creación, dentro del Departamento, de un curso de Introducción a la Ciencia Política. Por razones que no es del caso explicar aquí, la iniciativa no encontró eco alguno.

notable impulso en la Argentina, Brasil, Venezuela y México– siempre dentro del ámbito de las Ciencias Sociales– llegue a las Facultades de Derecho en un futuro próximo para enriquecer el enfoque constitucional.

Post Scriptum: El tema abordado en este ensayo sigue sin alteraciones sustanciales no empece el tiempo transcurrido desde su publicación. Sólo cabría hacer dos anotaciones de orden general:

a) que no obstante la bibliografía publicada desde entonces, sólo ha aparecido un trabajo orgánico sobre el mismo tema: **Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional**, Ediar, Buenos Aires 1982, de Germán J. Bidart Campos, que demuestra una mayor preocupación por el tema, y

b) que las reformas curriculares recientes se orientan en el sentido al que apuntan nuestras conclusiones; esto es: a disolver el concepto de Derecho Político (como es el caso de España) y a modernizar los contenidos y tendencias en el estudio y en la enseñanza del Derecho Constitucional (Nota de 1987).

BIBLIOGRAFÍA

Sobre el tema concreto que trata este ensayo, no existe, hasta donde alcanza nuestra información, ninguna obra orgánica, aun cuando se encuentren referencias en trabajos de diversa índole, y existan algunos ensayos estimables dedicados al tema (H. Triepel, P. M. Gaudenet, Ch. Einsemann, K. Sontheimer, etc.). En nuestro trabajo no nos hemos limitado a analizar el problema en forma estricta, sino que hemos pretendido enmarcarlo dentro del amplio panorama en que éste se halla envuelto; esto explica que hayamos tocado temas muy diversos, aunque todos guarden entre sí una íntima relación. Entre la principal bibliografía que hemos tenido presente, y que por su diversidad de orientaciones pueden servir al interesado en profundizar algunos aspectos aquí tratados muy sucintamente, podemos mencionar la siguiente que dividimos en temas para un mayor orden.

En cuanto al problema del conocimiento, cf. J. Hessen, **Teoría del conocimiento**, Losada, Buenos Aires 1958; G. Krop, **Teoría del conocimiento**, UTEHA, 2 tomos, México 1961; R. Blanché, **La epistemología**, Barcelona 1973; Jean Piaget, **Naturaleza y métodos de la Epistemología**, Proteo, Buenos Aires 1970; M. Horkheimer, **Teoría crítica**, Amorrortu, Buenos Aires 1974; Javier Muguerza (editor y compilador), **La concepción analítica de la filosofía**, 2 tomos, Alianza, Madrid 1974; Otto Bellnow, **Introducción a la filosofía del conocimiento**, Amorrortu, Buenos Aires 1976.

Sobre la ciencia, cf. Ernest Nagel, **La estructura de la ciencia**, Paidós, Buenos Aires 1969; Mario Bunge, **La investigación científica**, Ariel, Barcelona 1973; Hans Reichenbach, **The rise of scientific philosophy**, Berkeley 1956; W. Zilazi, **¿Qué es la ciencia?**, FCE, México 1956; L. Geymonat, **Filosofía y filosofía de la ciencia**, Labor, Barcelona 1970; Rudolf Carnap, **Fundamentación lógica de la física**, Ed. Sud Americana, Buenos Aires 1969; S. Toulmin, **La filosofía de la ciencia**, Mirasol, Buenos Aires 1964; R. Rudner, **Filosofía de la Ciencia Social**, Alianza, Madrid 1973; K. R. Popper, **La lógica de la investigación científica**, Tecnos, Madrid 1971; Thomas S. Kuhn, **The structure of scientific revolutions**, Univ. Of Chicago Press, 1974.

Las clasificaciones de las ciencias aparecen por lo general en todo libro de ciencia. Para las divisiones clásicas, que aún gozan de influencia, puede verse, W. Windelband **Preludios filosóficos**, Rueda, Buenos Aires 1942; H. Rickert, **Ciencia Cultural y Ciencia Natural**, Buenos Aires 1943; W. Dilthey, **Ideas acerca de una psicología descriptiva y analítica** en "Obras", FCE, México 1945, tomo VI, e **Introducción a las ciencias del espíritu**, en "Obras",

cit., tomo I. Se utiliza también en las clasificaciones, dividir a las ciencias en formales y factuales, éstas últimas a su vez en naturales y sociales (cf. Hempel, **Filosofía de la ciencia natural**, Alianza, Madrid 1973). Otro modo de concebir esta clasificación, puede verse en J. Piaget, quien distingue: a) ciencias lógico-matemáticas; b) ciencias físicas; c) ciencias biológicas; y d) ciencias psicosociales (Cf. **Logique et connaissance scientifique**, Gallimard, Paris 1967, p. 1172 y ss.). Una posición distinta sostiene J. Piaget en su **Psychologie et Epistemologie**, Gonthier, Paris 1970 (pág. 156).

Sobre Ciencia Social, puede verse, entre otros lo siguiente: W. A. Adorno, K. Popper y otros, **La disputa del positivismo en la sociología alemana**, Grijalbo, Barcelona 1973; K. Marx, **Sociología y filosofía social**, Barcelona 1967; Horkheimer-Adorno, **Sociológica**, Taurus, Madrid 1966, T. B. Bottomore, **Introducción a la Sociología**, Ed. Península, Barcelona 1968; A. Cuvillier, **Manual de Sociología**, Kapelusz, 2 tomos, Buenos Aires 1970; M. H. Johnson, **Sociología**, Paidós, Buenos Aires 1965; C. W. Mills, **La imaginación sociológica**, FCE, México 1964; N. J. Smelser (editor) **Sociología**, Madrid 1970; D. Martindale, **La Teoría Sociológica**, Aguilar, Madrid 1968; Peter L. Berger-Thomas Luckmann, **La construcción social de la realidad**, Amorrortu, Buenos Aires 1972; Jean Piaget, W. J. Mackenzie, P. F. Lazarsfeld, **Tendencias de investigación en las ciencias sociales**, Alianza – UNESCO, Madrid 1973; Talcott Parsons, **La sociedad**, Ed. Trillas, México 1974; J. Habermas, **Logica delle scienze sociali**, Il Mulino, Bologna 1970; A. J. Greimas **Semiotique et sciences sociales**, Editions du Seuil, Paris 1976 (contiene un interesante análisis del discurso jurídico); Karl Popper, **La explicación en las ciencias sociales**, en “Revista de Occidente” N° 65 (1968).

Sobre metodología, cf. M. Duverger, **Métodos de las ciencias sociales**, Ariel, Barcelona 1962; W. J. Goode, P. K. Hatt, **Métodos de investigación social**, Trillas, México 1970; A. Schaff, **Sociología e ideología**, Barcelona 1971; U. Cerroni, **Metodología y ciencia social**, Barcelona 1970; J. Viet, **Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales**, Amorrortu, Buenos Aires 1970; Max Weber, **Ensayos sobre metodología sociológica**, Amorrortu, Buenos Aires 1973; E. Durkheim, **Las reglas del método sociológico**, Buenos Aires 1972; Q. Gibson, **La lógica de la investigación social**, Tecnos, Madrid 1968; Alan Ryan, **Metodología de las ciencias sociales**, Euraamérica, Madrid 1973; Gunnar Myrdal, **Objetividad en la investigación social**, FCE, México 1974; G. Sartori, **La Política**, Milano 1979.

Sobre Ciencia Política, cf. Jean Maynaud, **Introducción a la ciencia política**, Tecnos, Madrid 1964; V. van Dyke, **Ciencia Política**, Tecnos, Madrid 1962; William Robson, **Las ciencias sociales en la enseñanza superior: ciencia política**, Washington 1961; G.A. Almond-G.B. Powell, **Política comparada**, Paidós, Buenos Aires 1972; David Easton, **The political system**,

New Cork 1963; W. Abendroth-K. Lenk, **Introducción a la ciencia política**, Barcelona 1971, David Easton, **Esquema para el análisis político**, Buenos Aires 1969; F. Bourricaud, **Science Politique et sociologie**, en "Revue Française de Science Politique" N° 2, Junio 1958; Maurice Duverger, **Introducción a la política**, Barcelona 1964; A. Brecht, **Political Theory**, N.J. 1967; G.E.G. Catlin, **La Teoría de la política**, Madrid 1962; P.H. von der Gablentz, **Introducción a la ciencia política**, Ed. Labor 1974; E. Voegelín, **Nueva ciencia de la política**, Madrid 1965; C. Friedrich, **El hombre y el gobierno**, Tecnos, Madrid 1968; Harold Laswell, **Politics: who gets what, when and how**, N.Y. 1936; S.M. Lipset, **Political man, the social bases of politics**, Doubleday, N. York 1960; Ch. Hyneman, **Study of Politics**, U. of Illinois Press 1959; E.J. Meeham, **Pensamiento político contemporáneo**, Rev. de Occidente, Madrid 1973; Oliver Benson, **El laboratorio de ciencia política**, Amorrortu, Buenos Aires 1974; M. Duverger, **Sociología de la política**, Madrid 1975; R. Dahl, **Modern political analysis**, N.J. 1963; H. Finer, **Teoría y práctica del gobierno moderno**, Tecnos, Madrid 1964; G. Burdeau, **Traité de Science Politique**, Paris 1966, tomo I; S.M. Lipset, **Revolution and Counter-Revolution**, Doubleday, N. York 1970; B. de Jouvenel, **El Poder**, Madrid 1975.

Sobre Derecho Constitucional, cf. M. Duverger, **Instituciones políticas y Derecho Constitucional**, Ariel, Barcelona 1971; A. Hauroiu, **Droit Constitutionnel et institutions politiques**, Móntchretien, Paris 1970; P. Biscaretti di Ruffía, **Diritto Costituzionale**, Milano 1963 (la última edición actualizada es de Nápoles y en 1974; existe una traducción castellana de Lucas Verdú que aquí utilizamos); Costantino Mortati, **Istituzioni di diritto pubblico**, 2 vol, Padova 1975-1976; G. Balladore Pallieri, **Diritto Costituzionale**, Milano 1963; Pinto Ferreira, **Direito Constitucional Moderno**, 2 tomos, São Paulo 1962; M. García Pelayo, **Derecho Constitucional Comparado**, Madrid 1961; Karl Löwenstein, **Teoría de la Constitución**, Ariel, Barcelona 1976 (con un nuevo apéndice); E.S. Corwin-J.W. Peltason, **La Constitución**, Buenos Aires 1968; G. Bidart Campos, **Derecho Constitucional**, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1963-1966; Rafael Bielsa, **Derecho Constitucional**, Buenos Aires 1959; Forkosch M., **Constitutional Law**, 1963; N.G. Alexandrov, **Teoría del Estado y del Derecho**, México 1966; R.G. Mc Closkey (ed.), **Essays in Constitutional Law**, 1957; R. Arón, **Democracia y totalitarismo**, Ariel, Barcelona 1968; Santi Romano, **Princípios de Direito Constitucional Geral**, São Paulo 1977; César Enrique Romero, **Introducción al Derecho Constitucional**, Buenos Aires 1973; Jorge R. Vanossi, **Teoría Constitucional**, Buenos Aires 1975-1976, 2 tomos; G. Burdeau, **Droit constitutionnel et Institutions politiques**, L.G.D. J. Paris 1977.

II

LA CONSTITUCIÓN EN DEBATE

§ 1

¿VOTO A LOS ANALFABETOS? (*)

En días pasados, el Presidente de la República ha reiterado la intención del Gobierno de tener una nueva carta política, cuando los cambios estructurales estén lo suficientemente asentados como para pasar del poder constituyente (producción de un nuevo orden jurídico) al poder constituido (institucionalización de ese orden). Ha agregado en esa oportunidad el Jefe del Estado, que el nuevo texto constitucional otorgará sufragio a la masa analfabeta, mayoritaria en nuestro país.

No es la primera vez que se plantea este problema en nuestra historia republicana, pero quizá estemos en el umbral de una nueva realidad que haga factible, esta vez, una participación efectiva de los analfabetos en los destinos del país.

Haciendo historia

Fue San Martín quien por decreto de 4 de octubre de 1821 declaró ciudadanos a todos los hombres libres nacidos en el Perú, mayores de 21 años y que ejercían alguna profesión o industria útil. Al no hacer referencia expresa al requisito de leer y escribir, la población campesina quedó incorporada, por lo menos en teoría, al sufragio electoral. La Constitución de 1823, la primera de nuestras cartas políticas, exigía ser alfabeto para gozar del derecho al sufragio, pero hizo la excepción de que este requisito no se exigiría sino hasta después de 1840. Los convencionales del 23 no negaron el voto al indio, convencidos de que su ignorancia era producto de la dominación española. Librados del yugo peninsular, era necesario otorgarles un tiempo prudencial para que se instruyesen, y se pensó que el lapso de 17 años era suficiente. La Constitución de 1839 prorrogó el plazo hasta 1844 y luego en sucesivas prórrogas se extendió hasta 1849. Ese año al intentarse un nuevo aplazamiento hasta 1860, se produjo en el Congreso una gran polémica entre Bartolomé Herrera, contrario al voto indígena, y Pedro Gálvez. La tesis de Gálvez triunfó en el parlamento. La Constitución del 1860 dio voto al indígena en su artículo 38, hasta que finalmente fue derogado por ley de 20 de noviembre de 1896, con el advenimiento del pierolismo. La experiencia de esos años fue sin lugar a dudas desoladora. Aunque con plena capacidad ciudadana de 1821 a 1896, el

(*) OIGA, N° 450, 19 de noviembre de 1971.

analfabeto no participó en la vida del país, sino que fue instrumento ciego del gamonal unas veces, o del subprefecto otras, cuando no de ambos en oscuro maridaje. Si la decisión del 96 fue un retroceso desde el punto de vista teórico, representó un reconocimiento del fracaso de la República para incorporar a la vida ciudadana a un gran sector marginado. Las causas de este fracaso radican en no haber comprendido la raíz del problema. No se trataba solamente de educar. Existían motivos económicos y sociales de mayor envergadura.

El siglo XX

En el presente siglo, la Constitución de 1920 exigió como requisito del sufragio saber leer y escribir, e idénticos conceptos repitió la vigente de 1933. Cabe señalar, sin embargo, que la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán y que fue la encargada de preparar el anteproyecto de constitución que fue luego discutido por el Congreso Constituyente de 1931, propuso una solución intermedia, que fue desechada por la mayoría parlamentaria. En su notable exposición de motivos, decía la Comisión Villarán: “Es penoso tener que rehusar el voto al gran sector de la población formado por los analfabetos. Son en su mayoría indios de las sierras y forman una clase social herida por el desamparo y la injusticia. Nuestro proyecto establece el sufragio corporativo de las comunidades indígenas para la elección de municipios, dando a cada comunidad un número de votos en relación con el número de familias que la constituyen. Si este régimen diera buenos resultados, podría después ser extendido a las elecciones de los consejos regionales (que no han llegado a funcionar) y aun, de las Cámaras”. Y más adelante agregaba: “Con el concurso de sus aparentes sufragios, resultan elegidos no los amigos de los indios, sino sus enemigos y dominadores. La cuestión del indio no es por ahora una cuestión de Derecho Político, sino de derecho civil, agrario y pedagógico”. Desde ese entonces a la fecha, se ha hablado mucho sobre el tema, pero ninguno de los gobiernos y menos aún de los partidos que han tenido el control sobre el parlamento, han hecho nada por resolver el problema.

Sufragio capacitario

En realidad, lo que ha existido en el Perú en el siglo XX es el sufragio general, mas no el sufragio universal. Pese a la revolución francesa, y sus ideales democráticos, la Europa del siglo XIX hizo diferencias entre los “hombres” (que no votaban) y los “ciudadanos” (que sí podían hacerlo). Se estableció en ese entonces, y el ejemplo fue seguido por muchos países, el voto censitario, es decir, el voto condicionado a la propiedad de bienes materiales. De esta manera, los desheredados de la fortuna quedaban al margen de la vida política. Con el tiempo se fue abriendo paso la idea de lo que ha dado en

llamarse sufragio capacitario, asequible sólo para quienes poseían cierto grado de instrucción. La idea en apariencia era razonable. Pero en países como el nuestro, ha cumplido un alto rol ideológico: descartar a la masa del pueblo que se teme.

Durante años en el Perú sólo ha votado un adulto por cada tres. Esto significa que una minoría ha votado en nombre y representación de una mayoría, con cuyos intereses no se sentía identificada. El voto, fundamento de la democracia representativa, estaba así viciado en su origen.

Nuevas perspectivas

La nueva fisonomía que ha adquirido el país en los últimos meses al cambiar radicalmente la estructura agraria, ha modificado la imagen tradicional que teníamos del campo. Extinguido o por extinguirse el latifundio, el peligro de la manipulación del voto del analfabeto por los “notables” del lugar, disminuye sensiblemente.

Sin embargo, existe el gran problema de su implementación. Hay muchos sistemas que podrían dar óptimos resultados. Pero es preciso que estén acompañados de una eficiente maquinaria administrativa que asegure la pureza del sufragio.

El otorgamiento del sufragio a los analfabetos abre a primera vista perspectivas insospechadas. Según cálculos bastante aproximados, esto traería como consecuencia un flujo de cerca de tres millones de electores más (el resto de la población estaría conformado por niños y mayores de 60 años). Este caudal electoral ¿favorecerá a los partidos políticos tradicionales, con fuerza todavía, aunque liquidados históricamente, o apoyarán a las nuevas corrientes que interpreten las necesidades del momento? Es difícil predecir los resultados, pero es evidente que ello no puede enervar la validez intrínseca del sufragio universal.

Nota: El voto de los analfabetos fue muy discutido en el seno de la Asamblea Constituyente, pues contó inicialmente con la posición adversa del Apra –aun cuando algo embozada– y del Partido Popular Cristiano. No obstante, la presión de los sectores de izquierda y de vastos sectores de la opinión pública, así como del seminario que sobre el tema se llevó a cabo en el Programa de Ciencias Sociales de la Universidad Católica, hicieron posible la consagración en el nuevo texto constitucional de tan importante derecho. No obstante, durante 1979 el Registro de Analfabetos apenas sí llegó a inscribir a 700,000 personas.

§ 2

LA CONSTITUCIÓN EN EL PLAN “TÚPAC AMARU”^(*)

La Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional ha remitido para su publicación el siguiente pronunciamiento sobre “La nueva Constitución en el proyecto del Plan Túpac Amaru”.

La Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, ante la reciente publicación del proyecto del “Plan Túpac Amaru”, estima pertinente formular el siguiente Pronunciamiento sobre el tema de la constitución, tal como aparece allí expuesto, y que comprende:

1.- CÓMO DEBE SER ELABORADA LA NUEVA CONSTITUCIÓN.- Si bien es cierto que históricamente se han dado diversas formas de elaboración de textos constitucionales, estimamos indispensable que en los actuales momentos, a la luz de recientes experiencias y tendencias de la moderna doctrina, lo más aconsejable es que ella sea elaborada por una ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Para tal efecto considera que dos pasos adecuados son los siguientes:

- a).- Nombramiento de una Comisión **ad hoc** compuesta por juristas expertos en la materia, independientemente de las filiaciones políticas o creencias que éstos pudiesen tener. Dicha Comisión debe ser la encargada de redactar un anteproyecto, en un breve plazo, luego de lo cual el texto objeto de dichos trabajos será sometido al debate público, al igual como se ha hecho en otras oportunidades, y más concretamente como se está haciendo con el proyecto del Plan Túpac Amaru.
- b).- El debate público, que debe tener un tiempo prudencial, se realizará sobre los tópicos que presente dicho proyecto, ofreciéndose las facilidades necesarias para que los partidos políticos, los grupos organizados de la sociedad, las instituciones que representan diversas tendencias o intereses, y en general, toda persona de la sociedad, puedan formular su opinión sobre el particular.

^(*) Publicado en **EI COMERCIO** (9 de marzo de 1977), **LA PRENSA** (4 de marzo de 1977) y **OIGA**, n. 649 de 18 de marzo de 1977.

- c).- La Comisión **ad hoc** luego de recibidas las propuestas, críticas y sugerencias, deberá evaluarlas e incorporarlas, en caso de considerarlas convenientes, al nuevo texto del anteproyecto de Constitución.
- d).- El texto final que representa el anteproyecto de Constitución, emitida por esta Comisión **ad hoc** de juristas, deberá ser documento de trabajo para la futura Asamblea Constituyente, sin que ella sea necesariamente una limitación para sus labores.

2.- CONFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.- En cuanto a la manera de elegirla, estimamos que debe serlo conforme al siguiente procedimiento:

- a).- Un tercio designado por el Gobierno Revolucionario, a fin que represente y defienda el punto de vista gubernamental, y exponga los planteamientos surgidos del proceso iniciado en 1968. Dentro de este tercio consideramos deben tenerse presente a los representantes de las organizaciones de base, a los diferentes especialistas y a nominados directos por el Gobierno.
- b).- Dos tercios elegidos por voto directo, secreto y universal, por las correspondientes circunscripciones electorales, otorgándose representación a la minoría.

En cuanto a la elección misma de esta Asamblea Constituyente, en lo que se refiere a los dos tercios a ser elegidos por la ciudadanía, consideramos que deben incorporarse como electores a los mayores de 18 años y a los analfabetos.

En lo que se refiere a sus características, esta Asamblea Constituyente no podrá ocuparse de temas que competen a un congreso ordinario. Tendrá una duración máxima de un año, no pudiendo desdoblarse para convertirse en el parlamento que surja de la nueva Constitución (porque para ello se requerirá de elecciones generales).

Y, en cuanto a su composición, debe ser unicameral. Las deliberaciones de la Asamblea Constituyente, que serían presididas por el actual gobierno, se deben realizar dentro de un seguro y amplio clima democrático.

3.- CONTENIDO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Lo que debe contener la nueva Constitución es algo muy extenso y complejo, pero en términos generales puede decirse que, al igual que toda Carta Política, debe conservar aquellas conquistas fundamentales tradicionales, así como incorporar

principios esenciales que orienten las reformas estructurales que el proceso ha instaurado. No obstante, algunas ideas generales sobre el contenido de la nueva Carta Magna pueden ser señaladas, muy someramente.

- a).- Incorporación de los Derechos Humanos, aprobados por las Naciones Unidas en 1948, introduciendo una mejor sistemática de los diversos derechos sociales, económicos, religiosos, culturales, educacionales, etc.
- b).- Incorporación de un apartado, dedicado a las declaraciones en sentido estricto, es decir, orientaciones generales sobre los fines y funciones del Estado.
- c).- Reglamentación precisa del ejercicio de las garantías constitucionales, mediante recursos procesales que sirvan para la defensa de los derechos humanos, delimitando el uso del Habeas Corpus a la sola protección física, introduciendo al Amparo para los demás derechos, así como un procedimiento especial para cautelar la constitucionalidad y legalidad de todos los dispositivos legales del Estado. Esto daría lugar al nacimiento entre nosotros de lo que la doctrina denomina como “derecho procesal constitucional”.
- d).- Delimitación del ámbito de los Poderes del Estado, precisando la primacía del Poder Ejecutivo, prohibiendo la reelección absoluta del Presidente de la República, señalando en 5 años el período de su gobierno, con la renovación total del Parlamento, en el mismo lapso, eliminando el voto de censura de los Ministros de Estado y precisando el derecho de veto que debe necesariamente tener el Presidente de la República.
- e).- En cuanto al parlamento, estimamos que debe tener una composición bicameral, aun cuando para tal efecto deberá evitarse una duplicidad de funciones, como ha ocurrido con la Carta de 1933, diferenciando los orígenes de ambas cámaras (una de ellas podría tener representación gremial y técnica), y funciones distintas aunque complementarias. El período del parlamento se inicia y termina con el del Presidente, es decir, tiene una duración de 5 años. El parlamento carecerá de atribuciones para interferir en los presupuestos, no tendrá facultad de censura aunque sí el de interpelación ministerial.
- f).- En lo que atañe al Poder Judicial, el problema más importante que ha tenido que afrontar en su historia, ha sido el de su independencia frente al Ejecutivo y Legislativo. Estimamos, en consecuencia, que

debe crearse un Consejo de la Magistratura únicamente para elegir magistrados, sin competencia para aplicar sanciones y ni siquiera proponerlas, y que debe estar compuesto en sus dos terceras partes por magistrados jubilados de la Corte Suprema, con carácter de **ad honorem**; y, el tercio restante por representantes de las Facultades de Derecho de la República.

- g).- La tutela de la legalidad y de la constitucionalidad, no debe quedar confiada al Poder Judicial, sino a un Tribunal Constitucional, cuya composición y funcionamiento debe estudiarse minuciosamente.
- h).- Otros puntos que estimamos de interés y que deben ser considerados en una nueva ley fundamental, son los siguientes:
- Establecer la separación de la Iglesia y el Estado.
 - Fijar la regionalización para efectos de una desconcentración administrativa, con una nueva demarcación territorial.
 - Constitucionalizar los partidos políticos.
 - Establecer los principios de la Seguridad Nacional, como deber de todo peruano.
 - Establecer mecanismos de mayor participación de la ciudadanía en las grandes decisiones de gobierno. Un medio recomendable puede ser la introducción de ciertas técnicas de la democracia semidirecta, tales como el referendo y el plebiscito, para los casos previstos específicamente en la propia Constitución.

Lima 1º de marzo de 1977

José Pareja Paz-Soldán
Presidente
L.E. 2908856

Alfredo Quispe Correa
Vicepresidente
L.E. 2482818

Domingo García Belaunde
Secretario Ejecutivo
L.E. 3062451

§ 3

ALGO MÁS SOBRE LA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

En el número 15 de la revista ABC (abril de 1977), el doctor Javier Alva Orlandini ha publicado un interesante artículo intitulado “La nueva Constitución” en el que hace un análisis crítico del pronunciamiento que sobre este tema realizó el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) publicado en días pasados en los principales diarios de Lima y en la revista **Oiga**. Como quiera que el autor del mencionado trabajo ha efectuado no solamente críticas alturadas sino a no dudar ha recogido algunas imprecisiones que lamentablemente aún flotan en el ambiente, amén de ser su autor un distinguido político y ex-parlamentario, que se caracteriza no sólo por la firmeza de sus ideas y convicciones sino por su lealtad a sus principios y al Presidente Belaunde –virtud poco cultivada entre nosotros– es que como coautor del pronunciamiento del Instituto, creo mi deber, en el actual clima ideológico que vivimos, exponer y ampliar algunos conceptos que contribuyan a esclarecer el

^(*) El pronunciamiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) que se acaba de leer (ver § 2) fue objeto de críticas de diverso alcance; una de ellas de Javier Alva Orlandini, abogado y dirigente político de Acción Popular, que publicó un extenso análisis crítico en la Revista ABC y que ha reproducido en su libro **Respuesta a la dictadura**, Edit. Minerva, Lima 1978: pp. 174-180. Respondiéndole es que redactamos la presente nota (a la que hemos introducido ligeras modificaciones que no alteran su sentido) y que fue remitida con carta de 28 de abril de 1977 al director de ABC – Revista Independiente, Aníbal Aliaga I. Por razones que desconocemos, el quincenario aprista en aparente solidaridad con el dirigente populista, jamás la publicó, negándonos así el más elemental derecho: el de defensa. Esto además nos condujo a poner en claro lo que pronto pudimos advertir en casi todo el debate: un desconocimiento total de la problemática constitucional y un desprecio por la discusión alturada y académica. Por lo pronto, aclaremos que nuestra intención era sobre todo introducir dentro de la estructura del Estado al elemento técnico y sobre todo canalizar los grupos de presión existentes (tema por lo demás objeto de grandes debates no sólo en la doctrina, sino en los congresos de la especialidad, en donde lo constaté por propia experiencia) pero con la salvedad de que la participación popular fuese mayoritaria. Posteriormente, nuevas reflexiones sobre nuestra realidad política, y la lectura de algunas obras fundamentales de la post-guerra, me convencieron de la necesidad de que esa representación no partidaria se canalizase a través de los Consejos Económicos y Sociales que caracterizan al actual constitucionalismo europeo, lo que me llevó a apoyar –como verá el lector más adelante– el Congreso Económico Nacional propiciado por el Apra, pero redimensionado (o sea, no como co-legislador como quería Haya). En una primera versión del proyecto constitucional, quedó aprobado el Congreso Económico Nacional al igual que los Consejos europeos, pero posteriormente al plantear el Partido Popular Cristiano el cambio de nombre, devino una inútil discusión semántica que acabó por eliminar el proyecto. Con todo, la idea sigue en pie.
(Nota de 1998: La tesis de la composición parcial de la Asamblea por elementos no elegidos popularmente, fue propuesta del Dr. José Pareja Paz-Soldán, que tomó de la experiencia española y de su excelente transición democrática).

debate sin que ello implique por cierto el ánimo de iniciar polémica alguna, ni de precisar otra opinión que no sea la mía propia. Las discrepancias que ha anotado el doctor Alva Orlandini podrían resumirse en los siguientes puntos que pasaremos luego a desarrollar: a) que el problema vital del Perú no debe ser la búsqueda de nuevas constituciones, ya que lo importante es que las Cartas Políticas sean respetadas; pues los textos no traen de por sí felicidad y bienestar a los peruanos; b) que debe encontrarse una forma idónea que impida la usurpación de funciones públicas, con severas sanciones; c) que no hay acierto en proponer que una de las Cámaras del Parlamento tenga origen gremial o técnico, porque ello responde a las ideas fascistas de los gremios que recogió el Senado Funcional en la Carta de 1933, entonces en boga y hoy en descrédito; d) que la Asamblea Constituyente no debe estar integrada en un tercio por designados por el Gobierno actual, porque tendría un origen “bastardo”, ya que una constituyente no puede ni debe emanar sino de la voluntad popular; y e) que no puede demorarse la nueva Constitución y el actual régimen hasta el año 1980, sino que debe convocarse a elecciones generales en 1978, como plazo máximo.

* * * * *

Respecto al primer punto sostenido por el doctor Alva Orlandini, concuerdo perfectamente con él, en el sentido de que la sola Constitución no puede ser capaz de crear un orden político estable ni mucho menos la prosperidad social y económica. Esta idea es interesante y creo que debe ser recalcada, porque hemos vivido de esta ilusión. La constitución no vive en repúblicas aéreas como señalara Bolívar, sino en países concretos, con sus propios problemas sociales y económicos. La constitución por un lado refleja o debe reflejar la situación del país, y por otro pretende encauzar la acción política y el cambio social dentro de una determinada sistemática jurídica. Pero su efectiva vigencia y el respeto que ella debe tener, no depende de ella misma, sino de factores extra-constitucionales. La democracia constitucional tiene indudablemente determinados supuestos sin los cuales no funciona (de carácter económico, social, político, etc.) Pero eso no es todo. Lo importante es que el pueblo crea en la Constitución y sienta respeto por ella. Sin esos requisitos, todo lo demás es vano. Inútil será, como sugiere Alva Orlandini, una cadena rigurosa de sanciones para evitar atentados contra ella. Si una revolución o un golpe de estado son exitosos, todas esas normas por más elaboradas que sean pasarán a ser letra muerta. Y es que la Constitución contiene una tremenda paradoja: no obstante ser el coronamiento jurídico de un Estado y en consecuencia superior al resto de la normatividad estatal, es impotente frente a los hechos que desde fuera pretendan doblegarla. Por eso creo que la fuerza de la constitución es sobre todo una fuerza moral, y en ella sola se sostiene.

Las sanciones, por más terribles que ellas sean, no pasan de ser una hoja de papel frente a una insurrección triunfante.

* * * * *

Otro de los aspectos que en el pronunciamiento del Instituto ha objetado el doctor Alva Orlandini, es la propuesta que una de las Cámaras del Parlamento tenga origen gremial o técnico, que es algo que responde a ideas fascistas hoy en descrédito. Este aspecto es interesante y creo que amerita un análisis detenido. En primer lugar, debo decir que la idea de un parlamento bicameral fue aprobado por el Instituto democráticamente por sus miembros, pero personalmente no comparto la tesis bicameral, que hoy está en crisis y que no creo que tenga razón de ser, salvo en los Estados Federales. En efecto, no creo que se justifique la existencia de una segunda cámara, tal como ha funcionado en nuestra historia constitucional. Si analizamos por ejemplo el texto de 1933, veremos que al tener el mismo origen (elección popular) e idénticas facultades, se desprende que una no viene a ser sino el remedo de la otra. Si las dos hacen lo mismo, entonces una está demás. No tiene sentido dilatar la obra legislativa sin beneficio de nadie. Por el contrario, en tiempos como en los actuales, no es conveniente que las leyes pasen por tantos tamices y demoren incluso meses en ser promulgadas. Ahora bien, no obstante esta legítima discrepancia y de ser partidario del congreso unicameral, creo que la idea básica del pronunciamiento del Instituto es válida, esto es, la conveniencia de mantener un porcentaje minoritario en el cual hallen representación las instituciones nacionales, entidades técnicas y organizaciones populares.

Este parlamento unicameral podría destinar, por ejemplo, el 20% de su composición a esta clase de representación, que en nada afectaría a la mayoría elegida por voto popular, universal, directo y secreto. Que esta idea está desacreditada por ser fascista, es una afirmación ligera que no resiste al menor análisis. Quien revise cualquier historia económica, podrá apreciar que los gremios y corporaciones vienen de muy antiguo, mucho antes incluso que apareciese el Estado moderno en el renacimiento, y que precisamente fueron elogiados por Marx en 1848. Que el fascismo le haya dado un uso **sui generis** y totalitario, no enerva en nada la validez de esta idea. Y esto es así, porque existen legítimos intereses que no están representados por los partidos políticos, y hoy en día, quien no está en el partido no tiene representación, porque éstos, como ha dicho Mac Iver, se han instalado en la antesala del Estado. En consecuencia, quien no pasa por el filtro del partido, no tiene representación. Esto es precisamente lo que se requiere subsanar. Si no se acepta este planteamiento, significa que todavía estamos presos del liberalismo del siglo XIX que identificó la nación con el electorado. Personalmente creo que

la nación se expresa en el electorado, pero ambos no son sinónimos, ni mucho menos coinciden plenamente.

Por eso es que al lado de la representación popular directa, debe ir otro tipo de representación, minoritaria, que en última instancia puede no tener ninguna gravitación, pero que por lo menos habrá tenido oportunidad de dejar oír su voz y la de los intereses que representa. Al pensar así no creemos estar muy lejos del doctor Alva Orlandini, pues de lo contrario no habría presentado en su Cámara el año 1965 un proyecto de ley reglamentando el Senado Funcional, nada menos que con el democrático sistema del sorteo.

* * * * *

Otro punto que resalta en la crítica del doctor Alva Orlandini es la propuesta del Instituto de que la Asamblea Constituyente cuente en su composición con un tercio de designados por el Gobierno. Contra este argumento arguye dos consideraciones: a) que tal nominación sería bastarda, b) que la Asamblea Constituyente debe ser elegida por el pueblo solamente. En cuanto al primer punto, entendemos que el doctor Alva Orlandini está todavía prejuiciado como ciertos abogados limeños contra los gobiernos **de facto**, a los que implícitamente llamaría bastardos, o sea, ilegítimos. Sin entrar al problema de filosofía política que significaría efectuar una valoración, prefiero referirme a dos hechos fundamentales de la teoría constitucional: el poder constituyente y la doctrina **de facto**. El primero ha sido ejercido por el actual gobierno al dejar de lado la Constitución de 1933 y sólo esperarí su formalización y exposición por medio de una Asamblea Constituyente. Léase cualquier tratado de derecho constitucional y podrá verificarse lo dicho. Si así no fuera, que mejor nadie se presente a elecciones de Asamblea Constituyente, porque no tendría sentido entrar en un "juego de bastardos". En cuanto a la doctrina **de facto**, elaborada en el Canadá y en Francia, y muy cultivada en la Argentina y Brasil, **ella se limita a reconocer efectos jurídicos** a los actos de los gobiernos **de facto**. Esto que ha motivado una extensa literatura en el extranjero, parece haber pasado desapercibido a los juristas peruanos. Por otro lado, y ya desde el punto de vista político, tenemos que admitir que el proceso iniciado en 1968, con todos sus errores, ha creado nuevas realidades que no podemos desconocer (así lo reconoce por lo demás una autoridad insospechable como Jorge Basadre, en su último libro **La Vida y la Historia**). Por estas consideraciones que aquí sólo esbozamos, es que creemos que un tercio (o si se quiere un porcentaje menor) debe estar reservado a exponer y defender los principios del proceso, cuya importancia no podemos desconocer por encima de sus errores y rectificaciones (las actuales y las que vendrán). Ese porcentaje estaría compuesto tentativamente por delegados de las organizaciones de base,

por representantes de organizaciones profesionales, por técnicos (juristas, economistas, sociólogos, etc.) nombrados por las respectivas facultades del país, y por designados directos del propio Gobierno. Esta representación no debe alarmar, pues su porcentaje minoritario es incapaz –si las otras partes se ponen de acuerdo– de aprobar algo que la mayoría no desee. De lo que se trata es que la Asamblea Constituyente cuente con una representación política no partidaria.

* * * * *

La última objeción del doctor Alva Orlandini estriba en el plazo. Según sostiene, el año 1980 sería muy tarde, y en esto coinciden casi todas las tiendas políticas. Por el contrario, sostiene que las elecciones deben ser inmediatas y no esperar tanto tiempo. Quizás por lo mismo que no somos hombres de partido, no hemos tenido la urgencia que agobia al doctor Alva Orlandini. Pero nuestra posición se basa en que la actual situación de crisis, no se puede resolver convocando a elecciones generales. No creemos que el libre juego partidario –por lo menos en las actuales circunstancias– conduzca al restablecimiento del Perú en todos los órdenes. Lo que ahora se necesita es que juntos, civiles y militares, ayudemos a conjurar la crisis durante estos dos años (1977 – 1978). Sólo entonces debemos iniciar el retorno a la constitucionalidad, pero como decía Goethe, sin prisa pero sin pausa.

Lima, 20 de abril de 1977

§ 4

POR UNA CONSTITUCIÓN RÍGIDA^(*)

Pregunta — ¿Qué te parece la idea de elaborar una nueva constitución tal como se ha establecido en el Plan Túpac Amaru?

Respuesta — Personalmente considero interesante la propuesta del Plan Túpac Amaru de hacer una nueva constitución. No obstante, debo manifestar que decidir la dación de una nueva constitución no es una decisión estrictamente jurídica ni técnica, sino más bien, política; ello depende de que se opte por una determinada valoración política. Muestra de ello son las declaraciones que efectuó el Primer Ministro al diario “Excelsior” de México y en las cuales el General Arbulú expresó sus simpatías por la Constitución de 1933, a la que estimaba como un buen instrumento legal que podía ser reformado. Esta es una opinión particular y naturalmente interesante, lo que no impide, por cierto, que otros piensen válidamente, que sea necesario hacer una nueva constitución. En consecuencia, si bien personalmente estoy a favor de la dación de una nueva Carta, no puedo dejar de reconocer que el que se sostenga que pueda reformarse la del 33, incorporándole los cambios necesarios, es también, desde el punto de vista jurídico, perfectamente posible.

P. — ¿Qué elementos de la Constitución del 33 deben permanecer?

R. — Hay algunos elementos que existen en la Constitución del 33 que pueden mantenerse; como por ejemplo algunos de los derechos individuales, de los derechos sociales ahí establecidos. Toda la parte del Poder Ejecutivo; la parte relativa a los Ministros de Estado mantiene su vigencia. La concerniente a los Consejos Departamentales aun cuando nunca funcionó en la práctica, es interesante y puede implementarse. Pienso, que un 60% del contenido de la Constitución del año 33 podría mantenerse.

P. — ¿Crees que la nueva constitución deba ser rígida o por el contrario, flexible?

R. — Personalmente me inclino por lo que la doctrina tradicional llama constitución rígida, aun cuando este término esté hoy discutido. Pero creo que el problema sigue vigente, o sea, se entiende por constitución rígida aquella que es modificada por un procedimiento especial. Creo que esto es necesario,

^(*) OJO. 3 de abril de 1977; entrevista de Francisco Miró-Quesada Rada

porque si una constitución no es rígida entonces automáticamente ya no es norma suprema, pues cualquier ley la puede modificar.

P. — Pero las constituciones flexibles pueden permitir ciertos cambios en la medida que se va transformando la sociedad ¿no crees tú que, en algunos casos podría ser positiva cierta flexibilidad?

R. — Estoy de acuerdo con tu planteamiento: pero entonces debo precisar los conceptos. Sostendría la necesidad de una constitución rígida, que no impida modificaciones oportunas y adecuadas en el texto constitucional; sino que sea una rigidez, por así llamarla, flexible. Hay que recalcar que se entiende por constitución rígida, aquella que sólo es modificada por una ley en un procedimiento que no dure más de 30 ó 60 días para que todo sea mucho más rápido, pero que en ningún momento se permita que la constitución, que es la base del ordenamiento jurídico de un país, se pueda modificar en 24 horas, bajo la presión de las pasiones, los arrebatos o las consignas políticas.

P. — La Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en un reciente documento ha planteado la necesidad de introducir el Recurso de Amparo en la nueva constitución. ¿En qué consiste este recurso?

R. — La introducción del Amparo que en algunos países es recurso y en otros es acción o juicio especial, es importante porque en primer lugar, es una creación típica latinoamericana que nace en México en el siglo pasado y se extiende a otros países entre los cuales hay que mencionar a la Argentina, y en segundo lugar, porque tiene la importancia de proteger al ciudadano en sus derechos individuales, sociales y económicos que proclama la Constitución, y que no están vinculados con la libertad física.

Entonces el Habeas Corpus que nace en Inglaterra y se extiende a los países anglosajones, queda destinado a la defensa de la libertad física, tal como lo expresa su etimología y su desarrollo histórico en estos países y los demás derechos constitucionales serían defendidos por el Amparo. Lo que ha sucedido en el Perú es que hemos tenido un Habeas Corpus pleno, absoluto, que ha hecho las veces del Amparo indebidamente. El Habeas Corpus sólo debe ser empleado para defender la libertad física; los demás derechos constitucionales deben ser defendidos por el Amparo, que es un procedimiento especial, expeditivo y tan rápido como el Habeas Corpus.

P. — Entonces no sería positivo ampliar el Habeas Corpus como lo hizo la Comisión Villarán a las mismas funciones del recurso de Amparo. Esto quiere decir que la ampliación tendría efectos negativos y no concordaría con la doctrina.

R. — Totalmente de acuerdo. En realidad la extensión que generosamente hizo la Comisión Villarán el año 31, hoy día no tiene razón de ser, teniendo en cuenta la experiencia de estos últimos años y los avances de la teoría constitucional. En un estudio que he realizado sobre la jurisprudencia del Habeas Corpus en los últimos cuarenta años, he podido detectar que más del 65 por ciento de los recursos de Habeas Corpus están dirigidos a proteger la libertad física; pues la utilización del Habeas Corpus para derechos no exactamente físicos tiene serios problemas, es sumamente discutible su aplicación y en la práctica, tiene muy pocos efectos.

P. — ¿Crees que es necesario que el Gobierno convoque a una constituyente para que se dé una nueva Constitución?

R. — Lo creo absolutamente necesario. Lo creo necesario porque si no hay Asamblea Constituyente entonces sólo quedará el recurso de que la Constitución sea aprobada desde arriba y todos los grandes documentos aprobados desde arriba tienen a la larga poca duración. Y me parece que en estos momentos, cuando hablamos de una nueva Constitución, lo que deseamos es que esta nueva Constitución tenga larga vida y que sea realmente un instrumento jurídico eficaz.

P. — ¿En qué medida la Constitución no es un instrumento jurídico, sino que se convierte en un instrumento político, o refleja situaciones políticas concretas?

R. — La Constitución siempre es un instrumento jurídico, lo que sucede es que la constitución pretende encauzar la acción política, y en tal sentido, está sumergida en el mundo político y en consecuencia sufre sus efectos, aunque también los condiciona. Se trata de una evidente interrelación, entre realidad política y texto constitucional. Las relaciones entre ambas son muy variadas y no se descarta por cierto, que la Constitución sea instrumentalizada para fines políticos. Por lo mismo que la política es variante y responde a muy diversos intereses, es que el pensamiento occidental ha concebido la idea de la constitución (escrita o no escrita) como instrumento máximo para encauzar políticamente a la sociedad. Que eso se logre o no, es un problema aparte.

P. — ¿Qué sistema de participación sería más conveniente al país; la democracia directa y semidirecta, o por el contrario la representativa que siempre nos rigió?

R. — La democracia representativa en los últimos años ha sido muy vilipendiada y en ciertos círculos tiene pocos defensores. No obstante, pienso que la democracia representativa, hoy en día, es lo menos malo de lo que

existe. La democracia directa existió en Grecia y muy limitadamente. Pensar ahora en una democracia directa sería totalmente utópico. En nuestra actual sociedad de masas, el único medio es la democracia representativa, aunque deben existir canales adecuados de control sobre el poder. En cuanto a la democracia semidirecta, ésta en realidad no existe; lo que existe son técnicas de participación de la ciudadanía en las grandes decisiones y en el control de los órganos estatales.

P. — ¿Cuáles serían esas técnicas que podrían introducirse en la democracia representativa?

R. — Fundamentalmente son las siguientes: el **referendum**, el plebiscito, la iniciativa y la revocación (esta última referida al mandato parlamentario).

P. — Víctor Andrés Belaunde dice que el voto es la “soberanía del instante”. Yo creo, que eso es verdad; es el momento en que el hombre, al votar, ejerce su derecho, pero transfiere poder, él no ejerce poder, es soberano en el momento de votar, pero ahí termina su soberanía. Entonces creo que deberían crearse mecanismos en que se rebase esa “soberanía del instante”, que sea una soberanía permanente o por lo menos una soberanía gradual. ¿Cuál es tu opinión al respecto?

R. — La tesis de Belaunde casi desconocida entre nosotros es cierta y está dirigida como crítica a la democracia representativa tradicional, que es aquella en donde los electores sólo participaban por breves momentos en elegir a sus mandatarios y todo acababa ahí, en la intimidad del ánfora. Precisamente tenemos el reto de superar esta incongruencia con la creación de técnicas y modalidades que hagan posible que esta democracia representativa no esté tan alejada de los electores y que no se gobierne tan al margen de ellos. Como dice Burdeau, democracia gobernante y no democracia gobernada.

P. — ¿Qué te parece la idea de que, además de los partidos políticos, deban participar en el poder las Organizaciones de Base?

R. — Estoy de acuerdo con ello, me parece una buena idea. Pero el peligro que veo en esta representación de las organizaciones de base es que ellas eventualmente sean manipuladas y no respondan a los legítimos intereses de sus componentes. La idea en sí es positiva y habría que estudiar la manera de implementarla.

P. — ¿No crees que esa manipulación también se da en los partidos políticos?

R. — La manipulación también se da en los partidos políticos, pero estimo que en las actuales circunstancias, como existe más experiencia en los partidos políticos que en las organizaciones de base, me parece que el peligro de la manipulación es mucho menor, porque a las organizaciones de base se pertenece a la fuerza o, si se quiere, por propio derecho, mientras que en los partidos políticos existe libertad de estar o no estar en ellos.

P. — ¿Qué nuevas reformas hechas por las Fuerzas Armadas deben introducirse en la nueva constitución?

R. — El Gobierno de la Fuerza Armada ha iniciado el 68 una serie de cambios sustanciales que no pueden negarse, algunos de carácter permanente, otros sujetos a revisión. En tal sentido y como quiera que se ha introducido en los últimos años un nuevo vocabulario que refleja nuevas expectativas en el campo político, deben tenerse presentes las modificaciones que se han hecho. Sin embargo, soy partidario de que aquellos cambios sustanciales de carácter permanente que deban ser introducidos en nuestra normatividad constitucional, sean enunciados de manera muy general, evitando caer en detallismos en el texto constitucional, a fin de fijar en este texto solamente la filosofía o las ideas fundamentales que inspiran los cambios. Un texto sobrio, con ideas generales, tiene más probabilidad de resistir la prueba del tiempo.

P. — La promulgación de una nueva Constitución ¿resolvería los problemas socio-económicos y jurídicos que tiene el país o sería solamente un elemento canalizador del comportamiento político de nuestra sociedad?

R. — No creo que una Constitución resuelva los problemas socio-económicos y jurídicos del país. En todo caso, su labor es más modesta; pretende que los cambios y problemas socio-económicos sean realizados dentro de un marco jurídico. Por otro lado, y dentro de sus mismas funciones, la Constitución pretende encauzar jurídicamente la acción política. Esto es, quizás, lo más importante. Pero que su sola existencia determine que ese ordenamiento político marche bien, es también ilusorio. Esta es la paradoja del constitucionalismo: es superior a los hechos, pero es impotente frente a ellos. Veamos un caso; la Constitución no permite que existan regímenes de facto, porque atentan contra ella; pero sin embargo éstos existen. Desde ese punto de vista un guardia de tránsito, un reglamento, una ley tributaria, tienen mucha más fuerza que la Constitución, porque independientemente de todo lo que suceda, ellos se cumplen, mientras que la Constitución puede no cumplirse. Porque la Constitución en caso de ser violada no tiene sanción. Me refiero en caso de ser violada exitosamente. Lo que debemos tener presente, fundamentalmente, es que la Constitución es un instrumento para encauzar la acción política, pero sobre todo es un instrumento de un gran valor moral.

Existe y es vigente en la medida en que la gente cree en ella y en la medida en que es respaldada y aceptada.

§ 5

SÓLO IDEAS MATRICES DEBE CONTENER LA CONSTITUCIÓN^(*)

1.— ¿Es anacrónica la Constitución del Estado, que data desde 1933?

Respuesta. — Si por anacrónica debe entenderse el simple paso del tiempo, habría que considerar como anacrónicas las constituciones de muchos de los países con mayor estabilidad política y desarrollo económico del mundo, tales como Estados Unidos, que tiene la Constitución de 1787, Bélgica que se rige con la de 1831, Suiza la de 1874, etc. El simple paso del tiempo no vuelve anacrónica una constitución; ya que ella puede ser objeto de reformas y cambios que la pongan a la altura de los tiempos. No obstante, todo texto, y el nuestro de 1933 así lo confirma, refleja su época, y en tal sentido estimo que por tener esta y otras limitaciones, es recomendable una nueva Constitución.

2.— ¿Debe incluirse como norma constitucional la Declaración Universal de los Derechos del Hombre?

R. — La Declaración Universal de los Derechos Humanos es ley de la República desde 1959 y el Perú ha ratificado recientemente su adhesión a los Pactos de Naciones Unidas de 1966 sobre derechos humanos. Creo en consecuencia que debe formalizarse esa inclusión en la nueva Carta Política.

3.— ¿Deben constitucionalizarse algunas reformas operadas en el país desde 1968? ¿Cuáles de ellas?

R. — Sobre las reformas operadas desde 1968, algunas válidas, otras sujetas a revisión, debe tenerse presente dos aspectos: a) lo que puede denominarse el principio o idea matriz que las anima, y b) los mecanismos y modalidades que han permitido su implementación. En mi opinión, la nueva Constitución sólo debe incluir las ideas matrices o la filosofía que conllevan esos cambios, y no detenerse en detalles que rebajan el texto constitucional al nivel de un reglamento. Entre dichas reformas pienso que no debe estar ausente la reforma agraria, la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa, etc.

^(*) EXPRESO, 6 de agosto de 1977

4.— ¿Cree usted que lo más conveniente sería una nueva Constitución sin que se convoque la Asamblea Constituyente?

R. — Una nueva Constitución sin una asamblea constituyente me parece algo peligroso y no responde a las actuales expectativas. Si se quiere hacer una Constitución sólida, con respaldo y base democrática, no queda otro remedio que ésta sea aprobada por una Asamblea Constituyente.

5.— ¿Si está de acuerdo con la Asamblea Constituyente, cuál es la función que debe desempeñar?

R. — Como su nombre lo indica, es “constituyente”, o sea tiene la facultad de crear un nuevo orden que “constituya” o “formalice” en nueva forma al Estado peruano. Debe en consecuencia limitarse a discutir y aprobar la Constitución y nada más. Si además se le encomienda funciones legislativas como ocurrió con la de 1931, lo único que se consigue es interferencias con el Ejecutivo y dilatar innecesariamente su funcionamiento, sin beneficio para nadie.

6.— ¿Cree usted que el Presidente de la República, dentro de las atribuciones constitucionales tenga la facultad de disolver el parlamento para convocar otras elecciones?

R. — La disolución del parlamento por parte del Presidente de la República, es un mecanismo del sistema parlamentario de gobierno que es la contrapartida del voto de censura ministerial. En el Perú, la Constituyente del año 1931 consagró el voto de censura pero no admitió su correlato que era la disolución. En consecuencia, la introducción de la institución debe estar en consonancia con el tipo de gobierno que se apruebe. Personalmente, estimo que la medida es importante, pero puede conducir a abusos por parte del poder central, y en todo caso habría que legislarla, con mucho cuidado. Si lo que se quiere es el control del parlamento, es preferible la institución del “recall”, o revocación del mandato parlamentario por parte de los electores mismos, que son como se sabe, los controladores de los gobernantes.

7.— ¿Cree usted que solamente una Constituyente debe reformar la Constitución o la Constitución puede reformarse basándose en las normas actuales?

R. — Si se trata de “reformar” la Constitución, ello puede ser efectuado simplemente por un Congreso ordinario, siguiendo las pautas que establece la Constitución de 1933. Si lo que se quiere es dar una nueva Constitución, sin relación alguna con el pasado, entonces debe ser efectuada por una Asamblea Constituyente.

8.— ¿Cree usted que la nueva Constitución debe orientar al país hacia una nueva demarcación territorial y a la descentralización político-administrativa del Perú?

R. — El problema del centralismo es muy antiguo, y el abandono de las provincias ha sido objeto de enconadas polémicas ya desde el siglo pasado. Sea descentralización o desconcentración, lo cierto es que debe darse una nueva regionalización de acuerdo con la geografía de cada región y sobre ella constituir una estructura política que le permita actuar con autonomía frente al poder central.

9.— ¿Considera usted que la nueva Constitución debe señalar la independencia de la Iglesia del Estado?

R. — Estoy totalmente de acuerdo con esta idea; por lo demás, de esta unión la que más pierde es la Iglesia, ya que hasta ahora generalmente no ha actuado con suficiente independencia frente al poder público.

10.— ¿La Constitución debe ser presidencialista o parlamentarista?

R. — Me inclino por el sistema presidencialista, tal como funciona en el resto de América, y porque creo que en países con tantas fuerzas centrífugas, es necesario un poder cohesionador. Introducir fórmulas mixtas como la que contiene la actual Carta de 1933 es exponer nuestro sistema político a las serias crisis de los períodos 1945-48 y 1963-68.

11.— ¿Considera que el Parlamento debe tener incidencia en los problemas económicos administrativos del país (estructuración del presupuesto) o que sea el Ejecutivo y todo su sistema técnico donde recaiga dicha responsabilidad?

R. — En todas partes del mundo, las funciones del parlamento están en franca disminución. Duverger ha afirmado recientemente, que salvo el caso de Inglaterra, el parlamento está en decadencia. No veo porqué entonces debamos darle la importancia que se le daba hace cien años. Pienso por el contrario, que el parlamento debe tener como función principal la de fiscalizar al Ejecutivo, sin que tenga ninguna interferencia ni decisión en materia de presupuesto.

12.— ¿Cree usted que la Constitución debe señalar el voto de los que cumplen 18 años y de los analfabetos?

R. — El voto de los mayores de 18 años es ya una realidad en las democracias occidentales, y no veo por qué les pueda ser negado. En cuanto a

los analfabetos, me inclino también por otorgarles el derecho a voto, como ya sucede en varios países, como Bolivia.

13.— ¿Cuántos años debe durar el ejercicio presidencial, cuatro, cinco o seis años?

R. — La fijación de un período presidencial es siempre subjetivo. En nuestra historia hemos tenido períodos para todos los gustos. En la época de Leguía el período era de 4 años (lo que no impidió su reelección), en la época de Benavides era de 5 (lo que tampoco impidió que en 1936 se prorrogase por 3 años más) y a partir de la época de Odría es de 6 años (lo que impidió a Prado y a Belaunde acabar sus respectivos períodos). Personalmente pienso que 6 años es demasiado, y me inclino por un período de 5 años, prohibiendo en forma absoluta toda reelección.

14— ¿Qué considera que debe incluirse en la Constitución para establecer en nuestra patria un Poder Judicial independiente, capaz y probo?

R. — Debe ser incluido el Consejo Nacional de Justicia, pero que funcione bien y sin injerencias políticas, como se ha visto en los últimos años. Los cargos deben ser **ad-honorem**, y dicho Consejo debe limitarse a elegir magistrados, sin facultad de sanción e integrado en su mayoría por vocales jubilados de la Corte Suprema, y en un porcentaje menor por abogados en situación de retiro o jubilados que no tengan estudio abierto.

15.— ¿Considera que la nueva Constitución debe puntualizar que la moralización es un principio fundamental para el desarrollo del país y establecer drásticas sanciones – no líticas – para el que la infrinja?

R. — La moralización es siempre un principio que debe ser incluido, porque hoy es más necesaria que nunca. Pero entiendo que la implementación del sistema correspondiente, debe estar reservado a leyes especiales.

16.— ¿Debe persistir en la nueva Constitución las llamadas Iniciativas Parlamentarias y sus gastos correspondientes?

R. — Las iniciativas parlamentarias deben desaparecer, pues estimo que con ello se fomenta el pago de los favores políticos. Además, y como ya hemos señalado anteriormente, el parlamento no debe tener injerencia alguna en el gasto público, sino limitarse a su tarea de fiscalización.

17.— ¿Dentro de la nueva Constitución, considera que el voto sea extensivo a los militares, considerando su condición de ciudadanos?

R. — El voto a los militares es practicado en pocos países del mundo. En el nuestro, ello no es recomendable en las actuales circunstancias. Pienso además que el voto al militar, compromete a las Fuerzas Armadas en el resultado de todo proceso electoral, con la tentación de ser al mismo tiempo juez y parte. Además, la disciplina militar puede ser seriamente amenazada con todos los ajetreos que significa una campaña electoral.

§ 6

UNA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

Entrevista:

WALTER SEMINARIO

Pregunta.— ¿Es usted partidario de reformar la Constitución de 1933, o de elaborar una nueva Constitución? ¿Por qué?

Respuesta.— Personalmente soy partidario de una nueva Carta Política, porque creo que en las actuales circunstancias se da una situación favorable para elaborar un texto nuevo en vista de la experiencia de los últimos cincuenta años, y que sea hecho con criterio técnico y pensando para el futuro. No obstante, debo reconocer que esta opinión mía se basa en una valoración política que puede no ser correcta, toda vez que la decisión de promulgar una nueva constitución es siempre una decisión política que descansa en valores no susceptibles de verificación y que desde el punto de vista estrictamente constitucional es tan válido adecuar a las nuevas realidades el texto de 1933 como redactar uno nuevo.

No olvidemos, por lo demás, que las principales democracias estables del mundo casi no cambian de constitución (Estados Unidos desde 1787; Suiza, 1874; Bélgica, 1831; Austria, 1920; Dinamarca, 1849; Suecia, 1809), o si lo hacen es solamente por una conmoción nacional que cambia todo el estilo de vida de un país (Francia, en 1958, al inaugurar la Quinta República; Italia, en 1947, al pasar de la monarquía a la república; Alemania, en 1949, al perder la guerra).

Por tales motivos debemos ir hacia la nueva Constitución con un optimismo cauteloso y sin esperar que con el nuevo texto venga, como maná del cielo, la alegría y el bienestar de todos los peruanos.

P.— ¿Quién debe elaborar una nueva Constitución, de ser ella necesaria, una Asamblea Constituyente o una comisión nombrada por el Gobierno?

R.— La nueva Constitución debe ser necesariamente elaborada por una Asamblea Constituyente y no por comisión alguna que la imponga desde arriba. Lo que sí estimo es que una comisión de juristas, ayudada por diversos

^(*) EQUIS X, No. 73, 10 de agosto de 1977.

especialistas, debe confeccionar el anteproyecto, tal como hizo la Comisión Prado en 1919 y la Comisión Villarán en 1931.

P.– ¿La Asamblea Constituyente, a su vez, debe ser elegida por sufragio universal, directo y secreto, o de otra forma cualquiera?

R.– La Asamblea Constituyente debe ser elegida por el voto directo, universal, secreto y obligatorio. No obstante, creo que en su composición debe reservarse un porcentaje minoritario (veinte o diez por ciento, por ejemplo) cuya designación sería efectuada por determinadas instituciones, que si bien no tienen electorado propio, representan intereses y tendencias que son también parte del país, tales como la Iglesia, las Fuerzas Armadas, los colegios profesionales, las cooperativas, y demás organizaciones representativas de intereses (capital, trabajo y cultura).

P.– ¿Deben tener derecho a votar para la Constituyente los analfabetos, los mayores de 18 años, los militares, los sacerdotes, o no? ¿Por qué?

R.– Los analfabetos ya están votando en diversos eventos por lo que no tendría sentido negarles ese derecho que ya otros países les han concedido. (Por lo demás, no olvidemos que todas las constituciones peruanas del siglo XIX les concedieron el voto, que sólo Piérola, en 1896, les negó al ver la forma cómo se desnaturalizaba su ejercicio).

El voto de los mayores de 18 años es también indiscutido (votan en EE. UU. y en las principales democracias occidentales), igual puede decirse de los religiosos, que votan en el Perú desde hace algunos años, sin olvidar que en nuestra historia republicana hemos tenido clérigos que han sido políticos y parlamentarios brillantes (como Luna Pizarro, Bartolomé Herrera y Vigil).

En cuanto al voto de los militares, soy totalmente opuesto y no creo que se justifique en los actuales momentos. Creo que la misión de la Fuerza Armada está por encima –por lo menos debe estarlo– de las contingencias electorales, cargadas de pasiones y violencia. Propiciar su voto sería fomentar aún más la injerencia de los militares en nuestra vida política. Se pondría además en peligro la disciplina militar, que es la base de la institución.

P.– ¿Qué cambios fundamentales propondría usted en una nueva Constitución para el Perú?

R.– Dos, uno de ellos en cuanto a su estructura, el otro en cuanto al contenido.

En cuanto a la estructura, debemos abandonar nuestra tradición de tener constituciones tipo reglamento, que son aquellas en las cuales se detallan una serie de datos y aspectos que bien podrían ser objeto de legislación especial.

La constitución más extensa del mundo es quizá la de la India de 1950, con casi cuatrocientos artículos, y no creo que dicho país sea precisamente el **desideratum** del Tercer mundo. Los países comunistas tienen también este grave defecto, como lo he podido comprobar en el proyecto de Constitución de la URSS, publicado en el número 24 de la revista "Tiempos Nuevos", y que aparentemente será aprobado por unanimidad en octubre próximo.

Por el contrario, soy partidario de las constituciones breves, de tipo principista, que regulan solamente los aspectos más importantes de la vida del Estado. Un ejemplo de ello es la Constitución de De Gaulle, y más recientemente la Constitución de China Comunista, aprobada en 1975 y con sólo treinta artículos.

No debemos perder de vista que la Constitución es sobre todo un texto que contiene los grandes ideales que deben encauzar la acción política; y en consecuencia no debemos degradarla a nivel de reglamento, que por ser minucioso, por lo general necesita modificaciones y tiene corta vida, pues envejece pronto.

En cuanto al contenido de esta nueva Carta, se podría decir mucho, pero pienso que deben precisarse el ámbito de los Derechos Humanos, así como las técnicas para su defensa. Deben introducirse nuevas formas de participación política; de desconcentración administrativa (o regionalización, como quieren algunos); una nueva delimitación de los poderes del Estado, en donde el Parlamento sólo sirva como fiscalizador del Ejecutivo, que es el primer poder del Estado; propiciar la verdadera Libertad de Prensa, que es el pilar de toda auténtica democracia; la independencia del Poder Judicial, alejándolo de toda injerencia política y dotándolo de independencia económica; introducir mecanismos para cautelar la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; la separación de la Iglesia y el Estado; la autonomía municipal; el **status** de los partidos políticos, etc.

P.— ¿Qué reformas dentro de las realizadas en el período 1968-1975 incorporaría Ud. en la nueva constitución?

R.— La introducción en un texto constitucional de una reforma, puede ser de dos maneras: a) se incorpora solamente la filosofía que inspira esa reforma, lo que Fouillé llamaba las "ideas-fuerza", o b) se introduce la reforma en su totalidad.

Personalmente pienso que el nuevo texto debe incorporar solamente las ideas centrales que animan las reformas iniciadas en 1968, y naturalmente aquéllas que tengan un sentido de permanencia. Si pretendemos hacer de la constitución un breviario que contenga todas las reformas válidas efectuadas desde 1968, le auguro al nuevo texto poca duración.

La idea que anima la creación de la comunidad laboral creo que sigue vigente, pero ya hemos visto que los mecanismos han cambiado: una cosa es modificar una ley; otra muy distinta modificar la Constitución. Desde esta perspectiva, creo que los principios que deben incorporarse son los que animan las siguientes principales reformas: reforma agraria; participación del trabajador en los beneficios de la empresa; política internacional; política estatal de explotar directamente ciertas fuentes de energía; diversas clases de propiedad; planificación democrática; la nueva educación, etc. Esto, dicho sea de paso, sin enjuiciar la forma cómo muchas veces se llevaron a cabo estas reformas, en medio de odio y prepotencia; y sin descartar la posibilidad de saludables rectificaciones, en los mecanismos que las implantaron.

P.— ¿Qué mecanismos constitucionales podrían establecerse para garantizar el respeto a los derechos humanos, en especial para impedir la tortura, las prisiones arbitrarias, las deportaciones, etc.?

R.— Fundamentalmente dos: el Habeas Corpus, que conforme a su etimología (“tráiganme el cuerpo de ...”) debe ser utilizado únicamente en la defensa de la libertad física, y el Amparo, para la protección de los demás derechos humanos. Pero no nos engañemos sobre la eficacia de estas dos instituciones. Son además, necesarios, dos factores adicionales: la existencia de un Poder Ejecutivo que acate las resoluciones judiciales y un Poder Judicial autónomo.

Sin estos dos requisitos, toda institución para la defensa de los derechos humanos no es más que una bella ilusión.

P.— ¿Qué mecanismos constitucionales, igualmente, podrían establecerse para impedir golpes de Estado?

R.— Me temo que ninguno. Por lo menos para los golpes de Estado exitosos. En caso de que fracasen, será suficiente remitirse a la Sección Décima del Libro Segundo del Código Penal, dedicado a los “delitos contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución”. Pero la Constitución tiene, si se quiere, una sanción moral, y que consiste en que todo golpe de Estado (o gobierno de facto) tarde o temprano vuelve a la constitucionalidad, ya sea a la vieja Constitución o a la nueva (que aunque distinta, implica necesariamente la negación de todo golpe de Estado). Recordemos lo que

Talleyrand repetía a Napoleón: “Sire, con las bayonetas se puede hacer cualquier cosa, menos sentarse sobre ellas”.

§ 7

UNA CONSTITUCIÓN NO GARANTIZA PLENAMENTE NADA^(*)

La Legitimidad y el Poder

CORREO.— En el último mensaje presidencial se ha anunciado la conformación de una Asamblea Constituyente como paso previo a la convocatoria de elecciones generales. Los mecanismos para conformarla aún no se han precisado, pero se ha abierto ya un debate sobre cómo integrar esa asamblea. Desde la perspectiva del Derecho Constitucional ¿cuáles son las alternativas para dictar una nueva Constitución?

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.— Una de las alternativas es, precisamente, la anunciada: convocar a una Asamblea Constituyente. La otra es nombrar una comisión de juristas que la redacte y someter luego el texto a la aprobación popular mediante un plebiscito.

C.— ¿Cuáles son los precedentes dentro de nuestra tradición histórica y en el mundo contemporáneo?

DGB.— En el Perú se ha recurrido siempre a la Asamblea Constituyente; la excepción sería la Constitución Vitalicia de Bolívar que, como sabemos, duró siete semanas. En el mundo actual se prefiere también, mayoritariamente, esa modalidad que, es sin duda, la más recomendable. Hoy vivimos la época de la legitimidad del pueblo y hasta en la URSS hay elecciones. La idea que prima es que debe ser el pueblo a través de sus representantes el que elabore la Constitución que habrá de regir la vida política y jurídica del país.

Aquí hay otra excepción, y es el caso de la constitución francesa de De Gaulle, pero estimo que es irreplicable. Los propios constitucionalistas franceses coinciden en conferirle un carácter excepcional.

C.— Pero ¿esta Constitución subsiste inobjugada?

DGB.— Hay que tener en cuenta que todos los gobiernos posteriores a De Gaulle han sido más bien gaullistas. No se puede predecir qué pasará cuando esto cambie, si subsistirá o no la Constitución impuesta por él.

^(*) CORREO, 28 de agosto de 1977.

C.– ¿Hay principios jurídicos por los cuales una nueva Constitución puede ser objetada?

DGB.– Sólo desde el punto de vista teórico. En la práctica no, porque el poder constituyente implica un poder de facto, una ruptura con el sistema anterior. No se puede decir que los actos de un gobierno de facto que funda una ruptura sean anticonstitucionales, porque carecería de sentido medir sus actos desde una norma que ese gobierno no ha respetado y contra el cual, precisamente, ha insurgido.

Claro que si nos ponemos “literales” puede hacerse y se hace, aunque no tiene efecto. Lo que importa a nivel constitucional es dónde está la eficacia. Y la eficacia la tiene quien tiene el poder.

Pisando la relatividad

C.– ¿La fuente del derecho es, entonces, en última instancia, el poder?

DGB.– Sí, en Derecho Constitucional. Verá: hay teorías que dicen o decían, que el poder viene de Dios, se sostiene hoy que emana del pueblo, etc. Pero ¿en virtud de qué un gobierno dicta una Carta Fundamental? En virtud de que asume el poder constituyente. ¿Y por qué lo asume? Porque materialmente lo puede ejercer. El resto es metafísica.

C.– ¿Entonces la vigencia de una Constitución –podría decirse– es directamente proporcional a la duración del poder que la establece?

DGB.– Por una parte, sí, por otra, ella depende de la aceptación que esa Constitución tenga en la comunidad. Si llega a calar en la conciencia de la opinión pública, esa Constitución durará. Si la gente cree mayoritariamente en ella, tenderá a permanecer, como sucede en los Estados Unidos, cuya Constitución es más que centenaria.

C.– ¿No contribuiría a propiciar esa fe la participación popular en la hechura de la Constitución?

DGB.– Bueno, hay constituciones en las que no ha participado el pueblo y han tenido larga vigencia. En esto intervienen tanto lo político como lo jurídico. Hay regímenes que utilizan bien su Carta fundamental, que la saben manejar y entonces ésta es durable. Preserva así su juridicidad.

C.– Todo lo dicho hasta ahora sitúa el orden constitucional en el campo de la relatividad. ¿Es allí donde nos movemos?

DGB.– Necesariamente. Porque el orden jurídico es piramidal. Por ejemplo, el Guardia Civil sanciona en virtud de un reglamento que tiene validez en función de un decreto que se apoya en una ley que se funda en la Constitución. Aquí termina la pirámide. El orden se establece mediante sucesivas remisiones a normas superiores, la más alta de las cuales es la constitucional.

Ahora bien, como base misma del edificio jurídico, la Constitución carece de sustento dentro del orden al que pertenece y sostiene. Su apoyo es extrajurídico, su fundamento es el poder que la dictó. Detrás de todo orden jurídico hay un hecho, un acto que mediante su eficacia logra establecer una normatividad y hacer que se respete.

La Teoría y la Praxis

C.– ¿En lo que a nuestro tema se refiere estamos, pues, regidos no por la teoría sino por la praxis?

DGB.– Sí, la teoría da razón de esa praxis, le da vigencia a ese orden práctico no porque sea bueno o malo, sino porque tiene eficacia. En la medida en que tiene eficacia un orden nuevo funda su propia legitimidad.

C.– ¿En la medida en que se impone por el poder?

DGB.– Y en la medida en que se admite. Hay dos factores: el poder y el consenso. Porque desde el momento en que un orden constitucional no se admite más, es puesto de lado, acaba su vigencia. Lo que importa en el mundo del Derecho Constitucional es la eficacia de los hechos. En cambio, en el mundo de la ley y de las disposiciones inferiores a ésta, lo que rige es la norma, no los hechos. Uno puede, digamos, evadir impuestos, pero el hecho de la evasión no funda nada, no es fundador sino violatorio y acarrea sanciones.

C.– Bien, en el mundo de la Constitución los hechos fundan la norma, pero ni la eficacia que la impone evita que esa norma sea juzgada, valorada, ¿verdad?

DGB.– Sí, pero fuera del campo jurídico. La valoración, los juicios de valor, se dan en función de una filosofía política, de una concepción social, etc., no en el campo de la ciencia jurídica. Pero ello no quiere decir que no debamos valorar. Hay que hacerlo, porque sin ello la vida humana no tiene sentido.

C.– Tenemos, entonces, que la Constitución, a partir de un acto de poder genera una legalidad, un orden jurídico. En estos momentos, cuando se habla de una nueva Constitución para el Perú, no cabría, de acuerdo a lo expuesto, discutirla en función de un ordenamiento legal que es precisamente el que se recusa por anacrónico o inadecuado, ¿no es así?

DGB.– Es correcto. La dación de una nueva Constitución es una decisión de orden político tomada por quien puede hacerlo, es decir, por quien detenta el poder.

C.– O sea, estamos dentro de lo normal. Ahora bien, aun situados en esa normalidad, puede debatirse el procedimiento a seguir para arribar a una nueva Carta Fundamental. Hemos visto al principio de esta conversación que son dos las modalidades contemporáneamente usadas.

DGB.– En realidad una: la convocatoria a una Asamblea Constituyente; el caso de De Gaulle, vimos, es una excepción. De Gaulle nombró una comisión que elaboró el texto constitucional y luego sometió éste a un plebiscito (llamado en Francia referéndum).

C.– Pero el plebiscito obliga a admitir o rechazar algo a fardo cerrado, no hace viables las enmiendas.

DGB.– Por eso los juristas franceses, en su mayoría, objetaron el procedimiento de De Gaulle. Y tuvieron razón. Por eso también, salvo en Francia y con un personaje tan excepcional como De Gaulle, en el ámbito occidental contemporáneo se ha recurrido a las asambleas constituyentes representativas. Es la representatividad la que prima, por ser democráticamente más efectiva que el plebiscito.

Un Problema Difícil

C.– Con lo cual queda desechado el plebiscito y la Asamblea Constituyente resulta la única modalidad viable, y tanto mejor si es realmente representativa, elegida, ¿verdad? Ahora bien, el hecho de ser elegido no implica necesariamente capacidad para la función a cumplir, que en este caso tiene aspectos técnico-jurídicos muy importantes. ¿cómo se resuelve este problema, cómo lograr representatividad e idoneidad?

DGB.– El problema es difícil, es uno de los grandes problemas de la democracia representativa. Pero se afronta mediante el recurso a las asesorías, a los pedidos de opinión de organismos técnicos calificados, a comités de

expertos, etc. Y se cuenta, por cierto, con un control por parte de la opinión pública.

C.– Hay otro problema: desde que la Constitución es el fundamento de un orden jurídico, si ella experimenta cambios profundos es obvio que todo el orden que sostiene se tambalee o caiga. ¿Cómo se afronta esa crisis en el campo de la ley y otras normas subordinadas?

DGB.– Efectivamente, si se dictan nuevas normas de juego, todo debe adaptarse a esas normas nuevas. Pero esto no trae consigo, necesariamente, un cataclismo. Y esto por el carácter mismo de una Carta Fundamental, que no debe ser detallista sino establecer los grandes principios generales que normarán al país y a su sociedad. Ese carácter de lo constitucional hace menos grave de lo que a primera vista parece el impacto de una nueva constitución. Pero es inevitable un período de modificaciones legales consecuentes.

C.– Y durante ese período, ¿no se crean vacíos en el ámbito jurídico?

DGB.– No, el derecho nunca puede cesar, no admite parálisis. Hay, naturalmente dificultades en el lapso del reajuste, pero la vida jurídica tiene que proseguir y prosigue en función de las normas en uso, de los principios generales del derecho, de la jurisprudencia, etc.

Qué Garantiza la Constitución?

C.– Hay quienes cifran sus mejores esperanzas para el futuro del país en los principios que consagre la nueva Constitución. Pero la historia, particularmente la nuestra, nos enseña que las constituciones pueden ser letra parcialmente viva, cuando no muerta. ¿Hay algo que garantice su imperio?

DGB.– Una constitución no garantiza plenamente nada. Es paradójico, pero por el hecho mismo de fundar el orden jurídico, nada jurídico lo funda, como hemos visto. Su respaldo es el poder y éste muchas veces la incumple. Por ejemplo, la Constitución del 33, la actual, dedica todo un capítulo a los Concejos Departamentales, que nunca han funcionado. ¿Qué sucede cuando la Constitución no se cumple? Nada, sencillamente nada. Hagamos un poco de memoria y lo comprobaremos.

C.– ¿No se deberá eso, en parte, a que hay leyes que se confeccionan como reducto de la idealidad? ¿Cómo evitar que la Constitución sea una suerte de osario de buenas intenciones?

DGB.— El divorcio frecuente entre el texto constitucional y los hechos puede evitarse dictando normas con criterio realista. Sólo así se salva la distancia ésa que vemos a lo largo de nuestra historia republicana entre lo que dice la ley magna —o la ley llana— y lo que se hace. Los textos constitucionales deben, para no entrar en contradicción con la realidad, ser muy genéricos y elásticos, sin que esto implique ambigüedad. Quiero decir que en la Constitución deben entrar sólo las grandes reglas de juego; sólo así se garantiza de algún modo su durabilidad. El legislador constituyente debe actuar con humildad frente a lo real, sin pretender forzarlo, debe normar en función de lo posible, dictar principios sólidos, fidedignos, permanentes, amplios, sin incurrir en detalles, pues los detalles siempre corresponden a la esfera de lo transitorio, de lo mudable.

§ 8

POR UNA CONSTITUCIÓN PRESIDENCIALISTA^(*)

Partidario del sistema presidencialista y opuesto a la disolución del Parlamento por parte del Ejecutivo, se mostró el Dr. Domingo García Belaunde, miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima y fundador del Instituto Ibero-Americano de Derecho Constitucional, al ser entrevistado por SATÉLITE.

Asimismo, mostró su disconformidad con otorgar el voto a los militares porque ello significaría darles mayor participación, sin contar por lo demás con el factor de campaña electoral entre la tropa, que contribuiría a relajar la disciplina.

Refiriéndose a la conveniencia de hacer una nueva Constitución, el Dr. García Belaunde dijo que si se piensa hacer una nueva, ésta debe tener larga duración. Para ello se debe trabajar con gran responsabilidad a fin de evitar que el nuevo texto incurra en errores del pasado y, en consecuencia, tenga poca aplicación y vigencia.

El Dr. Domingo García Belaunde disertó anoche, invitado por el Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, que preside el Dr. Arnaldo Estrada Cruz, sobre “Clases y Tipos de Constituciones, tipo de Constitución que correspondería al Perú”, en el marco del Forum sobre “Bases para la Reforma de la Constitución”, organizado por el CAL.

El Dr. García Belaunde es Profesor del Programa de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Doctor en Derecho, directivo del Colegio de Abogados de Lima y fundador y miembro del Instituto Ibero Americano de Derecho Constitucional.

Es autor de importantes obras de derecho entre las que destacan “El constitucionalismo peruano y sus problemas”; “El Habeas Corpus interpretado”. Ha escrito últimamente, entre otros libros, el último capítulo de la 5ª edición de la obra “Derecho Constitucional Peruano”, del Dr. José Pareja Paz-Soldán.

A continuación insertamos la entrevista:

^(*) SATÉLITE (Trujillo), 3 de setiembre de 1977.

1.— ¿Qué opinión le merece la convocatoria a una Asamblea Constituyente, anunciada por el Presidente de la República, General E.P. Francisco Morales Bermúdez, para 1978?

R.— En principio me parece interesante y concuerdo con la idea de convocar una constituyente, porque esa es hoy en día la única manera de dar una constitución. Mi único temor es que como ella va a coexistir con el actual régimen, podría verse sometida a las diversas presiones que le puede hacer el poder. No obstante, si existe una sana intención en esta convocatoria, debemos esperar que ella se desarrolle dentro del más amplio clima democrático.

2.— ¿Considera Ud. que debe dictarse una nueva Constitución o sólo deben introducirse algunas modificaciones en la Constitución vigente?

R.— La dación de una nueva Constitución es en realidad una decisión política y no jurídica. Con esto quiero decir que desde el punto de vista jurídico tan factible es enmendar la antigua y ponerla al día, que dar una nueva. Esto en cuanto a la técnica constitucional. Pero desde el punto de vista político, existe no sólo a nivel de gobierno, sino al nivel de partidos políticos y amplios grupos representativos de opinión, la idea de que debe darse una nueva Carta; ello nos lleva a meditar muy seriamente sobre la trascendencia de este acto, toda vez que el Perú ya ha tenido diez constituciones, y ésta será la undécima. Por eso es que creo que debemos asumir esta tarea con gran responsabilidad, para evitar que el nuevo texto incurra en errores del pasado y, en consecuencia, tenga poca aplicación y vigencia. Si lo que se piensa es hacer lo que siempre se hizo, entonces mejor es no hacer nada. Si hacemos una nueva Constitución, ella debe tener larga duración y buscar su arraigamiento en la realidad.

3.— En su opinión ¿cuáles son las nuevas instituciones que deben incorporarse a la próxima Constitución?

R.— Si se trata de incorporar instituciones, ellas en realidad son pocas, tales como los sistemas de control de la constitucionalidad y de la legalidad, la primacía del ejecutivo, la Cámara Única, etc. Más que instituciones, lo que hay que introducir, son adecuados mecanismos de control entre los poderes y sobre todo una enunciación de principios.

4.— ¿Cree Ud. que deben incorporarse todos los derechos humanos consignados en la Declaración Universal, aprobada por la ONU, en 1948, de la que el Perú es signatario?

R.— La Declaración de los Derechos Humanos es ya ley para el Perú desde 1959; incorporarlos todos creo que sería demasiado. Bastarían algunas ideas o principios centrales, y luego remitir lo demás a una ley procesal.

5.— ¿El Presidente debe contar con atribuciones constitucionales para disolver el parlamento?

R.— Este instrumento de la disolución es propia de los regímenes parlamentarios de gobierno, como Italia e Inglaterra. Si lo que se piensa, como lo creo sinceramente, es afianzar el Poder Ejecutivo, entonces no debe permitirse la disolución del Parlamento por parte del Ejecutivo, ni su correlato, que es la censura de los ministros por el Parlamento. Pero si uno entra, debe incorporarse el otro.

6.— ¿La constitución debe orientar al país hacia una nueva demarcación territorial y a la descentralización político-administrativa del Perú?

R.— La nueva demarcación territorial no debe incluirse en la constitución, sino debe darse en leyes especiales. Lo que sí creo que debe establecerse son los principios generales que animan toda descentralización de poder, tomando como referencia los casos de autonomía de las regiones, que se da en Italia, y los ensayos realizados durante la República Española en la década del treinta y que parecen ahora revitalizarse con el advenimiento de la democracia en España.

7.— ¿La constitución debe ser presidencialista o parlamentarista?

R.— El parlamentarismo, salvo en Inglaterra, está en decadencia. Nuestro sistema debe ser presidencialista, introduciendo los adecuados controles para evitar un desborde del Poder Ejecutivo.

8.— ¿Cómo lograr un Poder Judicial independiente, capaz y probo?

R.— Con una adecuada autonomía funcional y económica; sobre todo teniendo en cuenta que lo que más daño ha hecho al Poder Judicial es la injerencia política, como lo demuestra en forma clamorosa la llamada “primera fase.”

9.— ¿Debe hacerse extensivo el voto a los militares en su condición de ciudadanos?

R.— En el mundo no pasan de diez los países que conceden el voto a los militares (Estados Unidos, Rusia, Cuba, México, Turquía, etc.) Se trata pues de una excepción y no de una norma general, sobre lo cual no existe un consenso mayoritario. Nuestra experiencia remota y cercana nos dice que los militares han intervenido demasiado en nuestra vida constitucional. Darles el voto sería propiciar aun más su participación, sin contar por lo demás con el factor de

campaña electoral entre la tropa, que contribuiría a relajar la disciplina. Creo que los militares y en general las Fuerzas Armadas tienen un rol relevante en la marcha del Estado, pero ése no es precisamente mandar. El que lo hayan hecho durante varios períodos, y que incluso en determinadas ocasiones podría explicarse su intervención, no significa darles la prerrogativa del voto.

10.— ¿Considera que debe concederse el voto a los mayores de 18 años y a los analfabetos en las elecciones de 1980?

R.— Las principales constituciones del mundo otorgan el voto a los mayores de 18 años (lo hace Estados Unidos desde 1970 y Rusia lo ha incorporado en el proyecto de su nueva Constitución). Creo que los mayores de 18 años están en perfectas condiciones de ejercer ese derecho político. En cuanto a los analfabetos, si bien pueden existir razones poderosas para negarles ese voto creo que deben hacerlo, porque son una mayoría en el país, y porque además el no saber leer y escribir, no significa que desconozcan lo fundamental para poder elegir.

11.— ¿Qué opinión le merece el Forum organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, sobre “Bases para la Reforma de la Constitución”?

R.— Me parece una idea acertada y merece todo mi respaldo. El Colegio de Abogados de La Libertad se convierte en virtud de esta iniciativa, en un adelantado de la constitucionalidad.

12.— ¿Cuál es su opinión respecto de la restitución de las garantías individuales en el país?

R.— Enteramente favorable. Creará a no dudar el clima propicio para el gran debate nacional que recién se inicia para el retorno a la constitucionalidad.

13.— ¿Qué opinión le merece la Constitución de 1933? ¿Considera Ud. que es anacrónica?

R.— La Constitución de 1933 no es anacrónica; simplemente refleja su época, al igual que todo documento escrito. Ha cumplido una buena labor y pasará, a no dudar, como una de nuestras más estables y fructíferas constituciones.

14.— El Colegio de Abogados de La Libertad ha acordado pedir que el IX Congreso Nacional de Abogados a realizarse en Ayacucho, en octubre, dedique sus debates y conclusiones a la reforma de la Constitución. ¿Qué le parece este acuerdo del Foro Liberteño?

R.— Concuero perfectamente con ello, y sólo espero que los demás Colegios de Abogados de la República, la acojan para que el pedido se haga realidad.

15.— Cuál sería el carácter del nuevo Estado peruano en la futura constitución: ¿una República siempre unitaria, centralista; o unitaria regionalizada, o federal; u otra alternativa?

R.— Históricamente el Perú ha sido un país unitario y debe serlo porque aún tiene en su seno muchas fuerzas centrífugas. No debe ser federalizado, porque el federalismo no ha arraigado en nuestro suelo y está en franco retroceso histórico, salvo casos excepcionales. Sí creo que debe haber una redistribución territorial del poder, a fin de conceder fuerza efectiva a las regiones y evitar el asfixiante centralismo que todos padecemos. (Gilberto Reyna Mendoza).

§ 9

SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES^(*)

La acertada iniciativa de llevar a cabo un ciclo sobre aspectos de nuestra realidad constitucional, debe merecer nuestro más entusiasta respaldo, por cuanto el Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, al iniciar los debates, se coloca por así decirlo como un verdadero adelantado del constitucionalismo. Al doctor Arnaldo Estrada Cruz, su insigne Decano y animador, y a la Junta por él presidida mi más emocionado reconocimiento por haberme incorporado como Miembro Honorario de este Ilustre Colegio; al doctor Roger Zavaleta Cruzado, destacado jurista, quien con generosidad desbordante ha resaltado etapas de mi vida que me fueron muy gratas, demostrando que no sólo es jurista cabal, sino también poseedor de una rara erudición. A ellos mi gratitud y reconocimiento.

Hoy debemos hablar de la clasificación de las constituciones, tema abstruso, difícil y si se quiere un tanto alejado de las inquietudes diarias del hombre común y corriente. Pero el tema, no por ser tan académico, ha dejado de tener importancia, pues de sus consecuencias se pueden desprender realidades tangibles, que todos tarde o temprano, sufriremos en beneficio o en demérito. Entremos pues de lleno al tema y diremos que por clasificación se entiende el acto de ubicar un determinado texto constitucional de acuerdo a sus características externas, es decir, su morfología; a diferencia de los tipos o tipología constitucional, que intentan situar un texto dentro de la naturaleza del concepto mismo. Y sin adentrarnos más en tan espinoso tema, pasaremos a las que tradicionalmente, –y siguen vigentes hasta ahora con algunos añadidos– son consideradas como clasificaciones de las Constituciones.

La más antigua de las clasificaciones está referida al aspecto meramente formal, o sea su presentación física. Así tenemos que originalmente se han distinguido en **escritas** y **consuetudinarias**, esto es, en constituciones que como tales estaban en un determinado texto llamado Constitución, tal como por ejemplo la actual Constitución de Francia o Italia, a diferencia de aquéllas que se basan en la costumbre, en la tradición y en los precedentes judiciales, tal como es el caso de Inglaterra, país que además cuenta con algunos textos básicos, que se inician en el siglo XIII con la Carta Magna. Así, la costumbre de que el Rey inglés no asiste al Consejo de Ministros, nació en la época de Jorge I

^(*) Síntesis de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de La Libertad el 2 de setiembre de 1977, dentro del Forum “Bases para la Reforma de la Constitución” y reseñada en el diario “La Industria” de 3 de setiembre de 1977.

(1714). Se cuenta que a este buen Rey, de origen alemán y poco ducho en el idioma inglés, le aburrían tremendamente las reuniones con sus colaboradores, no sólo porque desconocía el idioma, sino porque su temperamento frívolo lo arrastraba más hacia diversiones tales como la caza y otras similares. Fue entonces que los asistentes del Rey, los Ministros, se reunieron a trabajar en forma aparte y desde entonces surgió la costumbre de que el Rey nunca participa en los Consejos de Ministros; y esto continúa hasta nuestros días. No existe ningún dispositivo legal, pero la costumbre se implantó y tiene más fuerza que cualquier ley escrita. El caso de Inglaterra es en realidad excepcional. Hoy prácticamente casi todos los países del mundo tienen constitución escrita, o parcialmente escrita, quedando la salvedad de Inglaterra, y algunos países que fueron sus dominios (como Israel, por ejemplo). A su vez, las constituciones escritas pueden ser **codificadas** o **dispersas**, esto es, cuando se hallan en un solo texto, o cuando por el contrario, se encuentran en distintos documentos. La tendencia moderna es tener un texto único, codificado, aun cuando hay casos, como la España actual, que cuenta con diversos textos con nivel constitucional (Ley de Fuero de los Españoles, Ley de Sucesión, etc.)

Por la forma como puede ser modificada, una constitución puede ser **rígida** o **flexible**, según la terminología introducida a fines del siglo pasado por Lord Bryce. Es rígida, cuando la constitución necesita ser modificada mediante un procedimiento legislativo distinto al de la aprobación de las leyes; tal como en nuestra tradición constitucional y en la mayoría de los países del mundo (en Estados Unidos, por ejemplo la modificación de la Constitución resulta un verdadero **via crucis**, por el sistema federal existente) y es flexible cuando cualquier ley puede modificar la constitución, tal como sucede por ejemplo en Inglaterra, en la cual el Parlamento en cualquier momento podría derogar la Ley de Habeas Corpus de 1679. No obstante esto, desde el punto de vista de la realidad política, a veces las constituciones flexibles resultan ser rígidas, como es el caso de Inglaterra, en donde el peso de la tradición y un largo hábito han hecho muy difícil el cambio de determinados dispositivos constitucionales. Habrá que tener presente aquí el aspecto jurídico, pero vinculándolo también con la realidad política, para no dejarnos engañar por lo normativo.

Por su origen o forma de establecimiento, las constituciones pueden ser **otorgadas**, **pactadas** y **democráticas**. Son otorgadas cuando son producto de un acto de liberalidad del soberano, como son todas las Cartas y Fueros de origen medieval; simplemente se trata de un acto de gracia, como el Fuero de los Españoles de 1945; son pactadas, cuando hay acuerdo entre gobernantes y gobernados para un texto determinado, como sucedió con la Constitución francesa de 1830; y son democráticas, cuando ellas surgen de la libre discusión de asambleas integradas por representantes del pueblo. No hace falta añadir, que estas últimas son las que en el sistema occidental cuentan en la actualidad con mayor predicamento.

Por su grado de innovación desde el punto de vista constitucional y político, se distinguen las constituciones en **originarias** y **derivadas**. Son originarias aquellas que crean estructuras novedosas que están llamadas a perdurar; sistemas de gobiernos aplicables a distintas realidades, categorías que tienen, por así decirlo, un valor suprahistórico; tales constituciones son las que crearon el parlamentarismo británico, la Constitución norteamericana de 1787 (que creó el presidencialismo), la Constitución francesa de 1793 (que creó el gobierno de Asamblea), las Constituciones napoleónicas (que crearon el cesarismo plebiscitario), la Constitución francesa de 1814 (que fijó los caracteres de la monarquía constitucional), la Constitución belga de 1831, las constituciones rusas de 1918 y 1924 y la Constitución China de Kuomintang de 1931 y quizá la francesa de 1958. Son constituciones derivadas todas las demás, unas simplemente derivadas, es decir, que tuvieron uno de estos modelos como inspiración más o menos consciente o que fue una adaptación más o menos ingeniosa; otras, como las más de las veces en América Latina, simple y llanamente copiadas o calcadas.

Por su orientación las constituciones, según dice Löewenstein, pueden ser **ideológico-programáticas** o **instrumentales**. Son ideológico-programáticas, aquéllas que hacen hincapié en los fines y objetivos del Estado, las que se detienen en definiciones que encierran valores que alcanzar, como son por ejemplo la reciente Constitución de la URSS de 1977 y la Constitución yugoeslava de 1974; son constituciones neutras o instrumentales, aquéllas que rehúsan o limitan toda referencia ideológica, tratan de precisar en el texto constitucional, de manera preferente, la mecánica y el funcionamiento del poder; tal como se puede apreciar en la Constitución de Bismarck de 1871, o en las constituciones francesas de 1871, 1946 ó 1958, esta última en vigor.

En relación con su vigencia política, Löewenstein, distingue entre constituciones **normativas** (la que es efectivamente aplicada y respetada como es el caso de las constituciones europeas), **nominales** (aquella que no es aplicada pues la realidad político-social no está madura para ello como son la generalidad de las constituciones latinoamericanas), y las **semánticas** (que representan sólo una formalización de una preexistente situación de poder, y que por ende, tiene eficacia, como la Constitución cubana de 1976, y países con regímenes comunistas).

Debemos agregar por último una clasificación que no hemos visto en los tratadistas y que formulamos hace algunos años, pero que sin lugar a dudas presenta un aspecto de interés, aun cuando está en cierta manera vinculada con las anteriores, y que sería la diferencia entre constituciones **principistas** y constituciones **reglamentistas**. De acuerdo con este criterio, una constitución será principista cuando contenga simplemente los grandes criterios que deben

operar en el texto constitucional sobre la estructura de los poderes y el rol de los ciudadanos; estas constituciones por lo general son breves, como por ejemplo la de De Gaulle de 1958 y la China de 1975, con sólo 30 artículos; en estos casos, se deja a leyes especiales la reglamentación de los demás aspectos constitucionales. Por el contrario, son constituciones reglamentistas, aquéllas que pretenden encerrar en el texto toda una casuística constitucional, y en consecuencia lo hacen largo, pesado y detallado; tal es el texto de la India de 1950, con 395 artículos, la Constitución yugoeslava de 1974, entre otras.

Si las anteriores clasificaciones las quisiéramos verter al Perú, tendríamos que decir lo siguiente. En primer lugar, nuestras constituciones no han sido originales, han sido siempre derivadas y muchas veces simplemente copiadas. Este no es un mal nacional, en general en toda América Latina no existe originalidad a nivel de textos constitucionales; quizá México se salve un poco de esto, por el hecho de que su texto de 1917 fue el primero en el mundo que introdujo inquietudes sociales entonces desconocidas o por su creación del Amparo; pero esto son agregados dentro de un contexto mayor que sigue huellas creadas por otros.

Nuestras constituciones, claro está, han sido todas escritas, y aquí hemos seguido el tono de todo nuestro sistema romanista, que como se ha dicho, empieza en un código y acaba en otro.

Además nuestras constituciones, han sido codificadas, han sido de un solo texto; han sido además rígidas, ya que exigen siempre una modalidad especial para ser cambiadas, totalmente distinta y más morosa que la dación de leyes ordinarias. En nuestro período republicano, nuestras constituciones han sido democráticas, o sea dadas por asambleas, no interesando aquí el grado de representatividad que en su momento tuvieron, destacando como excepción, el caso de la Constitución Vitalicia que prácticamente fue impuesta por Bolívar, pero que no duró ni dos meses.

Hemos tenido además una larga tradición ideológica. Nuestros textos políticos han pretendido ser largas declaraciones de principios, con abultados contenidos ideológicos; la parte instrumental ha existido también, pero el tono general ha sido siempre ideológico, eso explica por qué han sido clasificadas en el siglo pasado como liberales o conservadoras, y su vigencia ha dependido de la orientación política del régimen. Como consecuencia de lo anterior, todas nuestras constituciones han sido reglamentistas, esto es, detalladas y con largos y tediosos artículos; han sido brevarios de educación cívica en el buen sentido de la palabra, antes que ágiles instrumentos de gobierno. Han sido también nominales, porque ha habido siempre un desfase entre los textos y los hechos.

En vista de lo anterior, ¿qué lección o provecho debemos sacar de esta experiencia histórica, tanto propia como ajena, ahora que se piensa dar una nueva Constitución?

Antes que nada, debemos pensar que el Perú ha tenido diez constituciones, y la próxima será la undécima. Esto es realmente serio y conviene que hagamos un verdadero esfuerzo para pensar que la próxima constitución debe tener larga vida; no puede ser que dure corto tiempo y luego sea cambiada. Sabemos que los pueblos desarrollados generalmente no cambian de constitución; si bien éste no es el caso del Perú, podemos empezar por lo menos con el intento. En este sentido, y si queremos que un texto dure, tiene que ser de tal naturaleza que por sus enunciados generales no encuentre mayores tropiezos con las distintas tendencias políticas. Lo ideológico en el nuevo texto debe estar reducido al mínimo y la parte instrumental puede ser breve pero precisa. Debe contener sólo principios generales, dejando para leyes posteriores su reglamentación. Debe ser rígida, exigiendo un mínimo de 6 meses para ser modificada, pero debe crear entre el texto constitucional y las leyes ordinarias, una nueva categoría denominada ley constitucional, que sólo pueda ser cambiada en un procedimiento que dure 3 meses, dándole así rigidez, leyes que contendrán la reglamentación detallada de aquellos aspectos que la constitución no lo hizo, por salvaguardar precisamente su brevedad. Pienso que si solamente tenemos en cuenta estos pequeños conceptos, ya habríamos ganado mucho en la elaboración de un nuevo texto, con pretensiones de durabilidad. Ojala que la incontenible retórica de nuestros políticos no frustre este saludable empeño.

§ 10

¿EXISTE UN PRIMER PODER DEL ESTADO?^(*)

El último domingo 25, en el programa “Contacto Directo”, el doctor Andrés Townsend Ezcurra ha vuelto a sostener, esta vez con mayores precisiones, la tesis de que el Parlamento es el primer poder del Estado. Ha señalado asimismo que esto lo afirma la teoría constitucional reciente y que prueba de ello son la mayoría de las constituciones del área socialista. Como quiera que estas ideas pesarán en el debate de la Asamblea Constituyente y eventualmente en nuestra futura constitución, conviene hacer algunas precisiones a la tesis.

Que el Parlamento es el primer poder del Estado, es una tesis que en nuestro concepto no resiste el menor análisis. En efecto, hace muchos años que la doctrina no habla de poderes sino de funciones del Estado. No tiene sentido en consecuencia afirmar que existen poderes ni que alguno sea primero o segundo, sino simplemente funciones, ya que el Poder –al igual que Dios– es uno y trino a la vez. Que la dogmática de los textos constitucionales utilice la palabra “poder” por comodidad, conveniencia o costumbre, es algo distinto, pero no se puede sobre esta base sentar toda una doctrina. Más bien, es más adecuado hablar de cuál de las funciones del Estado (o si se quiere cuál de los poderes) es el que tiene mayor representatividad, mayor capacidad de decisión o mayor peso en la marcha del Estado. Y esto sí que es interesante, porque todo ello dependerá del sistema de gobierno que adoptemos, sea el sistema presidencial que tenemos por tradición, por historia y por costumbre o sea el sistema parlamentario de gobierno que tienen algunos países europeos. En estos casos en consecuencia, no se trata de que existe un primer o segundo poder, sino que la gravitación política recae en un órgano; sea el parlamento en el caso de Inglaterra, sea el Presidente de la República, en el caso de los sistemas presidencialistas. Pero, aun en el caso de los sistemas parlamentarios, observamos que la gravitación de la fuerza política recae en el Gabinete, de tal manera que ha podido observar Maurice Duverger, que los últimos años se caracterizan por la declinación del Parlamento y por el auge del Ejecutivo, sea éste el Presidente de la República o el Primer Ministro y el Gabinete en los sistemas parlamentarios.

Existe otra razón más para no hablar de primero o segundos poderes. Y es el hecho admitido por la doctrina de que no existe separación de funciones ni

^(*) LA PRENSA, 7 de julio de 1978.

separación de “poderes” sino que esto de la separación que daría origen a esta fórmula, no es más que un mito que heredamos del constitucionalismo liberal y dieciochesco.

Así las cosas, en todo Occidente no encontramos ni en la doctrina ni en la dogmática, nada que muestre un indicio de la vitalidad o resurgimiento del Parlamento, sino que por el contrario éste se halla cada vez más en retroceso, en busca de fórmulas más adecuadas a nuestro tiempo.

Lo dicho anteriormente puede ser confirmado con el caso de las constituciones de los países socialistas, que han adoptado el llamado “régimen de asamblea”. En la URSS (cuyo modelo siguen las democracias populares) no existe división de poderes (o funciones). Más bien hay un solo órgano, que es el superior dentro de la estructura estatal, que es el Soviet Supremo (o Parlamento en sentido occidental). Pero este Soviet (que tiene 1,500 miembros) se reúne dos veces al año, nunca más de 10 días, y generalmente no decide nada (salvo la confirmación de actos adoptados por otros). Es más bien el Presidium y el Consejo de Ministros (nombrados por el Soviet) quienes manejan el país durante los 355 días del año en que el Soviet no se reúne. Así, siendo el Soviet órgano supremo, resulta en virtud de sus pocas deliberaciones, supeditado a lo que decidan estos órganos, que constituyen en realidad el ejecutivo del sistema. Si yendo más allá analizamos la realidad, veremos que incluso el Soviet es elegido por la ciudadanía entre las listas que confecciona el Partido Comunista, con lo que en la práctica el poder señalado en la Constitución se esfuma y todo se reduce a la política partidaria. Esto explica porqué el Secretario General del Partido Comunista es más importante que el Presidente del Presidium. No es pues la URSS el ejemplo que confirme la preeminencia del parlamento, sino que por el contrario la niega.

No hay duda que algunos aportes del Apra a nuestra problemática política son sustanciales (tales como el no bien estudiado Congreso Económico Nacional, que aparece en los discursos del líder aprista desde la década de 1930). Pero ésta del parlamento como “primer poder del Estado” es una tesis novísima, ajena a la historia del partido, y en todo caso comprensible quizá dentro del contexto 1963-68; pero inadmisibles en los actuales momentos, en los que precisamente se quiere legislar para el futuro.

§ 11

¿UNA CONSTITUCIÓN PARA EL SIGLO XXI?^(*)

En la sesión de instalación de la Asamblea constituyente, Haya de la Torre, en su calidad de Presidente del único poder legítimo del Estado, señaló que la nueva constitución deberá ser la primera del siglo XXI. Esta aseveración fue hecha en un contexto bastante claro, pero como siempre sucede en nuestro medio, la palabra hablada se entiende mal, fuera de contexto, y a veces al revés.

El hombre común y corriente se ha preguntado –y así lo hemos escuchado– por qué debemos pensar en el siglo XXI y no en el actual, ya que al fin y al cabo nosotros vivimos el presente, y ninguno tiene la evidente certeza de llegar al año 2000. ¿Es que acaso Haya ha hablado en términos que pudiéramos llamar de derecho-ficción?

Evidentemente que no. Lo expuesto en el discurso presidencial es un apotegma que los constitucionalistas se han encargado de señalar desde hace más de un siglo, pero que hasta ahora los políticos y el hombre de la calle no parecen haber comprendido. Y es que las constituciones, al revés de las leyes ordinarias y de los dispositivos menores, deben tener perspectiva de futuro y ser de larga duración. Así lo han entendido los grandes países desarrollados de Occidente, entre cuyas costumbres no está precisamente la de cambiar de constitución cuando cambia el gobierno, como parece ser la práctica folclórica de nuestros pueblos.

La idea es pues, otra. Una constitución se sanciona para durar, y si debe durar no es porque ella sea eficiente, sino porque sus principios siguen siendo válidos.

Aclarado lo anterior, cabe pensar que es menester hacer un esfuerzo para que esta nueva carta tenga larga duración. Para ello es menester advertir que la longevidad de un texto tiene dos explicaciones: la primera de orden exógeno, es decir, externo, y que está expresada en los condicionantes socio-políticos que tiene todo texto constitucional. Hay que advertir, contra lo que creen muchos ingenuos, que la constitución no se sostiene en sí misma, ni ella es garantía de su cumplimiento; por el contrario, ningún texto puede funcionar fuera de este contexto social que lo condiciona y limita, y que precisamente por

^(*) LA PRENSA, 30 de septiembre de 1978

ser tal, no está al alcance directo de los constituyentes (aquí pues su tarea es discreta y si se quiere hasta modesta). El segundo aspecto, es un factor de orden endógeno, es decir interno, y que consiste en la manera cómo la constitución, desde un punto de vista inherente a ella misma, puede contribuir a su existencia. Se trata aquí de la estructura interna de la constitución, o dicho en otras palabras, de cómo ella puede ser clasificada.

Y el punto es el siguiente; o se elabora una constitución principista (o analítica) o se prefiere una constitución extensa (o reglamentarista). La idea que anima a la primera es que la constitución, sin ser un texto largo, debe ser sobria en su exposición, conteniendo solamente los principios más generales en lo que se refiere a los derechos fundamentales y a los medios para protegerlos, así como los mecanismos precisos para el comportamiento y control entre los poderes.

Los demás aspectos, deberán ir tratados en leyes o estatutos constitucionales (como decía en días pasados Alberto Borea O., en estas mismas páginas) y cuya modificación debe tener un trámite especial. Lo contrario es caer en toda nuestra tradición republicana, de textos muy ceñidos y detallados, que envejecen con el tiempo. Es preciso hacer hincapié en esta idea fundamental, ya que una constitución no puede ser un memorial de agravios ni un catecismo político.

Algunos desaprensivamente han afirmado que es necesario incluir en la constitución “todo”, porque de esa manera se “garantiza” la vigencia del principio (craso error, porque la constitución no es precisamente el ideal para garantizar nada, muchas veces son las fuerzas sociales las que mejor lo hacen; como es el caso de la jornada de 8 horas, que no está incluida en la Constitución).

Por eso es que Lord James Bryce, el célebre historiador y jurista inglés, en un libro sobre los Estados Unidos que aún hoy puede leerse con provecho, señaló que la sabiduría de los constituyentes de Filadelfia consistió en haber redactado un texto general, con grandes principios, de tal manera que se logró un consenso entre las diversas tendencias representadas en aquella época, y sobre todo permitió que las circunstancias de orden político, social y económico, fueran modelando ese texto, adecuándolo a las necesidades del futuro, que hoy, con casi doscientos años de vigencia, han hecho de ella la Constitución más antigua, la más respetada y la más estudiada del mundo.

§ 12

LOS ORÍGENES DEL BICAMERALISMO^(*)

Es lógico prever que uno de los temas que más apasionado debate despertará en el seno de la Asamblea, es el de la composición del poder legislativo o parlamento, como en lenguaje usual se le denomina. Se entiende por Legislativo el órgano que tiene como función principal la de fiscalizar al poder central y expedir las leyes, y cuya estructura tiene diversas variantes. Por estructura se entiende la existencia de una cámara, dos cámaras, tres cámaras o más. Lo referente a las tres o más Cámaras es algo que no debe llamarnos la atención, pues ha habido experiencias en ese sentido. En el Perú la Constitución Vitalicia (que de tal tuvo solamente el nombre) previó la existencia de tres Cámaras: los Tribunales, los Senadores y los Censores (Bolívar como legislador no estuvo a la altura de su genio político). Pero en la actualidad el problema está planteado en la siguiente alternativa: o una cámara (monocameralismo o monocameralismo) o dos cámaras (bicameralismo o bicameralismo). A favor y en contra de estas dos tendencias existe un debate que tiene ya muchos años, y que llena los anaqueles de copiosas bibliotecas extranjeras. Un eco de este debate llegó al Perú, y en cualquier momento se reabrirá. Como quiera que esta inquietud es de singular importancia, trataremos en una serie de artículos, que publicaremos en este diario, los alcances de esta problemática. Y para ello, nada mejor que iniciarnos con el bicameralismo –tópico clásico– en lo referente a sus orígenes.

El bicameralismo aparece en la Inglaterra feudal del siglo XIV. Como se sabe, Gran Bretaña es quizá el país que más ha contribuido al desarrollo de las instituciones políticas fundamentales, las que nacieron, no como Minerva de la cabeza de Zeus, sino como producto de una larga y sangrienta experiencia política. El parlamento, que era el lugar en donde los nobles del Reino se reunían a dialogar, había dejado de lado a todo un vasto sector que no ostentaba títulos nobiliarios. El hombre libre que figura en la célebre Carta Magna no es el hombre común y corriente, ni tampoco el que vive en los distritos y condados, sino los barones que eran los únicos con personalidad jurídica. Esta cámara (es decir, cuarto o recinto) donde se reunían los barones, se llamó por eso Cámara de los Lores; a ella fue sumada en esta época la llamada de los Comunes, que integraban los hombres comunes y corrientes, los que no eran nobles. Quedó así prefigurada la existencia de dos cámaras a las cuales se accedía por el distinto origen social, económico y político, de cada

^(*) LA PRENSA, 18 de octubre de 1978.

cual. Aun cuando hoy la Cámara de los Lores ha quedado convertida en un símbolo más que en una realidad efectiva, Inglaterra, pegada a sus tradiciones, la mantiene como rezago de una época que se ha esfumado. Hoy la Cámara alta es la cámara nobiliaria, aristocrática y hereditaria; la Cámara baja es la cámara política, la que en realidad detenta el poder, a tal extremo, que muchos (como Lord Home) han preferido renunciar a la primera para poder disfrutar del poder que le otorgaba la segunda.

Si este fue el origen en Inglaterra, en Estados Unidos primaron otras razones. Como se sabe, las trece primeras colonias eran independientes entre sí, y sólo más tarde conformaron un solo Estado. A fin de limar asperezas y evitar que los estados más numerosos primasen sobre los menos poblados, se idearon dos cámaras: el Senado estaría integrado por 2 representantes de cada Estado. En la cámara baja, o Cámara de los Representantes, la representación era proporcional a la población. Se equilibró así los intereses de los Estados con el de la naciente federación. A este órgano legislativo no lo llamaron parlamento, como en Inglaterra, sino congreso. A distinta tradición nacional, buscaron distinto nombre, aun cuando el órgano sea el mismo.

En Francia el poder legislativo se inició en rigor con la Revolución Francesa. La Asamblea Nacional (así la denominaron) era una sola cámara, no dos. Pero los turbulentos sucesos de la época, y sobre todo el período conocido como el "terror", aconsejaron prudencia y mesura en el gobierno. A la cámara única se le añadió otra cámara: la llamada cámara de la reflexión. Como quiera que una sola podía excederse y ser arrastrada por el torbellino de las pasiones, era necesario colocarle al lado otra cámara, compuesta por gente mayor y más sensata, para enfriar los entusiasmos. Los franceses buscaron una solución a sus propios problemas, y a este órgano al que llamaron Asamblea (después han utilizado diversos nombres) lo hicieron bicameral, para buscar un mutuo equilibrio.

Estos han sido en síntesis, los orígenes del bicameralismo occidental, que **mutatis mutandi** han imitado los países del Este. Los mismos argumentos que fueron determinantes en su origen, siguen siendo barajados hasta hoy, aun cuando algo nuevo se haya añadido. Debemos preguntarnos si el Perú, que tradicionalmente ha sido bicameralista, encuentra todavía válidas estas razones, y en virtud de qué argumentos aceptará en la nueva constitución una cámara o dos. Pero este problema requiere ser analizado en otro artículo.

§ 13

LAS RAZONES DE LA SEGUNDA CÁMARA^(*)

En la actualidad podría decirse que existen varias modalidades de bicameralismo, cada una de ellas respaldada por diferentes tradiciones históricas y fundamentos teóricos. Sin ánimo de ser exhaustivos, intentaremos una clasificación a manera de hipótesis de trabajo. Así podríamos distinguir las segundas cámaras en a) federales, b) aristocráticas, c) funcionales y d) políticas.

Las segundas cámaras federales (ya las vimos en nuestro artículo anterior) surgen como necesidad casi inevitable de todo Estado que quiere conjugar los intereses de los estados miembros con el de la Federación que los agrupa. Es importante tener presente que esta idea está concebida dentro del supuesto del federalismo como forma de Estado, distinta al concepto de Estado unitario, y distinta también del Estado Regional postulado por la doctrina italiana en la década del treinta (Ambrosini) y hecho realidad en Italia con la vigente Carta de 1947.

Ejemplos de este tipo los podemos ver en la experiencia soviética, en Suiza, etc.

Las segundas cámaras aristocráticas han desaparecido prácticamente en la actualidad, de la que queda como rezago solamente la Cámara de los Lores, constituyendo este originalísimo caso inglés lo que se ha denominado como "bicameralismo imperfecto".

No obstante, deberá tenerse presente que la Cámara de los Lores aún tiene funciones. Está compuesta por aproximadamente 585 Pares temporales y 26 Pares espirituales, y tiene facultades suspensivas que se ejercen mediante el derecho de veto, que puede ejercerse durante dos sesiones sucesivas (salvo que se trate de proyectos de orden financiero), pero este veto puede ser superado, y además la competencia sobre dichas materias es decidida por la Cámara de los Comunes. La Cámara de los Lores guarda todavía (en contados casos) un poder jurisdiccional que lo ejerce como Tribunal de Apelación, y sólo a través de los jueces de carrera miembros de dicha Cámara.

^(*) LA PRENSA, 30 de octubre de 1978.

En cuanto a las cámaras funcionales, ellas surgieron sobre todo en el período de entreguerras cuando al amparo de la experiencia y el descrédito del parlamentarismo clásico, se ideó una forma de representación no política, que fue auspiciada por la doctrina y por la Iglesia Católica. Esta representación funcional tuvo sus más remotas raíces en el corporativismo que venía de atrás, y tuvo su experiencia más radical y deformada en la Italia fascista. El descrédito de la experiencia italiana trajo consigo el descrédito de esta idea, lo que ha llevado a muchos a identificar corporativismo y funcionalismo con fascismo, confundiendo de tal suerte las hojas con el árbol y el género con la especie. En los últimos años, el ejemplo más interesante es sin lugar a dudas la experiencia yugoslava, que ha tenido diversos matices a través de sus diversas constituciones.

Por último, las segundas cámaras políticas, son las que más predicamento tienen en la actualidad, y no son incompatibles con las otras ya mencionadas. Así, la Cámara alta en la constitución norteamericana, no obstante tener su razón de ser en la estructura federal del país, tiene su origen en el voto popular. Pero lo que hay que retener de esta idea, es que por segundas cámaras políticas se entiende fundamentalmente aquéllas que tienen como motivo fundamental, el ser un equilibrio o factor de reflexión en los mecanismos de gobierno. Dentro de esta modalidad existen diversas variantes de las cuales mencionamos de manera general las siguientes: a) distinción entre las cámaras por el distinto origen regional o departamental, o sea cuando tienen como referencia un distinto marco territorial, b) distinción por las diferentes maneras de elección, sea directa o indirecta, y c) distinción en las diferentes prerrogativas, esto es, se reserva a la Cámara baja la totalidad de las facultades legislativas, con cargo a la ratificación por la Cámara alta de determinados aspectos importantes para la marcha del Estado (las que incluso las puede ejercer con exclusividad) o en su defecto, se trata de dos cámaras que tienen iguales e idénticos poderes.

Como es fácil suponer, el debate constituyente que vive el Perú actualmente, tendrá que girar en torno a estas dos últimas modalidades, es decir, el problema de la segunda Cámara política y la segunda Cámara funcional. A ellas dedicaremos nuestros próximos artículos.

§ 14

LA SEGUNDA CÁMARA POLÍTICA^(*)

Desde que el Perú proclamó su independencia en 1821, dejó atrás la problemática de la monarquía y su secuela: la existencia de un sector nobiliario. Por ello es que el problema de la segunda cámara aristocrática, que hoy todavía mantiene Inglaterra, es algo que no está dentro del horizonte de nuestras posibilidades. La segunda Cámara Federal –de la que es clásico ejemplo los Estados Unidos– tampoco será objeto de los debates, pues el federalismo como tema de nuestra problemática constitucional, es ya sin lugar a dudas un tópico superado. Pero la segunda cámara política y la funcional, tendrán una honda resonancia. En la primera nos detendremos en este artículo.

De todos los argumentos esgrimidos para sostener la existencia de esta segunda cámara de la reflexión (o política), podríamos sintetizar en cuatro los que a nuestro juicio condensan el problema. El primero señala que una segunda cámara asegura una mayor representación política; esto es, se daría así un más amplio sustento democrático. Se agrega por otro lado que la dualidad de las cámaras es una garantía frente al posible despotismo de la cámara única, la que sin control alguno, podría excederse en sus tareas legiferantes. Se arguye también que la segunda cámara sirve de árbitro entre los eventuales conflictos entre la Cámara baja y el Ejecutivo, y que de tal manera se haría factible una marcha ordenada de los asuntos del Estado; y por último, se sostiene que la presencia de una segunda cámara evitaría la precipitación en las decisiones que pudiera tomar la cámara única.

Personalmente y aun aceptando el peso que tales argumentos tienen –y que aquí sólo hemos esbozado– debemos manifestar que no llegan realmente a convencernos, pues creemos que en los actuales momentos es preferible la Cámara única. Analizando los argumentos antes señalados podríamos darles la respuesta siguiente: en cuanto al aseguramiento de una mayor representatividad, podríamos responder que ella puede lograrse con una más alta composición numérica de la cámara, de tal manera que el resultado sea un verdadero espectro de la opinión pública. En lo que se refiere a la precipitación de las decisiones que pudiera tener una cámara única, y que la dualidad sería una garantía frente a tales excesos, creemos que se trata de un argumento de peso, pero halla su contrapartida en otros institutos. Debemos tener presente

^(*) LA PRENSA, 1º de noviembre de 1978.

además, que lo que caracteriza al parlamento moderno no es precisamente la rapidez, sino la lentitud, con lo cual en vez de corregir el mal, contribuimos a agravarlo. Pensamos además que la presencia de la Cámara única presupone necesariamente la facultad de disolución que debe otorgarse al Poder Ejecutivo, derecho que, para evitar la omnipotencia del Ejecutivo, podría limitarse a una vez por período gubernamental, de tal manera que sería el electorado quien en última instancia dirimiese el conflicto. Por último, y en lo referente a la facultad o posibilidad de árbitro que tendría la segunda cámara en la eventualidad de un conflicto de poderes, ello también se resuelve mediante la disolución antes anotada, y sobre todo con la introducción en nuestro sistema del veto presidencial, el cual sería suspensivo, con la posibilidad de ser superado por la cámara únicamente mediante una mayoría altamente calificada. Si bien pensamos que los controles existentes en el bicameralismo y en el unicameralismo no son perfectos, creemos como menos malo este último. Por lo pronto, hay que tener presente que el movimiento constitucional de la segunda post-guerra ha abandonado paulatinamente el bicameralismo, y si bien en la doctrina se trata de un tópico objeto todavía de agudas polémicas, el movimiento a su favor sigue avanzando lentamente, pero en forma segura. Muchos países socialistas y centroamericanos han adoptado la cámara única así como lo han hecho más o menos recientemente Dinamarca, Suecia, Israel, Siria, Noruega y Finlandia. En los momentos actuales de franca preeminencia del Poder Ejecutivo, la presencia de una segunda cámara no quita ni añade nada a la actual eficacia del gobierno. La historia bicameral que ha tenido el Perú –como lo veremos en nuestro próximo artículo–, es sin lugar a dudas un punto importante de referencia, pero las experiencias históricas por más ilustrativas que sean, no tienen porqué atar necesariamente nuestras actuales decisiones.

§ 15

EL BICAMERALISMO EN EL PERÚ^(*)

El Perú republicano, por lo menos en el siglo XIX, tuvo una neta influencia norteamericana y francesa en el ámbito constitucional. La primera se manifestó en la figura del Presidente de la República –inventada en América, según dijo André Siegfried– y la composición dual de las cámaras; de la segunda tomamos, entre otros aspectos los derechos del hombre y del ciudadano, acogidos bajo el erróneo epíteto de “garantías” constitucionales. Con tales ejemplos, el Perú siguió el esquema bicameral que hasta ahora ha continuado en forma ininterrumpida; aun cuando deban hacerse dos notables excepciones: las contenidas en las constituciones de 1823 y 1867, que por las especiales características políticas de la época no llegaron a implantarse.

El debate que nos interesa es el que surgió en la década del 30, a raíz del Congreso Constituyente de aquel entonces. Al respecto se formaron tres temperamentos en el seno del Congreso; uno a favor de la cámara única, otro que propiciaba la subsistencia dual de las cámaras, y un tercero que pregonaba un sistema mixto, compuesto por una cámara baja de origen político y una cámara alta de origen funcional (posiciones éstas que fueron debidamente fundamentadas en los respectivos dictámenes leídos en la sesión de 20 de enero de 1932).

El dictamen a favor de la cámara única estuvo firmado por diversos representantes, entre los que destacan la actitud asumida por el Partido Aprista a través de Luis Alberto Sánchez, quien en apasionadas intervenciones sostuvo su necesidad ineluctable, acompañado también por el verbo de Manuel Seoane. En esos memorables debates, Sánchez se pronunciaba por la Cámara única de origen político, y en el futuro por una cámara única funcional, es decir, por una representación funcional.

El dictamen a favor del mantenimiento de la estructura bicameral se apoyó en la tradición del Perú, y estuvo igualmente avalado por ilustres representantes, entre ellos por Carlos Sayán Álvarez, P.A. del Solar y Carlos Chirinos Pacheco (padre de los actuales constituyentes Chirinos Soto); entre otros.

^(*) LA PRENSA, 3 de noviembre de 1978.

Por último, el tercer dictamen propiciaba una estructura mixta no ensayada hasta entonces; una Cámara de Diputados de origen popular y un Senado Funcional, elegido por el voto gremial.

En este cuadro –conviene recalcarlo– no apareció el Congreso Económico Nacional, ni tampoco el Partido Aprista lo planteó a juzgar de la revisión que hemos efectuado de los debates. Más bien la idea del Consejo de Economía Nacional fue propuesta por Víctor Andrés Belaunde, tomándola de la Constitución de Weimar de 1919.

El resultado favoreció la adopción del Senado Funcional, pero éste en la práctica nunca se implantó y por último en 1941, fue dejado definitivamente de lado. Pero no obstante esta aparente derrota, ha persistido en la práctica y en el pensamiento peruano cierta tentación corporativa, aun cuando el nombre hoy día asuste por el parentesco que guarda con las experiencias europeas de entreguerras. El pensamiento católico se ha mostrado en alguna oportunidad favorable a él (aunque no de manera integral) así como el Movimiento Social Progresista (como lo señala Julio Cotler en su reciente libro) y también en ciertos medios demócratas cristianos, pero como solución aparentemente transitoria. En la doctrina peruana, acogen dicha idea José Pareja Paz-Soldán y Alfredo Quispe Correa, con diversos matices. Aun cuando no aceptamos este planteo en la hora actual, no por ello debemos negar su importancia, lo que lamentablemente y por factores demagógicos y excesos verbales, no ha permitido todavía que sea estudiado en su justa dimensión.

§ 16

LAS MUTACIONES DEL CONGRESO ECONÓMICO NACIONAL^(*)

La primera vez que aparece la noción de Congreso Económico Nacional en nuestra literatura política, es en el diario “La Noche”, de 30 de abril de 1930, en el cual se transcriben las declaraciones que desde Europa formulaba el joven líder del Apra, y que se reafirmaría en otro reportaje publicado en “La Prensa” de 18 de abril de 1931. Pero en donde aparece con mayor nitidez, es en el discurso magistral conocido como discurso-programa que Haya de la Torre pronuncia en la Plaza de Acho el 25 de agosto de 1931. Dijo allí: “Si no conocemos nuestra realidad económica, si no sabemos tan siquiera cuántos habitantes tiene el Perú ... necesitamos reunir una asamblea de carácter económico en la cual estén representados todos los que intervienen en alguna forma en la producción de la riqueza: capital y trabajo nacionales y extranjeros ... El obrero y el campesino frente al empresario y al propietario para discutir juntos nuestra realidad, para investigar qué somos económicamente, y una vez que conozcamos qué somos, qué tenemos, qué necesitamos y qué podemos tener, no con un concepto arbitrario y empírico, sino sobre la realidad elocuente de las cifras, entonces comenzar la reorganización del Estado, sabiendo dónde vamos y sabiendo cuál ha de ser el respaldo económico de nuestras promesas políticas” (**Obras completas**, tomo 5, pp. 68-69).

Por la dura represión desatada contra dicho Partido, nada pudo hacerse hasta el advenimiento del régimen constitucional de 1945, presidido por el doctor José Luis Bustamante y Rivero. En esa época fue presentada y aprobada la iniciativa de creación de este Congreso en la Cámara de Diputados (legislatura de 1946) la que no llegó a ser confirmada por el Senado, no sólo por la situación política de la época, sino por el receso parlamentario que vino después.

De acuerdo al proyecto de ley presentado, el Congreso Económico Nacional es un organismo estatal representativo de los factores fundamentales de nuestra economía, cuya finalidad “es el estudio científico de los problemas económicos y sociales del país, con el objeto de proponer las normas técnicas que deben encauzar en forma coordinada y planificada el desenvolvimiento integral de la economía de la Nación” (art. 1). Nuevamente en diciembre de 1967 se resucitó ese proyecto en el Senado, pero los sucesos de aquel

^(*) LA PRENSA, 7 de noviembre de 1978.

entonces, y el golpe militar de 1968, impidieron su aprobación. Es interesante destacar cómo el artículo 2 del proyecto señalaba que la creación del Congreso Económico Nacional se “inspiraba” en el Consejo de Economía Nacional que establece el artículo 182 de la Carta del 33 (todos estos datos y antecedentes pueden verse en la obra de Carlos Manuel Cox **Dinámica Económica del Aprismo**, 2ª edición 1971): y más recientemente y en la misma línea del trabajo del economista aprista César Vásquez Bazán).

Si quisiéramos recapitular el sentido y alcance del Congreso Económico Nacional hasta esa época, podría decirse que apareció en la década del 30 como una necesidad de conocer la realidad económica del país y, en todo caso, como una entidad si se quiere temporal y de orden científico, justificable plenamente en una época en que tales problemas parecían no ocupar ni a políticos ni a gobernantes. Posteriormente, en el proyecto de 1946, es tipificado como una corporación estatal, ubicada en un papel rector dentro del ordenamiento jurídico peruano, el que sin haberse implementado –no por cierto por culpa del Apra– tuvo sin lugar a dudas una gran influencia sobre lo mucho que vino después, en especial en lo concerniente a la planificación propiciada desde la década del 60 por diversos sectores. Veremos en nuestro próximo artículo cuáles han sido las formas bajo las cuales ha vuelto a aparecer esta idea germinal del aprismo.

§ 17

MÁS SOBRE EL CONGRESO ECONÓMICO NACIONAL^(*)

Hemos visto que en un primer momento el Congreso Económico Nacional aparece como un medio para conocer la realidad nacional con fines inmediatos y que tenía como objetivo principal el estudio de la realidad del país, a fin de que de esa manera se proporcionase herramientas de trabajo al Congreso Constituyente de 1931, que estaba precisamente avocado en rediseñar jurídicamente el marco del Estado Peruano. Posteriormente en 1946, surge como una corporación estatal con carácter permanente de orden técnico y que tiene como finalidad apoyar a los organismos públicos.

Pero esta evolución no termina aquí. Pasados los años, y sobre la base de nuevas experiencias, nuevas lecturas y nuevos viajes, Haya va más lejos. Idea al Congreso Económico Nacional como colegislador. En una extensa entrevista concedida a la revista "Oiga" (núm. 606, 31 de octubre de 1975) Haya declaraba: "El Congreso Económico Nacional no es, como se ha dicho en una generalización audaz, una organización de tipo corporativo, fascista. Nosotros creemos que el Parlamento puede subsistir como Parlamento Político, mientras el Congreso Económico debe ser colegislador, en todo lo que atañe a problemas económicos y sociales. El parlamento democrático debe subsistir como cámara de iniciativa, de proyectos de ley, etc. El Congreso Económico debe ser el cuerpo legislativo que revise las iniciativas y proyectos desde el punto de vista de la economía".

Se trataría pues de un nuevo parlamento, paralelo al parlamento político, y si se quiere hasta más importante que éste, por lo menos en ciertas decisiones. De su idea inicial como centro de estudios habría llegado a nivel de poder del Estado, con facultades legislativas.

Por último, en una entrevista concedida por Haya de la Torre al diario "La Prensa" el martes 11 de mayo de 1976, se ratificaba en lo expuesto "... nosotros hemos propuesto ... El Congreso Económico, que sería co-legislador con el Parlamento Político", y en una entrevista a Luis Rodríguez Vildósola ("Caretas" N° 526, setiembre de 1977) se lee que el proyecto implica en realidad un cuarto Poder del Estado. Por otro lado, hay que señalar que del planteo inicial de la Cámara única, y de la futura Cámara funcional, se ha llegado a sostener en los

^(*) LA PRENSA, 10 de noviembre de 1978.

últimos tiempos la necesidad del bicameralismo, independiente del Congreso Económico (como es el caso de L.A. Sánchez, en “La Prensa” de 16 de agosto de 1971, **¿Una Cámara o dos?**).

Con estos antecedentes, es que llegamos a la Constituyente de 1978. En declaraciones del doctor Carlos Enrique Melgar (quien preside la Comisión Especial de Constitución – Poderes de Estado) el distinguido penalista y parlamentario anunciaba “... la presentación de un anteproyecto sobre la necesidad de crear un Congreso Económico Nacional como co-legisladora de la Cámara de Diputados (lo que) implica la supresión de la Cámara de Senadores”, agregando que “nuestra idea es que esta Cámara sea eminentemente política (diputados) y el Congreso Económico Nacional –CEN– un organismo eminentemente económico y de desarrollo”. En la aludida entrevista Melgar perfilaba las labores de coordinación, asesoría y técnicas que tendría esta co-legisladora. De acuerdo al proyecto presentado, el escueto artículo constitucional tendría la siguiente redacción: “El Poder Legislativo es bicameral. Se compone de una Cámara de Representantes y un Congreso Económico Nacional” (“El Comercio”, 3 de octubre de 1978). Esta sería la última versión dada al Congreso Económico Nacional dentro de un poder legislativo con estructura mixta, con lo cual quedaría por preguntarse en qué se diferencia del no nato Senado Funcional y sobre todo qué perspectivas tiene para el futuro.

§ 18

¿QUÉ QUEDA DEL CONGRESO ECONÓMICO NACIONAL?^(*)

La larga evolución y las sucesivas mutaciones que ha sufrido el Congreso Económico Nacional, no tiene nada de censurable en un país en donde lo único que permanece inmutable –según alguien ha dicho– es la naturaleza. Además, por encima de las diversas formas que éste ha adoptado, es necesario reconocer la idea central que anima al proyecto, que en lo fundamental encontramos válido, esto es, dar cabida a representaciones funcionales, las que muchas veces no pueden tener acceso al poder político. Y esto sin menoscabar el principio de legitimidad que nuestro siglo reconoce a las entidades nacidas del voto.

Un parlamento unicameral con funciones legislativas y en número amplio que permita reflexión y una mayor representatividad –teniendo como contrapartida la disolución por una sola vez en todo el período por iniciativa del Poder Ejecutivo–, podría muy bien dar cabida en su seno a esta representación funcional, en un porcentaje discreto, para no deformar su contenido democrático y que no se tache de insuficiente su representación. La misma participación que el Apra postula para el Congreso Económico Nacional, podría incluirse en un escaso número dentro de esta Cámara única, con todos los derechos que a los parlamentarios corresponda, con la única finalidad de obtener representación para dichos sectores, los que de esta manera podrán dejar oír su voz. Otra posibilidad es que sin tener categoría de poder estatal ni facultades legislativas, el Congreso Económico se concrete bajo la modalidad que en muchos países europeos y americanos tienen los Consejos Económico-Sociales, que si bien son organismos consultivos, se les podría agregar la consulta obligatoria en determinadas materias económicas e incluso la posibilidad de veto suspensivo, pero superable con mayoría calificada por la Cámara de representantes. Si bien la primera propuesta es quizá a nuestro entender la más completa, es poco probable que en el estado actual de cosas dicha idea prospere, por carecer de antecedentes en la experiencia constitucional occidental, aunque aquí y allá se encuentren sistemas en los cuales se reconozca el aire de familia. En cambio la segunda modalidad, es una realidad efectiva en muchos países y ha sido objeto de intensos debates. Cabe señalar únicamente que estos Consejos son considerados como una de las formas como pueden ser constitucionalizados los grupos de presión existentes en la realidad política actual, y que como muestra

^(*) LA PRENSA, 5 de noviembre de 1978.

de su vigencia, señalemos que ello ha sido uno de los temas del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, realizado en México en agosto de 1975, y cuyas principales conclusiones, precedidas por el informe general del eminente constitucionalista Manuel García Pelayo, acaba de ser editado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Esta ha sido en síntesis la evolución del Congreso Económico Nacional, y en nuestro entender, su viabilidad actual. Si nos hemos detenido en ella, es por la persona que lo formuló (Haya de la Torre) y el partido que lo sostiene (el aprista) cuya gravitación nacional en los últimos cincuenta años ya nadie discute. Fuera de este planteo, no hay en los últimos años nada interesante que haya sido aportado a la problemática de la estructura del Estado, por lo menos a nivel de teoría y praxis políticas. No obstante fuerza es detenerse en una tesis –si no original por lo menos sugerente aunque al parecer inoperante– propuesta por la Democracia Cristiana a través de su más connotado ideólogo y líder: Héctor Cornejo Chávez. Con ella cerraremos este largo recorrido sobre la problemática del Poder Legislativo.

§ 19

LA SUPRESIÓN DEL PARLAMENTO^(*)

En el Primer Congreso Ideológico del Partido Demócrata Cristiano realizado en Lima en diciembre de 1969, su líder el doctor Héctor Cornejo Chávez, respetado tratadista y maestro universitario, presentó una ponencia sobre la Sociedad Comunitaria, en donde, entre otros aspectos, se contemplaba una nueva estructura del Estado. Este texto (que lamentablemente sólo circuló en mimeógrafo, pero que lo dimos a conocer en 1971 dentro de nuestros materiales de enseñanza en la Universidad Católica) fue aprobado por unanimidad en dicho Congreso Ideológico, salvo en lo referente a este planteo sobre la estructura del Estado, que sin rechazarlo ni aprobarlo, fue dejado para su sometimiento a futuros debates y reflexiones.

Pues bien, luego de hacer un análisis de la trayectoria del Estado peruano, concluía nuestro autor que la tarea de legislar y la de administrar siendo una sola y misma cosa, no podían ser escindidas señalando que “cuando en el Perú el Gobierno ha contado con un mayoría sumisa, ha legislado por intermedio de ésta: y cuando ha enfrentado una mayoría adversa, no ha podido gobernar”. De donde concluía que la separación de ambos poderes no había dado resultados en nuestro país, por lo que “o se unifican en la práctica los Poderes y entonces no hay tal separación ni operan sus supuestas ventajas o no, y entonces no hay gobierno” para terminar patrocinando lo siguiente:

“a) la supresión del Parlamento, b) la unificación en un solo Poder Ejecutivo de las funciones de legislar y ejecutar”. Este texto de 1969, fue reafirmado en 1975 en el libro que ese año publicó Cornejo Chávez bajo el título **Socialcristianismo y revolución peruana** (pp. 214-215) en donde incluso se transcribe textualmente muchos párrafos de esta ponencia. Esta idea fue además divulgada por Cornejo Chávez desde las columnas del diario “El Comercio”, entonces bajo su dirección, en donde escribió que este nuevo órgano gubernativo (síntesis de los dos poderes) sería controlado por los órganos de prensa y las asambleas sectoriales del mismo pueblo (“El Comercio”, 6 de julio de 1975). Por si no fuera poco, Cornejo proponía la elección por sufragio universal y secreto del Jefe del Poder Ejecutivo (o sea, por así decirlo, del Presidente de la República) por tiempo indefinido, es decir, para siempre (pág. 20 de la ponencia de 1969).

^(*) LA PRENSA, 13 de noviembre de 1978.

Sin lugar a dudas es éste un esquema inédito y totalmente revolucionario en el Derecho peruano. Sin menoscabar en nada nuestra admiración por nuestro antiguo maestro universitario, debemos censurar muy enérgicamente esta dictadura sibilina que propugna nuestro autor, inimaginable en las actuales circunstancias y que echa por la borda toda una tradición política y jurídica de siglos. Como se sabe, la dictadura existió en Roma, pero por tiempo determinado (seis meses) y sólo en caso de grave crisis o invasión externa, pero con el modelo democristiano, se nos propone con ingenuo entusiasmo una dictadura indeterminada, porque eso es –dictadura– lo que se llama en el Derecho Constitucional moderno a la fusión de los poderes legislativo y ejecutivo y al ejercicio del poder por tiempo indefinido. Debe señalarse además que la argumentación sostenida para llegar a tan precipitada afirmación, está basada únicamente en la experiencia muy limitada de los últimos años que Cornejo Chávez ha conocido, pero ella no sólo esquematiza demasiado una realidad más compleja, sino que extrae a partir de ella conclusiones inatingentes reñidas con la sana doctrina.

Esta tesis parece ser todavía la que defiende la Democracia Cristiana; aun cuando recientemente hemos leído en los diarios que el doctor Cornejo Chávez ha postulado (“La Prensa” de 29 de octubre de 1978) la existencia de un Parlamento bicameral en el cual una de sus Cámaras sería política, y la otra gremial o funcional, pero bajo la idea de que ésta es una solución transitoria; en tanto se avecinan mejores tiempos para instalar –esta vez sí– un solo Poder Gubernativo.

§ 20

LA PONENCIA SOBRE DERECHOS HUMANOS^(*)

En días pasados ha sido publicada en los diarios la ponencia sobre “Derechos y Deberes fundamentales – Garantías” que ha preparado la Comisión Especial N° 3 de la Asamblea Constituyente, la que ha sido puesta no sólo al debate público, sino a la coordinación de la Comisión Principal, antes de pasar a su debate en el pleno.

Como quiera que sobre este texto ya ha habido una intensa discusión de diverso orden, es que trataremos en esta oportunidad de fijarnos únicamente en aquellos aspectos que a nuestro entender no han sido debidamente tocados y desde una perspectiva crítica y no ditirámica, que es la que consideramos necesaria en los actuales momentos. Ello por cierto no nos impide reconocer los méritos de la ponencia (que son muchos).

Por tal motivo nos ceñiremos en esta oportunidad a lo que podemos denominar como aspectos sustantivos de la ponencia en mención, y que son:

- a) Falta de sistematización de la ponencia; se trata si se quiere de un primer borrador de trabajo, en el cual faltan otras ponencias que la complementen, y en tal sentido, deberá adecuarse a las exigencias y planteos de las otras Comisiones. Creemos además, que hubiera sido preferible utilizar la clasificación de los Derechos tal como lo ha hecho las Naciones Unidas que los distinguen en civiles (o individuales) políticos, económicos, sociales y culturales. Vemos además que el inciso m) del artículo 21 establece el Habeas Corpus para la defensa de la libertad física (lo que es correcto) pero en el título de Garantías, se le hace extensivo a todos los “derechos individuales” (hay que notar que en la ponencia se habla de derechos individuales sólo en este artículo, pues el resto del texto utiliza la de “derechos de la persona”). No hay pues, una uniformidad conceptual.
- b) Contradicciones conceptuales; fruto seguramente de la premura con que han sido redactadas algunas de sus partes. Así, en la exposición de motivos se usa la locución “recurso” para designar al Habeas Corpus y al Amparo, y en el texto se prefiere la de “acción”

^(*) LA PRENSA, 26 de noviembre de 1978.

(que es la correcta). Es bien sabido que “recurso” y “acción” no son sinónimos, sino diferentes y en veces hasta antagónicos. Se ha olvidado aquí toda la polémica que sobre este tópico ha sostenido la doctrina peruana.

- c) Falta la diferenciación entre derechos y declaraciones: las Declaraciones son normas programáticas atinentes a la marcha del Estado, esto es, marcan una política general en materia de vivienda, salud, finanzas, etc. Por el contrario, los derechos son otorgados a los ciudadanos con facultad de exigir su prestación (un derecho obliga a dos partes, uno a respetarlo y otro a exigirlo).

Pues bien, en el rubro de Derechos se han insertado algunas “declaraciones”, tal como el artículo 15, que señala el derecho de todos a una vida digna. Si esto es así, el 90% de la población podría el día de mañana iniciar sendas acciones judiciales al Estado para que les de una “vida digna”.

- d) Exceso reglamentista: se desciende muchas veces a detalles que deben ser dejados a leyes complementarias con carácter o estatuto constitucional. Así, el artículo 18 reproduce una norma del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que como se sabe es un Decreto Supremo. Se olvida que la Constitución es un texto de ideas generales, no un catálogo cívico.
- e) Se disminuye indebidamente las funciones del Poder Judicial, al crear una cuarta instancia en el Tribunal de Garantías Constitucionales que se encarga (aparentemente con exclusividad) de ciertos temas de la llamada jurisdicción constitucional. Si bien la idea es acertada, creemos que no se le ha dado un tratamiento adecuado.

Éstas son en términos generales, algunas de las características de la ponencia. En otros artículos desarrollaremos en detalle algunos de estos temas.

§ 21

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES^(*)

La ponencia presentada por la Comisión de Derechos y Poderes Fundamentales, ha incorporado la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales, que estaría dedicado sobre todo a la declaración de inconstitucionalidad y a la tutela de los derechos fundamentales. Si bien es loable en principio esta iniciativa, no por ello debemos dejar de señalar algunas discrepancias. Ellas son:

- a) El nombre del Tribunal es a nuestro parecer restrictivo. Existió por vez primera en la Constitución española de 1931, de ahí pasó a la Constitución cubana de 1940, para volver nuevamente al proyecto de la actual Constitución española, la que se someterá a plebiscito los próximos días. Es decir, se trata paradójicamente de una institución que no ha existido hasta ahora (esperamos que en la España democrática ella se materialice). Hay que recordar al respecto que el creador del control concentrado de constitucionalidad fue Hans Kelsen, por cuya iniciativa se incorporó en la Carta austriaca de 1920, y que luego repitieron con variantes diversos países europeos. Con ese nombre fue incorporado en 1931 por discípulos de Kelsen, que eran constituyentes en las Cortes españolas. Pero el modelo europeo divulgado sobre la base del pensamiento kelseniano está referido a una Corte o Tribunal Constitucional, ya que su ámbito es la Constitución, y no solamente determinadas garantías. De prosperar el texto de la ponencia, estaríamos sin lugar a dudas mutilando una idea fundamental, que ha tenido ya un amplio recorrido, sobre todo en Alemania e Italia.
- b) Nos parece un grave error incluir en forma exclusiva el Habeas Corpus y el Amparo en dicho Tribunal. De esta manera se volverían irrisorios los derechos fundamentales, pues en un país con grandes distancias, un Tribunal de instancia única volvería inoperante el Habeas Corpus para los afectados en regiones lejanas, que no podrían viajar especialmente para reclamar sus derechos ante el Tribunal.

^(*) LA PRENSA, 28 de noviembre de 1978.

- c) Creemos más bien que el Habeas Corpus y el Amparo deben dejarse en manos del Poder Judicial y, en todo caso, posibilitar su revisión en determinados casos, al Tribunal Constitucional.
- d) El Tribunal entre otros aspectos debe tener facultades tales como pronunciarse sobre la legalidad de los partidos políticos, el juzgamiento de los titulares del poder, la declaración de inconstitucionalidad de las normas, declarar la vacancia de determinados cargos públicos, etc.
- e) En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal debe tener esta facultad únicamente en vía de acción, con facultad de declarar nula la norma pertinente, pero sin privar al Poder Judicial de pronunciarse sobre el mismo tema, pero en vía de excepción, y sólo con alcance entre las partes envueltas en un litigio.
- f) Es censurable que en términos generales se coloque al Tribunal por encima de la Corte Suprema, pues lo único que hace es agregar una instancia adicional a los juicios, con lo cual la morosidad judicial y la justicia de las partes, se complican aún más. Esto se aprecia claramente cuando se incluye entre las facultades del Tribunal la revisión de las sentencias inconstitucionales, con lo cual la cosa juzgada queda por tierra, y abierta al infinito toda controversia judicial. Es indudable que las sentencias inconstitucionales son materia de la llamada jurisdicción constitucional, pero no al extremo –como pretende la ponencia– de desconocer la cosa juzgada. En la Argentina, por ejemplo, existe el Recurso Extraordinario que se interpone contra las sentencias inconstitucionales de instancias inferiores, y ante la Corte Suprema, y solamente en los casos en que, por leyes especiales, la causa no llega al máximo Tribunal, pero siempre existe en el Poder Judicial la cosa juzgada que radica en la Corte Suprema.
- g) Debe, por último, introducirse la Acción de Inconstitucionalidad que en la ponencia aparece sin nombre, para atacar toda ley, decreto, resolución o reglamento, que vulnere la Constitución, y de todo decreto o resolución que atente contra las leyes. El Tribunal declarará la nulidad de la norma afectada; a diferencia del Poder Judicial, que sólo debe declarar su “no aplicabilidad al caso concreto”.

§ 22

HABEAS CORPUS^(*)

En la ponencia presentada por la Comisión de Derechos y Deberes Fundamentales-Garantías, se encuentra una concepción equivocada de lo que es el Habeas Corpus y cuáles son sus alcances.

En primer lugar, existe contradicción en su articulado, pues mientras que en un extremo se le encomienda la cautela de la libertad personal, en otro se le otorga la defensa de todos los derechos individuales, sin saberse exactamente cuáles son éstos, pues la ponencia se refiere a los derechos de la persona, que no son sólo individuales sino también sociales, económicos, culturales, etc.

Hay que tener en cuenta que el Habeas Corpus sólo tiene la virtud de proteger el derecho a la libertad individual (física) de la persona y no otros derechos, que deben ser protegidos por el Amparo (que la misma ponencia incorpora). Se olvida aquí la práctica judicial de los países anglosajones, que crearon la institución, y sobre todo su significado etimológico, pues “habeas corpus” significa precisamente “traer al cuerpo”, lo que nada tiene que hacer, por ejemplo, con la libertad de creencia o de asociación.

Igualmente llama la atención que se asigne con exclusividad al llamado Tribunal de Garantías Constitucionales el conocimiento de la acción de Habeas Corpus que, aun cuando en principio es una idea loable, resulta inaplicable a nuestro país (por escasez de recursos). Aún más, y como quiera que dicho Tribunal es instancia única, se daría la paradoja de que la interposición de las acciones de Habeas Corpus estaría centralizada en una ciudad (sea Lima o Arequipa) con grave desmedro de la ciudadanía. Así, en el supuesto que el Tribunal resida en Arequipa, si una persona es apresada indebidamente en la ciudad de Iquitos, los parientes del afectado tendrían que hacer prácticamente un peregrinaje hasta la Blanca Ciudad para interponer la acción, que con las distancias del correo judicial, demoraría dos o más meses en concretar la libertad del detenido. Más práctico es dejar la acción de Habeas Corpus en manos del Poder Judicial, e igual podría decirse del Amparo. El Tribunal podría encargarse de otros aspectos no menos importantes, tales como el juicio político, el control de la legalidad y constitucionalidad de los partidos políticos, la declaración de inconstitucionalidad, pero con efectos generales, mientras que el Poder Judicial sólo podría hacerlo para casos particulares, etc.

^(*) LA PRENSA, 29 de noviembre de 1978.

Lo que consideramos igualmente importante es que exista una Ley Constitucional (o Estatuto Constitucional) sobre Garantías Constitucionales, y que trate no sólo del Habeas Corpus, sino también del Amparo y de la “acción innominada” que la ponencia estipula para cautelar la constitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos y resoluciones, de tal manera que tales medios estén debidamente fijados en una ley, que sólo podría ser modificada mediante un procedimiento especial, a fin de evitar jurisprudencia contradictoria, como se aprecia en los últimos cuarenta y cinco años. Entre otros aspectos, sobre el Habeas Corpus habría que fijar como sus características las siguientes:

- a) Defiende únicamente la libertad personal, y en todo caso la inviolabilidad de domicilio, pero únicamente contra los actos indebidos de cualquier autoridad, no así contra los actos que estuviesen premunidos de norma escrita. Para tal efecto, será necesario hacer una adecuada jerarquización de las normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que actualmente es caótica.
- b) Establecer que la acción puede ser incoada por cualquier persona, y no limitarla a los parientes más cercanos como sucede en la actualidad.
- c) El Habeas Corpus debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiese sido consumado.
- d) Por último –y sin ánimo de agotar la problemática– debe establecerse que el Habeas Corpus no se utiliza contra los abusos cometidos por los particulares.

§ 23

LEGISLATIVO Y EJECUTIVO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

Siguiendo con el ritmo programado, las diversas Comisiones han continuado entregando sus trabajos a la Comisión Principal de Constitución, y los han dado a la luz pública. Entre las recientemente entregados y publicados, resaltan sin lugar a dudas aquellas referidos a la estructura de los poderes legislativo y ejecutivo, y en la cual seguramente es en donde se presentarán las mayores discrepancias, lo que demuestra que en realidad el problema constitucional fundamental es siempre y necesariamente la formulación jurídica de las relaciones del poder político.

Analizaremos en esta oportunidad las ponencias del Partido Aprista, la del Partido Demócrata Cristiano; la del Partido Comunista Peruano y la de Frenatraca.

La presentada por el Partido Aprista es sin lugar a dudas la más extensa en su Exposición de Motivos así como en su articulado, resultando ser de esta suerte la más completa. Además es la que revela un mayor conocimiento de la realidad política y constitucional. Merece señalarse además que está redactada en términos impecables y en tal sentido aventaja a las demás ponencias presentadas. Pero aparte de estos factores positivos que somos los primeros en ponderar, surge también de su lectura una cierta desazón. En efecto, el texto de la ponencia no es ni más ni menos que una edición retocada de la Constitución de 1933. Cabe entonces preguntarse si era necesario convocar a una Asamblea Constituyente para hacer estos retoques o si no era mejor y más económico efectuarla en un simple Congreso Ordinario, como quería el ex-Presidente Bustamante. Porque si después de cuarenta y cinco años de evolución política y constitucional, el Apra sólo acierta a ofrecer un texto remendado (y que curiosamente fue aprobado por un Congreso Constituyente mutilado de elementos apristas) significa que el Apra simplemente se agotó en lo que se refiere a la problemática constitucional, y nos hace pensar en lo que nos dijo cierta vez un ilustre jurista: si van a hacer lo mismo, que mejor no hagan nada y que dejen las cosas como están. En una interesantísima entrevista televisada, el entonces candidato Haya de la Torre hizo suya una frase que leyó en el agitado París de Mayo de 1968: la imaginación al poder. La ponencia del Apra parece haber trastocado la frase: la tradición en el poder.

^(*) LA PRENSA, 15 de diciembre de 1978.

Por otro lado, hay que mencionar que la ponencia preparada por el Apra no se compadece con anteriores proyectos presentados en semanas pasadas por diversos líderes de ese partido y, por cierto, que tampoco guarda ninguna concordancia con el programa primigenio del año 31 (aquí no habría continuidad con lo que se sostuvo entonces).

Aparte de esta apreciación general, no debemos dejar de destacar algunos aspectos que encontramos interesantes y/o criticables cuales son:

a) Haber limitado acertadamente la iniciativa del Parlamento en materia de gastos y en general haber reforzado la figura del Presidente de la República; b) Se introduce inconvenientemente la ratificación de los Agentes Diplomáticos por el Senado. Se puede argüir que ésta es una característica del régimen presidencial tal como funciona en los Estados Unidos. Pues bien, si así quieren que sea, entonces que eliminen el voto de censura que tampoco existe en dicho país; c) Encontramos muy acertado el período de cinco años para el gobierno; es un plazo razonable que otras ponencias comparten; d) En el artículo 119 debe fijarse si los ex-Presidentes que son Senadores Vitalicios sirven o no para el cómputo del quórum. Se ha olvidado aquí el impasse surgido en agosto de 1967; e) El artículo 114 relativo a la Acción Popular debe ser eliminado; pues ya existen en la ponencia de Derechos y Deberes Fundamentales las acciones pertinentes y; f) Es realmente un contrasentido exigir 40 años para ser Senador y sólo 35 para ser Presidente. Parece ser que el Senado es concebido aquí en el mejor estilo del Senado Conservador, a fin de introducir la medida en las decisiones políticas.

Otra ponencia (presentada por la Democracia Cristiana) tampoco trae mayores novedades y más bien resulta volver al texto primigenio de la Constitución de 1933, pues incluso restablece en su proyecto el Senado Funcional, que nunca se ha aplicado en el Perú, y que quizá nunca lo sea. En tal sentido, tampoco resulta la Democracia Cristiana con aporte en esta problemática, aun cuando tiene dos innovaciones a nuestro entender decisivas en sus respectivos ámbitos: a) elimina la palabra poder y la sustituye por la de órganos del Estado; que es la más correcta; b) prohíbe la reelección presidencial, con lo cual se descartan las políticas destinadas a cautivar un electorado futuro, que tanto han proliferado; esto es: legislar y gobernar pensando en la reelección.

El proyecto presentado por el Partido Comunista representa si se quiere un calco de las constituciones socialistas; no existe en consecuencia el menor asomo de originalidad. En lo que se refiere al Frenatraca no ha presentado un proyecto, sino un conjunto de sugerencias sobre la estructura de los poderes legislativo y ejecutivo, y por esto no cabe propiamente una comparación con los

demás; aunque sí se pueden apuntar algunas ideas. En tal sentido debe señalarse que en este proyecto existen interesantes contribuciones a nuestro tema, que otros grupos políticos no han visto o no han querido ver. Solamente como muestra señalaremos los siguientes: a) la facultad del Presidente de concurrir directamente al pueblo mediante el referendium, b) la estructura regional, aun cuando no haya sido bien planteado a nuestro criterio, c) la facultad de disolución del Parlamento por una sola vez, que es la verdadera contrapartida de la censura ministerial, d) la prohibición de que los militares en actividad desempeñen cargos o ministerios y a su vez, como corolario de ello, la necesidad de un solo ministerio para la Defensa Nacional, el cual estará al frente de un civil.

Las diversas ponencias analizadas, no obstante los méritos que puedan tener, representan sin lugar a dudas planteos provisionales que requieren mayores ajustes y precisiones.

§ 24

LA FUERZA PÚBLICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

Entre todos los títulos que tendrá la futura Constitución, seguramente el más novedoso y sugestivo será el relativo a la Fuerza Pública, no sólo porque la ponencia representa un avance sobre lo existente, sino porque recoge los más modernos conceptos sobre este tema. Entre ellos, el que más debe llamar la atención es haber distinguido nítidamente el ámbito de orden interno con el de defensa externa, de tal manera que al primero corresponde lo que el proyecto denomina Fuerzas Policiales y al segundo los que en rigor son calificados como Fuerza Armada. La ponencia, que salvo detalles ha sido aprobada prácticamente por unanimidad por los miembros de la Comisión respectiva, y que trae una bien meditada exposición de motivos, que da cuenta del problema en su dimensión actual, es sin lugar a dudas una de las mejores ponencias presentadas hasta ahora, por su condición y equilibrio. Encontramos interesante sobre todo haber hecho ese distinguo, porque de tal manera no sólo quedan deslindados los respectivos ámbitos de acción sino porque de esta suerte se devuelve a las Fuerzas Policiales su verdadero **status** constitucional, que en los últimos años había perdido, por razones que todos conocemos, pero que no es del caso explicar en estas líneas.

Por lo pronto cabe advertir que el proyecto presentado por la Comisión al Congreso Constituyente de 1931 (setiembre de 1932) bajo un solo título de Fuerzas Armadas (en plural) entendía por tales al Ejército, a la Marina, a la Aviación y a la Policía. Tal el espíritu y la letra del mandato constitucional. Pero por una rara mutación normativa, con el correr de los años las Fuerzas Policiales devinieron en Fuerzas Auxiliares, y en consecuencia eliminadas del marco constitucional, y supeditadas prácticamente a las demás fuerzas. Pero no solamente el calificativo de fuerza auxiliar es erróneo, sino claramente anticonstitucional. Es erróneo porque siempre se es auxiliar de alguien, y esto depende del punto de vista del observador o de la función que se desempeñe. Cuando el Ejército salió a las calles el famoso 5 de febrero para imponer el orden público, no estaba cumpliendo en realidad su misión, sino que actuaba en representación y/o a nombre de la Policía, esto es, actuaba en ese momento como Fuerza Auxiliar, ni más ni menos. Por otro lado, si la Constitución de 1933 calificó a la Policía como parte de las Fuerzas Armadas, al bautizarlas como Fuerza Auxiliar simplemente se les estaba colocando fuera del orden

^(*) LA PRENSA, 31 de diciembre de 1978.

constitucional, en abierta contraposición al texto de 1933. Hoy de acuerdo a los modernos estudios sobre la materia –que el dictamen y el proyecto recogen– se trata de dos fuerzas distintas, cada una dentro de su radio de acción, las que reclaman también dos Ministerios distintos: el de Defensa y el del Interior o de Gobierno y Policía, como se llamaba antes, tema que a nuestro criterio deberá ser materia de una ley constitucional sobre composición de los Ministerios, que la misma Asamblea puede aprobar. Esta subestimación de las fuerzas policiales, nos ha hecho perder de vista un hecho fundamental: la imposibilidad de prescindir de las fuerzas policiales. En efecto, un pueblo puede no tener ejército, ni marina ni aviación, pero no puede prescindir de la policía. En el siglo XIX, cuando la aviación no existía, la humanidad entera no tuvo fuerza aérea. Nosotros mismos después de la Guerra del Pacífico no tuvimos ni ejército ni marina; pero si tuvimos policía (o gendarmería). Pueblos como Costa Rica o el Japón, para sólo dar dos ejemplos, carecen de ejército, pero no pueden prescindir de la policía.

Entre otros aspectos positivos que presenta la ponencia, debe señalarse como muy acertado, haber incluido dentro de sus prescripciones, el no sometimiento de los civiles al fuero militar, grave error que todavía conserva el Código de Justicia Militar. Entre las discrepancias en minoría encontramos de gran interés (aparte de las extensas digresiones del Ing. Carlos Malpica) dos puntos fundamentales: a) la creación de un Consejo de Seguridad Nacional, para encargarse de las promociones en los últimos tramos de la oficialidad, y b) facultar al Presidente de la República para invitar al retiro a los miembros de la Fuerza Pública.

§ 25

¿EXISTEN LEYES NULAS?*

En días pasados y con motivo de discutirse una moción sobre la reciente modificación de diversos artículos del Código de Justicia Militar, se inició un encendido debate entre el doctor Luis Bedoya Reyes, del Partido Popular Cristiano, y el doctor Héctor Cornejo Chávez, de la Democracia Cristiana. Lamentamos mucho no haber podido estar presentes en la Asamblea, pues a no dudar la calidad de ambos contendientes aseguraba un debate interesantísimo; por lo que nos hemos tenido que limitar a los extractos publicados por la prensa local ("El Comercio", 11 de diciembre de 1978).

El problema central en debate era si una ley es nula o no es nula. De acuerdo con la tesis del doctor Bedoya, no puede haber una ley nula; el doctor Cornejo Chávez, con la habilidad de tribuno que lo caracteriza, sostuvo precisamente lo contrario. A fin de poder precisar el verdadero sentido de la cuestión, conviene hacer algunas acotaciones sobre la manera cómo se puede enfocar el problema y que entendemos es triple: i) desde el punto de vista de la teoría jurídica, ii) desde el punto de vista del derecho constitucional comparado, y iii) dentro de la perspectiva del ordenamiento jurídico peruano. El problema indudablemente se circunscribió a esta última faceta y más concretamente al significado de tal proposición en el derecho peruano actual, y en especial del que tiene como punto de referencia la Constitución de 1933.

En el debate se arguyó que las leyes podían ser nulas, toda vez que el artículo 19 señala literalmente lo siguiente: "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos que prescriben la Constitución y las leyes". Aparentemente este artículo daría pie para una interpretación a favor de la tesis que sostiene que existen leyes nulas, pero si revisamos el Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931 (sesiones de 15 y 16 de setiembre de 1932, cuando dicho articulado fue discutido y votado) colegimos que tal articulado fue puesto en función de los funcionarios públicos y de los actos administrativos que éstos ejecutan, no así para el caso de las leyes. El problema de los regímenes de facto fue más bien debatido al momento de tratarse sobre las Fuerzas Armadas y sobre la composición de los Poderes del Estado, en donde se hicieron diversas referencias a la legislación. Por otro lado, este artículo 19 de la Constitución de 1933 fue tomado literalmente del artículo 13 de la Constitución de 1920, la que a

(*) LA PRENSA, 2 de enero de 1979.

su vez lo tomó en idéntico sentido del artículo 10 de la Constitución de 1867, y ésta del artículo 10 de la Constitución de 1860 (la más longeva en nuestra historia). La Constitución de 1860 (artículo 10) tiene su fuente en el artículo 10 de la Constitución de 1856, que sí contiene expresamente una norma categórica sobre la nulidad de las leyes, que los textos posteriores (y el vigente de 1933) no repiten; de donde se colige, que ni en el espíritu ni en la letra, cabe la nulidad de la ley de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución de 1933. Esto se refuerza si recordamos que precisamente la Exposición de Motivos que elaboró la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán (editada por la Imprenta Torres Aguirre en 1931) decía textualmente: “La proposición de que toda ley opuesta a la Constitución es nula, ofrece el grave peligro, por su forma abstracta, de incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador, que destruye el imperio de la ley”. Por tal motivo es que la Comisión Villarán propuso en su reemplazo la declaración de inconstitucionalidad mediante la no aplicación y en vía de excepción, que aunque fue incorporada en forma recortada y desnaturalizada mediante la Acción Popular que consagra el artículo 133 de la Constitución, fue reintroducida por el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil, reglamentado recién en 1963, con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otro lado, la práctica parlamentaria nunca ha aceptado la existencia de leyes nulas, sino en todo caso inconstitucionales, como se pudo apreciar en 1945 cuando el Congreso de aquella época derogó el plebiscito de Benavides, pero manteniendo sus efectos. Incluso, ni siquiera los decretos-leyes se reconocen como nulos, a tenor de la legislación aprobada por los Congresos de 1931, 1945, 1950 y 1963. La jurisprudencia de la Corte Suprema también ha seguido el mismo criterio y la doctrina peruana es de idéntico parecer, sin excepciones (desde el célebre texto de José Silva Santisteban editado en París en 1874, hasta los más recientes trabajos de las nuevas generaciones). De donde se desprende que al haberse adoptado la fórmula “carece de validez legal”, con referencia a un reciente decreto-ley, no se ha hecho más que confirmar el sentido y la orientación existente en el Derecho peruano de hace más de cuatro décadas.

§ 26

¿ESTÁ TRABAJANDO SERIAMENTE LA ASAMBLEA? (*)

Es posible que el lector de buena fe se sorprenda del titular de este artículo, que encierra prácticamente una respuesta, sobre todo en los actuales tiempos en que se ha puesto en claro que las proposiciones tienen un contexto emotivo que de antemano les confiere un significado casi indubitable. En fin, a fuer de no ser mal interpretados diremos que esta pregunta está referida al conjunto de la Asamblea en cuanto tal, esto es, si la Asamblea como un ente mayor y distinto de sus miembros, está trabajando realmente en su cometido, que es la elaboración de la nueva Constitución del Estado. Queda claro entonces que nuestra pregunta no se refiere ni mucho menos valora las actitudes individuales de determinadas personas ni tampoco es un enjuiciamiento sobre determinadas situaciones y/o trabajos particulares hechos en el seno de ella, sino más bien está dirigida a captar el tenor general de la Asamblea en cuanto tal. Fijada así la intención de la pregunta, diremos que nuestra respuesta no se hace esperar: tenemos la impresión general que la Asamblea no está trabajando seriamente y por tal entendemos que no está haciendo bien su función; esto es, no se ha avocado con la seriedad del caso al estudio y a la estructuración de la nueva Constitución del Estado. En prueba de lo que hemos señalado, pongamos aisladamente algunos hechos que sí son bastante significativos. En primer lugar, la mediocridad de la mayoría de los debates surgidos en su seno, que no sólo carecen de altura para el diálogo, acercándonos a las hermanas repúblicas africanas del Tercer Mundo, en donde todavía se comen restos humanos, sino una ignorancia digna de encomio. Incluso esto se agrava cuando el nivel de la discusión llega al insulto, o cuando se discuten elevadas proposiciones teóricas sobre marxismo, que muy pocos conocen y menos aún entienden, en un medio como el nuestro en donde el marxismo vulgar tiene todavía un amplio predicamento.

Un segundo punto a tratar, es el relativo al trabajo realizado, tal como se manifiesta en las Comisiones Especiales y se pone de relieve en las ponencias presentadas. En efecto, a tenor del cuadro informativo publicado por el diario "La Prensa" en días pasados, la inasistencia ha sido la norma general de los constituyentes, pues casi todos ellos han faltado un promedio de 80 por ciento a sus respectivas Comisiones. Son pocos, muy pocos, aquellos que ostentan un alto récord de asistencias, independientemente al hecho –reconocemos– que esas ausencias hayan sido motivadas por causas justificadas (enfermedad,

(*) LA PRENSA, 6 de enero de 1979.

ausencia de la capital, asuntos personales, etc.). Pero por cierto, quien poco asiste poco conoce y quien poco conoce, poco contribuye. Así tenemos el caso de ponencias realmente lamentables, que mejor no hubieran sido publicadas, pues están llenas de errores, repeticiones, consagraciones de verdades superadas, calco de instituciones extranjeras, ignorancia de la problemática internacional, etc. Claro está que hay excepciones, y esto es lo notable, pero el tono general es otro. Hay premura por hacer las ponencias, armarlas prácticamente con licuadora para su coordinación en la Comisión Principal, de ahí a la plenaria, su aprobación, y por fin las ansiadas elecciones. Y con esto hemos tocado un tercer punto: las elecciones. Es claro y así ha sido reconocido, que la actual Asamblea está pensando en las elecciones, en los votos que puede conseguir, y muchos están pensando en la futura curul que la suerte les va a deparar. Se trabaja para las elecciones, no para hacer una Constitución. Repitiendo a los antiguos, diremos que aquí lo jurídico es esclavo de la política (*ancilla politicae*). Hay premura por hacer la Constitución, y hay que hacerla como sea, si es posible a golpes y trompicones. La Comisión Principal, con el aire de un verdadero descubrimiento, ha manifestado que ha quedado aprobado el texto de Derechos Fundamentales (y otras ponencias más), y lo dará a conocer a la opinión pública, y con este mismo ritmo continuará aprobando el resto de ponencias. Pero en realidad aquí se está cometiendo un serio error. A nadie le interesa a estas alturas saber cuál es el texto aprobado por la Comisión Principal sobre Derechos Fundamentales, ya que la Comisión no puede haber ido más allá de lo que hizo la Comisión Especial (de por sí bastante deficiente). Lo que interesa ahora es el proyecto de Constitución, para que la ciudadanía pueda leerlo y opinar sobre él, pues textos fragmentados no dicen nada. Se olvida aquí que la Constitución es un texto orgánico, unitario, que sólo tiene sentido cuando está realmente estructurado. Nada pues se gana con lo que se pretende. De lo que se trata es de ver el texto en su totalidad, antes de que pase al Pleno, y esto es lo importante.

Tal como van las cosas, el futuro de la nueva Constitución es todavía de un pronóstico reservado. Para un observador imparcial existe ya un secreto a voces: la actual Asamblea Constituyente de 1978 no tiene el nivel ni la trascendencia de su similar de 1931. En cuanto a sus labores, esto es, en cuanto al fruto de la Asamblea no lo sabemos todavía, y no lo sabremos tampoco mientras la Asamblea siga trabajando para la galería, en lugar de pensar en el país. Por lo pronto, el Congreso de 1931 aprobó una Carta (la de 1933) que entre saltos y sobresaltos tiene 45 años. La que apruebe la Asamblea Constituyente no sabemos cuánto durará. Creemos que todavía estamos a tiempo para enmendar rumbos. Ello dependerá de los esfuerzos que los sensatos y los bien intencionados sepan desplegar en las próximas semanas.

§ 27

EL RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

En días pasados se llevó a cabo una interesantísima mesa redonda sobre este tema, auspiciada por el Instituto Peruano de Derecho Bancario, a fin de proceder al análisis por diversos especialistas de los aspectos económico-financieros en la Constitución de 1933, así como diversos planteamientos sobre el mismo tema en relación con la futura Carta Política. En esta oportunidad estuvo presente el constituyente doctor Luis Rodríguez Vildósola, miembro de la Comisión de Régimen Económico-Financiero, en representación del Partido Aprista y ampliamente conocido y prestigiado en los temas de su especialidad. Asistieron también Luis Rodríguez Mariátegui, Marcial Rubio y Miguel de Althaus, todos ellos profesores de Derecho de la Universidad Católica. El tema quedó, pues, abierto y se pusieron en debate diversos planteos y sugerencias, sobre todo teniendo presente la reciente ponencia que en mayoría ha sido dada a la publicidad en días pasados, y sobre la cual Luis Rodríguez Vildósola hizo un amplio como meditado análisis.

Aparte de la ponencia en mayoría (que fue objeto de la indicada Mesa Redonda), se ha presentado dentro de la misma Comisión la discrepancia entre los representantes apristas y los miembros del Partido Popular Cristiano, sobre el tan debatido como acariciado proyecto del Congreso Económico Nacional. El Apra indudablemente ha hecho una importante concesión al redimensionar al Congreso Económico Nacional dentro de una perspectiva consultiva, aun cuando sumamente importante, pero el PPC parece no querer transar ni siquiera con el nombre, pues ha propuesto el de Consejo Económico y Social. En realidad, habiendo quedado fijado el alcance y la dimensión de este ente consultivo, deviene irrelevante el problema del nombre, y en todo caso habría que inclinarse por la iniciativa aprista por su largo arraigo y por la antigüedad de su concepción. En términos generales la ponencia en mayoría es interesante porque representa un loable esfuerzo de sistematización del aspecto económico-financiero, que en otros textos aparece disperso y presentado en forma incoherente.

Pero, al lado de estos aspectos positivos, hay otros que no lo son tanto y que habrá que considerarlos al momento de los debates. En primer lugar, notamos un exceso reglamentista, es decir, una reiterada obsesión por incluir en

^(*) LA PRENSA, 30 de enero de 1979.

el texto el máximo de ideas y posibilidades sobre tales temas, llegándose incluso a detalles que no interesan ni siquiera a las leyes, sino a los reglamentos. Este defecto no es exclusivo de esta ponencia, porque similar tendencia hemos encontrado en otras ponencias. Como muestra de este exceso reglamentista, hay que llamar la atención sobre el hecho de que figura como propósito de la Ponencia incorporar el Régimen del Tratamiento al capital e inversiones extranjeras tal como figura en la Decisión 24 de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Se llega incluso a proponer a nivel constitucional que las inversiones extranjeras sean registradas, lo que consideramos excesivo. Se olvida aquí dos aspectos fundamentales: primero, la Decisión 24 puede ser modificada, y la experiencia reciente ha demostrado que ya ha sido modificada en diversos sentidos, pues, se trata de normas operativas sumamente móviles en el actual contexto internacional; y segundo, que la Decisión 24 no es en realidad derecho interno sino derecho comunitario, esto es, derecho aceptado por una determinada comunidad de naciones, tal como el caso de los países del área andina. Esto quiere decir que la modificación de las Decisiones no son voluntad del Perú, sino que requieren el acuerdo de varios países para ser cambiados. Está en consecuencia de más incorporarlas a nivel constitucional, ya que el Derecho Comunitario, en cuanto Derecho Internacional, obliga al Perú en cuanto país signatario.

Otro aspecto sobre el que cabe llamar la atención es que el pluralismo excesivo que contiene la ponencia, ha terminado al fin y al cabo en un eclecticismo que habrá que remediar. Se deben hacer concesiones, pero las ideas centrales deben permanecer. Además, en determinados aspectos, tales como el referido al Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros; Contraloría General de la República, etc., parece ser un texto meramente repetitivo de las actuales leyes generales existentes en cada una de esas instituciones. Aquí la ponencia no ha hecho una proyección, sino que se limita a recoger lo existente, ignorando y menos imaginando qué podrá ocurrir en el futuro. Esto es más grave todavía en lo concerniente al Banco Central de Reserva. En efecto, ignoramos por qué motivos al Banco Central de Reserva se le da un **status** constitucional que no tiene ni siquiera la Corte Suprema de la República.

El instituto emisor tiene el raro privilegio de haber sido colocado en la ponencia como un superpoder dentro del Estado. Aún más; se repiten aquí casi todos los artículos de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, aprobada por Decreto Supremo, al cual sorpresivamente se le da nivel constitucional. Se indica incluso en forma por demás desmedida, cuántos son sus Directores y quién los nombra. Por último, quebrando el principio de orden y jerarquía, se le pone por encima del Ministerio de Economía y Finanzas, y se le da facultades para recurrir en vía directa y sin cortapisa alguna a los demás Poderes del Estado, esto es, acude a las Cámaras, saltándose a la garrocha; por así decirlo,

al Ministro de Economía y Finanzas. Hay que mencionar que esto es peligroso, pues, crearemos de esta suerte un poder que tendrá el raro privilegio de administrar sin control y ejecutar sin responsabilidad. Sobre esto felizmente ha llamado la atención en forma muy severa y razonada el doctor Alberto Ruiz Eldredge, en su Exposición de Motivos presentada a nombre del Partido Socialista Revolucionario.

§ 28

EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO^(*)

El problema del régimen económico-financiero ha sido objeto de una ponencia en mayoría suscrita por los representantes del Apra y del PPC, con algunas reservas entre ambos; en especial sobre la exacta denominación del ente consultivo que unos llamarían Congreso Económico Nacional y otros Consejo Económico y Social. Este texto, como ya tuvimos oportunidad de decirlo, es interesante por su afán de sistematización y pluralismo, pero adolece en nuestra opinión de serias fallas, tales como su reglamentarismo y el papel excesivo que otorga al Banco Central de Reserva.

Existe, aparte de lo indicado, otro problema más en la ponencia por mayoría, que es el relacionado con el artículo 25, que repite textualmente el artículo 17 de la actual Constitución de 1933; tesis conocida en la doctrina como la Cláusula Calvo. Como se sabe, en el Perú hubo un gran debate acerca de este artículo 17 en relación con los recientes contratos celebrados con el Japón en 1974, y sobre el cual ha habido extensa literatura. Pero, dejando de lado aspectos financieros y/o políticos que envuelven la cuestión, es claro que tal como aparece en los Debates de 1931 y lo confirma el proyecto y la doctrina que los inspiró, el artículo 17 tiene una base eminentemente territorialista. La Cláusula Calvo fue pensada en esos términos y así fue incorporada en la Constitución de 1933. Pero en los últimos años se da una nueva realidad, cual es la modalidad de los préstamos dados por países o entidades financieras extranjeras, que no sólo no vienen al Perú, sino que sobre todo no tienen ningún interés en sujetarse a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Este aspecto nuevo de la economía internacional de los últimos años no ha sido lamentablemente considerado en el proyecto, sino que por el contrario al repetir el artículo 17 de la Carta de 1933, ha dejado nuevamente abierta la puerta para nuevos debates como el que el país vivió en 1974. En tal sentido, la ponencia representa un verdadero retroceso, pues, hoy en día dentro del nuevo contexto, los préstamos de entidades financieras no residentes, son recurso frecuente en los países subdesarrollados.

Aparte del proyecto en mayoría, que suscriben el Partido Aprista y el Partido Popular Cristiano, se han presentado otros proyectos en minoría, que son de indudable interés, pero que, en parte, no han superado los escollos antes anotados. Estos proyectos pertenecen al Partido Socialista

^(*) LA PRENSA, 1 de febrero de 1979.

Revolucionario (sobre el cual hemos hecho referencia en una oportunidad anterior), el cual tiene una bien lograda Exposición de Motivos, así como el presentado por el Partido Comunista Peruano, sobre el que señalaremos dos aspectos que encontramos de interés. En primer lugar, el proyecto del PCP, reconoce en forma bastante clara que no apreciamos por ejemplo en la ponencia de mayoría, la existencia de cinco sectores, entre los cuales están por cierto el sector público, el sector social, el sector privado reformado, el sector de la pequeña empresa, etc. Por otro lado, el artículo 104 de esta ponencia reconoce la iniciativa privada, y en su parte final, dedicada al sistema financiero y fiscal, ofrece un texto breve, mesurado y en su conjunto, exacto, sobre este delicado problema (aun cuando podamos disentir en detalles).

§ 29

UN RETAZO DE CONSTITUCIÓN^(*)

Acaba de aparecer en los diarios los primeros 65 artículos del primer anteproyecto de Constitución, que en forma acelerada está concluyendo la Comisión Principal de Constitución. Se trata en realidad de sólo el Título I que abarca los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, en donde se recogen en forma más o menos coherente, aspectos relativos a la persona, a la familia, a la salud, a la educación y la cultura, al trabajo, a los derechos políticos y a los deberes de la persona. Es un conjunto genérico, que repite la Declaración y los Pactos de Derechos Humanos proclamados por la ONU originalmente en 1948, y ratificados en forma amplia en 1966, de suerte tal que son en realidad enunciados cuya amplitud y generosidad hoy nadie discute. Además, estando tan vinculados a lo que en términos generales puede llamarse la problemática humana, no creemos que pudiera hacerse aquí alguna crítica seria, con grave riesgo de cometer un desatino. Recordamos en efecto cómo ese gran escritor que fue Albert Camus, escribió antes de su muerte que no existía alma tan vil como para declararse opuesta al humanismo.

Pero sí hay algunos aspectos, muy pequeños por cierto, que pueden comentarse. En primer lugar, que tratándose de la parte de un todo mayor, que se supone debe guardar unidad y coherencia, es difícil realmente hacer una crítica, si se desconocen las partes restantes. La premura por hacer el texto, ha hecho olvidar a los constituyentes que la Constitución no se puede partir a pedazos como se parte la carne de res, sino que toda ella guarda unidad y consistencia únicamente cuando se aprecia el todo. Así, por de pronto, notamos que aquí precisamente no se hace referencia específica a los recursos de defensa de los derechos fundamentales, y nada aparece sobre el Tribunal Constitucional, que es precisamente uno de los guardianes del orden constitucional. A su vez, la defensa de los derechos fundamentales corre (o debe correr también) a cargo del Poder Judicial, título que según tenemos entendido está todavía en estudio. Por estas razones y otras más que no mencionamos para no alargar estas líneas, creemos que una nueva lectura de todo este articulado será necesaria, cuando contemos con el texto completo.

Por otro lado, el texto acusa marcadamente dos características graves que preveíamos hace un tiempo: una tendencia reglamentista, algo disimulada, pero que se nota en diversos artículos. Señalamos como muestra lo siguiente:

^(*) LA PRENSA, 16 de febrero de 1979.

artículo 2, en donde se reglamenta el derecho de reunión, inscripción y disolución de asociaciones; la defensa de los detenidos por Juez, la prescripción de los delitos; artículo 3, reglamenta los derechos de los incapacitados; art. 4, reglamenta la capacidad para contraer matrimonio; art. 5, reglamenta el contenido de las partidas de nacimiento, etc. Por otro lado, son tan generosas las prescripciones del proyecto, que no sólo constituyen una pesada carga para el Estado, sino de por sí otorgan al documento un carácter utópico **ad initio**, condenándolo desde ahora a ser incumplido. Son tantas las tareas que se atribuyen al endeble Estado Peruano, que éste terminará por sucumbir o simplemente por incumplir lo que le manda la Constitución. Veamos lo siguiente: art. 9, el Estado construirá viviendas de interés social; art. 10, el Estado enterrará gratuitamente a los que carecen de medios económicos; art. 11, el Estado cuidará la salud de todos los habitantes; art. 15, el Estado atenderá la alimentación de las personas necesitadas; etc.

Aspecto novedoso dentro de nuestra tradición, es sin lugar a dudas haber marcado pautas para la organización y funcionamiento de los Partidos Políticos, y no está de más pensar en una ley constitucional que aclare los principios rectores sobre los cuales funcionan los partidos.

Y aquí nos quedamos, como en las “seriales” que veíamos en los cines de barrio de hace algunos años, esperando con ansiedad la continuación del anteproyecto de Constitución.

§ 30

EL TERRITORIO EN LA CONSTITUCIÓN^(*)

La Comisión especial de Estado, Territorio, Nacionalidad e Integración, ha hecho entrega de su Ponencia en mayoría, en la cual se consigna un artículo sobre el territorio del Estado, que hoy comentaremos. El mencionado dispositivo tiene tres partes: a) afirmación de la inviolabilidad del territorio, b) situación limítrofe del Perú actual, y c) calificación de mar territorial a la zona marítima de 200 millas. En cuanto al primer aspecto, no hay nada que agregar; en cuanto al segundo, creemos novedosa la inserción, pero totalmente innecesaria. En efecto, dice el artículo que el territorio es delimitado de acuerdo con los tratados celebrados con Bolivia, Brasil, Colombia, Chile y Ecuador, lo que es inatingente en un documento de derecho interno, pues la validez de los tratados y su observancia no dependen de la Constitución, sino de la coyuntura internacional (Si Chile por ejemplo otorga el corredor a Bolivia y dejase de ser nuestro país limítrofe, ello conllevaría la modificación de este artículo constitucional). A mayor abundamiento, señalemos que las principales constituciones del mundo no hacen referencia expresa a los tratados internacionales en vigor, pues mientras que por un lado la Constitución es un documento de derecho interno, expresión del pueblo, los tratados son derecho externo, expresión de la voluntad de dos o más Estados. Por último, la ponencia afirma erróneamente un mar territorial de 200 millas, guardando así, consonancia con lo expuesto por la Comisión Especial de Recursos Naturales y con lo anteriormente aprobado por la Asamblea al momento de sancionar su Reglamento.

En realidad, no existe a nivel de la Comisiones –y pensamos que ni siquiera a nivel de Asamblea– una clara conciencia de este delicado problema. A nivel popular hay además una evidente confusión en el lenguaje, mediante el cual se afirma que quien no defiende la territorialidad de las 200 millas es un mal peruano o casi un traidor a la patria (esto por ejemplo fue muy sensible en la primera fase, en donde se jugó con un falso concepto de soberanía). Así lo apreciamos claramente en la reciente serie de artículos reproducidos en **La Prensa** por el Dr. Alberto Ruiz Eldredge en donde, en forma realmente prolija pero nada convincente, el Dr. Ruiz Eldredge nos convoca a unirnos contra la amenaza y la voracidad de las grandes potencias, para denominar a nuestro esfuerzo con el calificativo de 200 millas territoriales. El desmedido pero infructuoso intento no debe prosperar, pues aquí no sólo se confunden los

^(*) LA PRENSA, 13 de febrero de 1979.

conceptos y se utilizan libremente textos, cartas y opiniones, sino que en síntesis se postula frente al problema de la zona marítima una utopía política que en el lenguaje de los ingleses es simplemente un **wishful thinking** (o sea algo muy deseable pero que no tiene asiento en la realidad). Si queremos sintetizar el problema diremos lo siguiente:

- a) Las leyes peruanas nunca han definido las 200 millas como mar territorial en forma expresa, desde 1947 a la fecha. La única que lo hizo fue una ley secreta, luego superada y ampliada por dispositivos posteriores.
- b) Los internacionalistas peruanos nunca han aceptado esta tesis de las 200 millas territoriales; su único defensor es el Dr. Andrés Aramburú Menchaca, quien ante la evidencia ha concluido afirmando que el problema es semántico; es decir, el nombre es lo de menos; lo que importa es cautelar los derechos del Perú.
- c) La práctica diplomática peruana nunca ha afirmado las 200 millas como mar territorial: quien lo dude que acuda a la obra oficial denominada "Derecho del Mar", editada por la Cancillería en 1971, en donde podrá advertirse incluso cómo las respuestas a la Reservas frente a la Declaración de Santiago de 1952, niegan las territorialidad de las 200 millas.

Nota: Sobre el problema de nuestra soberanía marítima, cf. mi libro **Mar y Constitución**, Lima 1984 (Nota de 1987).

§ 31

LEYES CONSTITUCIONALES^(*)

Tras haber cumplido su cometido, las Comisiones Especiales de la Asamblea Constituyente se han avocado a la elaboración de lo que denominan “leyes complementarias”, nombre impreciso, que deberá ser aclarado. Conviene al respecto fijar algunos conceptos que parecen haber pasado desapercibidos.

En primer lugar, la Constitución como ley fundamental, es un texto de ideas generales, que incluye diversos mecanismos de orden procesal para la cautela de los derechos fundamentales, así como para el juego de los llamados poderes del Estado. Pero la Constitución no es un texto que agote la realidad, ni puede caer en casuística, con grave riesgo de elaborar una Biblia y no una Constitución. De ahí la necesidad de que determinadas instituciones y/o principios constitucionales, sean reglamentados mediante leyes especiales, que la doctrina denomina “leyes constitucionales”, precisamente porque vienen a fijar ciertos detalles que no están contemplados en la Carta Política. Estas “leyes constitucionales” tienen naturaleza general, esto es, se refieren concretamente a aspectos constitucionales, como pueden ser la reglamentación procesal de la defensa de los Derechos Fundamentales, la composición del Tribunal Constitucional (no de Garantías Constitucionales, figura jurídica obsoleta, pues hasta la reciente Constitución española de diciembre de 1978, la ha eliminado); las disposiciones sobre Ministros de Estado; las del juicio político y en términos generales sobre la responsabilidad de funcionarios públicos de alta jerarquía, etc. Pero estas “leyes constitucionales” son pocas, sobre materias específicamente calificadas, ya que por su naturaleza sólo pueden modificarse por un procedimiento especial, en la que se exige un lapso mínimo para su modificación, inferior al que es necesario para modificar la Constitución, pero superior al que observa la ley ordinaria, que es susceptible de modificarse en 24 horas. Descendiendo de esta jerarquía de normas, tras la Constitución y las leyes constitucionales, vienen las leyes ordinarias, esto es, las que legislan sobre cualquier materia y cuyos principios básicos por cierto se encuentran en la Constitución. Luego de las leyes ordinarias, siguen los demás dispositivos menores, que actualmente dentro del derecho peruano están en situación caótica tal, que bien valdría la pena una ley que las organice y jerarquice, porque en esto todavía nos seguimos guiando por leyes de la época de Castilla y San Román.

^(*) LA PRENSA, 22 de febrero de 1979.

Estos comentarios vienen a la mente, cuando observamos que las Comisiones Especiales se están dedicando a elaborar las llamadas “leyes complementarias”, sin distinguir realmente cuáles tienen categoría de “constitucionales” y cuáles la de “ordinarias o comunes”. Es indudable que una ley que regula las prestaciones asistenciales no es ley constitucional sino ley ordinaria. Pero esto que a todas luces es muy claro, no parece que se esté observando. Es conveniente entonces que la Asamblea efectúe primeramente una reestructuración de la jerarquía normativa del derecho peruano, distinguiendo para sus propios fines, entre las leyes constitucionales y las demás leyes que en realidad pertenecen a la llamada legislación ordinaria.

§ 32

ESTADO, TERRITORIO, NACIONALIDAD E INTEGRACIÓN^(*)

El Título II del anteproyecto de Constitución que están publicando los diarios, está dedicado íntegramente al Estado y a la Nación, y dentro de él está considerado el Estado en el capítulo I, la nacionalidad en el Capítulo II, el territorio, en el capítulo III, la integración en el capítulo IV y los Tratados en el capítulo V; es decir, un total de 29 artículos.

El anteproyecto en términos generales se caracteriza por su sobriedad, su redacción adecuada, su precisión, y sobre todo por la modernidad de sus planteamientos, lo que sin lugar a dudas constituye un verdadero acierto de la Comisión Principal, que demuestra con este ejemplo que está trabajando seriamente y con rigor; y de la que esperamos únicamente que el mismo criterio aplique en los análisis y estudios posteriores.

Aspectos interesantes son en el capítulo I, la separación de la Iglesia y el Estado, de acuerdo con la moderna tendencia auspiciada por el Vaticano, y que conllevará necesariamente la celebración de un Concordato postconciliar con la Santa Sede, similar al que en 1973 se firmó en Bogotá entre el Canciller colombiano y el Nuncio Apostólico en ese país. También es de relieve el artículo 74, que establece la supremacía de la Constitución sobre cualquier otro dispositivo legal.

El capítulo II sobre nacionalidad, tiene un desconcertante artículo sobre la nacionalidad de las personas jurídicas: hecho que, como se sabe, es muy discutido en la doctrina. Por lo menos los especialistas en Derecho Internacional Privado cuestionan seriamente que las personas jurídicas puedan tener nacionalidad, y recordemos al respecto que fue el Perú el que precisamente defendió esa tesis en 1969, cuando el Gobierno de los Estados Unidos argumentó que defendía a sus nacionales (caso de La Brea y Pariñas). Además, es interesante analizar qué consecuencias puede tener este apartado con las normas del Pacto Andino, que en su Régimen sobre Capital Extranjero tiene artículos opuestos al proyectado texto constitucional.

En lo que se refiere al Territorio, ha logrado el texto una presentación adecuada, y una innovación de trascendente importancia al utilizar el concepto

^(*) LA PRENSA, 1 de marzo de 1979.

de “dominio marítimo”. Esta locución tiene la virtud de introducir un criterio de unidad que puede servir para la legislación vigente y la que se promulgue en el futuro, y además constituye un término flexible que, sin desconocer nuestra tradición y los derechos del Perú, permite la inserción de nuestra política exterior en el contexto internacional. Por otro lado, esta innovación supera el clásico concepto de dominio (único, indivisible, etc.) e introduce un concepto de dominio amplio, matizado, que lo relaciona con las leyes nacionales vigentes y con los tratados internacionales, quienes le señalarán su alcance y perspectivas. Recordando al maestro Alberto Ulloa, podría decirse que aquí se introduce un “dominio marítimo modal”, ya que manteniendo la posición peruana, se la vincula con los tratados internacionales. A no dudar que este planteo deberá ser objeto por parte de los especialistas, de un sereno análisis para precisar los alcances y perspectivas de tan novedoso como singular acierto.

Un sobrio artículo dedicado a la integración y un excelente texto dedicado a los tratados internacionales, cierran este Título, que puede calificarse como lo más logrado que hasta ahora se ha hecho en el seno de la Asamblea.

§ 33

LAS DOS VUELTAS: ¿UN MEJOR SISTEMA?*

En días pasados ha empezado una polémica sobre la posibilidad de aplicar el sistema de las dos vueltas, para las próximas elecciones generales. Tan pronto la tesis fue enunciada, surgieron a su alrededor posiciones a favor y en contra; en donde las partes en conflicto argüían cada una a su manera sobre las ventajas o inconvenientes de esta nueva modalidad. Se dice por un lado que este nuevo sistema daría más representatividad al Presidente de la República, robustecería su legitimidad, etc. Pero en realidad, creemos que todos estos argumentos, sin dejar de ser interesantes, no han tocado el fondo del problema. Y es que en el espectro de la política peruana, no se ha caído en la cuenta que no existe sistema electoral perfecto, ni mucho menos puede decirse que un sistema es mejor que otro; sino que simplemente son técnicas que desde que fueron implementadas en el siglo XIX, valen únicamente en el contexto en que son aplicadas. Esto quiere decir que los sistemas electorales en términos generales son neutros en cuanto técnicas, y todos son más o menos similares y consiguen más o menos los mismos fines. La diferencia de los sistemas radica en la intención que se pone al implementarlos y sobre todo en las consecuencias políticas que esto conlleva. Esto es, los sistemas no pueden ser juzgados en abstracto, sino únicamente en relación con una determinada coyuntura política. No cabe en consecuencia alargar un estéril debate doctrinario que no tiene sentido a esta altura de los tiempos, ya que todos los estudiosos de la problemática electoral, tanto juristas como sociólogos y politólogos, vinculan el problema de los sistemas y leyes electorales, con una realidad política determinada.

Por lo pronto, advirtamos que la segunda vuelta que existe en la Francia actual, y que a su vez fue tomada de la III República, es un sistema singular, que los estudiosos califican de **sui generis** y muy vinculado a las instituciones de la V República, en la medida en que ésta trasunta el espíritu del General De Gaulle,. Por estas mismas razones, autores tales como Mac Kenzie, en su célebre trabajo "Elecciones libres" señala que el método de la doble vuelta sabe a intriga política, y muchos le auguran al sistema poco éxito; lo que algo debe tener de cierto porque en cuanto tal no ha tenido mayor eco.

(*) LA PRENSA, 8 de marzo de 1979

Además, el caso de Francia es muy especial; por un lado la segunda vuelta funciona en todo el sistema; es decir, tanto para elegir al Presidente de la República, como a la Asamblea Nacional (el Senado tiene otro sistema, que aquí no interesa, pues el Senado es un ente con cada vez menos poder). De Gaulle introdujo esta fórmula, ya que con la segunda vuelta conseguía polarizar las fuerzas y obtener una mayoría estable en la Asamblea Nacional, superando así las inconveniencias del clásico multipartidismo francés. Pero como afirmó Duverger en una de sus célebres leyes enunciadas en su clásica obra sobre los partidos políticos “el régimen mayoritario con dos vueltas estimula el sistema multipartidista”, de manera tal que podría decirse que en la primera vuelta se elimina y en la segunda se elige. Podría agregarse además un hecho importante: en Francia el voto no es obligatorio, y la segunda vuelta contribuye a definir a un elector renuente, lo que no sucede en los sistemas con voto obligatorio. Muchos autores franceses incluso han postulado eliminar la segunda vuelta, por el sistema del voto alternativo, que consiste en que cada elector vota bajo el sistema de preferencias: es decir, en primer lugar pone su voto definido, y a continuación pone su alternativa en caso de que no saliese elegido el primero, para iniciar una segunda vuelta, pero ésta sólo se haría a nivel de computadoras (el sistema es en realidad más complicado, motivo por el cual no encuentra mayores adeptos). Pero en síntesis, la virtud de la segunda vuelta, es que ha contribuido en Francia a crear una mayoría estable (esto es lo que todos le reconocen).

Pero estos supuestos que se dan en Francia, no se aplicarían al parecer al Perú; ya que aquí sólo se intenta aplicar el sistema para la Presidencia de la República, con lo cual mutilan el modelo francés y en consecuencia lo dejan sin sus beneficios. No se ve entonces cuál utilidad pueda traer su implantación; porque o se aplica en su totalidad como sistema para obtener los beneficios que ella ha otorgado a los gobernantes franceses, o no se aplica. Más bien, de lo que se trata aquí, en la primera vuelta, es de tener un balón de ensayo para medir fuerzas, y como consecuencia de ello proceder al reacomodo de alianzas en la segunda vuelta. El Apra dice que es una maniobra contra dicho partido, pero esto es tan cierto como lo opuesto, pues aquí estamos jugando con presunciones.

Por estas razones que aquí sucintamente exponemos, nos parece que en la forma tal como está planteada la segunda vuelta, es inconveniente, pues nada va a aportar. Creo que el sistema de la Constitución de 1933 sigue siendo válido, ya que en caso de no alcanzarse el tercio, el parlamento debe ser quien elige (y esto también le da autoridad y legitimidad al Presidente). Decir, como alguien ha dicho alegremente, que la segunda vuelta evitaría un golpe de Estado como el que sucedió en 1962, es algo realmente ingenuo; pues si el espíritu golpista existe, el golpe se dará antes de que se inicie la segunda vuelta; al igual que el de 1962, que se produjo antes de la elección por el

Congreso. Esto por cierto trae otro problema: cómo debe ser la composición del Congreso, y cuál sistema deberá aplicarse para su elección. Pero éste es un problema que merece un tratamiento aparte.

Nota : El problema de la segunda vuelta y su problemática, puede verse en mi libro **Una democracia en transición**, 2da. edición, Lima 1986. (Nota de 1987)

§ 34

EL PODER LEGISLATIVO^(*)

La ponencia constitucional sobre el Poder Legislativo, contiene sin lugar a dudas importantes aciertos y aportes que deben ser ponderados. Por un lado recoge en lo sustancial la experiencia política de los últimos años, de manera tal que se eviten los problemas tan serios que tuvieron los regímenes constitucionales del doctor Bustamante y del arquitecto Belaunde, y por otro, se adoptan algunas modalidades del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, que pueden ser de indudable utilidad. Es cierto que la estructura que presenta el poder legislativo es todavía una estructura clásica, y en cierto sentido no hay una aportación enteramente original y creadora sobre esta rama del poder público, ya que se conservan algunos distintivos tradicionales, como por ejemplo la subsistencia de la Cámara Alta o Senado, que está en franco retroceso. Una ojeada a las recientes publicaciones europeas especializadas y a la literatura publicada en los últimos años (mencionemos únicamente a Duverger por el hecho de estar traducido al castellano) nos llevan a la conclusión de que salvo el caso de Cámaras hereditarias (Inglaterra) o Federales (Estados Unidos, Rusia) la segunda Cámara no tiene razón de ser. La “imaginación al poder” de la que hablaba Haya de la Torre en su época de candidato, no se ha producido todavía, y de ello hay que dejar constancia. Pero tampoco debemos dejar de reconocer que hay avances considerables y que en términos generales, es un texto acertado, aunque lamentemos no poder coincidir totalmente con él.

Por lo pronto, creemos muy importante haber reforzado la autoridad del Presidente de la República, pues de tal manera hemos superado el hibridismo existente en la actual Carta de 1933. Esto es interesante y es además lo moderno. El parlamentarismo como tal, está en declive. Y no tiene sentido desarmar al Presidente de la República, aun cuando el parlamento no deja de tener su misión controladora.

Algunos aspectos que deseamos destacar son los siguientes:

- a) El artículo 190 señala que las leyes orgánicas tienen el carácter de leyes complementarias de la Constitución. El texto nos parece ininteligible. Hasta donde alcanza nuestra información, esto no ocurre en ninguna parte. Leyes orgánicas son aquellas que

^(*) LA PRENSA, 12 de marzo de 1979.

reglamentan un órgano; este órgano puede ser el Poder Judicial, el Instituto Nacional de Cultura, la PIP, etc. Se confunde aquí leyes “orgánicas” con “leyes constitucionales”. Aun cuando en otra oportunidad hemos llamado la atención sobre esta confusión, parecería ser que no se ha reparado en ella.

- b) El artículo 193 señala que la ley sólo se interpreta por otra ley. Esto es correcto pero insuficiente. Pensar que sólo otra ley interpreta una ley, es volver a la época de Montesquieu. Desde los realistas norteamericanos, pasando por Kelsen y las más recientes manifestaciones jusnaturalistas, se acepta que el juez también interpreta la ley, aunque sólo sea para el caso concreto. Hay que concordarlo esto también con lo que los constituyentes llaman Tribunal de Garantías Constitucionales, que como se sabe es una figura jurídica que hoy no se usa en Occidente (revítese si no, las constituciones de España, Francia, Alemania y Austria, que son los países claves en esta experiencia).
- c) El artículo 218 establece la obligatoria refrendación ministerial que deben tener los actos presidenciales, lo que es acertado, y que además concuerda con nuestra tradición. Pero creemos necesario aclarar de qué “actos” se trata. Porque actos del Presidente pueden ser también sus mensajes radiales o televisados, e incluso sus cartas personales, o los cables de felicitación que remite a otros mandatarios. No conviene en nuestra opinión “amarrar” tanto la figura del Presidente a la del Consejo de Ministros, porque a la larga esto no funciona, ya que el Presidente removerá al Ministro o Ministros que se le opongan.

§ 35

EL REGIMEN ECONOMICO EN LA CONSTITUCION^(*)

Continuando sus labores, la Comisión Principal terminó en días pasados dos ponencias importantes: la primera está dedicada a la Ciudadanía y al Sufragio, que en términos generales encontramos acertada, y que naturalmente habrá que concordarla en su oportunidad con el tema de la nacionalidad, ya que aparentemente podrían crearse algunas dificultades. La segunda, y en nuestro concepto más importante, es la dedicada al régimen económico del país. Sobre ella podemos decir que el texto aprobado por la Comisión Principal constituye un avance positivo sobre los originales que preparó la Comisión Especial, pero no creemos que se haya librado del todo del lastre ideológico que tiene la ponencia. En efecto, se empieza en el artículo 96 y continúa en los siguientes, hermosas descripciones sobre los fines del Estado, sobre la justicia social y tópicos similares, que pueden ser muy interesantes, pero que no dicen nada. Utilizar palabras tales como justicia, justicia social, es hacer uso de palabras polisémicas, es decir, que tienen una cantidad enorme de significados y que en última instancia no significan nada. Tales términos encierran valores muy respetables propios de toda concepción filosófica o religiosa, y sobre esto hay innumerables escritos. Pero introducir a nivel de la dogmática constitucional tales términos, nos parece por demás inadecuado. Además, parece ser que la ponencia está pensada en términos ideales, es decir, de declaraciones sobre todo lo que debe hacer el Estado, cuáles deben ser sus fines, e incluso se avanza gran cantidad de definiciones sobre diversas entidades e instituciones, que son innecesarias.

Recordemos que una sana técnica legislativa evita las definiciones a nivel de textos fundamentales, ya que los contenidos y las definiciones pueden cambiar, y es mejor elaborar textos abiertos que permitan mutaciones constitucionales con el transcurso del tiempo, como ha sucedido con las principales constituciones del mundo, y en forma por demás beneficiosa (como se aprecia por ejemplo en la Constitución norteamericana, y en la Constitución de De Gaulle). Los abogados saben perfectamente que nuestro Código Civil, cuerpo técnico por excelencia, no tiene definiciones, y quizá es mejor que así sea, pues ha permitido en muchos casos innovaciones realmente creadoras. Por último, toda esta parte declaratoria y principista de sanas intenciones, debe colocarse en otro lugar y no aquí que es un texto normativo. Toda constitución tiene un preámbulo y una parte dedicada a los fines del Estado, en donde se

^(*) LA PRENSA, 14 de marzo de 1979.

deben insertar sumariamente este tipo de prescripciones, que en rigor no son normativas sino fines políticos.

Otros aspectos que podemos señalar en forma muy sucinta son los siguientes:

- a) En el artículo 130 deberá evitarse la práctica tan inveterada como perniciosa de crear impuestos por delegación.
- b) Existe un tratamiento excesivo del Banco Central de Reserva que, aunque en algo se ha recortado el papel desmesurado que le otorgaba la ponencia, sigue en el nuevo texto en situación privilegiada. No entendemos por qué en una constitución deba fijarse el número exacto de Directores de una institución. Si lo que se quiere es asegurar la independencia del instituto emisor, debe pensarse en otros medios, pues así enreda las cosas en lugar de aligerarlas.
- c) El Congreso Económico Nacional aparece redimensionado como ente consultivo. Creemos que esto es muy importante, y que su creación puede contribuir seriamente al planeamiento del país.

§ 36

PODER EJECUTIVO^(*)

El apartado dedicado al Poder Ejecutivo, si bien tiene la característica del fortalecimiento presidencial, es en términos generales muy impreciso, y aparentemente ha sido trabajado demasiado rápido. Así, y sólo como botón de muestra podemos señalar que existe contradicción entre el inciso 11 del artículo 217 con el artículo 193, relativo a los Decretos de urgencia; pues por un lado se autoriza al Presidente a usarlos sólo en casos extremos, pero por otro se dice que sólo se utilizan en caso de receso del Congreso (habrá que coordinar ambos supuestos). Además el inciso 24 del artículo 217 tiene una mezcolanza propia de talleres pictóricos, pero inadmisibles en un texto constitucional, en donde se usan términos que ni siquiera se aclaran ni precisan. Así vemos que se habla de estado de sitio, de estado de emergencia, sin deslindar si son dos cosas distintas o si son sinónimas; por otro lado se indica y prevé la suspensión de las garantías, pero surge la pregunta ¿qué garantías? En efecto, el concepto de “garantías constitucionales” ya ha sido eliminado del léxico y la misma Comisión ha utilizado el más acertado de Derechos fundamentales (salvo que se trate de las garantías procesales, pero en este supuesto hay que precisarlo para evitar confusiones).

Por otro lado, se enumera una cantidad tan extensa de las facultades del Presidente de la República, que a veces son excesivas, otras son simplemente innecesarias mencionarlas, y por último hay algunas realmente superfluas (el inciso 29 del artículo 217 establece que una de las facultades del Presidente de la República es **otorgar condecoraciones**).

Una modalidad interesante es haber introducido la legislación delegada, que es una de las características del constitucionalismo actual. Pero creemos que es necesario precisar los distintos Decretos que se introducen y que son tres: I) Decretos de urgencia, II) Decretos legislativos, y III) Decretos ordinarios. Pensamos que todo ello debe ir en una ley constitucional que jerarquice el ordenamiento jurídico peruano, que en la actualidad es disperso e inorgánico.

También es novedoso haber reintroducido el veto presidencial (que en rigor antes no existía), pero pensamos que es perfeccionable. Creemos nosotros que para superar el veto presidencial (esto es, la opinión en contra del Jefe del Estado) debe existir una mayoría calificada de 2/3 y no la simple

^(*) LA PRENSA, 18 de marzo de 1979.

mayoría como señala el proyecto. No existe acá una adecuada proporción con los hechos. Recordemos que para la expropiación de los medios de comunicación masiva se requiere el voto conforme de 2/3 del Senado, y sin embargo para el veto presidencial sólo la mayoría simple.

En lo que se refiere a la vigencia de las leyes, que será al decimosexto día después de su publicación, deberá efectuarse dos precisiones: I) Si los días son útiles o calendarios, y II) Si el plazo de 16 días es para adelante. Hacemos esta salvedad, porque la actual Carta del 33 tiene idéntica redacción, y ha originado confusiones y jurisprudencia contradictoria. El problema de la vigencia de las leyes, o sea, de su inicio en el tiempo, merece un tratamiento más riguroso aún.

§ 37

¿EXISTE LA DISOLUCIÓN?^(*)

En todo régimen en donde funciona el voto de censura o de falta de confianza que las Cámaras utilizan para derribar ministros, existe una contrapartida que es la facultad que tiene el Presidente de la República para disolver las Cámaras, y de tal suerte recurrir al electorado para que defina el conflicto. En el Perú, por razones muy explicables, existió la censura pero nunca se autorizó la disolución, que era su contraparte natural. Hoy el proyecto constitucional introduce la disolución como facultad del Presidente, pero sólo de la Cámara de Diputados; influye aquí el sistema francés. Pero no sabemos en realidad qué virtualidad pueda tener esta disolución de una sola Cámara, cuando no existen diferencias de peso entre Diputados y el Senado. Pero en fin, dejando de lado estos detalles, podría en realidad admitirse la validez del ensayo, y en tal sentido debe ser bienvenido. Pero si analizamos con cuidado el artículo 233 del anteproyecto elaborado por la Comisión Principal, vemos que en la práctica se ha negado con una mano lo que se otorgaba con la otra. En efecto, se establece aquí en forma por demás paladina, que para que la disolución tenga efectos es necesario que exista el voto de censura o de falta de confianza a tres Consejos de Ministros consecutivos. Es decir, en la práctica, no hay disolución.

Lo que se hace es censurar una vez, y luego se espera que el próximo Consejo actúe, en donde puede haber censuras individuales que obligan a recomponer el Consejo de Ministros. Es muy fácil censurar a todos los Ministros, no como Consejo, sino uno a uno, y en la práctica se evita la provisión constitucional, que es fácil de burlar. Si lo que realmente se quiere es dar al Presidente de la República la facultad de disolución, deberá concedérsela en forma totalmente amplia, a su libre arbitrio, de manera tal que el Presidente pueda ejercer este derecho como un acto de Gobierno independiente, y sin estar sujeto a veleidades parlamentarias.

Podemos incluso admitir que la disolución se acepte por una sola vez y que no pueda ejercerse en el último año del período gubernamental; pero fuera de esto, no deben existir más obstáculos. Si es que se desea realmente que el Presidente pueda gozar de esta facultad, hay que otorgársela francamente y que así se diga, pues el proyecto tal como está concebido no deja lugar a dudas de que lo que realmente se pretende es escamotear un derecho.

^(*) LA PRENSA, 20 de marzo de 1979.

§ 38

EL PODER REGIONAL^(*)

Con este mismo título, publicaba hace algunos años un hermoso librito el conocido periodista y político francés Jean-Jacques Servant-Schreiber. Y lo subtitulaba así: El Estado contra los franceses. Leyéndolo, parecería que nos encontramos en situación parecida a la que pintaba este autor en la fecha de la publicación de su ensayo: 1971. Pero desde entonces poco o nada ha sido cambiado. Aquí en el Perú cuando se analizó la descentralización en la Constituyente de 1931, se hizo únicamente un tímido ensayo. Hubo un temor frente a ella, dice Basadre al comentar esos memorables debates. Hoy día parece que el temor frente a la descentralización se mantiene.

Veamos. La ponencia presentada por la Comisión Especial de Descentralización, significa sin lugar a dudas un avance con relación al actual estado de cosas, en donde se cree que con organismos descentralizados y con discursos, viajes, mesas redondas y conferencias, se va a descentralizar efectivamente el país. Pero esta ponencia ha sido “podada” por la Comisión Principal, que nos ha ofrecido de tal suerte una “descentralización” nominal, dedicada enteramente al asunto burocrático-promocional. No ha surgido aquí el poder regional sino simplemente el poder central, que de esta manera ha “desconcentrado” funciones, pero no ha descentralizado, pues no ha creado centros que tengan capacidad autónoma de decisión. Es decir, se ha eliminado a las regiones, pues existe un miedo hacia ellas; las que en todo caso se limitarán, por más apariencias que se muestren, a una modesta tarea burocrática. En frases dirigidas al contexto francés, pero aplicables enteramente a lo que sucede en nuestro país, decía Servant-Schreiber en la obra citada: “La región es el gran tabú. Si tanto la han evocado los portavoces oficiales era, como se ve, para dispensarse más fácilmente de crearla. Las palabras empleadas, regionalizar, regionalización, son significativas: revelan la trampa. Metalizar es dar el aspecto, la apariencia del metal. Regionalizar es hacer creer que no existe hostilidad hacia las regiones... a condición de que no tengan ningún poder. La regionalización se ha convertido en una palabra engañosa: de lo que se trata es del Poder Regional. Se está a favor o en contra de él”. Agreguemos nosotros: la Comisión Principal (por razones quizá muy respetables) está en contra de él.

^(*) LA PRENSA, 28 de marzo de 1979.

Aclarado lo anterior, veamos algunos aspectos propiamente dichos del articulado aprobado por la Comisión Principal. Existe por ejemplo la elección popular de los alcaldes, lo cual es un acierto. A partir de las Municipalidades, se empieza un ascenso, primero en las Corporaciones Departamentales (que como se sabe existieron en épocas anteriores y con buenos resultados, en una época en que nadie creyó que eso era regionalizar) para culminar con las Corporaciones Regionales, verdadero artificio creado para aparentar la existencia de regiones, pero en realidad es sólo simplemente un ente burocrático innecesario, y que sólo traerá complicaciones en el futuro. Si bien las Corporaciones Departamentales tienen funciones específicas, no vemos para qué existen las Corporaciones Regionales, ya que sus funciones están limitadas a la coordinación de las obras que realizan los departamentos y provincias entre sí; para esto no es necesario crear una corporación, sino que basta una Comisión Permanente y nada más.

Pero hay un punto neurálgico en este apartado, y es el referente a los recursos de las Municipalidades y de las Corporaciones Departamentales (en especial de las primeras). La forma cómo ha sido planteada es sin lugar a dudas equívoca, pues está basada fundamentalmente sobre la capacidad de crear tributos, contribuciones, y prestar servicios, lo cual no sólo puede traer confusiones, sino no dar los frutos que se desean. Sobre todo el aspecto tributario que aquí se trata, revela que se desconoce esta problemática, pues se incluyen algunos tributos derogados, como tendremos oportunidad de verlo en un próximo artículo.

§ 39

EL LLAMADO TRIBUNAL DE GARANTÍAS ...^(*)

El Tribunal de Garantías Constitucionales fue una nomenclatura que crearon los juristas españoles en la Constitución republicana de 1931, siguiendo aquí la influencia de Hans Kelsen, creador en la Constitución austriaca de 1920, de la Corte Constitucional, que luego otros países han adoptado. La Constitución española de 1931 fue de corta vida, como es sabido, por los avatares de aquel período. Fue posteriormente adoptado por la Constitución cubana de 1940, la cual tampoco tuvo en realidad eficacia. Pero luego de estos dos ensayos, el concepto mismo de Tribunal de Garantías no ha sido seguido, pues sin lugar a dudas se trata de un concepto anticuado, que no se compadece con las funciones ni con los fines que hoy tienen los Tribunales Constitucionales, que con nombres similares existen en las principales democracias europeas. La idea ha llegado pues al Perú, pero como en todo, nos llegó la versión atrasada, pues en el proyecto se utiliza una denominación que actualmente no se usa. Valga como disculpa el hecho de que el proyecto de Constitución española de 1977 todavía recoge la figura del Tribunal de Garantías. Pero al ser debatido el texto en las Facultades de Derecho españolas, y al ser consultados los especialistas, las Cortes reemplazaron tan vetusta nomenclatura, y es así como la Constitución promulgada por Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978, incorpora con propiedad el nombre técnico que le corresponde, esto es, el de Tribunal Constitucional. Vemos pues que nuestros Constituyentes (o los que lo propusieron) se quedaron con el proyecto, y al parecer no han tenido ocasión de revisar el texto definitivo. Les recomendamos vivamente su lectura.

Aparte de este aspecto accesorio –pero no por ello menos importante– existe en nuestra opinión una grave confusión sobre lo que es un Tribunal Constitucional y cuáles son sus funciones. Se ha seguido aquí fielmente el modelo europeo (sin adaptarlo a nuestras necesidades) y por otro se pretende con este Tribunal dismantelar, por así decirlo, al Poder Judicial. Veamos como muestra lo siguiente:

- a) Se niega al Poder Judicial la capacidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, ignorándose una conquista que apareció en 1936 con el Código Civil.

^(*) LA PRENSA, 2 de abril de 1979.

- b) Relegan a la Corte Suprema a convertirse en ciertos casos en una simple instancia más, pues el Tribunal puede revisar algunos de sus pronunciamientos.
- c) Se atenta contra la cosa juzgada, pues el Tribunal puede revivir procesos fenecidos. Es importante destacar que en ninguna parte del mundo en donde existe Tribunal Constitucional o ente similar, se da a éste, atribución de tal magnitud, que debe considerarse simplemente inaceptable.

Creemos muy acertado haber introducido esta figura del Tribunal Constitucional (esperamos que así sea llamado) pero creemos también que la forma como ejerce sus atribuciones y sobre todo sus relaciones con el Poder Judicial, deben ser totalmente reelaboradas, pues de lo contrario crearemos una cuarta instancia dentro del ordenamiento jurídico peruano.

§ 40

EL PODER JUDICIAL EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL^(*)

El proyecto de Constitución Política del Estado publicado recientemente ("El Peruano", 2 de abril de 1979), es sin lugar a dudas un avance notable sobre la ponencia que sobre el mismo tópico presentó la Comisión Especial de Poder Judicial, en donde no sólo se deslizaron gruesos errores conceptuales, sino incluso se proyectó trasladar la Corte Suprema a la ciudad de Arequipa, pensándose con ello, –en forma por demás equívoca– que así se descentralizaría la Administración de Justicia. Esto no quiere decir que el proyecto –que en los actuales momentos ha entrado a su debate en las plenarios, y que sufrirá algunas modificaciones– sea o represente una alta técnica jurídica o una depurada concepción teórica. Más bien creemos que el capítulo dedicado al Poder Judicial no escapa a las críticas que se han dirigido al texto en general, tal como su reglamentismo, el carácter utópico de muchas de sus disposiciones, sus confusiones conceptuales, en fin, su insuficiencia como texto constitucional. No obstante, es menester reconocer que dentro de estas limitaciones hay algunas ideas que merecen nuestro apoyo, aunque existen también otras que no compartimos y cuyo porvenir vemos todavía incierto. Con ese propósito, analizaremos en esta oportunidad y en forma sucinta, algunas de sus características más saltantes, cada una de ellas en párrafos aislados para guardar un mejor orden en la exposición.

I) Influencia del modelo europeo de Poder Judicial

En toda su tradición republicana, el Poder Judicial ha seguido –en líneas generales– el modelo que por comodidad ha quedado en llamarse americano, lo cual implica entre otros aspectos:

- a) la consideración del Poder Judicial como un verdadero Poder del Estado, con plena capacidad de decisión (aun cuando esto no haya sido siempre una realidad, sino una aspiración de la ley y de la doctrina),
- b) capacidad del Poder Judicial para juzgar a los altos funcionarios públicos, que trasgreden la ley en el ejercicio de sus funciones, y

^(*) **Revista de Jurisprudencia Peruana**, N° 423, abril de 1979.

- c) facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, creación típica de la jurisprudencia norteamericana, que se remonta a la obra genial de John Marshall (1803).

Para señalarlo en una sola palabra, jerarquía y funciones de Poder del Estado, con plena autonomía y majestad. Pues bien, esto es precisamente lo que no se observa en el proyecto, y menos aún en el que presentó con anterioridad la Comisión Especial.

Al parecer, los constituyentes tuvieron presente las Constituciones europeas de la segunda post-guerra, de las cuales glosaron, muchas veces al pie de la letra, varios artículos y trasladaron al proyecto la idea de un Poder Judicial disminuido y controlado por entidades externas. Esto quizás es explicable por la forma por demás desmedida con que “la primera fase” del Gobierno militar manejó el Poder Judicial. Pero de ahí no se desprende que “no se pueda dejar solos a los jueces”, como dijo recientemente un prominente líder aprista, ni tampoco que sea necesario crear por encima del Poder Judicial otro control más, pues entonces el problema no se resuelve, sino únicamente se traslada. Bien decía Carnelutti en una célebre conferencia antes de morir, que el gran error de la Europa continental era haber caído en el mito del legislador, olvidándose del Juez, que es la figura central del proceso. En esto es precisamente en lo que han caído nuestros constituyentes; han creído que el Legislativo y la ley eran suficientes para remediar “todos los entuertos”, para usar el lenguaje del Quijote.

II) Tribunal de Garantías Constitucionales

Esta figura es totalmente nueva en el ordenamiento constitucional peruano, pues es una creación europea debida al eminente Hans Kelsen, quien fue el autor de la propuesta en la Constitución austriaca de 1920, todavía vigente, y que luego ha alcanzado rápida difusión en Europa e incluso fuera de ella. Si bien la presencia de este Tribunal, encargado de la jurisdicción constitucional, es propia del llamado modelo europeo (no así del modelo americano), no obstante ha contado con la adhesión de juristas latinoamericanos a través de diversos congresos y conferencias internacionales. Con respecto a este Tribunal, hay que señalar dos aspectos: uno de forma y otro de fondo. El primero o de forma, es en realidad un problema de nomenclatura, eso es, de nombre, pues tal concepto se encuentra hoy superado por la doctrina por incompleto e insuficiente. En efecto, en sentido amplio y tradicional, se empleaba la locución garantía como equivalente a control, defensa o cautela constitucional, pero hoy se considera técnicamente como garantía sólo la acción procesal destinada a salvaguardar un derecho. Así las

denominadas “garantías constitucionales” son en realidad derechos constitucionales, pues ellas solas no “garantizan” nada. Más bien, el Habeas Corpus y el Amparo son, **stricto sensu**, garantías pues se utilizan para la defensa de los Derechos Fundamentales. De ahí la razón de porqué el nombre ha sido rechazado y hoy se usa el más adecuado de Corte o Tribunal Constitucional, pues su objetivo es la Constitución toda. Pero el proyecto utiliza el de “Garantías Constitucionales” creado por la Constitución republicana española de 1931, reproducida en la Constitución cubana de 1940 (ambas actualmente derogadas) y plasmada en el proyecto constitucional español de 1977 (que al parecer tuvieron entre manos los autores de la iniciativa). Pero al ser discutido este proyecto en las Cortes y en vista de las sugerencias técnicas recibidas, fue modificada la nomenclatura y así en el artículo 159 de la vigente Constitución española de 1978, aparece prefigurado el Tribunal Constitucional en su versión moderna. Aquí como en todo, andamos a la zaga de los logros no científicos, sino incluso jurídicos.

Un segundo aspecto, de fondo o sustantivo referido al Tribunal, es que al trasplantar a nuestro medio el modelo europeo, lo han hecho mal y desnaturalizándolo, pues tal como está estructurado y pensado, no sólo es un sinsentido, sino que trastoca seriamente todo el ordenamiento jurídico peruano. Si bien algunas de las funciones que se le encomiendan son normales en este tipo de entidades, en otras hay serio error en el diseño. Y lo más grave es haber creado una cuarta instancia, de manera tal que el Tribunal se convierte en un contralor de la Corte Suprema. Así vemos que este Tribunal tiene la facultad de revisar los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo, lo cual debe merecer nuestra más enérgica censura.

III) Habeas Corpus y Amparo

Una verdadera innovación existe en este campo. Si bien es cierto que la Exposición de Motivos del Proyecto señala desaprensivamente que el proyecto constitucionaliza por vez primera el Habeas Corpus y el Amparo (lo que es falso para el primero, aunque cierto en lo segundo), lo más importante a nuestro criterio es haber deslindado el campo de acción de ambos, que diversos juristas peruanos y nosotros mismos propugnamos desde tiempo atrás. En tal sentido, el Habeas Corpus es reservado para la defensa de la libertad personal y los demás Derechos Fundamentales, al Amparo, creación típica del constitucionalismo mexicano y que ha tomado carta de ciudadanía hispano-americana. Al respecto hay que recordar que el amparo fue incorporado a la Constitución española de 1931 y nuevamente en la de 1978 por influencia americana, tal como lo reconoció el Rey Juan Carlos I en su reciente visita a Lima (Discurso ante la Asamblea Constituyente). Lo único que cabe preguntarse es cómo va a funcionar este Amparo omnicompreensivo para la

defensa de los derechos fundamentales, que en el anteproyecto son legión; desde el más sagrado que es el derecho a la intimidad, la inviolabilidad de correspondencia, etc. hasta el derecho a ser enterrado gratuitamente (artículo 10). En este último supuesto, los deudos podrían incoar sendas acciones judiciales para obtener del Estado tal prestación. Como comentario adicional cabe señalar que no se concibe un derecho sin contraprestación del Estado o de terceros. Si esto lo hubieran percibido los constituyentes, no hubieran consignado tan excesiva cantidad de derechos fundamentales, en los cuales no se observa orden ni concierto alguno.

IV) Acción de Inconstitucionalidad

Esta es otra de las innovaciones del proyecto, aun cuando ya estaba contemplada, **in nuce** desde el Código Civil de 1936 y la Ley Orgánica del Poder Judicial (1963). Con todo, es importante señalar que hay una preeminencia de la acción directa (ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, artículo 301) y una disminución de las labores del juez, pues al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas, deberá elevar su resolución en consulta a la Corte Suprema, la que para resolver solicitará el pronunciamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 242). Creemos que ha debido precisarse con más rigor las dos vías: directa e indirecta o incidental, así como los alcances de cada cual, evitando que se entrecrucen en cuanto a sus efectos.

V) Los principios generales del Derecho

Existe un claro reconocimiento de que los jueces, ante el vacío o la deficiencia de la ley, deberán aplicar los principios generales del Derecho y de preferencia, los del derecho peruano (art. 240, inciso 6). Se trata de algo interesante, pero innecesario, pues ya estaba en el Código Civil, con la modalidad que aquí está considerada como una de las garantías de la Administración de Justicia.

VI) Eliminación de los fueros privativos y el problema de la justicia militar

Los fueros privativos fueron creados en el Gobierno militar, en su primera fase: fuero agrario, fuero laboral, fuero de comunidades laborales (ahora estos dos últimos se han unido en uno solo, pero siguen siendo privativos). Es decir, si contamos estos tres fueros con el militar y el común, constatamos que existían en el Perú cinco fueros, lo cual ha dado pie a más de uno para sostener

que esto era un retroceso, pues los fueros estaban de regreso en el ámbito procesal (lo que no es totalmente exacto).

En fin, sea como fuera (en Alemania hay diversos fueros, y hasta donde alcanza nuestra información no ha habido un pedido unánime para su supresión) los fueros privativos han funcionado, algunas veces bien, otras veces mal, pero en general han estado –por razones explicables y sobre todo en ciertas épocas– dependiendo del poder central, que los elegía. Esto indudablemente limitaba su autonomía y muchas veces las sentencias no fueron todo lo adecuadas que se quería. Pero creemos que el principio es válido. Si los fueros –e incluso el Poder Judicial en la primera fase– funcionaron en forma no tan satisfactoria por la presión o influencia del poder central, entonces la solución era evitar esta influencia, y robustecer la institución, no disminuirla ni eliminarla, como se ha pretendido. Ante el problema de los fueros se dieron dos extremos: a) eliminarlos e integrarlos al Poder Judicial, y b) mantenerlos tal como están. Nosotros propusimos un camino intermedio, que consistía en mantener la estructura actual de los fueros y crear la Casación ante la Corte Suprema para determinadas materias, con lo cual se mantenía un triple objetivo: a) unidad jurisdiccional, teniendo como punto de partida la Corte Suprema, b) agilidad en los procesos, lo que no se consigue lamentablemente en el fuero común, tal como está actualmente estructurado, y c) especialización. Lamentablemente, la política muchas veces se decide por los extremos, y así ha ocurrido esta vez.

En lo que se refiere a la justicia militar, se ha vuelto al sano principio enunciado en la Constitución de 1920 (artículo 156) en el sentido de que el fuero militar es sólo para los militares. Esto es muy importante, porque en los últimos tiempos se han visto incalificables abusos por parte de las autoridades castrenses, que buscando los más fútiles motivos se las ingeniaban para conducir al fuero militar a los civiles, en donde no existen las garantías del fuero común. Este acierto consta en un solo artículo (num. 293) porque los aciertos, cuando son tales son breves, virtud del discreto, según Gracián.

VII) Consejo Nacional de la Magistratura

El Gobierno militar creó en 1969 el Consejo Nacional de Justicia, recogiendo una antigua idea propugnada por el foro nacional y por los estudiosos. El más lejano antecedente orgánico quizá se encuentre en la Exposición de Motivos preparada por la Comisión presidida por el ilustre Manuel Vicente Villarán, proyecto que como era de esperar, fue desdeñado por el Congreso Constituyente de 1931. Ahora bien, el Consejo creado en 1969 no tuvo la misma impronta, pero sin lugar a dudas –por lo menos formalmente– respondió a un anhelo largamente sentido. El problema es que el Consejo al

ser manejado por el Poder Ejecutivo, y más concretamente por el Presidente de la República en la "primera fase",· cayó en total descrédito, por la arbitrariedad de sus medidas y por el carácter abusivo de sus decisiones. De ahí el rechazo que ha motivado, lo cual ha conducido a su negación, incluso hasta en el nombre, lo cual nos parece excesivo. La idea que animó la creación del Consejo es buena; malo fue su funcionamiento, que es algo muy distinto.

Pues bien, como consecuencia de este rechazo se ha creado el Consejo Nacional de la Magistratura, que es una glosa de la Constitución italiana de 1947 (artículo 104) pero únicamente con fines de investigación, propuestas y sanciones (aunque estas últimas las revisa el Tribunal de Garantías Constitucionales). De donde se desprende que a este Consejo se le han quitado incluso sus más vitales funciones, pues ya no elige magistrados, sino sólo propone nombramientos al Poder Ejecutivo, quien goza de estas atribuciones con la salvedad de que el Senado debe ratificar el nombramiento de los magistrados supremos (art. 253).

No estamos de acuerdo con que el Presidente de la República tenga el poder omnímodo de elegir magistrados en todas las instancias, pues esto politizará aún más los nombramientos. En el Perú hemos ensayado todos los sistemas de designaciones judiciales (elección por el Presidente, elección por el congreso, sistemas mixtos, elección por cuerpo colegiado autónomo, etc.) y todos han fallado o por lo menos todos han mostrado sus imperfecciones. El proyecto, ingenuamente negando la experiencia pasada, o por lo menos curándose de espanto, abandona el modelo del Consejo y se refugia en el Ejecutivo, cual si ésta fuese la solución más adecuada. En problema tan delicado como es el de la elección de jueces, lo que menos importa son los sistemas, sino los hombres que están detrás de los sistemas. Y esto lamentablemente no lo puede remediar ninguna Constitución.

VIII) Fiscal de la Nación

El título dedicado al Ministerio Público ha superado las imprecisiones del proyecto de la Comisión Especial, y restablece el Fiscal de la Nación, al que aparentemente se le concede una estructura autónoma con respecto al Poder Judicial. Bajo esta figura se agrupa no sólo lo que tradicionalmente ha correspondido a las fiscalías, sino que se le añaden otras atribuciones propias del Comisionado Parlamentario europeo, que tiene su matriz en el famoso **Ombudsman** escandinavo, creado originalmente por la Ley Constitucional sueca de 6 de junio de 1809. La idea nos parece interesante y puede rendir sus frutos en el Perú.

IX) La cosa juzgada

Si algo tiene síntomas de desaparecer en el Perú, es la autoridad de la cosa juzgada, imprescindible para la seguridad jurídica como valor del Derecho. Ya hemos visto que el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene competencia para conocer los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo. Pues bien, el artículo 297 del proyecto señala paladinamente que el Amparo también procede contra las resoluciones judiciales firmes, siempre y cuando dichas resoluciones vulneren o desconozcan cualesquiera de los derechos fundamentales (salvo el de la libertad personal). Pero como quiera que los derechos protegidos por el Amparo son prácticamente indefinidos (por la amplitud y ampulosidad con que han sido consignados), en la práctica será muy fácil encontrar en cualquier sentencia la trasgresión de cualquier derecho fundamental, con lo cual se abre siempre la posibilidad de un “juicio contradictorio” y por si fuera poco, una cuarta instancia adicional que culminará en el Tribunal de Garantías Constitucionales. De aprobarse esta propuesta –producto sobre todo del desconocimiento de lo que es la función jurisdiccional– significará un grave retroceso en todo orden de cosas y la puerta abierta para el caos judicial.

X) Comentarios finales

En el proyecto pueden señalarse dos aspectos: uno externo, y otro de contenido. Desde el punto de vista externo, el texto es sumamente deficiente y con serias incoherencias. Desde el punto de vista del contenido, hay ideas interesantes y otras muy riesgosas por la confusión conceptual existente, de manera tal que todavía no podemos decir si serán de aplicación a nuestro medio.

Sin ser nada notable, este aspecto del Poder Judicial es quizá lo menos malo que existe en el proyecto constitucional.

§ 41

LOS AGRAVIOS QUE LA ASAMBLEA OLVIDÓ^(*)

El proyecto constitucional es, desde cierto punto de vista, un verdadero memorial de agravios. Con un poco de paciencia en la lectura puede advertirse –aquí y allá– cómo están presentes incluso con artículos propios, diversas situaciones sobre las cuales se quiere dejar constancia de arrepentimiento o formal reclamo de una injusticia cometida.

Esto se aprecia claramente en la parte dedicada a los Derechos Fundamentales, en donde existen artículos bastante pedestres que tienen nombre propio, con el afán bastante comprensible de evitar que se repitan los atropellos que hemos visto en los últimos años. En el régimen económico también puede advertirse esto, pues frente al crecimiento excesivo del Estado que caracterizó a la “primera fase,” parecería que se trata ahora de proceder a su desmantelamiento, sin preocuparse de buscar un equilibrio entre ambos extremos, como es lo que debería ser en las actuales circunstancias. Y así, hay muchos más que quizá sea bueno enumerar en otra ocasión. Pero entre todos ellos, hay uno que es bastante singular, y que está contenido en la Octava Disposición Transitoria. En ella se dice que los magistrados afectados por las ratificaciones extraordinarias de 1970, realizadas al margen de la Constitución del Estado, sin expresión de causa ni oportunidad de defensa, y que acrediten limpia foja de servicios, tendrán derecho al abono por el tiempo transcurrido hasta la fecha en que pudieron prestar sus servicios. Se trata, como se ve, de enmendar un hecho anómalo (si así lo aceptamos), que pretende aparentemente desagraviar a quienes se vieron afectados por esta ratificación extraordinaria. Pero a nosotros nos parece más bien que esto demuestra un total desconocimiento del Derecho peruano, o que simplemente se ha querido hacer un “saludo a la bandera”.

Veamos: las ratificaciones son una figura constitucional, contempladas en el artículo 224 de la Carta de 1933, y cuyo antecedente está en la Constitución de 1920 (art. 152). En consecuencia, toda ratificación que se haga, está dentro de la Constitución y no puede estar fuera de ella, como ingenuamente señala la 8ª Disposición Transitoria. Continúa el precepto, señalando como requisito que hayan sido realizadas sin expresión de causa ni oportunidad de defensa. Pero esto es también desconcertante, pues hace más de 50 años que las ratificaciones, por mandato de diversas leyes sobre el Poder Judicial, se hacen

^(*) LA PRENSA, 29 de abril de 1979.

sin ninguna de estas dos características; y esto se hizo así incluso en regímenes constitucionales como los de Prado y Belaunde. Es decir, los no ratificados en 1970, no tienen según el texto de la 8ª Disposición Transitoria, ninguna oportunidad de acceder al supuesto beneficio declarado en el proyecto, por ser de imposible cumplimiento sus condiciones (casi lo mismo que ofrecer un millonario premio a un sordo a condición de que pueda oír). Esto por cierto, sin enjuiciar aquí la corrección, certeza o justicia que se pudo haber puesto o que faltó en tales ratificaciones, y sin emitir criterio ni desmerecer a aquellos magistrados que se vieron afectados por la medida.

Pues bien, a esto que era aparentemente tan importante, la Asamblea le ha dado un realce inusitado, sabiendo que en el fondo era de imposible cumplimiento (pues suponemos que la presencia de tan ilustres juristas en la Comisión Principal, ha hecho imposible que se les escapen hechos tan elementales). Pero aparte de este agravio, salvado por lo menos en teoría, existe otro, que es más grave y trascendente: la reforma del Poder Judicial en 1969, que significó la defenestración de la Corte Suprema, sin cargo o motivo alguno comprobado. Y lo más interesante es que, en el mismo dispositivo que se ordenaba las ratificaciones extraordinarias, se despojaba a los magistrados supremos; olvidándose la Asamblea de este hecho pero no de aquél (cuando el acto legislativo que lo perpetró fue uno solo). Y con el agravante de que es más serio para el país una defenestración del Poder Judicial (casi sin precedentes) que una ratificación cuyo fundamento es constitucional y que además se realiza periódicamente hace casi 50 años; independientemente de que sus objetivos se hayan logrado o no. Pues bien, sobre este hecho tan importante, que ha llamado la atención incluso de estudiosos extranjeros, la Asamblea ha guardado un prudente silencio o en todo caso un inexplicable olvido. Incluso el que más ha escrito contra esta medida, cual es el doctor Enrique Chirinos Soto (un buen conocedor de la problemática constitucional) no ha dicho hasta ahora una sola palabra (¿concomitancias de su partido en el gobierno de facto?). La Asamblea tiene la palabra.

§ 42

EL PROYECTO CONSTITUCIONAL^(*)

El proyecto constitucional en debate ha tenido como origen los dictámenes y proyectos elaborados por las Comisiones Especiales, sobre los cuales la Comisión Principal ha elaborado un proyecto final, que luego de varias modificaciones y añadidos, está actualmente debatiéndose en el plenario, en donde se han introducido modificaciones diversas que en nuestro concepto, no son sustanciales. De llegar a aprobarse este proyecto, se convertirá en la constitución undécima que tiene nuestro país en su agitada vida republicana, sin contar los numerosos Estatutos y Leyes generales que en diversas etapas de su historia hicieron las veces de Carta Política. Las 10 constituciones que hemos tenido (10 y no 12 ni 15 como dicen algunos constituyentes), han sido casi todas elaboradas bajo un mismo patrón que parte de la Constitución de 1828, de la cual dijo Manuel Vicente Villarán que bien podría considerarse como la madre de todas nuestras Constituciones.

Hoy día, con el actual proyecto, estamos sin lugar a dudas apartándonos de esta tradición, pues se han introducido –no sabemos si para bien o para mal– diversas innovaciones que sucintamente señalamos:

- I) disminución del rol del Poder Judicial.
- II) creación de un tribunal especial para el control jurisdiccional.
- III) constitucionalización de los partidos políticos.
- IV) creación del Amparo para la defensa de los derechos fundamentales (con excepción de la libertad personal, que queda confiada al Habeas Corpus).
- V) robustecimiento del Poder Ejecutivo (superando la ambigüedad del texto de 1933).
- VI) disminución de los poderes del Legislativo.
- VII) introducción, aunque mediatizada, de la disolución de la Cámara de Diputados.

^(*) CARETAS, N° 557, 18 de junio de 1979.

- VIII) disminución de las funciones del Senado, el que representará a las regiones (aun cuando esto puede ser postergado hasta las calendas griegas).
- IX) integración (aun cuando no pasa de ser un enunciado programático).
- X) ciudadanía continental, y,
- XI) separación de Iglesia y Estado.

En términos generales, podemos decir que por un lado, el actual proyecto consolida en ciertas partes nuestra tradición y proyecta soluciones para evitar que se repitan situaciones como las que se vieron durante las presidencias de Bustamante y Belaunde; pero por otro lado, y esto es lo más novedoso, significa una ruptura con la tradición americana que siempre seguimos, y un acercamiento a los moldes europeos. Esto se nota también por el hecho de que, según se ha dicho, los constituyentes han estado por lo general muy atentos a las Constituciones europeas de la segunda post-guerra, actualmente vigentes, aun cuando lamentablemente no han prestado atención a la doctrina existente sobre los indicados textos. En algunos casos, esta atención exclusiva sobre textos legales, ha llevado a una lamentable deformación, como puede apreciarse en el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales, que fue tomado del proyecto constitucional español de 1977, que fue el que al parecer manejaron los autores de la iniciativa, pero no pudieron leer el texto promulgado de la Constitución española de 1978, en donde se corrigió tan inadecuada nomenclatura, por la más correcta y universalizada de Tribunal Constitucional.

La premura y la presión electoral han conspirado lamentablemente contra una adecuada información. Además es de lamentar que la Asamblea no contara con asesores jurídicos en esta materia y también que no pudiese contar con un Anteproyecto técnico como fue en su tiempo el que elaboró la Comisión Villarán, que no sólo les hubiera ahorrado un tiempo considerable, sino que les habría evitado cometer tantos gazapos y dislates. (A mi solicitud el profesor Albert Blaustein, de la Rutgers University, envió sus comentarios al proyecto, muy valiosos por tratarse de una autoridad mundial en Derecho comparado; pero ellos no fueron tomados en cuenta).

Kart Löewenstein ha clasificado las constituciones en originarias y derivadas. Originarias, dice este eminente jurista, son aquéllas que han creado estructuras o moldes conceptuales que han tenido honda influencia y que constituyen formas nuevas con respecto a las demás. Así considera al parlamentarismo británico, al presidencialismo norteamericano, al constitucionalismo francés (en especial la Constitución de 1793, que creó el

régimen de Asamblea, y a la Constitución de 1814), la Constitución belga de 1831, que fijó la monarquía constitucional, las constituciones rusas de 1918 y 1924 y probablemente la Constitución de Weimar de 1919 y la francesa de 1958. Todas las demás son derivadas, esto es, construcciones más o menos ingeniosas mediante las cuales se trata de adaptar al medio las lecciones y experiencias de estos grandes modelos.

Entre las derivadas hay muchas que pueden ser consideradas como altamente sugestivas e interesantes, sobre todo por su aplicación a la realidad y por su vigencia, pero también hay muchas que son simplemente copiadas, sin originalidad ni rasgo sobresaliente alguno. ¿Qué podemos sacar de este cuadro? En primer lugar, que la América Latina en materia constitucional no es original y nunca lo ha sido. Por lo tanto no tiene sentido rasgarse las vestiduras por persistir en un prurito de originalidad. La única que tiene ciertos chispazos originales, sin ser nada decisivos, es quizá la Constitución de México de 1917, en donde por primera vez se consignan los derechos sociales y que recoge una institución muy antigua y muy mexicana: el amparo.

Pero salvando esto, no hay nada. En consecuencia, debemos actuar en este campo con mucha humildad, buscando sobre todo que nuestras creaciones normativas tengan vigencia y sirvan para nuestro medio. En esto estriba la “originalidad” de nuestro constitucionalismo y en nada más.

Ahora bien, no siendo originales, hemos tenido que buscar influencias foráneas, aparte de recoger nuestra propia experiencia reciente. Así, el proyecto denota sobre todo la influencia del proyecto constitucional español de 1977 (no así de la Constitución de 1978, haciendo la salvedad que tampoco la española puede ser considerada original); la francesa de 1958, sobre todo en la parte relativa a las cámaras, así como la segunda vuelta, que aun cuando no ha sido aprobada está sobre el tapete; la alemana y la italiana (en especial en la parte sobre las regiones). Esto es, una influencia europea, que puede ser tanto buena como mala.

Pero la influencia que ha podido sufrir nuestro texto, es importante pero no decisiva. Lo que cuenta realmente es cómo se ha armado el modelo y cuáles son sus características. En términos generales nos parece que la concreción de todas esas influencias y experiencias, no ha sido muy feliz, pues salvo algunas partes bien logradas, el proyecto constitucional se presenta en términos generales como un texto mediocre. Algunas de sus características son las siguientes:

- a) es utópico; ofrece demasiadas cosas, de manera tal que al no poder cumplir el Estado todas las tareas que se le asignan, va a ser considerado como un mercader de ilusiones.

- b) es casuístico; o sea pretende resolver casos concretos, lo que es propio de un reglamento, un estatuto o quizá de una ley especial, pero nunca de una constitución. Como los casos son siempre inabarcables, aparecerán nuevos casos que no estarán en la constitución, y convertirán a ésta rápidamente en obsoleta. Por el contrario, señalar principios generales aplicables a todas las situaciones, hubiera permitido un rico desarrollo no sólo legal sino consuetudinario y jurisprudencial, como hacen todas las constituciones del mundo que valen como tales.
- c) es ecléctico; se ha buscado unir tendencias distintas y hasta centrífugas, sin haber logrado una síntesis unitaria sino un sincretismo defectuoso. Al final no se sabe dónde va a parar la iniciativa privada y hasta dónde va el Estado. Con leyes dadas en regímenes diversos, se puede privilegiar cualesquiera de los dos extremos.
- d) es incoherente; es decir, no guarda una sistemática entre sus principales postulados; falta una adecuada concordancia entre sus dispositivos y conceptos (existe por ejemplo contradicción entre conceptos tales como suspensión de garantías, suspensión de derechos, estado de sitio, y estado de emergencia, pues no se dice si son iguales o si son distintos, y si es esto último, por qué lo son; pues en estos aspectos hay que ser muy precisos).

Con respecto al ámbito de América Latina, nuestro proyecto constitucional representa varias diferencias, ya que se aparta del modelo americano que siguen nuestros países, y se acerca al modelo europeo, al cual copia y muchas veces mal. En los últimos tiempos, entre las constituciones más importantes en nuestro continente se encuentra la de Venezuela (1961); cuyo cuarto de siglo ha dado motivo a conmemoraciones recientes; y que representa un ejemplo bastante acabado de sistemática y corrección, y que tiene 250 artículos, y dos disposiciones finales. Se trata de un texto moderado, que recoge los derechos humanos en su justa proporción (y no en forma tan folclórica como lo hace nuestro proyecto) y que si se detiene en detalles, ello está motivado fundamentalmente por la estructura federal del país. Por otro lado, está la Constitución de Cuba de 1976; que tiene un total de 141 artículos, y que representa el modelo constitucional socialista en nuestro continente (marxismo leninismo, ausencia de pluralismo político, económico e ideológico, etc.) y que está inspirada en la Constitución de la URSS de 1936 y en el proyecto constitucional soviético, que luego se convirtió en la Constitución de 1977. Otros países con honda tradición política y cultural se rigen todavía por Constituciones aprobadas en el siglo pasado (como es el caso de Argentina y

Colombia) y algunos como México no cambian la suya desde 1917. Todos los demás países, tienen más o menos cierta “fiebre constitucional” que los obliga a cambiar de cuando en cuando el texto fundamental para dar cuenta o justificar sucesos varios. El Perú no escapa a esto último.

En términos generales, el proyecto constitucional es insuficiente, mal redactado y peor estructurado, ecléctico en muchas de sus partes y altamente utópico, características éstas que hacen muy difícil su aplicación y su real vigencia. En lugar de contribuir a afianzar entre nosotros una “conciencia constitucional” que es la base de todo Estado de Derecho, va a contribuir a deteriorarla, porque al ver su inoperancia, el ciudadano va a desconfiar de la Constitución y perderá la poca fe que todavía tiene en ella. Por todos estos motivos, es que pensamos que quizá esta Constitución fue realmente innecesaria, pues aun con todas sus limitaciones y los graves sucesos que la rodearon, la Constitución de 1933 es superior, y era perfectamente enmendable, sin llegar al eclecticismo y al maximalismo que denota el proyecto.

Por estos mismos motivos, creemos que esta Asamblea no será histórica (en el sentido estricto de la palabra) y que el texto tampoco lo será. Si hay algo histórico que puede rescatarse, es que esta Constitución permitirá la transferencia del poder a los civiles; será simplemente un medio adecuado para un fin político determinado, que se agotará rápidamente al cumplir su cometido. No obstante, pudiera ser que esta Constitución, con todas sus deficiencias, tenga una larga vigencia (aun cuando sea parcialmente incumplida) y esté acompañada de una larga estabilidad política (como lo fue parcialmente la de 1860); con lo cual la nueva Constitución encontrará su “justificación” ante la historia. Pero si esto es así, lo será no por la excelencia del texto (que hemos visto que no existe) sino por el funcionamiento del sistema político. Y esto depende no sólo de lo jurídico, sino de lo social, lo internacional, lo económico, etc. Es decir, diversos factores que pueden cumplirse al margen de la Constitución, y si es posible sin ella; aunque de darse tal hipótesis, la Constitución resultaría de esta suerte “beneficiada” ante la historia^(*).

^(*) **Nota:** Algunos de los tópicos criticados en este artículo, fueron luego modificados en la redacción final de la Constitución.

§ 43

LA NUEVA CONSTITUCIÓN^(*)

P.— ¿Cuáles considera los principales aciertos de la nueva Constitución?

D.G.B.— Sin lugar a dudas, el más importante ha sido la introducción de los denominados Derechos Fundamentales, recogiendo así las nuevas tendencias que afloraron tras la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos cabe destacar, sobre todo, la eliminación de las restricciones de todo orden, en especial la que significa el voto del analfabeto, que no es una nueva conquista, como algunos sostienen, sino una reconquista, pues estuvo considerado en todas las Cartas Políticas del siglo XIX. Esperamos que ahora tal derecho sea ejercido dentro de un nuevo contexto y en forma veraz.

Importante también es haber fortalecido al Poder Ejecutivo realzando la figura del Presidente de la República y descartando la ambivalencia contenida en la Carta del 33 y su secuela; la teoría del Parlamento como primer poder del Estado (tesis que, como se sabe, en doctrina nadie sostiene).

No son aciertos menores la nacionalidad latinoamericana, aun cuando esté sujeta a tratados ulteriores, toda la parte concerniente al Estado y a la Nación, la consagración de las 200 millas como “dominio marítimo”, eliminando y superando la tesis territorialista que tuvo acalorados y desproporcionados defensores; el apartado sobre los tratados que era realmente imprescindible y que es óptimo; la atención dada al sector educación, incluyendo un porcentaje para él en el presupuesto; el Habeas Corpus (ahora redimensionado) y el Amparo (aún cuando pueden discutirse sus alcances); las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo (incluyendo el veto presidencial, antes inexistente); la introducción de las Regiones como elemento representado en el Senado; la autonomía de las Fuerzas Policiales. Todo esto es verdaderamente importante.

P.— ¿Cuáles son sus defectos más notorios?

D.G.B.— En cuanto a los defectos quizá el más notorio es el relativo a la estructura de la Carta en cuanto tal. El modelo ha sido reglamentista con el afán de incluir en la Constitución “todo de todo”, casi “como en botica” para

^(*) CORREO, 7 de agosto de 1979.

decirlo en lenguaje coloquial. De aquí que sea tan frondosa la nueva Constitución.

El reglamentismo da lugar a que haya una gran cantidad de preceptos que han sido “congelados” con la rigidez constitucional, lo que en un futuro quizá lamentemos. Nuestra nueva carta es una de las más largas del mundo (nos aventajan sólo la India y Yugoslavia). Todo esto significa que tenemos que replantear seriamente entre nosotros el concepto de constitución.

Además, se trata de una constitución altamente ambigua, como lo demuestra el hecho de que tanto el General Morales Bermúdez como el Dr. Bedoya Reyes (dos extremos del espectro político) la reclaman como prácticamente suya.

También, y aunque parezca paradójico en una Carta reglamentarista, se deja mucho para la legislación; es decir, proclama derechos, pero los libra a la ley que los reglamenta. En estos casos estamos ante la perspectiva de una Carta que pudiera ser letra muerta durante muchos años.

Por último, se trata de una Constitución que en sustancia, recoge la tradición del Perú, es decir, sigue una línea jurídica que viene de atrás, pero no ha intentado proyectarse al futuro. Ha dejado de lado avances fundamentales del constitucionalismo europeo, como los correctivos a la representación democrática y el cuestionamiento de la segunda cámara. Se mantiene igual la rigidez constitucional para su modificación, olvidándose que la vida es más dinámica que el Derecho (como lo demostró la experiencia de 1964).

En síntesis, no ha habido audacia. Bien podría ser la Carta de 1979 un simple “aggiornamiento” de la de 1933.

P.— ¿Cómo la juzga en relación a la Constitución de 1933?

D.G.B.— Si consideramos la del 33 como un todo, como una estructura orgánica, es sin lugar a dudas superior a la de 1979, pese a sus grandes defectos y limitaciones, los que hubieran podido salvarse con una simple modificación constitucional, que es el método que siguen los pueblos maduros para modernizar sus Cartas fundamentales. (Una nueva constitución sólo se justifica ante grandes e irreversibles cambios sustanciales).

La del 33 tiene además, a su favor el hecho que en muchos de sus artículos fue precursora. Y tiene la pátina del tiempo, interesante por ser uno de los elementos necesarios para formar una conciencia cívica —la persistencia de las instituciones— aun cuando no haya sido siempre observada.

Pero por otro lado, y aun admitido lo anterior, no puede desconocerse que la Carta del 79 tiene mayor modernidad, es mucho más generosa en su ideario humanista y más precisa en algunas de sus técnicas (sobre todo en la procesal constitucional).

P.— ¿Cree que la nueva Constitución corresponde al estado actual de la sociedad peruana?

D.G.B.— Si entendemos por sociedad peruana un conjunto desarraigado en situación crítica, con graves problemas económicos, desamparado en sus derechos fundamentales, entonces sin lugar a dudas esta Constitución responde al estado actual de la sociedad peruana, por lo menos en lo que se refiere a sus aspiraciones. Además —e importa destacarlo— el texto ha sido aprobado por una Asamblea altamente representativa de todos los sectores nacionales, de tal suerte que en mayor o menor medida cada sector ha puesto “lo suyo” en la Carta, aun cuando este fruto sea incompleto y no siempre reconocido.

§ 44

SOBRE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN^(*)

Toda norma (y esto incluye desde una constitución hasta una resolución ministerial) tiene tres momentos: aprobación, promulgación y publicación. La nueva Constitución sólo ha pasado por el primero, esto es, la aprobación, pues no ha sido promulgada ni publicada, por lo tanto no está en vigencia en ninguna de sus partes.

No ha sido promulgada, porque la promulgación le corresponde, de acuerdo a la teoría y práctica universales, al Jefe del Estado o a quien hace sus veces. Todas las constituciones del Perú han sido promulgadas por el Ejecutivo, aun cuando este Ejecutivo fuese de facto (como lo fue Leguía, quien llegó al poder mediante un golpe de fuerza). Sólo en caso de negativa del Ejecutivo, cabe que la Asamblea lo promulgue; y entre nosotros ha sucedido exactamente al revés. Además, si bien es cierto que las observaciones del Presidente de la República constituyen un desaire a la Asamblea, también es cierto que la remisión del texto constitucional con un funcionario de la Asamblea, constituye un desaire al Presidente.

Tampoco ha sido publicada la Constitución, es decir, oficialmente nadie la conoce. En doctrina, se admite que determinadas normas de alcance particular o atinentes a la defensa nacional, queden con el carácter de secretas o reservadas. Pero una Constitución que es el pináculo del orden jurídico, debe ser obligatoriamente publicada, para que pueda ser conocida por todos. Si no ha sido publicada, entonces tampoco rige.

^(*) LA PRENSA, 21 de julio de 1979.

§ 45

UNA CONSTITUCIÓN PARA EL 80^(*)

El Perú cuenta ya con una Constitución; la undécima de su agitada vida republicana y por ello debemos congratularnos. Después de varios meses de arduo trabajo, la Asamblea Constituyente, con algunas altas y bajas, ha dado término a sus tareas, y ello debe merecer el mejor de nuestros augurios. Aun cuando lamentablemente no contamos con el ejemplar definitivo, creemos que algo se habrá avanzado sobre el proyecto publicado en abril último, y en todo caso, no escapará a los constituyentes que una de las primeras tareas del próximo régimen democrático, será sin lugar a dudas nombrar una Comisión revisora del texto, a fin de introducir las enmiendas que el tiempo aconseje. Pero he aquí que tan pronto se culmina tan singular encargo, nos enteramos a poco de nuestro regreso al país, que ha merecido observaciones de quienes precisamente no están en capacidad de hacerlas. No conviene pues insistir en lo mismo, pues la unánime actitud asumida por la Asamblea merece sin lugar a dudas todo nuestro respaldo. Es la civilidad y los partidos que la representan los encargados de hacer vigente esta carta; y todos esperamos que así sea. No significa con ello que estemos avalando tan fatigoso documento. Por el contrario, es sabida nuestra posición crítica, pero no por ello podemos negar que constituye un paso adelante en el proceso de democratización del país.

Queremos en esta oportunidad detenernos en un debate que ha surgido recientemente en torno a la validez del actual texto constitucional, y que encontramos que no ha sido suficientemente esclarecido. La pregunta en esencia es la siguiente: ¿está vigente o no la Constitución del 1979? Y si lo está ¿dicha vigencia es total o parcial? ¿Qué sucedería entonces con el Estatuto del Gobierno Revolucionario, y por cierto con la Carta de 1933? Desde nuestro personal punto de vista, estimamos que la Constitución de 1979 no está vigente. Y en consecuencia –le pese a quien le pese– vivimos todavía bajo el régimen de la Carta de 1933, mediatizada por el artículo 5 del Estatuto del Gobierno Revolucionario, al cual si algún nombre habría que darle, es el de ser simplemente una puerta abierta a la dictadura. Lo que en consecuencia significa que la Constitución de 1979 sólo será válida a partir de la instalación del próximo régimen constitucional. Lo que nos lleva a esta afirmación son, entre otros aspectos, los argumentos siguientes:

(*) LA PRENSA, 22 de julio de 1979.

- a) De acuerdo a la doctrina y a la historia constitucionales, la promulgación –así como la ratificación de los tratados– es atribución del Poder Ejecutivo, o de quien hace sus veces. El hecho de que la Asamblea Constituyente sea soberana no quiere decir que sea omnipotente (atributo este sólo de Dios, según rezan los cánones teológicos). En toda norma legal, cualquiera que sea su especie existen tres momentos: aprobación, promulgación y publicación. Todo esto lo hacía antes una sola persona. Pero la teoría de la división de los poderes (a partir del siglo XVIII) dividió a su vez las funciones, de manera tal que la promulgación sólo compete al ejecutivo. En el Perú del siglo pasado, por ejemplo, las constituciones fueron promulgadas por el Poder Ejecutivo (quien lo dude que acuda a la recopilación de Juan Oviedo). El problema grave que aquí se presentaba, era la concurrencia de dos poderes con orígenes distintos, impasse que por cierto hubiera podido ser salvado, y sobre el cual aquí no nos extendemos. Ahora bien, si la promulgación es atributo del Ejecutivo, la capacidad de observación o veto corresponde también al Ejecutivo, pero nunca se opone frente a una constitución en tanto que la Asamblea que la aprueba es soberana y se trata de la ley de leyes. La Constitución pues, no ha sido promulgada; simplemente ha sido aprobada, y por tanto no rige.
- b) Hans Kelsen, quizá el más grande jurista del siglo, ha dicho una gran verdad: la eficacia de una norma es condición de su validez. Expliquémonos: una norma es válida, cuando ha sido aprobada por los órganos competentes. Pero toda norma pretende encauzar conductas, despertar seguimientos. Entonces, cuando dicha norma es acompañada en grado significativo de una eficacia (Kelsen llama eficacia, lo que otros juristas denominan vigencia), entonces, el derecho tiene validez plena. Pero cuando una norma válida no tiene eficacia, entonces pierde validez, deja de ser derecho por desuso (por **desuetudo**, dice Kelsen). La Constitución aprobada no ha despertado seguimientos; no está acompañada en la práctica por su observancia; carece en consecuencia de eficacia, y no es por ende una norma perfecta. Y como quiera que el actual régimen no tiene al parecer ninguna intención de observarla, entonces su ineficacia, es decir su pérdida de validez, se hace cada vez más patente. No tenemos pues Constitución válida, sólo Constitución aprobada.

Pues bien ¿qué hacer? Por lo pronto advirtamos que a estas alturas ya no tiene sentido seguir en discusiones sofisticadas, pues lo que interesa ahora no es lo jurídico, sino lo político. Lo único que nos queda es luchar por la

transferencia, por la inmediata convocatoria a elecciones. Sólo entonces será posible que el texto aprobado adquiera la validez que tanto requiere.

III

CONSTITUCIÓN Y PRAXIS POLÍTICA

La constitución como instrumento jurídico, pretende encauzar el mundo político; que lo haga o no, total o parcialmente, depende de muchos factores; uno de ellos es el comportamiento de lo que podemos llamar “actores políticos” en referencia al texto constitucional. Lo jurídico es, dicho en forma simple, una disposición encauzatoria, prescriptiva; cuya validez no depende en lo sustancial de lo que sucede en el mundo exterior. Lo político por el contrario, es empírico, fáctico, y obedece a diversas motivaciones. Lo político no es normativo, en el sentido que no establece pautas de conducta ejemplares, que deben ser seguidas. Pero lo político, para que sea permanente, debe revestir una formalidad jurídica, de manera tal que lo político incide sobre lo jurídico, y éste a su vez lo hace sobre aquél, en proceso dialéctico, mediante el cual la supremacía no es de ninguno de los dos sectores, sino que existe relación entre ambos; una suerte de **feed-back** (retroalimentación).

Ahora bien, en esta relación dialéctica antes anotada, es de singular importancia la actitud que asumen los actores políticos, y con esto queremos referirnos concretamente a los políticos profesionales, que son aquellas personas que dedican gran parte de su tiempo a la política en forma activa, participando en mayor o menor medida, en el proceso de decisiones políticas; que a su vez, envuelven, como hemos señalado, un ropaje jurídico. Dentro de esta **political decision making** interesa destacar a los líderes de los partidos que ocupan cargos políticos (senadores, diputados, ministros de Estado, alcaldes, etc.); o sea cargos que dependen de la elección popular. Estos actores políticos, que hacen vida política y/o partidaria, están inmersos en una **praxis** cuyo fin principal es la búsqueda o mantenimiento del poder. Así como antaño se decía que todos los caminos del Imperio conducen a Roma, hoy puede decirse que todos los caminos de la política conducen al poder; poder total, poder fragmentado, pero poder al fin y al cabo. Pero llegar al poder en épocas en las cuales está asentada la legitimidad democrática, que establece que sólo llegan a él quienes han sido elegidos por la mayoría del pueblo, trae consigo diversas consecuencias, derivadas del hecho de que la democracia, por ser precisamente el gobierno de los más, conlleva con frecuencia precipitaciones, falta de criterios claros, predominio de las pasiones sobre la razón, etc. (todo esto muy bien estudiado por la psicología de las multitudes, desde Le Bon en adelante y en ciencia política, la obra de Michels). Esto hace que los actores políticos, incurran por lo general en lo siguiente:

- a) demagogia; esto es, halagar expectativas populares.

Nota: El presente texto fue preparado como una colaboración periodística en junio de 1980 y se publica aquí por vez primera.

- b) falta de veracidad, e incluso engaño deliberado a fin de poder mantener adhesiones o lealtades.
- c) incoherencia en la **praxis** externa; todo ello dentro de un programa de estrategias y tácticas.
- d) violencia generalmente verbal; para buscar adhesiones, y que con frecuencia degenera en violencia física (como correlato de aquella).

Frente a estas caracterizaciones del mundo político, que se repiten tanto en el mundo desarrollado como en el subdesarrollado, con las variantes que impone cada contexto socio-económico y cultural, lo que interesa no es detectar el mejor modelo, sino el menos malo. En efecto, personas notables en política, cambian de actitud ante los mismos problemas, porque han cambiado los intereses en conflicto: lo que era bueno ayer, puede ser malo hoy. Estas incoherencias en los políticos, son sus pecados veniales, los cuales no han escapado a la atención de los estudiosos contemporáneos del comportamiento político.

Por otro lado, la constitución como instrumento jurídico, pone barreras, impone limitaciones, que a veces es difícil vencer (y para lo cual existen evidentes tentaciones). La constitución es un texto que generalmente no han hecho los que están en el gobierno, sino que la encontraron hecha por otros, y posiblemente en otro tiempo y bajo otras circunstancias (claro está, que algunas veces se hacen constituciones para consumo propio, pero eso aquí no será tratado). Por otro lado, si bien es cierto que la constitución, como todo texto jurídico, impone limitaciones, los políticos tienen que moverse dentro de ellas; a veces utilizando sus ventajas, a veces sufriendo, por así decirlo, sus inconveniencias. De esta suerte, un texto puede ser un obstáculo para una acción de gobierno, y así se ha visto en numerosas oportunidades. Surge entonces el primer problema que tiene que afrontar la constitución, y es su **instrumentalización**, esto es, cuando los actores políticos, quieren utilizarla para sus propios fines, con riesgo incluso de crear interpretaciones forzadas del texto mismo, de manera tal que ante diversas circunstancias o diversas personas o intereses en conflicto, el texto constitucional puede ser interpretado de diversas maneras. Frente a esto, el político pasivo que es el ciudadano común y corriente, sin interés en la lucha partidaria, puede tratar de buscar entre todas las acciones que se pretenden, cuál es la más aceptable. El estudioso, el científico, el académico, buscará por cierto la verdad legal, que tenga sentido y carácter suasorio, aceptable en principio por todo aquel que analice el panorama en forma imparcial y no comprometida. Para ello se sirve de un determinado instrumental metódico, que en sus líneas más elementales está en la coherencia lógica –para obtener un raciocinio coherente y no

contradictorio— y en el análisis del lenguaje a fin de no ser envuelto por las palabras y su ambigüedad manifiesta.

Aquí se puede ver, en un primer momento, una radical diferencia entre uno y otro. El político busca el poder, y en consecuencia, buscará en la constitución un fin acorde con su cometido y sus propósitos, por más nobles que sean. El académico, el científico, busca la verdad legal, independientemente de sus resultados. No le interesa halagar a la multitud, porque de ella no espera nada.

Pero a veces sucede que los textos legales no son claros, que posibilitan diversas interpretaciones y no una sola, y entonces surge la duda. El actor político lo primero que hará, será sin lugar a dudas buscar una interpretación que le favorezca, que esté de acuerdo con los intereses de su grupo o de su partido. Desde este punto de vista, habrá tantas interpretaciones como intereses en pugna existan; ya que nada más alejado de la verdad que el interés político presentista. Frente a esto ¿qué hacer?

En primer lugar deberá analizarse los hechos existentes, y buscar la concordancia con el texto constitucional; luego ver la situación y alcance político del presente, así como las diversas interpretaciones que puedan existir, y por último buscar una solución jurídica en donde enmarcar el problema en cuestión.

Claro está, proceder de esta manera no garantiza nada, ya que en muchos casos lo político desborda lo jurídico, y las soluciones tienen que ser indudablemente políticas, aun cuando se revistan con lo jurídico. Esto es una verdad evidente, y no hay que descuidarla. Pero hay que tener presente que la solución que se dé en estos casos, debe ser aquella que guarde la máxima coherencia con el sistema jurídico y que además en sí misma sea no-contradictoria. Si aun así, existe más de una alternativa frente al problema constitucional, entonces estaremos sencillamente en los linderos del derecho, en donde bordeando los campos de la política, tendremos que dejar que ésta decida lo que hay que hacer, pero sin que las soluciones adoptadas sean arbitrarias, o mejor dicho, incoherentes.

Lima, junio de 1980.

IV

**NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Las tremendas convulsiones de nuestro siglo han afectado grandemente nuestro sistema de vida, nuestra visión del mundo, y dentro de ella, la misión y el lugar que ocupan las diversas ciencias del hombre, entre las que debemos mencionar las ciencias jurídicas y dentro de éstas, por cierto, el Derecho Constitucional. Nacido en pleno despertar del liberalismo político, avasallante en el siglo XIX, no ha podido apenas resistir los avatares de nuestro tiempo. Si en su origen el Derecho Constitucional fue entendido como aquél que estudiaba la constitución o la norma que hacía sus veces, ante la erosión de la conciencia constitucional en nuestros días, hoy ya no puede decirse lo mismo. Es pues evidente, que estamos todavía presionados por estas nuevas realidades, y buscamos un nuevo concepto del Derecho Constitucional, que reemplace o amplíe aquél que lo consideraba únicamente como el estudio de la constitución. Claro está que este concepto clásico tiene aun vigencia, no sólo en Europa, sino incluso en los Estados Unidos y en la América Latina, por más que en esta última la observancia de la constitución no sea algo que se cumpla con regularidad; nuestro país incluso no vive en los actuales momentos bajo una constitución.

Entonces, cabe preguntarse, qué sentido tiene enseñar en momentos como los actuales una disciplina como el Derecho Constitucional, que estudia algo que aparentemente no existe. Tomemos esta interrogante como punto de partida, que nos será de gran utilidad para delinear lo que aquí llamamos “nuevas tendencias del derecho constitucional”.

Nota: Por iniciativa del Dr. Humberto Núñez Borja, se organizó durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1975, un ciclo de conferencias de divulgación a cargo de diversos profesores del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para ser dictadas en el Programa Académico de Derecho de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Dichas conferencias se llevaron a cabo todos los fines de semana durante aquellos meses. Con tal motivo asistimos a dicho centro de estudios en compañía del doctor Baldo Kresalja R. y dictamos dos conferencias, la primera el viernes 7 de noviembre sobre las nuevas tendencias del Derecho Constitucional; la segunda el sábado 8 de noviembre sobre gobiernos de facto. De la primera quedó recogido el texto de la versión magnetofónica, que recién ahora, con ligeros retoques se publica, y que si bien debe entenderse en el contexto en que fue pronunciada, tiene algunas ideas contrales que creemos que aún conservan actualidad. De la segunda conferencia no se llegó a obtener la versión grabada, por razones técnicas, por lo que tuvimos que reconstruirla en forma esquemática sobre la base de nuestros apuntes y ya ha sido publicada (Cf. “Los gobiernos de facto”, en **Boletín Informativo** editado por la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, núm. 11, 1976, pp. 43-50).

Como es sabido, el Derecho Constitucional como disciplina es sumamente joven, porque la primera constitución que hay en el mundo y que por curiosa coincidencia está todavía vigente, es la Constitución de los Estados Unidos de América (que inicia una nueva tipología aún no estudiada: constitución principista, a diferencia de las constituciones reglamentistas, que tanto han abundado en América Latina). Estados Unidos es así el primer pueblo sobre la Tierra que tiene su constitución, poco antes de la Revolución Francesa, cuando la idea de que los pueblos deben gobernarse por una constitución, adquiere carta de ciudadanía y se extiende al mundo entero. ¿Qué sucedía antes? Simplemente existía el absolutismo de los reyes, o del jefe de turno: se hacía lo que decía quien estaba en el poder.

Pero ¿qué era esta constitución? La constitución era la norma que surgía para establecer que los que mandan en una comunidad política no son los jefes ni los gobernantes, sino las leyes. Entonces la constitución envuelve la idea de que ella es la que debe mandar y no los hombres, que en última instancia son instrumentos para ejecutar este texto legal.

El Derecho Constitucional es concebido como el Derecho de la Constitución; porque frente al absolutismo de los reyes, frente a la arbitrariedad de los gobernantes, se lleva un documento, un escrito solemne, que dice qué es lo que se debe hacer y qué es lo que no se debe hacer.

Esta tendencia de considerar el Derecho Constitucional como el Derecho de la Constitución se afianza en el siglo XIX y llega hasta mediados del siglo actual. Bajo esta perspectiva se estudia sólo la Constitución vigente en cada época y nada más. Desde este punto de vista bastaba que esta constitución no existiese, o fuese violada, o puesta entre paréntesis como son los gobiernos de facto, para que ella no tuviese sentido.

Esta es una realidad que se prolonga desde el siglo XVIII y llega a la segunda mitad del siglo XX. Este es el punto de vista clásico, tradicional. No obstante, diversos fenómenos que surgen en el siglo XX, van deteriorando la idea de que el Derecho Constitucional sea solamente el Derecho de la Constitución y podemos mencionar algunos hechos. Primero, que el Derecho Constitucional es fruto de la Revolución Francesa o más concretamente, de la ideología liberal que le da impulso, ideología que anima a la sociedad de aquella época y que en ese momento significó un gran avance, pero cuyo alcance ha entrado en crisis y empieza a ser cuestionado. En segundo lugar, la crisis de valores que ocurre en nuestra época, crisis que incluye valores de fe, valores de cultura, crisis de la ciencia, crisis políticas, etc. En tercer lugar, el nacimiento de una nueva sensibilidad social originada en parte por una explosión demográfica que antes no existía. Sobre esto ha llamado la atención Ortega y Gasset en su

libro **La Rebelión de las Masas**, al destacar que en poco más de un siglo (1800-1914) la población europea ha aumentado de 180 millones (a los que se llegó del siglo V a 1800) a 460 millones. Es decir, en un siglo Europa había aumentado en casi tres veces su población en relación a lo que había crecido en doce siglos.

Esta irrupción de las masas, ha traído el cuestionamiento de las estructuras sociales, políticas y económicas en el mundo entero; la implantación del socialismo en diversos países y el ensayo de nuevas fórmulas políticas. Todos estos hechos y otros más que no mencionamos, conllevan la crisis del constitucionalismo clásico, o sea, la duda de que el Derecho Constitucional deba limitarse a ser el estudio de la Constitución.

Entonces empieza a abrirse paso otra tendencia que señala que por encima y por debajo de la constitución hay todo un mundo de circunstancias y de hechos que deben ser estudiados; es decir, que si nosotros como estudiosos del Derecho Constitucional, queremos conocer qué es lo que pasa en la realidad política (la realidad que hace posible que una sociedad marche) no podemos limitarnos a conocer la constitución de un país, y esto fue advertido ya hace algunos años por juristas franceses cuando dijeron algo que es muy notorio y que lo voy a repetir porque llama la atención. Ellos dijeron: veamos un caso concreto; la Constitución dice que quien elige al jefe del Estado, al Presidente de la República, es el ciudadano. Teóricamente y de acuerdo a la Constitución, son los electores los que concurren al ánfora y eligen un presidente. Pero la realidad es que entre el Estado y el ciudadano, no hay una línea abierta, directa y franca; no es que el ciudadano con sólo su conciencia, se acerque al ánfora y deposite un voto por su candidato, sino que entre la realidad y el ciudadano que vota y el cargo por el que se postula, existen una serie de intermediarios, uno de ellos son los partidos políticos, que precisamente no están en la constitución.

Esto demuestra que entre uno y otro, votante y candidato, aparentemente la democracia al estilo Grecia, se han ido creando instituciones que canalizan, manipulan, manejan a estos ciudadanos y son como una especie de filtro, entre el Estado por un lado y la ciudadanía por otro. Entonces preguntamos ¿es esa la realidad? La realidad es que no son los ciudadanos los que eligen a un presidente o un parlamento, sino que son los partidos políticos que agrupan a los ciudadanos; y bien ¿qué dice la constitución de estos partidos políticos? Revisando las principales constituciones del mundo, nos damos cuenta que hasta hace poco ninguna trataba de los partidos políticos. Entonces los partidos políticos se presentaban, indudablemente, como un elemento muy importante en la marcha del Estado, porque conociendo el programa del partido, se sabía, en caso de que este partido llegase al poder, cuál sería el rumbo del Estado.

¿Y qué decía la Constitución? Generalmente nada.

¿Qué dice la Constitución de 1933 todavía vigente? Simplemente incluyó un artículo muy insignificante, el 53, que establece una prohibición para los partidos internacionales; artículo que fue puesto expresamente por la mayoría sanchecerrista del 31, para prohibir al Apra su participación en la vida política del país. Después se olvidaron de este artículo y en diversas oportunidades fue utilizado, aunque también con otros fines. He aquí pues una realidad que ignora nuestra constitución.

Entonces si el Derecho Constitucional, quiere realmente estudiar qué es lo que pasa en el Estado, porque ese es el Derecho Constitucional, tendrá que estudiar también las realidades que están alrededor de sus instituciones políticas fundamentales.

Esta inquietud surgió más o menos en la Segunda Guerra Mundial, con el advenimiento y con la colaboración de una ciencia sumamente novedosa: la Ciencia Política.

Actualmente existen dos concepciones sobre la Ciencia Política, una es la concepción tradicional, que todavía prima, y que inclusive tiene carta de ciudadanía entre nosotros, que la confina a ser ciencia del Estado; otra más moderna y a nuestro criterio más exacta, la define como ciencia del poder.

Nosotros consideramos la Ciencia Política como una disciplina que es parte de las Ciencias Sociales, que se ocupa de estudiar en el orden de los hechos, el factor poder; y ustedes dirán, ¿cuál es la relación entre una u otra? La relación consiste en que el Derecho Constitucional estudia las normas que vuelven jurídico el poder y por eso es que hablamos de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Mientras que la Ciencia Política estudia el poder en la realidad cotidiana.

El advenimiento de la Ciencia Política, trajo la inserción de esta disciplina, que utiliza los métodos de las Ciencias Sociales (la encuesta, la observación, técnicas matemáticas y gráficas, análisis de contenido) en los estudios de Derecho Constitucional.

Esto aparejó como consecuencia un replanteo de lo que era el Derecho Constitucional. Entonces los constitucionalistas recordaron los aportes que un socialista del siglo pasado –Lasalle– señaló en su célebre conferencia de 1862, **¿Qué es la Constitución?** Lasalle dijo algo muy cierto: que si concebimos el Derecho Constitucional como el Derecho de la Constitución, entonces nos quedaremos con la constitución que no es nada más, según dijo, que una hoja de papel.

Entonces ¿cómo hacemos para conocer un poco más este campo, si la hoja de papel no es suficiente? Tenemos que conocer los factores que posibilitan que el poder se ejercite jurídicamente. Fue así que retomando esta vieja concepción de Lasalle, se ha replanteado desde los años 40, pero más fuertemente después de la Segunda Guerra Mundial, o sea la década del 40 al 50, un nuevo concepto del Derecho Constitucional que está muy difundido hoy, sobre todo en Francia, en Italia, en España y empieza a serlo en América Latina, especialmente en la Argentina. ¿Qué dice esta nueva concepción del Derecho Constitucional? Afirma lo siguiente: El Derecho Constitucional sigue siendo el Derecho de la Constitución, pero tenemos que replantear lo que entendemos por constitución. Entonces acá viene la definición sobre lo que entendemos por constitución; la palabra constitución en su verdadero origen, en su origen etimológico, es **constitutio** o sea constituir, establecer, estructurar.

Decimos que el cuerpo humano está constituido, que un automóvil está constituido; igual podemos decir del Estado, cuando existen elementos que hacen posible su existencia.

Entonces es constitución todo aquello que permite que algo esté constituido, que exista en forma orgánica y coherente. Debe entenderse, que constitución será aquello que permite que algo marche en forma orgánica y no en forma desordenada; entonces acá se establece una distinción, entre la constitución en el sentido material y la constitución en el sentido formal. ¿Qué es la constitución formal? Es la que está en el papel, es nuestra Constitución del 33, por ejemplo. Pero al lado de esta constitución formal, promulgada oficialmente, obligatoria jurídicamente, existe otra constitución, que es la manera cómo se comportan los órganos del Estado en la vida diaria. Entonces tendríamos dos posibilidades, dos dimensiones, la constitución formal (escrita) y la constitución material, que es el conjunto de factores que hacen que el país tenga una vida orgánica. Ahora bien, esta constitución material ¿qué tipo de relación tiene con la constitución formal? Pongamos un caso concreto; todos sabemos que la Constitución de 1933 tiene un largo capítulo dedicado a los Concejos Departamentales, que era una manera que se pensó el 31 para descentralizar el país, a fin de dar autonomía a las regiones. Si ustedes revisan la constitución, se podrán dar cuenta que este tema ocupa muchos artículos, es muy extenso. Esto es lo normal, o sea lo escrito, lo formalmente válido, lo jurídicamente aplicable. ¿Cuál es lo “material” que corresponde a esos conceptos formales? Pues estos Concejos nunca existieron. Entonces si nosotros estudiamos únicamente la constitución, podríamos estudiar estos famosos Concejos Departamentales con largas horas de discusión exegética sin llegar jamás a un verdadero conocimiento de la realidad, o sea, viviríamos a espaldas de lo que son realmente las estructuras gubernamentales. La constitución material nos dice que no existen esas realidades, o sea, que existe un claro divorcio entre lo escrito y la realidad. Puede haber otro tipo de

relaciones, la relación perfecta de sincronía, o sea cuando nosotros decimos por ejemplo, en la Constitución, que aquel Ministro de Estado que va a un Parlamento y es censurado, debe dimitir y esto sucede en la vida política, tal cual lo expresa el texto. Aquí estamos viendo entonces que la constitución material, coincide plenamente con la constitución formal o sea que ambos, el texto y la realidad, tienen perfecta coincidencia. Puede haber un tercer caso, que es de oposición, cuando una persona por sus ideas es deportada del país; ésta, según la Constitución, tiene la posibilidad de hacer uso del Habeas Corpus, que como ustedes saben es un medio procesal para impugnar una medida arbitraria y está en la Constitución, pues no ha sido derogada por nadie ni tampoco por el Estatuto Revolucionario sino que por el contrario ha sido reconocido con la dación del Decreto Ley 17083. Pero sucede que una persona es deportada del país y sus familiares interponen un Habeas Corpus. La Corte en muchos casos, en otros lamentablemente no, declara ilegal la deportación, y dice: el ciudadano puede ingresar, no puede extrañarsele porque es peruano, tiene expedito su regreso al país.

¿Qué hace el Poder Ejecutivo cuando recibe ese auto de la Corte, esa resolución que ordena el retorno, emanada de un Poder del Estado? Simplemente no hace caso y un Ministro de Estado, declara que no entrará al país aun cuando el Habeas Corpus haya sido declarado fundado. Entonces acá no solamente hay una separación, ni mucho menos una coincidencia, sino que hay un enfrentamiento entre la realidad formal y la realidad material, un divorcio entre lo que dicen los textos y lo que sucede en la realidad. Esto para ilustrar brevemente este concepto, o sea distinguir entre constitución formal y constitución material. Basado justamente en esta distinción, se dice entonces, que el Derecho Constitucional no es sólo el derecho de la constitución, sino que el derecho que estudia la constitución y la manera cómo se organiza estructuralmente un Estado, en donde existen como se sabe, relaciones de mando-obediencia. Porque eso es un Estado; una relación de mando-obediencia, unos mandan y otros obedecen; este es el fenómeno político por excelencia, aquí, en la China de Mao, o en la Inglaterra de Isabel II, esa es la realidad maciza: unos mandan, los menos, y los más obedecen. Cuáles son los mecanismos de participación, eso es un problema que no trataremos ahora. Debemos precisar aún más el concepto de constitución material o constitución real y efectiva como decía Lasalle. Los ejemplos que hemos señalado anteriormente están vinculados con lo que genéricamente puede denominarse “vigencias constitucionales” o sea, la forma cómo las normas constitucionales, la normatividad constitucional, se aplican a una sociedad determinada. Pero eso no agota el concepto de constitución material. Esta incluye a otros elementos que vamos a enumerar muy rápidamente.

Ellos son:

- a) Factores de poder; los que influyen en las decisiones del Estado como son por ejemplo, el Ejército, la burocracia, la Iglesia.
- b) Dinámica política (grupos de presión, partidos políticos, lucha por el poder, la opinión pública, la influencia de la ideología, etc.)
- c) Sistema socio-económico (la presencia de intereses creados, los intereses de clase, la propiedad de los medios de producción, etc.).

A mitad de camino entre la “constitución formal” (o normatividad constitucional) y la “constitución material” (o constitución real y efectiva) se halla un tercer concepto muy importante, cual es el de “dinámica constitucional” o sea, la relación o el desajuste entre los textos y los hechos que podemos señalar bajo los siguientes rubros:

- a) Reformas constitucionales (cambio del artículo de una constitución por necesidades del mundo real).
- b) Mutaciones constitucionales (cuando sin variar el texto, cambia el significado de la norma).
- c) Desconstitucionalización (cuando sin existir modificación alguna del texto constitucional, en la práctica o por efecto de leyes ordinarias, pierde total o parcialmente su vigencia).

Entonces, ¿qué sucede? Si entendemos el Derecho Constitucional, como disciplina que no se limita al estudio de la constitución, sino que estudia la constitución y aquellas realidades que inciden en el poder, fácil es comprender que aun cuando no existan constituciones, es factible enseñar, aprender y estudiar el Derecho Constitucional, porque los tratadistas dicen que la ruptura que se realiza cuando hay golpe de Estado, o una revolución, es una ruptura, que afecta a la normatividad, o sea rompe la norma, avasalla una constitución, esto es evidente; pero eso no significa: primero, que no exista un comportamiento en relación con los que mandan y a su vez los que mandan, no tengan un comportamiento en relación con los que obedecen, que son los gobernados; y segundo, tampoco significa que la constitución material o sea la manera como el Estado se desenvuelve, deje de funcionar. Aquí la prueba es evidente: tenemos varios años de gobierno de facto y nadie ha dicho que el país no esté andando; no interesa si para bien o para mal, eso viene a entrar en el campo de las valoraciones políticas. El hecho es que se está gobernando; mal que bien, nuestras conductas se rigen por estas normas que dan los gobiernos de facto. Veamos un ejemplo. Muchos magistrados han sido elegidos por el Consejo Nacional de Justicia, organismo que no está en la constitución,

evidentemente es anti-constitucional. Entonces las sentencias de estos jueces ¿serían nulas? Evidentemente que no, porque el país no puede detenerse.

Hoy día tenemos nuevos Ministerios, hay una constitución material, que no es la constitución formal, que no es lo deseado, porque el ideal del Derecho constitucional es otro y aquí nos remontamos un poco a la parte filosófica, a la parte valorativa. El ideal es que no existan los gobiernos de facto, que son una anomalía, el ideal es que existan gobiernos legítimamente constituidos, bajo una constitución. El último manual sobre la Constitución Soviética llegado a Lima e impreso en Moscú el año 1972, lo dice claramente, pero naturalmente desde su punto de vista. ¿Esto qué significa? Que en el fondo el constitucionalismo, es un ideal que vive dentro de nosotros, pero eso no nos debe cerrar los ojos, ni mucho menos impedir que veamos que aun contra nuestra opinión existe un gobierno de facto, el que vivimos hoy día, el que existió en la época de Sánchez Cerro y otros más, que produjeron consecuencias jurídicas que están ahí.

Eso es una manera no regular, no deseada, totalmente de emergencia, aunque dure 20 años, pero es una situación anómala, pero que ahí está y que conduce al país y que tan anormal es, que algún día, no solamente el actual proceso, sino todos los procesos, lo primero que buscan siempre es desembocar en una nueva constitución formal. ¿Por qué? Porque la constitución aunque sea un documento escrito, siempre es la meta de la vida política de un pueblo.

Voy a hacer una mayor precisión sobre cómo se está trabajando hoy día este campo. Les he dicho que el Derecho Constitucional, ya no se entiende sólo como el Derecho de la Constitución, sino también como el derecho que estudia la constitución, y las realidades que inciden sobre la estructura y marcha del Estado, o sea, tenemos una concepción más realista del Derecho Constitucional, mucho más directa y que persigue no valorar, sino fundamentalmente describir y comprender. Valorar es una tarea que se usa en ciertas disciplinas filosóficas y también en ciertos campos teóricos del Derecho Constitucional, que no vamos a mencionar acá. Ahora bien, para que el Derecho Constitucional estudie el texto y la realidad, ¿cuál ha sido la ayuda que está recibiendo hoy día sobre todo en Francia, no Alemania que está un poco atrasada en estos aspectos, pero sí en muchos países europeos? El Derecho Constitucional está siendo ayudado por la Ciencia Política como ya hemos dicho. La Ciencia Política ha traído al Derecho Constitucional algunos temas muy interesantes, así como perspectivas novedosas para conocer y estudiar esa constitución material de la que ya hemos hablado. Voy a mencionar fundamentalmente dos: uno es el tema de los Gobiernos de facto, que aunque ha sido tratado por los teólogos de la antigüedad y los filósofos, no ha sido tomado en cuenta por los constitucionalistas, porque consideran, que es un tema político y no constitucional. No me extenderé sobre este tema, pues a él

dedicaremos nuestra charla de mañana. Otro es el problema de los grupos de presión. Esta es una palabra rara, exótica, pero que conviene explicarla. ¿Qué es un grupo de presión? Antes que nada debo explicarles que éste es un concepto creado por los científicos políticos de los Estados Unidos. Su nombre lo indica claramente; “grupo” en el sentido de que no es la nación, sino que es simplemente un pequeño conjunto de personas y presión en el sentido de empuje, de pretender algo. Este es su significado originario y así ha sido aceptado mundialmente. La Ciencia Política ha estudiado la existencia de los grupos de presión considerados como un conjunto de personas que se reúnen, que juntan fondos, y que trabajan con el único y exclusivo objeto de obtener algo de los poderes públicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, llegar incluso al Poder Judicial). No son partidos políticos, porque el partido político busca llegar al poder, el grupo de presión no; sólo le interesa influenciar sobre él. Pongamos casos muy concretos, que se ven continuamente; se juntan fondos y se hace una gran campaña, se visitan los ministerios y los parlamentos en busca de una ley que beneficie al grupo o impedir que una ley sea aprobada. ¿Qué están haciendo? Están presionando para defender sus intereses.

Casi todas las leyes en todas las épocas, haya Parlamento o no, sean leyes de envergadura o sin importancia, están destinadas a grupos que se van a ver afectados por ellas y una de dos: o quieren impedir que se promulgue, o quieren mediatizarla. En el caso de Estados Unidos, esto se ve muy claro y ha sido muy estudiado. Ahí los grupos de presión están tan organizados que hubo que legalizarlos en 1946, porque las grandes compañías petroleras pagaban a determinadas personas para que estuviesen en Washington –donde está la sede del Congreso– a fin de velar por sus propios intereses. Estos son los famosos **lobbys**.

En Francia por ejemplo, un grupo de presión muy estudiado es el de los jubilados, que son muy fuertes, que editan sus periódicos, que presionan a los Ministerios, etc. Igual puede decirse de los Sindicatos, de los gremios de profesores, de las asociaciones de agricultores. Todo esto es estudiado por la Ciencia Política moderna, y ello afecta la marcha del Estado y constituye su Constitución material. En el Perú podemos mencionar en los últimos años y con una incidencia estrictamente constitucional el caso de la Reforma Agraria. Cuando el año 1964, se quiso cambiar la Constitución de 1933 para permitir el pago en bonos, que hoy es común y corriente, pero que el año 64 estaba prohibido por la Constitución, Lima vivió una campaña intensa contra este proyecto de Reforma Agraria que se dijo era anticonstitucional. Efectivamente lo era, tenían razón; pero como se montó esa campaña por gentes que tenían interés en defender sus tierras, que juntó dinero y quiso parar esa ley y presionó (con avisos en los periódicos, con medidas de fuerza inclusive) logró, primero, que la ley de Reforma Agraria se demorara un año en ser aprobada, y segundo, consiguió algo que parecía imposible, que se modificase la Constitución y

posteriormente que se mediatizara la Ley de Reforma Agraria. Evidentemente, esto estudia la Ciencia Política, los famosos grupos de presión que existen en todas las épocas y en todos los lugares.

Entonces, la tendencia en Europa, que se extiende ya lentamente a América Latina, lamentablemente todavía no muy orgánica en el Perú, es unir el Derecho Constitucional, que es el estudio jurídico del poder, con la Ciencia Política, que es el estudio sociológico del poder. Una está al nivel de hechos, de realidades, otra al nivel de normas, de textos legales.

Esta es la manera como en los últimos años se entiende que debe estudiarse el Derecho Constitucional. No sólo el texto, sino también la realidad social y política que subyace a aquél.

V

LA DEMOCRACIA DIFÍCIL

La década de los años sesenta, estuvo signada por la revolución cubana. Al entusiasmo inicial que despertó en grandes círculos, siguió luego un largo enfriamiento al producirse su adhesión al bloque soviético, lo que no ha impedido la subsistencia de cierta simpatía hacia el proceso. Este enfriamiento tuvo su punto inicial cuando Castro declaró a fines de 1961, que la revolución había sido, era y sería marxista-leninista. Hasta ahora se debate si tal declaración de fe fue sincera o no y si fue, en realidad, una reacción final frente a la incomprensión de las potencias occidentales hacia la revolución. En todo caso, el carácter atípico de la revolución cubana fue saludado por muchos, y así lo atestigua lo escrito. Sartre, el pontífice de la época, visitó la isla, y dejó testimonio de su entusiasmo en una serie de artículos, que luego circularon en forma de libro con el título no muy exacto de **Huracán sobre el azúcar**. Wright Mills, el famoso sociólogo radical del momento, dedicó al experimento cubano todo un libro que tuvo un eco resonante: **Escucha yanqui**. Ahí Mills declaró enfáticamente que la revolución cubana no era roja, sino verde oliva. Mills no vivió lo suficiente para darse cuenta cómo hechos posteriores dieron un mentís a su frase. Pero aun con esta definición de 1961, lo cierto es que el suceso cubano, despertó las conciencias. Si a eso se añade el carácter carismático, la oratoria grandilocuente y los gestos espectaculares de su líder, Fidel Castro, el cuadro se encontraba completo. Lo de las guerrillas vino como complemento necesario. El Che Guevara se encargó de llevarlas a la práctica, y también de demostrar su inviabilidad. Su muerte en Bolivia fue no sólo la desaparición física, sino el entierro de toda una estrategia política. Aquí en el Perú tuvimos, como se sabe, una experiencia similar en 1965. Algunos de sus protagonistas, como el caso de Héctor Béjar, nos han narrado esa experiencia y las razones de su fracaso.

En fin, bajo este marco, es que se crearon dos mitos: primero el de la revolución como algo ineluctable; luego, aun cuando influenciado por la doctrina de la Seguridad Nacional, el mito del papel protagónico de las Fuerzas Armadas (el cual se desarrolló dentro de vertientes conservadoras, como fue el experimento brasileño iniciado en 1964, o reformistas como lo fue el peruano de 1968). Bajo estos dos mitos vivió la América Latina durante casi dos décadas.

El panorama, sin embargo, comienza a cambiar a principios de los ochenta, y aún antes. Los dos mitos se resquebrajan. Ni la revolución es la solución, ni tampoco lo es la intervención de las Fuerzas Armadas en el manejo de un país. Lo primero, porque las revoluciones no pueden ser permanentes, y al final se convierten en inmensas jerarquías burocratizadas del más duro

signo conservador (caso de Cuba, en donde la revolución murió hace muchos años); en segundo lugar, porque los modelos o propuestas militares se extinguieron pronto, y no hubo más remedio que buscar salidas diferentes.

Así, a fines de los setenta y principios de los ochenta, el panorama en nuestro continente era distinto al de los sesenta. En muchas partes se consolidaron las instituciones (Venezuela, México, Colombia) o cayeron dictaduras prolongadas (Haití) o se produjeron retornos a la institucionalidad (Argentina, Brasil, Uruguay, Perú) o ciertas dictaduras empezaron a entrar en dificultades (Chile, Paraguay). El mito del momento es la vuelta a la democracia, a la democracia representativa y constitucional, que no es otra que la denostada democracia política de otrora.

* * * * *

El Perú, como se sabe, inició un proceso de reformas políticas, sociales y económicas, bastante radicales con el gobierno militar en 1968. El proyecto, en términos redondos, se cierra en 1975. Lo que sigue después es un afinamiento, un ajuste, un encauzamiento o un desmontaje, según se interprete el fenómeno. En 1977 se anuncia la convocatoria a una Asamblea Constituyente, la cual se instala el 28 de julio de 1978 y cesa en sus funciones el 13 de julio de 1979. La nueva Constitución así sancionada, quedará lista para entrar en vigor con el nuevo régimen constitucional que se instale en 1980.

El fenómeno electoral de 1980 es de por sí interesante, sobre todo si lo comparamos con elecciones anteriores. En efecto, la gama de participación ha sido notablemente ampliada, incorporándose los analfabetos y los menores de 18 años y ampliándose el sufragio obligatorio hasta los 70 años. De esta suerte en 1985 el 45% de la población participa en las elecciones, a diferencia de los escasos porcentajes de décadas anteriores.

Esto demuestra no solamente un alto grado de madurez y participación cívica, sino que las listas votadas reflejan, como en espejo, la población electoral. Ya no se trata, como era anteriormente, de notables que manipulaban los votos, las ánforas y los resultados, como fueron, por ejemplo, las elecciones de 1939, ni tampoco de un candidato único al mejor estilo de Odría en 1950. En tal sentido, este primer paso es fundamental, toda vez que si bien es cierto que la participación política no es razón suficiente para la existencia de una verdadera democracia, es por de pronto, su razón necesaria. O sea, si no pasamos por ella no podemos ir a mejores y más amplios horizontes. Claro está, esta participación lamentablemente se encuentra limitada, y lo fue desde sus inicios. Diversas formas de participación, como el referendun y el

plebiscito, fueron eliminados del proyecto constitucional, de manera tal que la participación popular es, hasta ahora, sólo quinquenal. Como punto a favor, debemos anotar sin embargo, que el lado de esta omisión, se destaca el hecho de que en la vigente Constitución, a diferencia de las anteriores, se ha puesto marcado énfasis en el desarrollo y la actividad de los partidos políticos. En tal sentido puede decirse que nuestro texto fundamental ha tenido una clara tendencia partidocrática, acorde con las tendencias modernas, de privilegiar a los partidos como intermediarios frente al aparato del Estado. No obstante esto, creemos que la participación de la ciudadanía debe incrementarse, con independencia de la existencia y actividad de los partidos.

* * * * *

Este es el panorama, no solo nacional sino latinoamericano, de la década de los ochenta. Institucionalización democrática, elecciones periódicas y limpias, funcionamiento de las cámaras, libre juego democrático de los grupos de presión, etc. Sin embargo, el que esto suceda y sea realmente así, no significa que esta institucionalidad recién recobrada, sea definitiva. En efecto, en los países conocidos generalmente como occidentales (y esto incluye a Europa, Estados Unidos, Canadá, Australia, Japón, Nueva Zelanda) la democracia funciona dentro de un contexto diferente. En efecto, en tales países se partió de casi nada (como es el caso de Estados Unidos) mediante trasplantes adecuados (ola de pioneros) o se tuvo tras de sí una agitada historia política (los países europeos). En sí misma, la democracia es muy joven, si la comparamos con el resto de las instituciones (más ha durado la esclavitud que la democracia). No hablamos por cierto de los tímidos antecedentes (como la experiencia griega, basada sobre una masa de esclavos) sino en la democracia sistematizada que sólo aparece a fines del siglo XVIII, como producto de un largo proceso social, político y económico. En efecto, como institución humana es producto de un proceso y no puede transplantarse impunemente, como sí se puede hacer con una maquinaria o un aparato electrodoméstico. En Europa la idea de democracia no es obra del azar sino de una larga maduración. En Estados Unidos la cosa es algo distinta; los padres fundadores partieron de cero: para llegar a la nación que más tarde fueron, se iniciaron como la sucursal de un gran imperio: antes de ellos no había nada y lo que hubo lo combatieron con pólvora y fuego hasta hacerlo desaparecer. En América Latina la cosa fue distinta. Aquí no encontraron los españoles tierra arrasada, sino civilizaciones muy antiguas que traían una cosmovisión muy distinta y que se había extendido en territorios más pobres que las tierras del norte (lo del mendigo en un banco de oro, que se atribuye a Raimondi, no es más que una mentira piadosa que nos ha hecho mucho mal). Así, mientras que al Norte surgieron colonias que se autogobernaban, aquí tuvimos virreyes. El

problema social que allá no existía, aquí se mantuvo durante siglos. No se soldó, pues, la herencia andina con la hispánica (y esto hasta ahora). Un largo proceso de síntesis, iniciado a principios del siglo XVI, ha avanzado en forma lenta, pero aún sin frutos definitivos. Esta realidad, que dista mucho de poder ser resuelta en los próximos años, es sobre la que se asienta el aparato político traído de la Europa dieciochesca, implantada desde que nuestros próceres, y entre ellos Sánchez Carrión, soñaron la república liberal.

Si bien hemos vuelto a la democracia política, y en forma mucho más auténtica que antes, no hemos conseguido que sus cimientos económicos, sociales y culturales, se afiancen y adquieran solidez. Mientras el país sea invertebrado, toda superficie institucional es frágil y amenaza romperse. En tal sentido, existe una tensión permanente entre la inconexión de la estructura económico-social y la unidad institucional a la que lo conduce su clase política. Esta tensión puede ser llevadera y durar largo tiempo. Aún más, ella misma puede conducir por mejores logros, y hacer posible que la brecha existente logre soldarse. Pero mientras esto no suceda, la tensión amenaza con romper el **statu quo**, y esto puede suceder tarde o temprano. La democracia sigue siendo deseable; es quizá el mejor camino para llegar a las más lejanas y audaces metas, pero su permanencia reclama pre-requisitos, que países como los nuestros cumplen rara vez o en forma incompleta.

Es en este sentido que podemos afirmar con respecto a la realidad peruana, que la democracia es deseable, pero no deja de ser difícil⁽¹⁾.

Lima, julio de 1987.

⁽¹⁾ Hay dos aspectos que, por razones de espacio, no hemos desarrollado aquí: a) el modelo final al que debe tender nuestro proceso político, y que debe ser una democracia integral o participatoria (Mc Pherson), y b) el **modus operandi** para alcanzar tales fines.

ÍNDICE

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	4
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	5
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	7
I. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLÍTICA	11
Bibliografía	58
II. LA CONSTITUCIÓN EN DEBATE	61
§ 1 ¿Voto a los analfabetos?	62
§ 2 La Constitución en el Plan “Túpac Amaru”	65
§ 3 Algo más sobre la nueva Constitución	69
§ 4 Por una constitución rígida	74
§ 5 Sólo ideas matrices debe contener la Constitución	80
§ 6 Una nueva Constitución	85
§ 7 Una constitución no garantiza plenamente nada	90
§ 8 Por una constitución presidencialista	96
§ 9 Sobre la clasificación de las constituciones	101
§ 10 ¿Existe un primer poder del Estado?	106
§ 11 ¿Una Constitución para el siglo XXI?	108
§ 12 Los orígenes del bicameralismo	110
§ 13 Las razones de la segunda cámara	112
§ 14 La segunda cámara política	114
§ 15 El bicameralismo en el Perú	116
§ 16 Las mutaciones del Congreso Económico Nacional	118
§ 17 Más sobre el Congreso Económico Nacional	120
§ 18 ¿Qué queda del Congreso Económico Nacional?	122
§ 19 La supresión del Parlamento	124
§ 20 La ponencia sobre derechos humanos	126
§ 21 Tribunal de Garantías Constitucionales	128
§ 22 Habeas Corpus	130
§ 23 Legislativo y Ejecutivo en la nueva Constitución	132
§ 24 Fuerza Pública en la nueva Constitución	135
§ 25 ¿Existen leyes nulas?	137
§ 26 ¿Está trabajando seriamente la Asamblea?	139
§ 27 El régimen económico-financiero en la nueva Constitución	141
§ 28 El régimen económico-financiero	144
§ 29 Un retazo de constitución	146

§ 30 El territorio en la Constitución	148
§ 31 Leyes constitucionales	150
§ 32 Estado, Territorio, Nacionalidad e Integración	152
§ 33 Las dos vueltas ¿un mejor sistema?	154
§ 34 El Poder Legislativo	157
§ 35 El régimen económico en la Constitución	159
§ 36 Poder Ejecutivo	161
§ 37 ¿Existe la disolución?	163
§ 38 El Poder Regional	164
§ 39 El llamado Tribunal de Garantías	166
§ 40 El Poder Judicial en el proyecto constitucional	168
§ 41 Los agravios que la Asamblea olvidó	175
§ 42 El proyecto constitucional	177
§ 43 La nueva Constitución	182
§ 44 Sobre la vigencia de la Constitución	185
§ 45 Una Constitución para el 80	186
III. CONSTITUCIÓN Y PRAXIS POLÍTICA	189
IV. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	193
V. LA DEMOCRACIA DIFÍCIL	204
INDICE	209