

Domingo García Belaunde

LA CONSTITUCIÓN Y SU DINÁMICA

**PRESENTACIÓN DE
JORGE CARPIZO**

Primera edición : UNAM, México 2004
Segunda edición revisada y ampliada : Lima, 2006

© Domingo García Belaunde

ÍNDICE

— NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

— PRESENTACIÓN

— LIMINAR

I EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN IBEROAMÉRICA (con especial referencia a México, Colombia, Venezuela, Argentina y el Perú)

II LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL PERÚ

III LAS VUELTAS DEL AMPARO

IV LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA

V LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN IBEROAMÉRICA (con especial referencia a la Argentina, Colombia, Chile y el Perú)

VI FUJIMORI, “UN USURPADOR” QUE LOGRÓ EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD MUNDIAL

VII LA AMNISTÍA: PRO Y CONTRA

VIII AMNISTÍA Y DERECHOS HUMANOS (A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Barrios Altos”)

IX REPRESENTACIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS: EL CASO DEL PERÚ

- X **SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA VOZ “CONSTITUCIONALISTA”**
- XI **CONSTITUCIÓN Y LABOR POLICIAL**
- XII **EL NUEVO SISTEMA ELECTORAL**
- XIII **EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL**
- XIV **LA REFORMA DEL ESTADO EN EL PERÚ**
- XV **REELECCIÓN: EL CASO PERUANO**
- XVI **CONGRESO Y CONSTITUCIÓN**
- XVII **LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA**
- XVIII **LA JURISDICCIÓN MILITAR EN AMÉRICA LATINA (La unidad de jurisdicción en algunos países del área)**
- XIX **EL PRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA**
- XX **EL TRAJINADO FUERO DE PINOCHET**
- XXI **ATRAPADOS POR LA LEGALIDAD**
- XXII **¿EXISTE UN ESPACIO PÚBLICO LATINOAMERICANO?**
- XXIII **MISCELÁNEA**
 - 1. **La segunda vuelta: Un enigma**

2. **Habeas Data: Un nuevo instrumento legal**
3. **Mirando lejos**
4. **El eterno problema**
5. **La llamada “Ley Susana”**
6. **¿Burócratas o jueces?**
7. **¡Viva la tradición!**
8. **Un abuso frecuente: La detención arbitraria**
9. **Un fuero militar desbordado**
10. **El derecho de defensa y los jueces**
11. **Acusación constitucional**
12. **Ministros que no son ministros.**
13. **Conformado a regañadientes**
14. **¿Quién interpreta?**
15. **¿Interpretación auténtica?**
16. **La letra manda**
17. **¿Qué reelección?**
18. **Suma y sigue**
19. **El fuero y sus desafueros**
20. **Más sobre el fuero**
21. **El Estado prometido**
22. **A reglamentar se ha dicho**
23. **El contenido esencial de los derechos**
24. **El Amparo y la cosa juzgada fraudulenta**

25. ¿Olvido constitucional?

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

El presente libro fue publicado originalmente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en 2004, gracias a la gentil invitación que me hiciera su director, mi dilecto amigo Diego Valadés. La obra contó además con una auspiciosa y generosa presentación de Jorge Carpizo y desde entonces ha circulado intensamente. Lamentablemente, no en el Perú, por esos problemas legales que tanto afecta la importación de libros extranjeros, a los cuales nuestra insensible e insaciable Aduana pone mil y un reparos a fin de estrujar el bolsillo de los ciudadanos, sin darse cuenta de los males que causa. No obstante estos inconvenientes, algunos ejemplares han circulado en nuestro medio, pero no como hubiera sido mi deseo.

Por otro lado, por razones estrictamente editoriales, no se pudo a última hora incluir todo el material que había preparado, y tuve que eliminar muchos de ellos, quizá muy locales y de poco interés para el lector extranjero.

Estos hechos y la gentil invitación que me ha hecho un editor amigo, me ha animado a publicar esta segunda edición de mi libro, que es prácticamente igual que la primera edición, con la salvedad que ahora aparece completa y tal como fue concebida y preparada en su momento.

La obra ha sido revisada nuevamente y se han introducido, como es habitual, ligeras correcciones ortográficas y de estilo y, cuando era indispensable, algunas notas aclaratorias, para entender cada ensayo en su contexto, sobre todo aquellos publicados en revistas durante la década fujimorista, que demuestran una toma de posición que no todos tuvieron en su momento, pero que hoy pasan por demócratas convencidos. Por eso en cada lugar va la fecha en donde se podrá constatar cuándo y cómo fue elaborado y publicado cada texto y así el lector interesado podrá hacer la correspondiente evaluación.

Este libro, como todos los anteriores que he publicado, refleja mis inquietudes y constituye mi testimonio sobre temas, personas y circunstancias diversas, que las junto aquí por gentil insistencia de personas amigas y para que además quede constancia que hablé mientras

otros callaron. Y que espero que también sean de interés, ahora que se edita en su forma primigenia y sin recortes, en mi propio país.

Lima, diciembre de 2005

Domingo García Belaunde

PRESENTACIÓN

Ningún libro del distinguido jurista peruano Domingo García Belaunde necesita presentación, en virtud de que este jurisconsulto es muy conocido en toda América Latina, en muchos países de Europa y, singularmente en México, donde se respeta su intelecto, su labor académica y se le considera muy cercano a los profesores de Derecho Constitucional.

Domingo García Belaunde es muy conocido porque: ha escrito una obra importante en calidad y en cantidad, y en la cual se auxilia, con especial éxito, del método comparativo; ha creado en el Perú una escuela de Derecho Constitucional, que es una de las más importantes en el Continente, con muchos discípulos en todo el territorio de esa bella nación, que investigan y publican; el número de revistas especializadas se ha multiplicado; es uno de los más activos impulsores del conocimiento de diversos aspectos del Derecho Constitucional en América Latina, a él y al profesor español Francisco Fernández Segado, debemos la edición de trascendentes obras colectivas al respecto; ha sido y es uno de los soportes del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, organismo que reúne a los especialistas en esta hermosa y esencial disciplina; ha luchado por el fortalecimiento y el perfeccionamiento de las instituciones jurídico-políticas del Perú desde diversas tribunas y, es un incansable promotor de la cultura jurídica, organizador de eventos académicos, conferencista y congresista.

En Domingo García Belaunde acontece en apariencia una paradoja; siendo aún joven, quizás en su madurez intelectual, es ya en sí mismo una institución del Derecho Constitucional en América Latina.

Este libro recoge sus ensayos y artículos de los últimos años; regresa a varios temas que lo han inquietado con constancia: el control de la constitucionalidad de las leyes, la interpretación constitucional, el sistema electoral, la reforma del Estado, el presidencialismo, el problema de la reelección presidencial y la integración regional, amén de muchos más.

Ciertamente, la columna central de sus reflexiones es el Perú, pero desde una perspectiva latinoamericana, ya que no sólo se refiere con regularidad a las leyes fundamentales de esta parte latina del continente, sino que, en diversos ensayos, profundiza, de acuerdo con el tema, en el orden constitucional de varios de nuestros países.

En ese sentido, el profesor García Belaunde es uno de los juristas que se ha preocupado en crear un Derecho Constitucional Latinoamericano, pero con realismo, exponiendo todos los aspectos que nos acercan y todos los que nos

separan; retoma la idea del maestro Häberle respecto a Europa, y se pregunta si puede existir “un espacio público latinoamericano”. Contesta, con toda razón, que en la actualidad no cabe tal posibilidad, pero que están dadas las condiciones para que pueda existir, aunque con características diferentes a las señaladas por el profesor alemán. Este proceso será largo, con avances y retrocesos. García Belaunde al respecto es optimista. Yo también lo soy.

El tratadista es un jurista ejemplar, pero en sus análisis no descuida la realidad ni los problemas que debilitan a las instituciones; no es posible hacerlo. Así lo expresa: “Problema aparte, pero que no puede soslayarse, es el relativo a la real y efectiva vigencia de las instituciones jurídicas tan generosamente enunciadas...” En este aspecto, varios de sus ensayos son una lección profunda de historia política del Perú, principalmente de los últimos tres lustros. Muchos de los hechos que narra y de los problemas que los originaron, guardan similitudes, por desgracia, con otros países latinoamericanos o son una seria advertencia para naciones como México.

Sus análisis son maduros, equilibrados, expuestos con valentía; se adentra en los problemas y al lector le quedan claros los diversos elementos que configuraron estas difíciles situaciones constitucionales y políticas. Sus reflexiones son de provecho para todos los países de la región que, desde luego, no formamos una unidad como tal, aunque sí puede hablarse “de grandes parecidos y en todo caso, de una familia con rasgos comunes, a tal extremo que en ella pueden encontrarse hechos, situaciones y personajes similares”. A García Belaunde le asiste la razón.

Conocía varios de los ensayos que integran esta obra; leerlos de conjunto es muy agradable y provechoso, debido a que se ocupa de algunos de los grandes temas que inquietan a nuestros países. Las reflexiones y comentarios del profesor peruano son muy útiles, como aquellos sobre la existencia de tribunales, cortes y órganos especializados en materia constitucional, los efectos generales de las declaraciones de inconstitucionalidad realizadas por esos órganos, la segunda vuelta, el presidencialismo, la no-reelección inmediata de los titulares de los poderes ejecutivos y la jurisdicción militar.

Domingo García Belaunde, en esta obra, dedica dos ensayos a un gravísimo problema en algunos países de América Latina: las leyes de amnistía o de olvido para quienes han estado vinculados, de una forma u otra, a la lucha contra la subversión, y que cometieron violaciones masivas y salvajes de derechos humanos, con pretextos diversos como el terrorismo, que llevaron al desconocimiento del orden constitucional, como fueron las ejecuciones extrajudiciales, incluso de inocentes. En este aspecto, estudia la amnistía decretada en los asesinatos del célebre caso de Barrios Altos, que incluso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. García Belaunde examina la resolución de esa Corte, que junto con otras de sus sentencias, delinea -según su

criterio- una verdadera creación pretoriana, “pues partiendo de muy poco, sentó una base realmente importante para el futuro”. Es la fuerza creativa, expansiva, progresiva y renovadora de los derechos humanos.

Las reflexiones de nuestro autor sobre la segunda vuelta en las elecciones presidenciales en el Perú son especialmente valiosas para México, en virtud de que es un tema de la agenda de nuestra Reforma del Estado o, dicho con modestia, de las posibles modificaciones constitucionales que habrán de discutirse para perfeccionar nuestra democracia con gobernabilidad, cuestión ésta en la cual no son admisibles los experimentos, mucho menos la ignorancia.

Otro aspecto que me interesó particularmente es su examen de algunas etapas de la Reforma del Estado en el Perú, las cuales ocurrieron en un “entorno autoritario”, el mismo que no es privativo de ese país, sino que acontece en muchos de los de la región, y cuyas raíces son graves problemas políticos, económicos, sociales y culturales muy difíciles de resolver a corto plazo. Asimismo, sus comentarios sobre el presidencialismo en América Latina y el problema de la reelección merecen ponderarse. Este es uno de los temas nodales de nuestro constitucionalismo, y García Belaunde lo aborda con profundidad, realismo y conocimientos, desde las razones por las cuales la región se inclinó mayoritariamente por tal sistema hasta por qué los problemas que éste plantea no se resuelven con un cambio al sistema parlamentario; sino con la creación de controles efectivos, con la existencia de una democracia más militante para que los presidentes actúen en el marco jurídico que señala la Constitución, aunque “ello exige una madurez política que, por desgracia, aún no existe en nuestros pueblos”. En algunos de mis estudios he llegado a conclusiones similares. Esta es una cuestión que se continuará discutiendo en América Latina. Lo único que no es permisible es la comisión de errores o improvisaciones. Tenemos que saber con exactitud, como bien se ha dicho, qué deseamos modificar, cómo hacerlo y para qué.

Así, esta obra de Domingo García Belaunde tiene el mérito de volver a inquietarnos por los ingentes problemas del Derecho Constitucional en América Latina, pero especialmente nos recuerda que, a pesar de fracasos y tropiezos, la democracia ha avanzado en la región en los últimos lustros. No obstante, resulta imposible desconocer que el camino aún es muy largo para lograr democracias reales, con gobernabilidad y justicia social, que nos permitan alcanzar un verdadero Estado social y democrático de Derecho.

México, D.F., agosto de 2003

Jorge Carpizo.

LIMINAR

Hace un tiempo que mi buen amigo Diego Valadés me hizo saber su idea de abrir, dentro de la prestigiosa línea editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, una serie en la cual se dedicase un espacio a los constitucionalistas latinoamericanos.

La idea, que desde un primer momento me pareció acertadísima, ha empezado ya a dar sus primeros frutos, y es de esperar que ella continúe. Y eso es bueno, no sólo porque en nuestra América hay estudios y hay juristas de muy alto nivel que merecen ser más conocidos, sino porque a México y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, debemos precisamente que los juristas latinoamericanos, y sobre todo los constitucionalistas, se hayan reunido y hayan coordinado esfuerzos entre sí. Esto se advierte desde muy temprano, cuando el Instituto, entonces dirigido por Héctor Fix-Zamudio, y siendo su secretario Jorge Carpizo, convocó a los constitucionalistas del continente latinoamericano, y a otros afines, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se llevó a cabo a fines del mes de agosto de 1975, precisamente en la ciudad de México.

Este evento, al cual tuve el privilegio de asistir, fue el que sin lugar a dudas sentó las bases de lo que vino después: una comunidad constitucional latinoamericana, que no obstante haber iniciado sus primeras reuniones en una época plagada de dictaduras, se ha mantenido unida en sucesivos encuentros y fortalecida por otras tantas publicaciones en estos últimos años.

Buena cuenta de ello es que tales reuniones, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con sede en México, y con el apoyo de diversos centros universitarios, se han concretado en sucesivos coloquios, jornadas, seminarios y sobre todo los congresos iberoamericanos de Derecho Constitucional, que en número de siete han sido realizados hasta ahora: el octavo se llevará a cabo en la ciudad de Sevilla en diciembre próximo.

Dentro de esa línea de trabajo y bajo ese ambiente, que mucho tiene que agradecer a los maestros y juristas mexicanos, es que se inscribe este libro, que recoge algunos de los ensayos que he publicado en los últimos años, centrados, por cierto, en mi problemática nativa, pero abierta a la circunstancia latinoamericana, como era inevitable, y que por lo demás, no he dejado de estudiar y de tener como referente.

Como es usual en estos casos, los textos se publican dando cuenta de la fuente de donde han sido tomados, y sobre todo, de la fecha en la cual se

pensaron, escribieron y publicaron, ya que esto ayuda mejor a la comprensión del texto, que siempre es un testimonio de lo que a cada uno le tocó vivir. Los textos que no tienen referencia específica, son aquéllos que tienen fecha de preparación, pero que por diversos motivos permanecieron inéditos, y que se presentan aquí por vez primera. Todos se publican tal cual, salvo algunos ajustes y pulimentos de estilo, que no afectan el fondo de los trabajos ni la fecha en que fueron redactados, si bien, en algunos casos, se han añadido algunas notas de actualización.

La obra, por lo demás, siguiendo una tónica que he venido observando anteriormente, incluye en su parte final, unos cuantos artículos de corte periodístico sobre temas de actualidad, que expresan puntos de vista sobre diversos temas, y que atraen mucho al lector interesado en nuestra problemática.

Todo este conjunto ha sido ensamblado, revisado y ordenado para esta oportunidad, y tiene como resultado una obra nueva, que gracias a la hospitalidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se presenta al público mexicano y latinoamericano.

Mi palabra final de gratitud a Jorge Carpizo, quien con extrema benevolencia ha aceptado poner unas palabras suyas de presentación a este libro mío. A Jorge Carpizo lo conocí en el Primer Congreso Iberoamericano celebrado en 1975, y desde entonces, no empecé los avatares de su rica y agitada vida, no hemos dejado de vernos y escribirnos. Ha ocupado, con singular brillo, varios cargos académicos y políticos, pero siempre ha sido el mismo amigo de sus amigos. Y tiene publicados diversos textos que han marcado rumbos en el estudio de la problemática. Por eso mi satisfacción es por partida doble, de que alguien como él presente esta obra, y que además, publicándose en México, espera tener un saludable eco en el resto de la América Latina.

Lima, marzo de 2003.

Domingo García Belaunde

I

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN IBEROAMÉRICA

(CON ESPECIAL REFERENCIA A MÉXICO, COLOMBIA, VENEZUELA, ARGENTINA Y EL PERÚ)*

El propósito de la presente ponencia, es contribuir a difundir un aspecto importante de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica, que es poco conocido, incluso en el mundo de habla castellana, no obstante su antigüedad. En efecto, en varios de nuestros países, se han desarrollado desde mediados del siglo XIX, técnicas procesales diversas para controlar la constitucionalidad de las leyes, partiendo de experiencias preexistentes, pero con características propias que las hacen distintas de los modelos que las inspiraron. En tal sentido, es importante destacar por su solera, trascendencia y envergadura teórica, legislativa y jurisprudencial, el amparo mexicano, creado en 1840 y desde entonces tan vigoroso en su país como influyente en el resto de los países americanos. Sin embargo, las huellas seguidas por estos últimos no han sido las mismas que distinguen al instituto procesal mexicano, como lo veremos más adelante.

Como es inevitable en estos contextos, la gran influencia, aparte de otras no desdeñables, es la experiencia jurídica norteamericana que fue prontamente conocida, no sólo por el desarrollo vertiginoso del nuevo país, sino por obras tales como **El Federalista** o **La Democracia en América** de Tocqueville, que muy pronto circularon por nuestro continente, pues de ellas se hicieron versiones castellanas en fecha temprana.

Por haber partido de la experiencia judicial norteamericana, gran parte de la historia judicial de Iberoamérica ha estado uncida a lo que la doctrina conoce como “modelo americano”, que sólo en los últimos tiempos ha empezado a ser cuestionado. Prueba de ello son los debates que en 1977 se llevaron a cabo en la Universidad Externado de Colombia, con motivo del primer forum sobre la jurisdicción constitucional en Iberoamérica, y en donde precisamente se analizó toda esta larga experiencia. En aquella oportunidad se recomendó, no sólo el perfeccionamiento de los ordenamientos positivos de los países del área, sino la

* Ponencia presentada al “Primer Encuentro Iberoamericano de Juristas” organizado por el Colegio Universitario “Cardenal Gil de Albornoz”, en colaboración con el Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI) y la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha (Cuenca, 8, 9 y 10 de octubre de 1987). Publicada en la **Revista General de Legislación y Jurisprudencia** (Madrid), tomo XCVII, 2da. Época, núm. 5, noviembre de 1988 y en el **Libro homenaje a Ulises Montoya Manfredi**, Cultural Cuzco, Lima 1989.

introducción de la “Declaración general de Inconstitucionalidad” en los países que todavía no contaban con ella, así como la necesidad de implantar tribunales o cortes constitucionales especiales.

En la actualidad, el modelo americano que se impuso en nuestros países desde fines del siglo XIX, se ha ido diluyendo y adaptándose a las necesidades de cada cual, por lo que podemos afirmar que se han introducido diversas características del modelo europeo, y también se han consagrado, esta vez formalmente, tribunales especiales, como es el caso de Guatemala (1965 y 1985), Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978) y el Perú (1979).

Como quiera que la realidad jurídica de Iberoamérica es muy compleja, sólo se pretende dar una visión panorámica y, en consecuencia, superficial sobre este fenómeno, en la inteligencia de que al ser presentada a este Congreso cumple, sobre todo, fines de vulgarización entre los juristas españoles e iberoamericanos. Para tal motivo, aparte de las consideraciones generales que se incluyen al inicio y se señalan al final, llamamos la atención sobre el ordenamiento de cinco países, anotando al final de cada apartado, una bibliografía sucinta a donde podrá recurrir el interesado que pretenda una información más detallada.

Bibliografía: Luis Sánchez Agesta, **La democracia en Hispanoamérica**, Edic. Rialp, Madrid 1987; Héctor Fix-Zamudio, **Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional**, UNAM, México 1968; James Grant, **El control de constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política**, UNAM, México 1963; AA.VV. **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984; Dídimo Páez Velandia, **El control de la constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia**, Editorial de la Revista “Derecho Colombiano”, Bogotá 1985; J. Carpizo-H. Fix-Zamudio, **La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina** en “Revista Parlamentaria Iberoamericana”, núm. 2, 1986; G. De Vergottini, **Sobre la efectividad del control jurisdiccional de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos**, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 8, Madrid, 1983.

México

A México le corresponde el mérito de haber introducido por primera vez el control jurisdiccional de las leyes en la América Hispana, de manera real y efectiva, esto es, no solamente con declaraciones con respecto a la supremacía de la Constitución, sino con medios procesales adecuados para hacer efectiva tal supremacía. Esto está condensado en el Amparo, de vieja raigambre hispana, pero influenciado evidentemente por la experiencia judicial norteamericana y la

conocida casación francesa. El Amparo tuvo su partida de nacimiento en el proyecto de Constitución para el Estado de Yucatán de 23 de diciembre de 1840, preparado por Manuel Crescencio Rejón, sancionado formalmente el 16 de mayo de 1841. Posteriormente será recogido en el Acta de Reformas de 1847, consagrado más tarde por la Constitución Federal de los Estados mexicanos de 1857. En la actualidad, se encuentra incorporado en la vigente Constitución de 1917, y ha tenido en los últimos tiempos un desarrollo espectacular.

Es importante anotar que el Amparo no es un instrumento simple, sino complejo, que sirve para muchas cosas, y no sólo para el control jurisdiccional de las leyes. Pero hay que retener su importancia, toda vez que en México no existe otra acción similar que sea útil para hacer frente a las leyes inconstitucionales.^(*) A fin de tener un panorama del Amparo mexicano, conviene dejar establecida su caracterización, de acuerdo a un esquema que formuló Héctor Fix-Zamudio y que puede considerarse como clásico:

- a) Amparo a la libertad,
- b) Amparo contra leyes,
- c) Amparo casación,
- d) Amparo administrativo, y
- e) Amparo social-agrario.

El que nos interesa es, por cierto, tan sólo el segundo de ellos. Éste, de acuerdo a la doctrina dominante, puede ser considerado como Amparo directo (o en vía de acción) que se endereza contra la expedición y aplicación de las leyes locales y estatales, y el Amparo indirecto (o como recurso) que pretende proteger la constitucionalidad de las leyes, a través de la impugnación de sentencias judiciales. Por tal motivo, el Amparo se promueve tan sólo ante los órganos judiciales de la Federación, los que en última instancia están coronados por una Corte Suprema federal, que a su vez es el último órgano competente de la justicia nacional.

Característica fundamental del Amparo es lo que se denomina “Fórmula Otero”, es decir, el hecho de que la sentencia que se pronuncie en el juicio de Amparo tiene efectos únicamente entre las partes, sin que sea factible un pronunciamiento de carácter general (Otero es considerado, conjuntamente con Rejón, como uno de los creadores del Amparo mexicano).

No obstante esta caracterización, existe en el derecho mexicano lo que se denomina la “obligatoriedad de la sentencia”, lo cual se refleja en el hecho de que cinco sentencias consecutivas crean un precedente obligatorio para casos futuros. Así, por la vía de la inaplicación, pueden lograrse efectos tan contundentes como la declaración de inconstitucionalidad (que es algo que han propuesto algunos amparistas mexicanos).

(*) **Nota de 2003:** Hoy existe en México la “acción de inconstitucionalidad”, que ha enriquecido así la normativa procesal constitucional de ese país.

En cuanto a sus alcances, deberá tenerse presente que las leyes que pueden ser materia de impugnación por el Amparo son, *grosso modo*, las siguientes:

- a) Las que vulneren las garantías individuales (que ha sido extendido, en virtud de interpretación jurisprudencial relativamente reciente, a las garantías sociales, es decir, derechos individuales y sociales),
- b) Las que vulneren la soberanía de los Estados (teniendo en cuenta que México es un Estado federal), y
- c) Las que vulneren la competencia de la Federación (esto es, de la unión o gobierno central).

Como se puede apreciar, aun con sus peculiaridades, México puede considerarse, en términos generales, afiliado a lo que se denomina “modelo americano”, sin que hasta la fecha y hasta donde alcanza nuestra información, exista el reclamo para la creación de una corte especializada (como sí sucede en otros países, como en la Argentina) explicable por la larga tradición y eficacia del Amparo en cuanto tal.

Bibliografía: Ignacio Burgoa, **El juicio de Amparo**, Porrúa, México 1981; Héctor Fix-Zamudio, **Juicio de Amparo**, Porrúa, México 1964; Alfonso Noriega, **Lecciones de Amparo**, Porrúa, México 1975; Juventino Castro, **Garantías y Amparo**, Porrúa, México 1983; Octavio Hernández, **Curso de Amparo**, 2da. Edición, Porrúa, México 1983.

Colombia

El control jurisdiccional colombiano se ha formado lentamente desde mediados del siglo XIX; tuvo una primera enunciación formal en la Constitución de 1886, actualmente en vigencia con numerosas modificaciones, y se perfeccionó en 1910.^(*) Como sistema es complejo y completo, y ha tenido un desarrollo vertiginoso en este siglo, con sus propias peculiaridades, como se verá más adelante. Este control se efectúa a través de tres figuras típicas del constitucionalismo colombiano, que a continuación describimos.

La primera es la llamada Acción de Inexequibilidad. El término de por sí es *sui generis*, y si bien tiene raigambre latina, no aparece en el diccionario de la Academia; es de por sí difícil al jurista extranjero entender de qué se trata. Viene de exigir, en consecuencia, inexequibilidad, es lo no exigible, lo no ejecutable a

(*) **Nota de 2003:** La vigente Constitución de 1991 ha profundizado el modelo y ha creado la Corte Constitucional.

nivel normativo. La acción es precisamente para eso; tiene como característica ser ejercida por cualquier ciudadano directamente ante la Corte Suprema contra los actos legislativos, y analiza tanto los aspectos formales como sustanciales, en evolución que ha sido algo larga. Este control abarca las leyes, en sentido estricto, así como los decretos con fuerza de ley que son de muy diversa naturaleza. Lo peculiar de este control es que tiene efectos *erga omnes*, con lo cual se aparta claramente del modelo americano y se acerca al austriaco. Tiene sin embargo el mérito de que fue formalmente sancionado y puesto en marcha por expresa reforma constitucional efectuada en 1910.

La Excepción de Inaplicabilidad es, como de su nombre se desprende, un control para el caso concreto, Tiene, a diferencia del anterior, un alcance *inter partes*. Su punto de partida es el mismo, esto es, 1910, aun cuando con antecedentes más remotos.

Un tercer control se ejerce sobre los actos administrativos, a cargo del Consejo de Estado y Tribunales administrativos, montado sobre la base del modelo francés. Aquí opera una verdadera jurisdicción administrativa, separada del Poder Judicial, con tanta prestancia y autonomía como la de éste. La acción es genérica y puede obtenerse, en su caso, la anulación del acto de la administración pública que presente conflicto con la Constitución.

Bibliografía: Luis Carlos Sáchica, **Constitucionalismo Colombiano**, Temis, Bogotá 1983; ib. **El control de constitucionalidad y sus mecanismos**, Temis, Bogotá 1980; Jaime Vidal Perdomo, **Derecho Constitucional General**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1986; Javier Henao Hidrón, **Panorama del Derecho Constitucional colombiano**, Temis, Bogotá 1985.

Venezuela

Conjuntamente con Colombia, Venezuela es un caso especial de desarrollo del control jurisdiccional de las leyes, en forma coherente y armónica, desde fines del siglo XIX. El ejemplo de México influyó sobre todo en América Central, y más adelante, ya en pleno siglo XX, sobre el resto de América Meridional. Pero antes, la influencia prevaleciente fue la americana, y es así como Venezuela, si bien con algunos antecedentes, llegó a un doble tipo de control; uno que podríamos llamar concentrado y de alcance general, que cuaja en la Constitución de 1893, y otro que es el difuso, que tiene su partida de nacimiento en 1897, en el Código de Procedimientos Civiles de aquel entonces. Es decir, en Venezuela, desde fines del siglo XIX, se advierte la existencia de los dos modelos, tanto el llamado americano como el austriaco, pero con la salvedad que ambos operan ante el Poder Judicial. Tal virtualidad hace que Venezuela en estos momentos, al tener los dos sistemas, pero estar remitidos en última instancia al fuero común, tenga un sistema que por comodidad podemos llamar

mixto o americano *sui generis*, ya que tiene como peculiaridad poder hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad.

Si bien aquí hemos hecho referencia tan sólo al ordenamiento jurídico y a los respectivos años en que este tipo de control se inicia, hay que destacar que el ámbito de competencia de los órganos judiciales ha tenido una evolución muy lenta, con sucesivas reformas, hasta llegar a la vigente Constitución de 1961.^(*)

El control en Venezuela no incluye los actos judiciales, ni tampoco los recursos administrativos, lo que lo diferencia de los ordenamientos de otros países iberoamericanos.

Últimamente (“Varios vs. Resolución No. 7 del Ministerio de Transportes”, de 06.09.87) la Corte Suprema de Justicia ha declarado, dentro de un amparo, la inaplicación de una ley por reputarla inconstitucional. De esta forma, el control jurisdiccional venezolano continúa su progresivo perfeccionamiento.

Bibliografía: Humberto J. La Roche, **Instituciones constitucionales del Estado Venezolano**, 9a. edición, Maracaibo 1984; ib., **El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y en los Estados Unidos**, Maracaibo 1972; Orlando Tovar Tamayo, **La jurisdicción constitucional**, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1983; Ambrosio Oropeza, **La nueva Constitución venezolana de 1961**, Caracas 1982; Allan R. Brewer - Carías, **La defensa de la Constitución**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982; ib., **Estado de Derecho y control judicial**, INAP, Alcalá de Henares 1987; Carlos M. Ayala, **Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional**, Univ. Católica Andrés Bello, Caracas 1987.

Argentina

La República Argentina es el país de mayor tradición jurídica entre los de la América de habla hispana. Gracias a su antigüedad institucional, que se remonta a la Constitución de 1853-60, todavía vigente, así como a la numerosa legislación y jurisprudencia emanada de su Corte Suprema, se han ido perfilando a través de los años diversas figuras y situaciones que permiten calificar a su sistema de control constitucional como muy completo, no obstante algunas limitaciones que la misma doctrina argentina ha reconocido. Para los fines de esta ponencia, nos ceñimos a los lineamientos generales que presenta su Derecho Constitucional federal (pues su Derecho Público Provincial es tan variado que requeriría un tratamiento extenso). Y dentro de él, nos limitaremos tan sólo a tres instituciones: el recurso extraordinario, el *habeas corpus* y el

(*) **Nota de 2003:** La actual Constitución de 1999 ha creado la Sala Constitucional y ha perfeccionado el modelo existente.

amparo (este último es el más joven de todos ellos, pues fue creado pretorianamente en 1957)¹.(*)

El Recurso Extraordinario tiene su fundamento en los artículos 100 y 101 de la Constitución federal, la cual establece no sólo la supremacía constitucional, sino adicionalmente la jurisdicción de la Suprema Corte en recursos de apelación, y dentro de éstos, el llamado “recurso extraordinario”, procedente tan sólo cuando existe de por medio lo que se denomina “cuestión federal” o “cuestión constitucional”. Existe una discusión sobre la diferencia entre estos conceptos, pero para efectos prácticos abarcan lo mismo. La Constitución, que lo ha previsto muy en embrión, ha sido en realidad desarrollada por la Ley 48 del 14 de setiembre de 1863 y de manera sobresaliente por la jurisprudencia, que ha precisado las diversas situaciones en las cuales procede o no procede (sobre todo en este siglo).

Este recurso es en realidad de apelación, o sea, supone la existencia de un juicio previo y de un pronunciamiento judicial anterior; no es pues capacidad de recurrir directamente ante la Corte Suprema, sino que previamente hay que contar con el pronunciamiento de un tribunal inferior. De esta suerte, la Corte Suprema de la federación obra como última instancia (en sentido amplio) de toda “cuestión federal” o “cuestión constitucional”.

El recurso extraordinario tiene varios requisitos, que en forma sucinta señalamos, deteniéndonos tan sólo en los más saltantes.

Son comunes los siguientes supuestos:

- i) Previa intervención de un tribunal judicial y que haya concluido con sentencia,
- ii) Que la sentencia sea sobre cuestión judicial (porque se considera que las cuestiones políticas no son judiciales),
- iii) Existencia o agravio en quien deduce o interpone el recurso, esto es, legitimidad procesal activa,
- iv) Subsistencia de los requisitos al momento que la Corte emita su sentencia,
- v) Existencia de causa o cuestión federal o constitucional, y
- vi) Que exista relación causal entre el problema resuelto en el caso y la Constitución.

Existen situaciones en las cuales no procede el recurso extraordinario, como son:

¹ No tratamos aquí, por ser reciente y todavía no muy definida, la acción declarativa de certeza, que en principio la Corte Suprema ha aceptado, como una modalidad del control constitucional.

(*) La importante reforma de 1994 no ha hecho más que confirmar lo aquí expuesto (Nota de 2003).

- i) Las sentencias de la propia Corte Suprema Federal,
- ii) Las sentencias que no son definitivas,
- iii) Actividades administrativas, y
- iv) Asuntos de carácter político y electoral, etc.

De esta suerte, el recurso extraordinario se pronuncia, entre otros aspectos, sobre las leyes federales y sus respectivos reglamentos, y constituye así un eficiente control jurisdiccional de constitucionalidad.

En cuanto al *habeas corpus* y al amparo, tienen en realidad otros fines. El *habeas corpus*, como se sabe, está destinado a cautelar la libertad ambulatoria, y el amparo, a la defensa de los demás derechos distintos a la libertad individual. No obstante, a nivel jurisprudencial, se ha llegado a la conclusión de que en la defensa de estos derechos se pueden dejar de lado las normas que sean inconstitucionales, con lo cual, indirectamente operan también como controladores de la constitucionalidad.

En términos generales, en cualesquiera de las tres situaciones descritas, esto es, el recurso extraordinario, el *habeas corpus* y el amparo, es factible para la Corte Suprema de la Nación realizar un verdadero control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, pero siempre dentro del llamado modelo americano, o sea, por la vía indirecta, difusa y a cargo del fuero común.

Bibliografía: Humberto Quiroga Lavié, **Derecho Constitucional**, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1980; Pablo A. Ramella, **Derecho Constitucional**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1984; Germán J. Bidart Campos, **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**, Ed. Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1986; Néstor P. Sagüés, **Hábeas corpus**, Edit. La Ley, Buenos Aires 1981; ib., **Ley de Amparo**, Ed. Astrea, Buenos Aires 1979; ib., **Recurso extraordinario**, Edit. Depalma, 2 tomos, Buenos Aires 1984; Jorge R. Vanossi, **Recurso extraordinario federal**, Edit. Universidad, Buenos Aires 1984.

Perú

Desde 1936 el ordenamiento peruano cuenta, en virtud del Código Civil promulgado en ese año, con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con el carácter de preferencia y efectos *inter partes*. Pero este control no tuvo eficacia alguna, sino hasta 1963, fecha en la que fue reglamentado.

En 1979, al ser sancionada la vigente Constitución Política,^(*) quedó configurado el cuadro actual de control que tiene de ambos sistemas: por un lado, el americano o difuso confiado al Poder Judicial, y por otro, el concentrado a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales. Veamos cada uno de ellos.

(*) **Nota de 2003:** La vigente Constitución de 1993, ha mantenido lo sustancial de este modelo.

Ante el Poder Judicial procede:

a) Petición de inaplicabilidad de normas inconstitucionales, en caso de que, dentro de un juicio, se advierta la colisión entre normas de diferente jerarquía. Así lo señala en el artículo 236 de la Constitución.

b) Habeas Corpus y Amparo: Estas dos figuras tienen la misma función que sus homólogos en la legislación argentina, o sea, defienden al particular en sus derechos fundamentales. No obstante, la ley reglamentaria núm. 23506 permite que al momento de pronunciar sentencia sobre los derechos cuya protección se solicita, se declare inaplicables determinadas normas si están afectadas de inconstitucionalidad. Son, pues, una vía indirecta de control constitucional.

Estas acciones tienen alcances concretos (*inter partes*), y pueden ser materia de pronunciamiento por cualquier juez.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, incorporado en la nueva Constitución de 1979 siguiendo el modelo europeo o austriaco, está autorizado de manera expresa para conocer la llamada Acción de Inconstitucionalidad, de alcance general, con efectos anulatorios, pero que tiene la dificultad de que pocos son los que pueden acceder a ella. En efecto, para poder iniciar una Acción de Inconstitucionalidad es necesario tener una titularidad especial, que es concedida tan sólo al Presidente la República, al Fiscal de la Nación, a la Corte Suprema, a sesenta diputados, a veinte senadores (un tercio de sus respectivas cámaras) y a 50,000 ciudadanos. Como consecuencia de esta titularidad restringida, hasta la fecha sólo han sido interpuestas cuatro acciones de inconstitucionalidad desde que el Tribunal se instaló a fines de 1982.

Conviene destacar adicionalmente que las acciones de *habeas corpus* y amparo, agotada la vía judicial y si han sido denegadas, pueden ser elevadas en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales, con lo cual aquí también este Tribunal se pronuncia, aun cuando sólo con efecto limitado al caso *sub litis*.

Puede decirse en resumen, que el Perú se afilió desde los años treinta al modelo llamado americano, o de control difuso y de alcance limitado; y que a partir de 1979 ha incorporado un tribunal especializado, dentro del conocido como modelo europeo. En consecuencia, ambos tipos de control coexisten en el actual ordenamiento constitucional peruano.

Bibliografía: José Pareja Paz-Soldán, **Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**, Edic. Justo Valenzuela, Lima 1984; Marcial Rubio y Enrique Bernales, **Constitución y sociedad política**, Edic. Mesa Redonda, Lima 1983; Francisco J. Eguiguren (director), **La Constitución**

peruana de 1979 y los problemas de su aplicación legal, Cultural Cuzco, Lima 1987; Domingo García Belaunde, **Teoría y práctica de la Constitución peruana**, 2 tomos, EDDILI-JV, Lima 1987.

Consideraciones conclusivas

De una simple lectura de las instituciones expuestas, aun en la forma elemental como se ha hecho, pueden desprenderse diversas características, entre las que cabe destacar la existencia de una tradición, más que centenaria, en cuanto a control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tendencia que en los últimos tiempos se acrecienta y perfecciona. Igualmente, dentro de este proceso, cabe destacar el hecho de que en los países de Iberoamérica se han dado tantas experiencias, que puede afirmarse que nuestros ordenamientos nacionales no se han contentado con la adopción servil de un solo modelo o patrón, sino que han introducido en éste, aun sin saberlo y con anterioridad, algunas de las características del modelo europeo, lo que constituye la gran aportación de las Américas al derecho público (diremos parafraseando al jurista norteamericano James Grant).

Por otro lado, se nota una tendencia a crear órganos calificados y autónomos para este tipo de control jurisdiccional o, en su defecto, a perfeccionar lo existente y buscar alcances generales a las resoluciones que emanen en definitiva de los órganos judiciales.

Los países sobre los cuales se ha hecho una breve reflexión sobre este tópico, son los que ofrecen, sin lugar a dudas, el mayor interés dentro del área, y los hemos escogido por una serie de razones que no son las estrictamente jurídicas. El caso de Brasil no es considerado aquí, no sólo por no pertenecer al ámbito castellano de nuestra cultura, sino por encontrarse en pleno proceso constituyente (aun cuando su sistema de control es muy parecido al argentino). Otros países, como por ejemplo Chile, han quedado fuera de nuestro análisis, por la peculiar situación que atraviesan. Y así en otros casos.

Tratando de hacer un balance entre los países reseñados, quizás cabría sostener que el amparo mexicano y su actual estructuración, aun cuando compleja y en veces enredada, es el que se presenta en forma más nítida, por ser una sola institución, que ha sabido evolucionar y adaptarse a las exigencias de nuestro tiempo. Al lado de México, hay que ponderar al ordenamiento argentino, que si bien no tiene esa transparencia que tiene el ordenamiento mexicano, no por ello deja de ser un ejemplo riquísimo para estudiar el control constitucional, sin contar su muy antigua y respetable tradición jurídica, que alcanza los niveles editoriales y de traducción de las grandes obras, de las que fue casi monopolístico hasta hace muy pocos años.

El resto de los países presentan igualmente interés, aun cuando cabe apuntar una mayor tradición jurídica y perseverancia doctrinal, jurisprudencial y legislativa en Colombia, sin desmedro de los otros países hermanos analizados, en especial Venezuela, que es el primero en Sudamérica en formalizar un completo sistema de control jurisdiccional de las leyes.

Problema aparte, pero que no puede soslayarse, es el relativo a la real y efectiva vigencia de las instituciones jurídicas tan generosamente enunciadas. En efecto, la precaria situación del Poder Judicial, los abismos sociales y la presencia de dictaduras durante largos períodos, enervan la vigencia de tales controles, o los condicionan en cuanto a su ejercicio a determinados estratos sociales que están en capacidad de hacerlos valer. Estos son, pues, los límites externos del Estado de Derecho, que los países de Iberoamérica deben afrontar. Ello por cierto no debe paralizarnos ni tampoco desmerecer los logros alcanzados, que aun cuando puedan ser pequeños o no lo suficientemente satisfactorios como se desearía, deben ser perfeccionados y profundizados.

Lima, setiembre de 1987.

II

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL PERÚ*

*A Carlos Rodríguez Pastor,
romanista y maestro insigne.*

Este tema voy a tener que abordarlo necesariamente en conexión con lo que más conozco, que es, por cierto, mi propio país. Pero antes quisiera hacer dos acotaciones; una indirecta y otra más tangencial. He venido realmente muy entusiasmado a este Congreso de Reforma de la Constitución, pues es un tema que a mí en lo personal me interesa mucho. En el caso del Perú, hemos vivido un proceso de reforma, o mejor de inicio de reformas, desde la década del 60 y tuvimos un período constituyente en 1977-79 que dio como resultado la Carta Política de 1979. Pero nuestro proceso, si bien intenso políticamente, no estuvo acompañado ni precedido por una reflexión o decantación doctrinaria y teórica, como la que aquí está haciendo, de manera ejemplar, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, lo que se refleja en la publicación de sus informes. Ahora bien, en ellos veo referencias a nuestra Constitución desde un tópico que ya he visto en otras partes, y es la mención al sistema de gobierno de la Constitución peruana, al que se califica como semi-presidencial. Y efectivamente, éste podría aparentemente ser así. En el Segundo Informe Preliminar del Consejo, se habla más concretamente del caso peruano, al cual se caracteriza como semi-presidencial, categoría que puso en circulación Duverger hace algunos años. En efecto, nosotros tenemos en el Perú algunos sesgos parlamentarios, entre ellos la existencia de un Consejo de Ministros, de un Premier, del voto de censura y últimamente de la disolución de la Cámara baja, que es la única que tiene atribuciones políticas.

Sin embargo, si nos atenemos a una lectura mucho más sistemática del texto constitucional peruano, y a la práctica de nuestra realidad política, vemos que ello no es así. Solamente quiero mencionar algo que es sustantivo en un régimen presidencial y es que nuestro artículo 216 constitucional, dice textualmente que el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros: nombra y remueve, es decir, no hay en ningún momento una dualidad y menos aún una cohabitación como es el caso extremo de Francia. Lo que sucede es que a nuestro régimen se le ha adornado con una serie de atributos parlamentarios para impedir los excesivos poderes que tuvo el

* Versión magnetofónica de la ponencia presentada al "Congreso Internacional sobre la Reforma de la Constitución", organizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, y que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 9 al 13 de mayo de 1988. Publicado en el **Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor**, Cultural Cuzco, Lima 1992.

Poder Ejecutivo en el siglo XIX, pero en la práctica es un país presidencialista, como lo demuestra la experiencia política reciente, en donde ha quedado en claro el descollante y determinante papel que tiene el Presidente de la República. Entonces, no solamente por la lectura sistemática, sino por una buena hermenéutica constitucional, y por la misma realidad política, se llega a la conclusión de que la Constitución peruana, no obstante algunos ribetes parlamentarios, es fundamentalmente presidencialista, que creo yo, es lo que más conviene a nuestro país en los actuales momentos. Naturalmente, esto no significa prejuzgar sobre la realidad argentina que conozco de lejos, aun cuando con mucha simpatía.

Voy a hacer algunas breves referencias previas a lo que es la participación, aunque naturalmente, ya en algo se me ha adelantado el distinguido expositor que me ha precedido. Pero creo que algunas pinceladas generales no están demás.

Siempre he pensado que la participación ciudadana es el problema medular en nuestros sistemas políticos modernos; y lo digo por entender que ella nace en realidad a partir de la Segunda Guerra Mundial, aun cuando tiene antecedentes en la Primera. Esta participación ciudadana se ha centrado particularmente en el voto, que es así el modelo clásico de lo que es una participación. No obstante esto, la lucha por el voto ha sido muy dura; casi todos los países de América Latina –hasta hace 30 años– no aceptaban el voto de la mujer; el voto de los analfabetos lo incorporamos nosotros recientemente, pese a que ya existía en otros países como Bolivia, con un alto índice de analfabetismo. El voto de los sacerdotes fue negado hasta hace muy poco; los militares siguen sin votar en gran parte de nuestros países, y en otras partes del mundo las discriminaciones a las minorías étnicas existen; como en algunos países de África hasta hace muy poco; como lo era en países tan importantes como los Estados Unidos. En el caso de las mujeres, puede decirse lo mismo de algunos cantones suizos. Por eso, si bien el voto es una forma muy diminuta de lo que entendemos por participación, se trata del más importante ejercicio de ella y de una conquista histórica muy larga. Ahora bien, esta participación ciudadana, en mi opinión, proviene fundamentalmente de este fenómeno de explosión demográfica que se inicia a principios del siglo XIX y que recién toma carta de ciudadanía a mediados de este siglo.

Hay un libro muy famoso que dio la vuelta al mundo y que es muy conocido entre nosotros, que es el que Ortega y Gasset dedicó a **La rebelión de las masas**. Todos lo recordamos; es un libro de los años treinta, pero publicado fragmentariamente algunos años antes en forma de artículos periodísticos. En ellos Ortega denuncia lo que él llama la “rebelión de las masas”, que no es en realidad un fenómeno político, sino social y cultural. En Ortega hay dos grandes rasgos en su análisis: en primer lugar, admitir el fenómeno tal como está, la insurrección del hombre masa que quiere imponer un estilo, que exige al Estado, que exige a la sociedad; y en segundo lugar, la interpretación que él le da a este

fenómeno, que es, como todo lo de Ortega, señorial, aristocrático, lo ve como un peligro; el hombre masa va a destruir esta civilización; frente a él coloca lo que él llama el hombre egregio, el hombre aristocrático, que no es una aristocracia de la sangre. Esto que es vislumbrado por Ortega, es confirmado por nosotros muchísimo más tarde. En realidad, pienso que el gran fenómeno de masas aparece para nuestros efectos –o por lo menos el que se refleja políticamente–, tan sólo en la década del 60. En los países de América Latina, esta década es la de los populismos, de los militarismos que quieren implantar entre nosotros la Doctrina de la Seguridad Nacional que nos viene de Washington vía las academias brasileñas –y naturalmente, esto trae determinados cambios, que van a repercutir en la década siguiente–. Y así entro al meollo de mi intervención, que por razones de tiempo tiene que ser necesariamente breve.

Nosotros hemos tenido en el Perú algunos fenómenos interesantes de participación. El primero es la irrupción de masas, que se advierte en 1963 con el voto popular y con la instalación democrática de los municipios. Es un gran fenómeno de participación política, que naturalmente se da a nivel comunal y conlleva la realización de reformas tímidas que se hacen frente a la exigencia de la población, sobre todo en lo concerniente a la tenencia de la tierra. Lamentablemente, las grandes reformas estructurales que fueron el signo de la década del 60 en los países más atrasados o con estructuras más arcaicas en América Latina, se frustran por una serie de motivos. Y eso llama a los militares; tenemos los grandes fenómenos militares de la década de los 60, fundamentalmente el brasileño, el argentino y el peruano. Los militares inauguran un experimento en el Perú en 1968, que va a durar doce años, con dos fases: una primera que va de 1968 a 1975 con una clarísima orientación socializante y de grandes cambios estructurales; y otra que va de 1975 a 1980, que es de reacomodo de estas reformas y, según algunos, de desmantelamiento de las mismas, y en todo caso, del ordenamiento de la casa, la convocatoria a elecciones constituyentes el año 78; la convocatoria a elecciones generales en 1980 y la consiguiente reinstalación del régimen democrático que dura hasta el presente.

El fenómeno es interesante, porque los partidos políticos en el Perú no habían cumplido o no habían podido cumplir un determinado rol social y político que las masas reclamaban. Las grandes reformas, sobre todo la reforma de la tenencia de la tierra, era un imperativo en ese momento: había un reclamo, no solamente de los organismos técnicos como la FAO, de los intelectuales, sino una exigencia general a nivel ciudadano, de la Iglesia, de los gremios profesionales, etc. Y ello se hizo a medias por una serie de motivos que sería muy largo explicar. Es por eso que los militares deciden culminar esas reformas, pero autoritariamente, de arriba hacia abajo. Adicionalmente, impulsaron lo que ellos llamaron desde una fecha temprana (1969) “democracia social de participación plena”. Esto implicaba la teoría de la participación ciudadana en la toma de decisiones del Estado y a todo nivel; a nivel político, a nivel económico, a nivel educativo, a nivel universitario, a nivel empresarial, etc. Naturalmente los

militares no podían olvidarse de lo que es su propia estructura mental e inician este ciclo de reformas verticalmente y crean incluso un organismo participatorio (SINAMOS) que era un ente estatal para conducir esta participación ciudadana. Y cometen, en mi opinión, un error que el tiempo lo va a enmendar. Y es que como quiera que tradicionalmente los partidos políticos son los que han manejado el aparato del Estado sin la participación de los ciudadanos, deducen que hay que prescindir de ellos. Se formula así oficialmente la tesis del “no partido”, los partidos no son necesarios, hay que mover a las grandes masas para que ellas solas decidan, piensen, sientan, reclamen, actúen.

Naturalmente, sabemos que las masas solas no van a ninguna parte; las masas necesitan un dirigente, eso está implícito en cualquier sociología de las élites y de las masas. Entonces los militares se ponen a dirigir estas masas; en el fondo las manipulan, y esto trae como consecuencia una participación forzada que da un tinte corporativo a todo el experimento peruano; pero un tinte corporativo de izquierda, no de derecha, lo cual demuestra que el corporativismo puede tener signos ideológicos distintos. Este corporativismo, por ejemplo, se perfecciona y culmina un año antes de que caiga el Gobierno de la primera fase militar (la parte más agresiva y tal vez la más interesante), cuando se toma una decisión trascendental: se apropian de los diarios de circulación nacional para entregarlos a la población organizada: más participación plena no puede haber. Agregamos que el Perú, a diferencia de otros países, tiene grandes diarios solamente en la capital. Aparte de los diarios locales que tienen circulación restringida, los únicos que importan son los llamados diarios de circulación nacional y que son los que se editan en Lima y que llegan a todo el país. Quien no aparece en esos diarios de niveles nacionales prácticamente no existe. Pero se expropiaron estos grandes diarios con el objeto de entregarlos a lo que se llama los “sectores organizados de la sociedad”. Entonces un diario muy importante se asigna, por ejemplo, a los trabajadores del campo, otro se asigna a los profesionales (abogados, ingenieros, químicos, agrónomos, etc.), otro diario importante se asigna a las cooperativas y entidades autogestionarias y así sucesivamente; todos los grandes rubros de la producción y de los servicios se ven beneficiados con la adjudicación de un diario.

Se coloca al frente del diario, transitoriamente, a un comité directivo nombrado por el Gobierno, o sea, por allegados al régimen militar, que en el plazo de un año debían ejercer sus funciones creando las condiciones previas para que –de abajo hacia arriba– se formen cúpulas de poder que en forma escalonada y ascendente, vayan eligiendo directivas que a su vez elijan una directiva general que a su vez se haga cargo del diario, con lo cual la representación era total y absoluta. Felizmente, este experimento fracasó; fracasó porque, simplemente no funcionaba, no operaba, no estaban dadas las condiciones y fracasó también porque el modelo era autoritario; era un modelo antiimperialista, antioligárquico, etc., pero era también un modelo antidemocrático.

Entonces tenemos, por un lado, la tesis fundamental de la participación, y por otro el “no partido”, y además la burla, el escarnio, el desdén hacia los partidos que se llaman clásicos, entre ellos a uno que está en el poder hoy día, el Apra, al cual se anatematiza en forma permanente y continua. Esto trae como reacción que la segunda fase militar, que se inaugura en 1975, trate de calmar y de limar estas aristas y crear un clima de concordia con los partidos tradicionales, que no habían podido ser reemplazados por nadie; la tesis del “no partido” resultó, pues, absurda, y cuando se quiso formar un partido oficial que recogiese las aspiraciones del Gobierno, éste no tuvo mayor eco ni trascendencia. Así las cosas, visto el deterioro político, social y económico que existía (porque los primeros años del gobierno militar anduvieron bien porque había dinero), se convoca a elecciones generales en 1977 y se configura una Asamblea Constituyente que se instala en julio de 1978, bajo la presidencia de una gran figura que es Víctor Raúl Haya de la Torre, quien fallece poco tiempo después. Ahí empieza un proceso de verdadera participación para hacer el texto constitucional. Para hacer efectiva esta participación política, los partidos presentes en la convocatoria, aceptan el reclamo de los militares que quieren la reforma de nuestra Constitución, que por lo demás se venía reclamando desde tiempo atrás por muchos sectores, pero en forma aislada. Nadie había postulado, seriamente, la necesidad de cambiar totalmente el texto constitucional vigente de 1933, y que en aquel momento tenía más de cuarenta años de existencia.

Sin embargo, los militares exigen su modificación total como requisito para el retorno a los cuarteles. Para ello alegan que la vieja Constitución es retrógrada, anacrónica, que tiene instituciones muy atrasadas y porque además, ella no recoge los postulados modernos y las grandes conquistas que había hecho el gobierno militar. Efectivamente, el Gobierno militar modernizó el país en muchos sentidos: cambió la tenencia de la tierra, introdujo la co-propiedad en determinadas empresas, modificó el sistema educativo, y naturalmente provocó lo que ya muchos en la década del 60 llamaban la “revolución de las expectativas”. Lo importante es que la convocatoria a un proceso constituyente en el Perú es fruto de una decisión militar que se da en 1977 y que es conversada con los principales partidos políticos. Todos los partidos acceden libremente a participar en esta convocatoria, excepto uno: Acción Popular liderado por su fundador, Fernando Belaunde Terry, que se pone al margen de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, los demás partidos, inclusive los más radicales, todos los grupos de izquierda (trotskistas, moscovitas, albanistas, maoístas, etc.) participan y acceden a ella.

Pero curiosamente, en las elecciones de 1980 que se convocan para dar fin al gobierno militar, participa Belaunde Terry como candidato a la presidencia, no obstante que estuvo en desacuerdo con la convocatoria a la Asamblea Constituyente y con la nueva Constitución. Y resulta elegido abrumadoramente, por una amplia mayoría.

El hombre que había sido despojado del poder en 1968 por los militares, vuelve al poder el año 80 y se lo entregan los mismos militares que lo habían derrocado doce años antes; fue una jornada, diría yo, reivindicatoria. El nuevo presidente de 1980, que no ha participado en la Constituyente, sin embargo jura cumplir la Constitución y, aún más, dice que la acepta íntegramente, con lo cual, *a posteriori*, ratificó el texto.

Hubo entonces (1978) un pleno debate constituyente como nunca se había dado, con una gran participación ciudadana; estuvieron los representantes de casi todos los partidos, no hubo proscritos, la Asamblea duró un año, nadie tuvo mayorías, nadie llegó al 51%; en consecuencia, esa Constitución no puede atribuirse a nadie. El grupo mayoritario, que era el APRA, tenía el 37% de la Asamblea; tuvo que hacer transacciones continuas; eso explica por qué nuestro texto es ecléctico en muchas de sus partes y especialmente en la parte dedicada al régimen económico. Y hubo muchas consultas; opinaron libremente los ex-Presidentes, opinó la Iglesia Católica, las ligas femeninas que eran muy importantes (para introducir reconocimientos a la mujer trabajadora y al ama de casa); colaboraron inclusive las iglesias protestantes cristianas y no católicas; colaboraron las Fuerzas Armadas, las universidades; hubo entonces un gran debate nacional. Yo no conozco otra Asamblea Constituyente más amplia, más porosa, que la que tuvimos en 1978 y que es la que sancionó la vigente Carta. Sin embargo, por motivos que son difíciles de explicar en breves palabras, no existe gran participación ciudadana incorporada en este texto constitucional. Algo hay en este punto y voy a mencionarlo muy brevemente. La gran participación en este texto constitucional está dada, fundamentalmente, en el voto; y esto no sólo por razones de orden democrático y político, sino como reacción frente a un gobierno que denigró el voto y lo proscribió durante doce años.

Así, el voto se anchó en dos extremos; por un lado, se redujo la edad a 18 años para el voto, y por el otro se extendió su obligatoriedad hasta los 70 (antes se votaba a los 21 y la obligatoriedad del voto cesaba a los 60). También se amplió el espectro electoral, incorporando el voto de los analfabetos. Otra innovación bastante importante, es que se constitucionalizó, en forma muy clara, la vigencia, el funcionamiento, y la importancia de los partidos políticos, esto es, la corriente doctrinal que se llama "constitucionalización de los partidos políticos", la cual nace después de la Segunda Guerra Mundial. Son tan sólo algunos artículos que son breves en comparación con los de otras constituciones; pero inmensamente significativos si lo comparamos con el silencio que guardan muchísimas constituciones modernas. La actuación de los partidos políticos es la más importante de las participaciones, la cual que se refleja, no solamente a nivel nacional, sino a nivel de los municipios y a nivel de las regiones.

Existe, *in nuce*, un esquema regional en la Constitución, tomado vagamente de la experiencia italiana y de la española, de dividir el país en regiones, sin llegar a caer en el federalismo; es un ensayo tímido e impreciso, a

fin de dar una cierta vida autonómica a lo que serán las regiones, cuyo proceso de implantación ya ha sido iniciado y que deberá partir de elecciones regionales.

Hay también una participación a nivel económico muy importante; en primer lugar, el acceso de los trabajadores a las utilidades, a la gestión y a la propiedad de las empresas, que no hace más que confirmar con matices, lo que fue una creación militar de los años 70. De acuerdo a la ley de la materia hay formas de acceder a estas utilidades y participación en las empresas, sobre todo industriales y mineras.

Existe también una participación en la planificación, que es concertada, porque tiene que haber participación ciudadana para imponer una planificación. Hay una intervención también de los padres de familia en el sistema educativo; hay una participación, una iniciativa popular bastante importante, están relacionadas con dos aspectos constitucionales de relieve: uno, la posibilidad de acceso a la Acción de Inconstitucionalidad con 50,000 firmas (el número es aparentemente muy alto, pero proporcionalmente no, pues el mapa electoral en el Perú actualmente se calcula en 9'000,000 sobre 21'000,000 de habitantes). En consecuencia, una Acción de Inconstitucionalidad con 50,000 firmas es importante como acceso al control constitucional por parte de la población (aunque esto no ha sucedido hasta ahora). El segundo punto es que las reformas constitucionales pueden también ser planteadas por 50,000 firmas; esto tampoco ha sucedido. Ha habido intentos de reforma, sobre todo para obtener la reelección inmediata del actual Presidente de la República, propiciada por sus allegados, pero no ha tenido éxito. Yo no conozco realmente la tradición argentina reciente, pero entre nosotros la reelección inmediata está muy vinculada con regímenes dictatoriales, eso nos espanta un poco y eso hizo que el Presidente Alan García, no obstante tener mayoría en las cámaras, no haya podido hasta ahora implementar una reelección inmediata y que él incluso se haya visto obligado a rechazarla al constatar su inviabilidad.

Hubo un importantísimo proyecto de participación a un nivel más alto, y que fue una propuesta del Partido Aprista en la Constituyente y que se llamó "Congreso Económico Nacional", un nombre clásico, antañón, que escondía – bajo otro nombre– lo que hoy hacen las democracias occidentales, o sea, los consejos económicos y sociales, entes consultivos y no legiferantes. Este proyecto, lamentablemente abortó. Abortó simplemente porque el Apra lo propuso, y en ese juego de toma y daca, que eran las aprobaciones de los artículos constitucionales, hubo un desfase entre uno de los grupos y el Apra en el terreno de las concesiones mutuas, y como una especie de *vendetta* política, los votos que le faltaban al Apra fueron retirados a última hora y este proyecto de crear un Congreso Económico Nacional, ente consultivo para unificar capital, trabajo y Estado, falló. Con todo, es una posibilidad que ha quedado abierta.

En conclusión, podemos decir que en el Perú de hoy existe una participación ciudadana restringida. Como contrapeso, como atenuación de este

postulado, podemos decir que tenemos una vida política muy activa, y una opinión pública muy alerta y naturalmente ella será la que en el futuro nos lleve a un espectro mucho mayor de participación ciudadana, que es lo que algunos grupos constituyentes quisieron (como la introducción del referéndum, que fue desechado).

Pero no es descartable la idea de que nuevas formas de participación ciudadana surjan en el futuro, para fortalecer nuestro sistema democrático.

III

LAS VUELTAS DEL AMPARO*

El 8 de febrero del año en curso, salió publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley 25011, mediante la cual se modifican los artículos 6, 29 y 31 de la Ley 23506, es decir, la Ley reguladora de las acciones de Habeas Corpus y Amparo, y que afecta sustancialmente a parte del proceso sumario del amparo.

Esta modificación es, en realidad, producto de una experiencia corta pero vertiginosa, del Amparo en los últimos años. En efecto, si bien es cierto que el Amparo, en términos generales, ha tenido efectos reparadores, en varias oportunidades ha sido objeto de un uso abusivo, con consecuencias imprevistas y más allá de todo texto o posibilidad ínsita en la legislación, llegando incluso a la corruptela. Esto se advirtió muy claramente al poco tiempo de promulgada la Ley 23506, y esto explica por qué el Ministro de Justicia de entonces, Max Arias Schreiber P., nombrase una Comisión, que tuvo el honor de presidir, para que reglamentase la ley, haciendo las precisiones, afinamientos y aclaraciones del caso. Dicha Comisión, que terminó su trabajo a fines de 1984, y cuyo texto ha sido publicado como apéndice del libro de Alberto Borea Odría dedicado a estos temas, estuvo en manos del Ministro Alberto Musso, sucesor de Arias Schreiber, pero en su corta gestión (enero a julio de 1985) y ya de salida, no hizo nada por aprobarlo. El cambio de gobierno trajo nuevos vientos y nuevos intereses. No obstante, recuerdo que Carlos Blancas Bustamante, siendo Ministro de Justicia, pidió mi concurso para terminar la exposición de motivos del precitado anteproyecto de Reglamento (que la Comisión me había encargado redactar) pero tampoco nada se hizo en aquel momento para sancionarlo, con las eventuales modificaciones que el tiempo aconsejaba. Queda pues en claro que la ley, al ser aplicada y deformada en los estrados judiciales, creó problemas desde un primer momento. También es conveniente no olvidar este antecedente, que consideramos ilustrativo, pues en aquella oportunidad se actuó acertadamente en el proceso de creación de normas importantes: que una comisión de expertos la proyectase, antes de su discusión y aprobación por los órganos políticos encargados de esos menesteres.

La peligrosidad del Amparo, por lo menos tal como estaba concebido, mostró todas sus potencialidades a raíz de la llamada nacionalización de la banca, hecho insólito y sin precedentes, que no prosperó por lo que los marxistas, con buen lenguaje, llaman la “inexistencia de las condiciones objetivas”. En efecto, si bien la toma de la banca por el Estado era una medida trascendental, estaba destinada a no prosperar. Muy distinto fue el caso de la reforma agraria, sobre la cual se hablaba y pregonaba desde los años treinta. Incluso el mismo Prado en su segundo período, comprendió su necesidad, y

* Publicado en **Lecturas sobre temas constitucionales**, núm. 3, Lima, agosto de 1989.

nombró una comisión (en 1956) presidida por Pedro Beltrán, para preparar un ante-proyecto de ley de reforma agraria. El mismo tema fue puesto en movimiento en 1962 por los militares que sentaron las bases con un proyecto piloto en la zona de La Convención-Lares, y la ley formal salió, como se sabe, en 1964, conjuntamente con una reforma constitucional que posibilitaba el pago en bonos. Todo ello explica por qué Velasco Alvarado, en 1969, realizó la reforma agraria, arrasando todo y contra viento y marea. Los barones de la tierra cayeron solos, prácticamente sin ofrecer resistencia. Alan García pensó que lo de la banca sería igual, pero se equivocó. Las condiciones objetivas no estaban dadas. Aún más, el problema a la larga no interesaba a nadie, ni siquiera a los mismos apristas, lo cual explica, en parte, el éxito de los amparos en esta materia (no tanto en cuanto a resultados jurídicos, sino a consecuencias políticas y económicas). Para efectos prácticos, la nacionalización de la banca y su posterior parálisis, en parte por obra de los amparos interpuestos, marcó el inicio del deterioro del régimen, que de esta manera, por éste y otros factores, empezó a erosionar, con serio temor de golpe de Estado (un remedio peor que la enfermedad).

Esta situación creó la necesidad de adoptar diversas medidas, entre ellas, paralizar o mediatizar el Amparo para impedir, entre otras cosas, los problemas legales creados al gobierno aprista, y que podrían repetirse en el futuro contra un gobierno de signo distinto. La necesidad de modificar el Amparo tenía, pues, un claro *telos* político, muy explicable y que hace más fácil comprender que contara con el apoyo de todos los grupos políticos de las dos ramas legislativas. Veamos ahora sus novedades.

La primera modificación importante es la relativa al *turno*, que aquí se establece expresamente. En rigor, es la racionalización del despacho judicial, y nada existe de nuestra parte contra esta introducción. Aún más, en la Comisión redactora del ante-proyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo lo dimos como sobreentendido, pues sólo dispensamos del turno al Habeas Corpus, por razones harto atendibles, y para mayor insistencia, en el ante-proyecto de reglamento de ley que preparamos en 1984, al que ya me he referido, también hicimos referencia al turno. Nada tengo pues contra esta innovación. Lo que sí es criticable, es que se haya establecido un turno especial, diferente y paralelo al turno ordinario, con lo cual las cosas se complican tremendamente. Con ese mismo criterio, podrían establecerse turnos especiales para determinadas acciones civiles o penales, y al final tendríamos tantos turnos que a la larga no tendríamos ninguno.

La segunda modificación está referida a la medida cautelar o precautoria en el Amparo (muchos ilustres colegas siguen hablando de medidas "precautelatorias", lo cual es reiterativo e incorrecto gramaticalmente). Aquí hay dos puntos: por un lado, se permite que del pedido de medida cautelar se corra traslado a la otra parte; y en segundo lugar, que contra esa medida procede la apelación en ambos efectos como incidente y en cuerda separada. Según señalan autorizados comentaristas, esto contribuirá a liquidar el Amparo, a mutilarlo y a hacerlo inoperante a la larga.

En cuanto al primer punto, el *traslado*, lo consideramos inconveniente y funesto. Precisamente, es dominante la doctrina al señalar que una de las características de la medida cautelar es que, sobre la base de criterios ciertos y atendibles que llevan al juez a determinadas convicciones, éste ordena una medida de seguridad, a resultas de la sentencia y que necesariamente debe tener por factor el de sorpresa (*inaudita altera parte*); o sea, sin escuchar a la parte.¹

El traslado es además un absurdo, pues en el corto plazo otorgado, es casi imposible contestarlo. Pues bien, el juez, tras la absolución real o ficta, decide lo conveniente. Si la niega, la parte actora apela de la medida en ambos efectos, con la esperanza de que el superior la revoque y se la otorgue. Por el contrario, si se la concede, la parte afectada por la medida cautelar también puede apelar. Tratándose de una apelación en doble efecto (devolutivo y suspensivo), el cuaderno sube al superior, y la medida cautelar concedida (si ese fuese el caso), queda en suspenso y sujeta a ratificación por el superior. Entendemos que desde un punto de vista doctrinario, se trata de una medida discutible, que en determinados casos podría acarrear grave daño a la parte solicitante. Hubiera sido deseable, dentro de nuestro contexto judicial, establecer la apelación en un solo efecto (como por lo demás lo venían haciendo diversos jueces), de manera tal que una medida cautelar resguardaba, mientras tanto, el bien presuntamente amenazado. Pero lo que hay que tener presente es que, por la brevedad del procedimiento, lo más probable es que mucho antes que el superior resuelva la apelación de la providencia cautelar, la sentencia de primera instancia sea emitida, con lo cual la apelación pierde su sentido (como se sabe, en las dos primeras instancias, y sobre todo en la primera, la tramitación de los amparos es bastante respetuosa –en términos generales– de los plazos de ley). En consecuencia, o bien la apelación perdió su sentido, o en su defecto el procedimiento puede alargarse, por la introducción de esta variante. Finalmente, no está demás tener presente el caso de las medidas cautelares no concedidas: la apelación puede proporcionar al recurrente una cautela que originalmente se le denegó.

En consecuencia, y luego de lo expuesto, podemos manifestar que en términos generales encontramos inconveniente el traslado, pues sin lugar a dudas desnaturaliza el sentido de una medida cautelar. En cuanto a la apelación, si bien comprendemos que hubiera sido más prudente concederla en un solo efecto, encontramos que desde un punto de vista doctrinario es un enfoque atendible, pues así funciona en el Amparo argentino y en el mandato de seguridad brasileño, que son modélicos en este sentido.² Lo que hay que buscar

¹ Naturalmente que existen excepciones, como lo ha señalado Aníbal Quiroga recientemente (cf. **Amparo y desamparo**, en "La República", Lima, 7 y 10 de marzo de 1989). No obstante, se trata de excepciones que no hacen más que confirmar la regla, y que además se realizan dentro de contextos y presupuestos procesales distintos a los nuestros.

² En cuanto a esta medida cautelar, la doctrina nacional no se ha hecho cargo de ella en forma orgánica, sino tan sólo tangencialmente (Alberto Borea Odría, Juan Monroy Gálvez). Este último, se inclina por pensar que el artículo 31 de la Ley 23506 puede ser ubicada como "medida cautelar innovativa", de acuerdo a una clasificación que perfila en el valioso estudio que dedica a esta institución procesal. No obstante, Ugo Rocco, siguiendo las huellas de Carnelutti, escribe lo siguiente: "La supuesta distinción entre providencias cautelares con carácter puramente conservativo y providencias cautelares innovativas ... (la encontramos)..."

es, más que el perfeccionamiento de una determinada legislación, la celeridad procesal y la probidad en la magistratura, con lo cual la defensa de los derechos invocados sale a la larga mejor parada.

La tercera modificación, que afecta tanto al Habeas Corpus como al Amparo, es una adición al artículo 6, en el sentido de que no proceden las acciones de garantía de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio de sus funciones.

Esta última modificación –que no ha levantado ninguna polvareda–, si bien es inadecuada en su redacción –como por ejemplo referirse a las empresas públicas, cuando actualmente se distinguen por otro nombre– es interesante, y pretende, entendemos, ordenar el aparato central del Estado y evitar sus paralizaciones.

En términos generales podemos decir que las modificaciones no son lo desacertadas que aparentan ser a primera vista, ni mucho menos creemos, como sostienen algunos pesimistas, que ellas van a exterminar al Amparo. Es evidente que ha habido errores conceptuales, precipitación, lenguaje inadecuado. Pero en lo personal, no pienso que se haya yugulado al Amparo.

En todo caso, la experiencia futura podrá dar una respuesta más solvente y acertada, de lo que ahora es un esbozo, con modestas pretensiones de hipótesis de trabajo.

Lima, marzo de 1989

de absoluta inconsistencia e impropiedad... Toda providencia cautelar en cuanto tiende a eliminar un peligro que atente a los intereses tutelados... tiene siempre de por sí un carácter innovativo... La única diferencia, en relación con las distintas providencias cautelares, consistirá en el modo y en la forma como se presentará el mandato o la prohibición contenidos en la providencia cautelar, y en los efectos que... podrá producir, con respecto a las diversas situaciones de hecho o jurídicas que se presentarán, y en cuanto a la finalidad que se persigue...". (cf. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, Edit. Depalma, Buenos Aires 1977, tomo V, pp. 110-111).

IV

LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL
COMO PROBLEMA^(*) ^(**)

*A Carlos Restrepo Piedrahita,
sin palabras.*

I. ALCANCES

El debate sobre la interpretación jurídica es hoy, amplio y difundido, si bien el problema es relativamente nuevo. En realidad, puede decirse que, aun con antecedentes, la interpretación surge con la codificación; en concreto, en la Francia del siglo XIX, en especial, con la famosa Escuela de la Exégesis, que derrotada en forma fulminante por Gény en su clásica obra publicada en 1899 (cf. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**, 2da. edición, 1919; reimpresión, L.G.D.J., 2 tomos, Paris 1954) sigue influenciando en forma bastante extensa entre abogados prácticos, y también en personas del mundo académico. En la misma Alemania, al compás de la lucha por la codificación, se plantearon enfoques de larga duración en la Escuela Histórica, en especial en la obra cimera de Savigny (cfr. **Sistema de Derecho Romano actual**, 1840, Lib. I, Cap. IV, § 32 ss.), que representó un paso notable en comparación con sus escauceos juveniles de 1803 (cfr. **Metodología jurídica**, Depalma, Buenos Aires

(*) El presente texto constituye la ponencia que presenté al "Simposio Internacional sobre Derecho del Estado", organizado por la Universidad Externado de Colombia (Santafé de Bogotá, 4-7 de mayo de 1993), conjuntamente con el patrocinio de otras instituciones. Y ella es el resumen de diversas conferencias impartidas tanto en Lima como en el exterior, así como de un cursillo que sobre el tema impartí en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Perú. Como tal, fue publicada en las correspondientes memorias (**Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1993, tomo II, pp. 647-676); y luego, con diversas correcciones, fue reproducida en otras revistas especializadas, tanto en España como en América Latina. Si bien en esa época eran muy pocos los constitucionalistas que abordaban el tema, en los últimos años han menudeado las publicaciones sobre la materia, tanto en los países europeos como en la América Latina (para referirnos a lo nuestro, baste citar por todos el monumental **Tratado de interpretación constitucional**, publicado por Segundo V. Linares Quintana, en Buenos Aires y en 1998, a cargo de la editorial Abeledo-Perrot). Por cierto que todo lo publicado desde 1993, constituyen aportaciones que en su momento habrá que considerar. No obstante ello y pese al tiempo transcurrido, pienso que mi trabajo, en sus lineamientos esenciales, es todavía rescatable, motivo por el cual he accedido al pedido de mi buen amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor para reproducirlo nuevamente, con algunas ligeras correcciones que no afectan ni el fondo del texto, ni tampoco la fecha en la cual fue concluido.

(**) Publicado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), **Derecho Procesal Constitucional**, 3 tomos, Edit. Porrúa, 3ra. Edición, México 2002, tomo I, pp. 199-237).

1979). Pero esto estaba vinculado al Derecho Privado; el problema no se hizo cuestión en el Derecho Público, sino hasta fecha muy posterior.

Lo cierto es que la interpretación, como queda dicho, surge en fecha relativamente cercana, pero sobre ella –en su aspecto general– se ha escrito mucho. No pretendo aquí, por tanto, describir ni agotar esa temática, de por sí inabordable en el poco espacio de que dispongo. Mi objetivo, por el contrario, es centrarme en lo que podría llamarse los aspectos sustanciales de la interpretación (en relación con la Constitución), o si se quiere, sus pasos iniciales y previos, sin seguir los intrincados laberintos que se desprenden de ella, y que pueden ser tratados en otra oportunidad.

Es decir, un análisis de sus supuestos y del punto de partida. Por razones que más adelante se explicarán, este enfoque en materia constitucional es en mi opinión fundamental, porque en el Derecho Constitucional el estudio serio de la interpretación, a nivel teórico y orgánico es, aun cuando sorprenda, muy reciente y de no fácil aceptación (a tal extremo que los constitucionalistas clásicos la ignoran, y entre los actuales, son escasos los que le prestan la debida atención). De ahí la importancia –en materia constitucional– de hacer un enfoque tan sólo del punto de partida, por la gravedad del tema y por su novedad. De ahí también el carácter provisional de mi planteo, que espero poder perfeccionar y afinar en un próximo futuro.

II. QUÉ TÉRMINO USAR

El sustantivo de más vieja raigambre es el de hermenéutica, más que el de interpretación. Esto se comprueba cuando se repara que el primero es de origen griego, y el segundo, latino. La voz hermenéutica proviene del sustantivo griego hermeneia, que a su vez viene del verbo érmeneum, que probablemente tenga alguna vinculación con el dios Hermes, que fue latinizado como Mercurio. Hermes, hijo de Júpiter y Maya, hija a su vez de Atlas, era el intérprete o el mensajero de los dioses. Hermeneia significó desde muy pronto proclamar, interpretar, explicar, traducir, mediar, etc., en fin, hacer algo comprensible o inteligible. Los pensadores griegos le darán carta de ciudadanía (Platón, **Symposion**, 202e; Jenofonte, **Memorabilia**, IV, 3, 12), y finalmente Aristóteles lo acuña como nombre propio de una disciplina, al titular **Perí Hermeneías** uno de los tratados que componen el **Organon**, más conocido por la posterioridad como **Lógica**. La suerte posterior de este trabajo aristotélico fue grande, y fue objeto de múltiples traducciones y utilizaciones. En el siglo VI lo traduce Boecio con el siguiente título: **De interpretatione**. Con variantes y diferencias según las épocas, los dos términos han seguido usándose: hermenéutica e interpretación, entendiéndose que ambos vocablos, con orígenes lingüísticos distintos, apuntaban a lo mismo. Así se comprueba en el **Diccionario de la Lengua Española**, editado por la Real Academia Española (edición de 1984), en donde

hermenéutica es el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido, e interpretar es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente de textos. Este es, pues, el aspecto general, que se puede apreciar en el uso que generalmente le dan los juristas.

Sin embargo, en un libro clásico publicado originalmente en 1924, y que ha tenido varias ediciones y reimpresiones, Carlos Maximiliano hizo una distinción –seguida luego por Segundo V. Linares Quintana y otros juristas– entre ambos términos. Según Maximiliano, la *Hermenéutica* es la teoría científica del arte de interpretar; la interpretación no es más que la aplicación al caso concreto de los principios fijados por aquélla. Así existirían dos niveles; la teoría general (*hermenéutica*) y su aplicación concreta (*interpretación*) (cfr. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 10ma. edición, Editora Forense, Río de Janeiro 1988, pág. 1).

La postura de Maximiliano es interesante y tiene sin lugar a dudas un mar de fondo. Una es, efectivamente, la parte general, y otra, la aplicación de tales principios. Pero dar nombres distintos a operaciones íntimamente vinculadas entre sí, me parece artificioso, más aún, cuando el significado de ambos términos es el mismo. Se trata, pues, de una clasificación convencional como cualquier otra, que no tenemos porqué seguirla. En mi criterio, pueden usarse cualesquiera de los dos vocablos, pero siempre que lo sea en todos los casos. Es decir, el uso de *hermenéutica* en lugar de *interpretación*, o a la inversa, equivale a una opción de gustos académicos y nada más, pero a la larga, significando ambos lo mismo, no veo porqué debe hacerse una distinción que oscurece antes que aclara. Por tanto, mi opinión es que siendo ambos equivalentes, pueden emplearse indistintamente, siempre y cuando se usen en todas las circunstancias. Anotemos que, si bien los juristas utilizan el término "*hermenéutica*", la preferencia por el empleo de "*interpretación*", es cada vez más frecuente. A ella me atengo en estas líneas.

III. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA

He mencionado que el problema de la interpretación surge con la codificación en el siglo XIX, si bien no se puede negar la existencia de enfoques filosóficos y dogmáticos de más antigua data (que se remontan al Derecho Romano y luego a los glosadores y postglosadores). Pero, en rigor, la interpretación jurídica, como algo orgánico y estructurado, aparece en el siglo XIX, aunque este esfuerzo se da alrededor del Derecho Privado, más propiamente, del Derecho Civil. Y esto por muchas razones: en primer lugar, es la rama más antigua del Derecho, que se remonta a los romanos, y además, es la que más influencia tiene en la vida de la sociedad y de la que se han derivado todas las demás ramas jurídicas. Por otro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras constituciones, no es éste precisamente el siglo del

constitucionalismo, sino por el contrario, de su negación, y más aún, de la lucha por implantarlo. Tampoco es el siglo de los grandes tratados en materia constitucional, los que se configuran recién al finalizar el siglo XIX, y más propiamente a principios del siglo XX. Por tanto, no había demasiado interés, ni político, ni práctico, ni académico, en hacer interpretación constitucional. Aún más, se pensaba que la interpretación que se usaba en el Derecho Privado, era la misma para todos los ámbitos del Derecho y, por tanto, no se percibía la peculiaridad de la interpretación constitucional. Este era el panorama en el mundo europeo-continental, que se apreciaba también en la América Latina.

En lo que se refiere al mundo sajón, y más especialmente a los Estados Unidos de América, paradigmático por la creación jurisprudencial de sus jueces, la situación es similar. Por cierto, se acostumbra citar como excepcional al célebre Juez John Marshall, y en especial el conocido caso de 1803 (**Marbury vs. Madison**) que es un aporte extraordinario. Pero ha habido exageración al apreciar la labor de Marshall, que aquí no se trata de cuestionar. La Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de las dos Cortes que llenaron prácticamente el siglo XIX, la presidida por Marshall (1801-1835) y luego por Tanney (1836-1864), fue muy cuidadosa en su accionar y en su labor de interpretación, que puede considerarse restrictiva y conservadora. En cierto sentido, fueron cautos para no tropezar con el poder público, si bien moldearon – sobre todo bajo Marshall– lo que sería el Derecho Público norteamericano del futuro. Pero Marshall, quien por lo demás era un hombre con fina sensibilidad política, después de declarar inconstitucional una ley en 1803, no volvió a inaplicar otra norma federal en los treinta y dos años restantes que permaneció en la Corte. Y cuando dijo, en frase célebre, que había que tener cuidado, pues lo que estaban haciendo era interpretar (o exponer) una Constitución (we must never forget that is a Constitution we are expounding; *McCulloch vs. Maryland*, 4 Wheat 316, 1819), lo que hacía en realidad era llamar la atención sobre la fidelidad que había que guardar al texto constitucional y a los padres fundadores. No hay, pues, en la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX, algo resonante y orgánico que dé cuenta, en forma ordenada y metódica, de lo que es la interpretación constitucional y sus problemas, sino tan sólo algunos pronunciamientos o desarrollos aislados. En el mismo sentido debe decirse de la literatura jurídica especializada, en especial de un clásico como Thomas Cooley, autor de un libro célebre **Constitutional Limitations** (1868). Ya en el siglo XX, a raíz de la gran depresión, aflorarán algunos nuevos criterios (sobre todo en 1937, con motivo del conflicto de la Corte Suprema con Roosevelt), y no volverán a replantearse sino hasta la Corte Warren (1953-1969), en donde ya se juegan conceptos teóricos de largo alcance (activism vs. self-restraint; interpretativism vs. non-interpretativism, etc.). Igualmente, surgen enfoques teóricos importantes, como es el caso de obras que han despertado polémicas como las de Ronald Dworkin y John H. Ely (esto, en la década de los setenta) (cfr. Bernard Schwartz, **Algunos artífices del derecho norteamericano**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989; Christopher Wolfe, **La transformación de la interpretación constitucional**, Edit. Civitas, Madrid 1991).

En Europa continental el panorama es parecido. Dejando de lado la obra de Rudolf Smend (que data de 1928) son muy pocos los casos de tratamiento del problema interpretativo. Por cierto que hay antecedentes. Uno de ellos es Santi Romano, en 1899, quien llama seriamente la atención sobre la peculiaridad del proceso interpretativo en el Derecho Público (cfr. **L'interpretazione delle leggi di diritto publico** en "Scritti minori", vol. I, Edit. Giuffrè, Milano 1950).

Otro es Vincenzo Micelli, en 1913, según información que nos proporciona Pablo Lucas Verdú. Pero el problema se plantea en realidad, como ya se dijo, a partir de la segunda post-guerra, y desde entonces ha crecido en complejidad. Sin embargo, a la altura de los años 1970, Michel Tropper en Francia, y Antonino Penzovecchio en Italia, llamaban la atención sobre el poco interés que despertaba el problema de la interpretación constitucional entre los juristas. Tiempo después, en el mundo hispánico, Antonio E. Pérez-Luño escribía: "... no deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica, el tema de la interpretación constitucional, en relación con el interés que ha promovido la actividad interpretativa en otros sectores del ordenamiento jurídico, particularmente en el ámbito del derecho privado, pese a la mayor trascendencia que, sin lugar a dudas, reviste la interpretación de la Constitución" (cfr. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Edit. Tecnos, Madrid 1984, p. 250).

Quizá no sea ocioso advertir que este interés por la interpretación constitucional, crece cuando hay contornos que la favorecen, y que curiosamente surgen tan sólo después de la Segunda Guerra Mundial: democratización política en diversos países, surgimiento de entes con características especiales como los tribunales constitucionales, auge de los derechos humanos, retorno a la democracia en muchos países de la América Latina, procesos de integración regionales, globalización de la economía, todo lo cual tiende a aumentar desde que se inició el gran viraje que significó la caída del Muro de Berlín y luego de la URSS, en 1991 (cfr. Peter Häberle, **Constitutional developments in Eastern Europe from the point of view of jurisprudence and constitutional theory** en "Law and State", Vol. 46, 1992).

IV. APARICIÓN DEL TEMA EN AMÉRICA LATINA

La interpretación en la América Latina, referida a la norma constitucional, responde a los mismos criterios ya mencionados. Al parecer, el primer libro que se publica sobre la materia, es el de Eloy G. Merino Brito, **La interpretación constitucional**, Ediciones Jesús Montero, La Habana 1949, que presenta interesantes reflexiones, teniendo como base la jurisprudencia norteamericana en materia constitucional. Poco después, en la Argentina, hay que destacar el esfuerzo realizado por Segundo V. Linares Quintana, quien en la primera edición

de su monumental **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional**, (tomo II, Buenos Aires 1953; 2da. edición, tomo III, Buenos Aires 1978) dedica un especial tratamiento al tema de la interpretación, lo cual es realmente inusual para la época, ya que aun ahora son pocos los manuales o tratados de derecho constitucional, que dedican un tratamiento especial a la interpretación (no sólo en la América Latina, sino también en Europa). Hay que rescatar también el mérito de Linares Quintana, pues años más tarde introduce la voz "interpretación constitucional" en la **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires 1967, (tomo XVI), quizá la más completa de su género en el idioma castellano.

Lo importante es que alrededor de la década del setenta, se incrementa el interés por la materia interpretativa. En 1972, Jorge Tapia Valdés publica un interesante libro **Hermenéutica constitucional** (Editorial Jurídica, Santiago de Chile 1972) y poco después el "Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional", celebrado en 1973 en Guadalajara, dedica una de sus secciones al mismo tema, participando destacados constitucionalistas mexicanos y extranjeros, como Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Rolando Tamayo y Salmorán, Agustín Pérez Carrillo, Miguel Limón Rojas, James Grant y Humberto Quiroga Lavié (cfr. las ponencias publicadas en el volumen colectivo **La interpretación constitucional**, UNAM, México 1975). Con posterioridad hay que mencionar algunos trabajos valiosos, como el de José Alfredo de Oliveira Baracho (**Hermenêutica constitucional**, en "Revista da Faculdade de Direito" Minas Gerais, N° 18, maio de 1977) y más recientemente a Luis Carlos SÁCHICA **El control de constitucionalidad y sus mecanismos**, Edit. Temis, Bogotá 1980; Germán J. Bidart Campos (**La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional**, Edit. Ediar, Buenos Aires 1987); Néstor P. Sagüés (cfr. **La interpretación constitucional mutativa** en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso) No. 16, 1980 y **La interpretación de la Constitución (Poder Judicial versus Poder Constituyente)**, en "Lecturas sobre temas constitucionales", Comisión Andina de Juristas, Lima, No. 7, 1991); Gustavo Planchart Manrique, **Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional** en "Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales" N° 119-120, Caracas 1990; Pinto Ferreira, **Comentários à Constituição brasileira**, São Paulo 1992, Editora Saraiva, tomo 5, pp.1-90 y Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo 1993. Finalmente mencionemos algunos de los más importantes esfuerzos hechos en España en relación con nuestro tema; en primer lugar, los trabajos de Pablo Lucas Verdú, desde la década del sesenta (cfr. **Curso de Derecho Político**, Edit. Tecnos, Madrid 1974, tomo II; y **El sentimiento constitucional**, Edit. Reus, Madrid 1985); así como el de José Zafra Valverde, Antonio E. Pérez Luño, ya citado, y ensayos y monografías de Nicolás López-Calera, Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente, M. Rodríguez Molinero, Luis Prieto Sanchís, Manuel Aragón, Miguel Beltrán, Modesto Saavedra, Juan A. Santamaría Pastor, Teresa Freixes Sanjuán, y dos importantes libros, el de Enrique Alonso García, **La interpretación de la**

Constitución, CEC, Madrid 1984, y el de Raúl Canosa Usera, **Interpretación constitucional y fórmula política**, CEC, Madrid 1988.

En lo relacionado con el Perú, el tema es novísimo. Por cierto, al igual que en otras latitudes, ha sido monopolizado por los cultores del Derecho Civil y de la Filosofía del Derecho. En materia filosófica, cabe resaltar los trabajos de Mariano Iberico (cfr. **Principios de lógica jurídica**, Lima 1944; reimpresión en "Ius et Praxis", núm.16, Lima, 1990); Francisco Miró-Quesada C., **El formalismo y las ciencias normativas** en "Diánoia", núm. 2, 1956 y Mario Alzamora Valdez (cfr. **Introducción a la Ciencia del Derecho**, Lima 1964). En el Derecho Privado, es importante el ensayo de José León Barandiarán (cfr. **Interpretación de la ley**, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", 1952. Un último ensayo valioso en el mundo iusfilosófico es el de Carlos Thorne Boas (cfr. **La interpretación de la ley**, Lima 1989).

A nivel estrictamente constitucional, el primer texto que se publica sobre la materia, es el de Aníbal Quiroga León, **La interpretación constitucional**, en "Derecho", núm. 39, Lima, 1985, que es una inteligente glosa de Hesse, a quien contribuyó a difundir. Con posterioridad debe citarse el libro conjunto de Enrique Bernales y Marcial Rubio (cfr. **Constitución: fuentes e interpretación**, Lima 1987) que dedica todo un capítulo al tema de la interpretación constitucional, aun cuando incurre en descuidos doctrinarios. De interés es el texto de Armando Calmet Luna **La interpretación constitucional** en "Dominici", núms. 1-2, marzo, Lima, 1988. Recientemente, dentro de un contexto mayor, se encuentra el libro de Víctor Julio Ortecho Villena (cfr. **Criterios de aplicación de las leyes**, Trujillo, 1991). Como podrá apreciarse, esto ocurre tan sólo a partir de 1985, y en forma por cierto limitada.

La conclusión que sacamos es que el tema de la interpretación constitucional, no tuvo ninguna importancia en el siglo XIX, y a lo más se entendía que era un problema para civilistas y filósofos del Derecho, pues se pensaba que las categorías elaboradas por estas disciplinas, eran más que suficientes. En términos generales, la misma situación se daba en Europa y en los Estados Unidos, y por cierto de manera más acusada en la América Latina. Cabe expresar adicionalmente que el tema ha tenido un súbito despertar a partir de la segunda posguerra, en donde empieza un desarrollo lento pero indetenible, que se incrementa en forma sustanciosa y por demás creadora, a partir de la década de 1960. Hoy se es consciente de que la interpretación constitucional existe y es necesaria, pero no está del todo aceptado que sea realmente un problema.

V. LA INTERPRETACIÓN Y SU UBICACIÓN

Uno de los motivos por los cuales no ha habido conciencia de la necesidad y de la peculiaridad de la interpretación constitucional, es la creencia

de que ella era la misma que la del Derecho Privado. Por cierto, aspecto importantísimo es la interpretación en el Derecho Penal, por la realidad social de todos los días, y que tuvo un gran realce, sobre todo desde la época de Beccaria. Pero lo penal era considerado como algo especial y aparte y no trascendió. Por lo demás, salvo ciertos principios básicos (*nullum crimen, nulla poena sine lege*, prohibición de la analogía) los penalistas, por lo menos los clásicos, se remitían a las normas interpretativas del Derecho Civil (cfr. como muestra, Carlos Lozano y Lozano **Elementos de Derecho Penal**, Ediciones Lerner, Bogotá 1953; para un enfoque más moderno, cfr. José Hurtado Pozo, **A propósito de la interpretación de la ley penal**, en "Derecho", Lima, núm. 46, diciembre de 1992). En fin, lo cierto es que el interés básico era el Derecho Civil, y lo ha sido hasta hace poco tiempo. Pero, adicionalmente, los teóricos o filósofos del Derecho también trataron extensamente el problema de la interpretación, de manera tal que entre ambos coparon el campo durante mucho tiempo, y aún parcialmente ahora.

A nivel filosófico-jurídico, y ya en este siglo, debemos destacar el interesante enfoque de Kelsen en 1934 (y que luego incorporará en las sucesivas ediciones de su **Teoría Pura del Derecho**). Antes tuvimos a la Escuela del Derecho Libre, encabezada por Kantorowicz; y en el mundo sajón, es realmente notable la contribución del juez Benjamín N. Cardozo, en 1921 (cfr. **Selected writings...** M.E. Hall edit. New York 1947, que incluye **The nature of the judicial process**). Téngase presente cómo en un medio judicialista como es el norteamericano, sólo con Cardozo surge una teoría integral y comprensiva del razonamiento e interpretación judiciales, (si bien es cierto que las aportaciones de Cardozo, sólo se explican teniendo presente los planteos de Holmes y Pound). Años después se publicarían las importantes obras de Edward Levi, **An introduction to legal reasoning** (1949) y Jerome Frank, **Courts on trial** (1950).

Es por esta época que surgen nuevas teorizaciones sobre la labor interpretativa. En América Latina es importante destacar el planteo inicial de Carlos Cossio en su ensayo **El substrato filosófico de los métodos interpretativos**, Santa Fé, 1940 (luego incorporado, con ligeras variantes, como capítulo III de su libro **El Derecho en el Derecho Judicial**, Buenos Aires 1945) y el posterior de Luis Recaséns Fiches, **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**, México 1956. Igualmente, las contribuciones de Eduardo García Máynez (enmarcadas dentro de su obra lógico-jurídica), Sebastián Soler, Genaro R. Carrió, Julio Cueto Rua, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Roberto Vernengo, Carlos S. Nino, Enrique P. Haba y Hermann Petzold Pernía. Por la misma época en Europa, surgen otros enfoques de gran importancia, con desarrollos en otros autores, como son la tónica de Th. Viehweg y la retórica de Ch. Perelman (cfr. Manuel Atienza, **Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica)** Madrid 1991).

Lo anterior confirma un dato inicial: toda interpretación tiene un punto de partida filosófico, aun cuando luego se desarrolla en diversas modalidades y

aplicaciones. Desde este punto de vista, diremos lo siguiente: existe una teoría de la interpretación que es parte de la Filosofía del Derecho, y que se dedica especialmente a dar cuenta del tipo de argumentaciones que se hacen en el manejo diario del Derecho. La Filosofía del Derecho considera la interpretación como uno de sus más importantes capítulos, pero a la larga como ella es fundamentalmente filosófica, la interpretación se remite a la filosofía general. De esta suerte, la interpretación es en primer lugar un problema filosófico; en segundo lugar, es un problema filosófico-jurídico; y, finalmente, es un problema jurídico-dogmático (que a su vez se dispersa en las numerosas disciplinas jurídicas como civil, penal, procesal, etc.).

Como un comentario adicional de lo anterior, cabe la pena tener presente que uno de los enfoques interpretativos de mayor influencia en los últimos tiempos, es aquél que se desprende de la filosofía hermenéutica de Hans-Georg Gadamer (cfr. **Verdad y método**, Ed. Sígueme, Salamanca 1984) tributaria a su vez del pensamiento existencialista de Martín Heidegger, y que ha tenido una honda repercusión en el mundo de los juristas (en el campo estrictamente constitucional, notamos su presencia en Konrad Hesse, que es autor de uno de los más notables ensayos sobre el particular). Otra referencia que cabe hacer es a la monumental obra de Emilio Betti (cfr. **Teoria generale della interpretazione**, Edit. Giuffrè, Milano 1955, 2 tomos, hay una última edición en un solo volumen, Milano 1990, 1113 pp.) que pretende precisamente dar cuenta de los fundamentos y de la totalidad del fenómeno interpretativo sobre bases filosóficas. Por esa misma época, Betti publicó un texto de amplia difusión: **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos** (Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1975) que sigue siendo un importante punto de referencia, aun cuando no llega a la altura de un clásico como Gény. Betti sostiene en forma por demás clara, que la interpretación es fundamentalmente un problema de base filosófica, que se desarrolla por grados y así desciende al mundo de la dogmática. El mismo Betti señala que a nivel de la dogmática, la interpretación es una sola (p. 93); es decir, la interpretación civil, la penal o la procesal es una sola, pero reconoce que cada una de ellas tiene sus peculiaridades, que sólo en fecha reciente se han advertido (cfr. por ejemplo el valioso ensayo de Eduardo J. Couture, **Interpretación de las leyes procesales**, publicado en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil", Edit. Ediar, Buenos Aires 1950, tomo III, en donde se adhiere a las clásicas tesis privatistas de Savigny).

VI. LO QUE IMPLICA LA INTERPRETACIÓN

Con gran agudeza, Miguel Reale ha dicho: "Dime cómo conceptúas el Derecho y te diré como interpretas" (cfr. **Para una hermenéutica jurídica estructural**, en "Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches", México 1980, tomo I). Esto significa que la interpretación implica una concepción sobre el Derecho, que no es positiva, sino filosófica. La interpretación en sentido amplio

es buscar el sentido de la norma para poder aplicarla. Supone pues un cierto tipo de razonamiento para alcanzar los fines que nos proponemos. Por eso es que clásicamente, se entendió que para interpretar había que tener un método que permitiese descubrir el sentido de la norma. Durante mucho tiempo se cifró grandes esperanzas en la lógica y, por este motivo, se sostuvo que la interpretación era fundamentalmente un problema lógico. Sin embargo, hoy se piensa que en el razonamiento del jurista (su manera de argumentar) hay mucho más que lógica; hay incluso elementos extra-lógicos, que son muy importantes y que sólo en fecha reciente han sido puestos en evidencia. Analicemos esta importante concepción, a través de su modelo, la interpretación judicial.

VII. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO UN SILOGISMO

Desde los tiempos de Beccaria (**Dei delitti e delle pene**, § IV) se acostumbra comparar la sentencia judicial con un silogismo clásico, y esto es algo que ha circulado muy extensamente, por cuanto, sin lugar a dudas, la interpretación jurídica por antonomasia es la interpretación judicial que se plasma en una sentencia. Por cierto, no se trata de la única que existe, ni tampoco la de mayor efecto vinculante, pero es la que muestra más en lo vivo el proceso que lleva a la interpretación de la norma. Pues bien, la sentencia judicial, como fruto de un proceso interpretativo, se la ha equiparado con un silogismo, con lo cual la interpretación a la larga era un producto típicamente lógico (asunto en el que no se han hecho mayores precisiones sobre un tema debatible, cual es la aplicación de la lógica a las normas). En fin, bajo este supuesto, una vieja anécdota que ha dado muchas vueltas, que recoge Gustav Radbruch y populariza entre nosotros Luis Recaséns Siches, dice más o menos lo siguiente: En una estación polaca de ferrocarril, a principios de siglo, había un letrero, basado en una disposición reglamentaria, que prohibía subir o entrar con perros al andén. Pero un día resulta que un cazador sube al andén con un oso, lo cual realmente no estaba prohibido en el cartel en cuestión. Frente a este caso, resulta imposible aplicar reglas de inferencia, ya que no se puede asimilar el concepto "oso" al concepto "perro". Para interpretar esta situación, se argüirá, hay que considerar que la idea del legislador fue fundamentalmente crear paz y orden en los andenes, a los cuales sólo debían subir las personas, y visto que era frecuente que algunos parroquianos fuesen con perros, es que se prohibió el ingreso de perros, sin pensar jamás que alguien fuese con un oso. Evidentemente, no con razones lógicas, sino extralógicas –lo que Recaséns llama "lógica de lo razonable"– se puede perfectamente prohibir el ingreso de osos al andén.

Esta anécdota, que puede ser decididamente cierta y que pudo ocurrir en cualquier momento, demuestra sin lugar a dudas, los límites de la lógica, ya que ninguna deducción puede ir más lejos de lo que aportan sus premisas.

Si por otro lado, utilizamos el raciocinio en la fórmula *modus ponens*, tendríamos lo siguiente:

$$(p \supset q). p: \supset q$$

Que se lee así :

- a) si p, entonces q
- b) p,
- c) luego q.

Si lo trasladamos a un ejemplo penal, podríamos tener lo siguiente:

- a) Si X es culpable del delito Z, entonces debe ser condenado a prisión no menor de 10 años;
- b) X es culpable del delito Z;
- c) X debe ser condenado a prisión no menor de 10 años.

Aquí hay varios puntos (cfr. Juan Ramón de Páramo, **Razonamiento jurídico e interpretación constitucional** en "Revista Española de Derecho Constitucional", núm. 22, enero-abril de 1988). En primer lugar, tenemos que precisar cuál es el significado de la norma penal, y a continuación ver la realidad de los hechos para ver si éstos realmente pueden subsumirse dentro de los supuestos de la norma. Pero lo más importante es la situación fáctica, es decir, la prueba que efectivamente debemos tener en el sentido de que X es el verdadero culpable de ese delito y no otro, y que además no tiene atenuantes ni eximentes (identificar al autor del hecho y precisar las circunstancias que lo rodearon). En segundo lugar, ver si el concepto de delito se compadece con los hechos, con lo cual estamos ante la tarea de deslindar hechos y asignar significados a la norma, y que sea posible efectuar la subsunción de los hechos en la norma. En la tarea de asignar significados, debe tenerse presente que el Derecho usa lo que se llama el lenguaje ordinario o natural, debido a que, el cuerpo básico de la argumentación jurídica se da en el lenguaje ordinario, que es el que se usa todos los días, y que como todo lenguaje se presta a confusiones, tiene zonas de penumbra, muchas veces es vago o circular, o requiere precisiones para aclarar su significado (cfr. Genaro R. Carrió, **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1986). Y esto sin contar lo que English denomina "conceptos jurídicos indeterminados" (cfr. Karl English, **Introducción al pensamiento jurídico**, Madrid, Edit. Guadarrama, 1967). Por tanto, si bien el proceso silogístico se cumple en sus lineamientos generales, aplicar la premisa a un hecho concreto (es decir, enlazar una persona con la comisión de un delito) es algo que ya no es tan fácil.

Recapitulando podemos decir que en el proceso interpretativo (el judicial que es el que aquí estamos viendo) tenemos los siguientes momentos:

- a) establecer el sentido de la norma (momento semántico) en el cual se utilizan diversos tipos de razonamientos, incluyendo una opción valorativa,
- b) momento fáctico, esto es, la probanza de los hechos, de acuerdo a una especial teoría de la prueba,
- c) subsumir los hechos dentro del supuesto de la norma (momento de subsunción), y
- d) momento lógico, para deducir las consecuencias de todo lo anterior.

Ahora bien, es necesario hacer la aclaración siguiente: en cuanto a los hechos y al significado de la norma, éstos se fijan por argumentos que no son lógicos; la probanza de hechos utiliza argumentos que poco tienen que ver con la lógica; e igual lo es para fijar el sentido de una norma, ya que las palabras encierran siempre varias posibilidades de interpretación en las cuales una adhesión valorativa es la finalmente determinante. Por tanto, el problema interpretativo resulta, de lo visto, un acto complejo, en el cual existe un ingrediente personal en la parte de la probanza y de adhesión valorativa para asignar significados a la norma, los que a su vez necesitan ser enlazados entre sí.

Es claro, pues, que la lógica no es todo. Al respecto hay que recordar que en su libro fundacional de la disciplina, Ulrich Klug (cfr. **Lógica jurídica**, Edit. Temis, Bogotá 1990; el original en alemán es de 1951), decía que para el razonamiento jurídico, la lógica es un elemento necesario, pero no suficiente, reconociendo que en la argumentación hay mucho espacio libre para la intuición.

Esto nos conduce inevitablemente a tener humildad al enfocar el problema interpretativo, y a aceptar sus limitaciones. No hay ni habrá, en el proceso interpretativo, una solución única y excluyente para cada caso, lo cual no significa que la interpretación esté librada a la más absoluta arbitrariedad. Por el contrario, ella debe ser razonable, coherente (consigo misma) y consistente (con el resto del ordenamiento jurídico). Para eso precisamente se han ido hilvanando principios, recogidos y desarrollados por las diversas ramas del Derecho, que ayudan a un mejor funcionamiento del sistema jurídico.

VIII. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO INTERPRETATIVO

Lo primero que hay que señalar es que todo proceso interpretativo supone la existencia de un texto, con lo cual el jurista tiene la ineludible

obligación de partir del lenguaje escrito para saber a qué atenerse. O sea, adentrarse en el lenguaje para ir más allá de él y cubrir la realidad que se le presenta.

En segundo lugar, el lenguaje que tiene el jurista al frente, es un lenguaje natural, es decir, es un lenguaje que usan los hombres en su vida cotidiana, aun cuando existen algunos términos que pueden llamarse técnicos y que generalmente son más fáciles de entender. Pero a diferencia del mundo científico-natural, en donde nos expresamos con palabras más ceñidas, en el mundo de la normatividad (sea moral, religiosa, jurídica, etc.), nos encontramos con un lenguaje natural, que se presta muchas veces a confusiones. Recordemos lo que decía Hart en el sentido de que mientras existen libros y ensayos que buscan definir lo que es Derecho, no existen libros para definir la física o la química (cfr. **The concept of law**, Oxford 1961, p. 1). Por tanto, hay que admitir que el lenguaje natural (como se sabe desde las investigaciones de la filosofía analítica) es impreciso, y presenta vaguedad y núcleos de incertidumbre. Por tanto, la imprecisión de las lenguas naturales, en las cuales se mueve el Derecho, sesga grandemente el análisis que sobre ellas se haga (cfr. Alf Ross, **Sobre el Derecho y la Justicia**, Eudeba, Buenos Aires 1963).

En tercer lugar, el proceso interpretativo, si bien puede darse en abstracto, lo que se denomina la interpretación doctrinaria (que normalmente es hecha por juristas), está siempre vinculada con un caso práctico; de ahí que la interpretación sea una suerte de razonamiento práctico, al revés de los razonamientos teóricos que se dan en otras ciencias. Sin embargo, aun cuando el proceso interpretativo se haga en abstracto, siempre está vinculado con un aspecto práctico. Por eso, la generalidad de los juristas han colocado como modelo de la interpretación a la sentencia judicial, porque en ella se da el proceso interpretativo en toda su plenitud y mostrando todas sus aristas, sin que ello desmerezca el valor de otro tipo de interpretaciones.

En cuarto lugar, el mundo jurídico se materializa en normas, que en sentido amplio son disposiciones encausatorias de conducta o, como quería la doctrina clásica, imperativos. En todo caso, el mundo jurídico, como se acostumbra decir desde Kelsen, envuelve un deber ser que se concreta en lo siguiente: Dado A, debe ser B. Pero la norma, como ha sido puesto en evidencia, no sólo ordena, sino que faculta, autoriza, permite, o simplemente dispone qué debemos hacer para que nuestros actos sean válidos. Así, por ejemplo, si una norma dice que para hacer un testamento debo ir ante un escribano o notario, extenderlo por escrito y tener dos testigos, la norma está poniendo condiciones para la validez de un acto, pero no me obliga a hacer un testamento (como dice Hart, de quien tomamos el ejemplo). En efecto, nadie me obliga a hacer un testamento, puedo incluso no hacerlo, pero si lo hago, debo hacerlo de determinada manera, pues de lo contrario no tendrá validez lo que haga. Esto nos demuestra que en cierto sentido el mundo jurídico es artificial, o sea, es puesto por los hombres, para regular las conductas en un conglomerado social.

Por tanto, las normas jurídicas nada tienen que ver con la realidad ni con la verdad. Nada con la realidad, pues las normas se imponen a un conjunto social sin importar cómo es ese conjunto y si le obedece o no (por cierto, aquí viene el problema de la vigencia, vinculada con una adecuada política jurídica, pero en principio no tiene relación directa con la realidad, si bien ésta alimenta e influye en aquéllas). Y nada con la verdad, pues las normas no consagran verdades sino deseos, opciones o decisiones (así, por ejemplo, la orden "cierra la puerta" no expresa una verdad, sino un deseo de que algo se haga). Dicho en palabras más técnicas, las normas no son proposiciones (de ahí la dificultad de aplicarles la lógica formal) sino que expresan órdenes, deseos o decisiones.

En quinto lugar, las normas son portadoras de valores en sentido amplio. Todo conjunto normativo, sea en el ámbito civil, penal, procesal, etc., refleja determinados valores (y también lo constitucional, como lo desarrollaremos más adelante). Cada área del Derecho en sus grandes tramos o en sus grandes líneas maestras, si bien con tecnicismos, envuelve una o varias opciones valorativas que han sido adoptadas por el legislador, por el juez o por la comunidad, o por todos ellos a consuno (de manera implícita o explícita). Así, en el Derecho Civil, el problema de los hijos extramatrimoniales, de los gananciales, de la voluntad, etc., reflejan una opción clara. En el mismo sentido podemos decir del Derecho Penal (el tema del aborto, del sistema penitenciario, de la pena de muerte) en el Derecho Procesal (el rol del juez en el proceso, el número de instancias, la calidad de las pruebas y sus alcances, etc.). A diferencia del mundo científico natural que expresa hechos desnudos (por ejemplo, hubo un huracán en la Florida, el Sida se adquiere por contagio a través de la sangre, etc.) y realidades que no se cuestionan (si bien a partir de ellas se pueden hacer reflexiones de diverso orden), el papel valorativo es muy grande en el Derecho y no puede dejar de tomarse en cuenta (e incluso puede ser objeto de manipulación, como sucedió con el movimiento llamado "uso alternativo del Derecho", de tanto auge en la década del setenta).

En sexto lugar, las normas son temporales; dadas en un determinado momento, y las apreciaciones sobre ellas varían conforme se alejan de la fecha en la cual se sancionaron. Si un Código Civil fue aprobado en 1942 (como es el caso de Italia), su apreciación y la posibilidad de interpretarlo en 1982, es probablemente distinta a la que existía cuando entró en vigencia. La norma, en cuanto proyecto de vida social, comunitaria, quiere poner reglas de juego, pero la vida tiene más riqueza que las normas, y se presta a enfoques distintos a los que fueron válidos en su momento.

En séptimo lugar, la interpretación supone, como ya se ha adelantado, un razonamiento, el cual tiene que ver no sólo con aspectos lógicos, sino con aspectos extra-lógicos y fácticos. Ninguno de esos factores es determinante y el razonamiento jurídico envuelve una gran variedad de elementos que se toman en cuenta para alcanzar los resultados deseados.

En octavo lugar, en toda interpretación se dan dos contextos: la explicación y la justificación. La explicación nos dice cómo se llega a algo, esto es, cómo se interpreta y cuáles son los pasos que se han dado para llegar a lo que se llega. Así, en el caso de la sentencia judicial, la conclusión que ella tiene puede explicarse teniendo presente, por ejemplo, la extracción social del juez, el sistema político de designaciones judiciales, la peculiar situación del demandante favorecido por la sentencia, o incluso, los cambios de ánimo del juez, como quería Jerome Frank. Pero al lado de la explicación existe la justificación, que es realmente lo que al final nos preocupa; es decir, la forma cómo el intérprete (en este caso, el juez) ha sustentado su decisión; y qué argumentos ha utilizado para tomar la decisión que tomó (cfr. Jerzy Wróblewski, **Meaning and truth in judicial decision**, Juridica, Helsinki 1979).

Esto afecta a todo tipo de normas. La norma constitucional tiene, adicionalmente, otras características, que hacen que ella comparta con el resto de las interpretaciones un conjunto común de principios, y se diferencie por las peculiares notas del orden constitucional.

IX. EL PROBLEMA DE LOS MÉTODOS

La palabra “método” significa camino. Por tanto, todo método es un conjunto de disposiciones que pretenden llevar hacia algo. El método jurídico en este supuesto es uno sólo, aun cuando se acostumbra, por comodidad, hablar de métodos, y entre ellos los más conocidos, los de Savigny, como son el gramatical, el histórico, el sistemático y el lógico, que hasta ahora se siguen usando. Y si bien no puede decirse que han sido superados, son decididamente insuficientes para lograr un adecuado proceso interpretativo (Savigny, como se sabe, no los calificó de métodos, sino de elementos que se utilizaban conjuntamente para alcanzar un solo objetivo). Con todo, conviene tenerlos en cuenta, porque se usan y citan de continuo en la literatura jurídica especializada, y aun más, algunos los han reclamado como válidos aun en el área del Derecho Público (cfr. Ernst Forsthoff, **Stato di diritto in trasformazione**, Edit. Giuffrè, Milano 1973).

Al lado de esta venerable tradición, existe otra con gran arraigo, como es el caso del exegético, que en parte coincide con el llamado método histórico pregonado por Savigny, pero que obedece a un distinto planteo filosófico. En efecto, los métodos, o mejor, criterios de Savigny, están vinculados con la Escuela Histórica, en el sentido que ellos buscan la voluntad original del legislador, en tanto han recogido un trasfondo vinculado con el espíritu del pueblo, y las instituciones que crea. La Escuela de la Exégesis, por el contrario, busca respetar la voluntad del legislador en cuanto depositario de la voluntad popular, que el juez no puede modificar, porque traicionaría de esta suerte el esquema democrático. Pero no obstante la distancia que nos separa del método

exegético, sigue siendo muy utilizado en su versión amplia, esto es, buscar lo que quiso decir el legislador, real o presunto (cfr. Julien Bonnecase, **La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil**, Ed. Cajica, Puebla 1944).

Por cierto, existen otras filosofías de la interpretación (cfr. Karl Larenz, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, Edit. Ariel, Barcelona 1980; Mário Franzen de Lima, **Da interpretação jurídica**, 2da. edición, Ed. Revista Forense, Río de Janeiro 1955; Antonio Hernández Gil, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, 3 tomos, Madrid 1971; E. Bodenheimer, **Jurisprudence**, Harvard Univ. Press, 1962), las cuales desembocan en diferentes métodos o enfoques acordes con sus presupuestos teóricos. Pero de todos ellos podemos decir lo mismo: que muchas veces extrapolan la utilidad de un enfoque o de una apreciación y lo convierten en único. En el fondo lo que hay que tener presente fundamentalmente es que el intérprete, más que buscar una verdad o voluntad en el legislador (que cada vez es más problemática) debe asignar un sentido a la norma, para lo cual deberá hacer una búsqueda en forma escalonada. En primer lugar, tratar de entender la norma tal y como se desprende de su lectura. Luego conectar el sentido de esa norma con el resto del cuerpo de leyes o sistema normativo, para evitar caer en unilateralismos o en interpretaciones que incurran en contradicción. Con los objetivos así alcanzados, deberá cotejarlos con lo que podría denominarse el legislador histórico, y ver qué es lo que pensó en su momento y cómo puede enlazarse con lo anterior, entendiendo que la voluntad del legislador histórico no es determinante, sino tan sólo uno de los medios para llegar a nuestro objetivo. Finalmente, buscar los fines que persigue la norma, el instituto o el ordenamiento jurídico, lo que indudablemente implica una decisión valorativa, que debe calzar con el resto del ordenamiento. En otras palabras, debe aplicarse al resultado las más elementales reglas de la lógica, para ver si es coherente consigo mismo. Todo esto, *grosso modo*, es un solo proceso, en el cual el método es uno solo, aun cuando las estaciones por las cuales atraviesa ese método, sean varias. Se trata de un método integral, que puede calificarse, provisionalmente, como dialéctico-comprensivo; entendiendo esto como una contrastación de diversos enfoques que surgen desde diversas perspectivas, y que son resueltas finalmente por una comprensión, que debe arribar a conclusiones lógicas.

Esto no significa que debamos llegar necesariamente a una conclusión acertada, única y perfecta, pues la fijación de un significado depende de elementos muy diversos. Hoy se admite que no existe una única y exclusiva interpretación (cfr. Jerzy Wróblesky, **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**, Ed. Civitas, Madrid 1985). Como bien fue señalado por Kelsen, por vez primera en 1934 (ahora como último capítulo de su **Teoría Pura del Derecho**, versión de la 2da. edición en alemán de 1960, México, Edit. Porrúa, 1991), la norma siempre representa un marco abierto a varias posibilidades, con lo cual quiere decir que cada norma no tiene por qué dar pie a una sola interpretación; generalmente puede desprenderse de una norma más de una interpretación; quizá dos, tres o más. Pero lo que importa no es esto, sino que

las consecuencias del proceso interpretativo, sean el resultado de una argumentación jurídica que pueda justificarse por sí misma. Esto es, que no sea arbitraria, con lo cual queda claro que el proceso interpretativo no es caótico, sino racional, aunque no es único ni tampoco absoluto. De ahí la importancia de los métodos que escojamos, o mejor dicho, de los instrumentos que empleemos para llegar a un resultado.

X. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

En la teoría interpretativa se han barajado demasiados problemas y muchos de ellos en forma de dupla o binomio de opuestos, que han creado serios rompecabezas entre los juristas. Mencionemos algunos de ellos:

- i) Un primer problema planteado es si la interpretación descubre o crea; es decir, si tiene que indagar por lo que existe escondido detrás de la norma, o si por el contrario crea (en el mejor sentido del juez creador del Derecho en el mundo sajón). Hoy es claro que el papel del juez no se concibe como repetitivo, mecánico, sin iniciativas, y se reconoce que la función judicial es creadora, si bien queda por discutir de qué clase de creación estamos hablando. Pero es indudable que la interpretación, sobre todo la judicial, tiene siempre algo de creadora, y no descubridora de algo pre-existente. Hoy se piensa que la tarea del intérprete es asignar un significado a la norma; esto es, admitiendo que la norma no es muy precisa, el intérprete debe darle un significado, lo que lo hará como consecuencia de un proceso interpretativo, y con las limitaciones que éste conlleva.
- ii) Otro tópico importante es el referente a la voluntad que hay que tener presente en el proceso interpretativo. Sin embargo, la tesis de la voluntad conlleva varios acompañamientos. En primer lugar, si se trata de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley. En efecto, hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca importancia, y a la larga tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta (los intérpretes actuales del Código de Napoleón tendrán muy poco en cuenta lo que pensaron los redactores originales del Código en 1804). Sin embargo, conviene advertir que hoy en día, en grandes sectores del pensamiento jurídico norteamericano, se acoge la idea del originalismo, o sea, la idea de que para interpretar la Constitución de los Estados Unidos hay que estar a lo que establecieron los padres fundadores en 1787, lo cual

evidentemente es un exceso, pues la distancia es tan grande, que siempre habrá una mediación entre aquella época y nosotros (es la tesis de los llamados “originalistas”, cuyo exponente más destacado es Robert H. Bork, cf. **The Tempting of America**, Free Press, New York, 1990). Por otro, muchos hablan de la voluntad de la ley, como si la norma tuviera un pensamiento oculto o vida propia. A su vez, en lo relacionado con la voluntad del legislador, cabe hacer dos distinguos: por un lado lo que realmente dijo el legislador en su momento (legislador histórico) y por otro, lo que nosotros pensamos que hubiera dicho en las actuales circunstancias (legislador presunto). Con lo cual estamos en el fondo haciendo una hipóstasis, que esconde una verdadera creación.

- iii) Importante igualmente es lo que se denomina interpretación auténtica. Es sabido que en la literatura jurídica especializada, se habla de continuo de que, dependiendo del intérprete, la interpretación es doctrinaria, judicial y auténtica. Según esta tendencia, la auténtica es la que realiza el legislador, quien ante la duda en torno a una norma, lo que hace es dar una ley que aclara o precisa el sentido de la anterior. Sin embargo, como bien se advierte en Kelsen, existe impropiedad en llamar interpretación auténtica a la legislativa, ya que lo que sucede es que ella se vuelve obligatoria, que es algo distinto. Por tanto, debería llamarse interpretación auténtica sólo a la que obliga con efecto vinculante al sujeto de la interpretación. En tal sentido, tan auténtica es una interpretación aprobada por un Parlamento, como la dada por un Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, al sentar jurisprudencia obligatoria.

XI. CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Hemos mencionado que en el fondo la interpretación es una sola; que ésta pertenece a la Teoría o Filosofía del Derecho y, en cuanto tal, tiene una parte general y una parte especial. La interpretación constitucional es precisamente una parte especial de la interpretación, en el sentido de que participando de los grandes problemas de la interpretación, tiene sin embargo aspectos concretos, específicos, propios de ella (como lo tiene, por ejemplo, la interpretación penal). Ahora bien, la interpretación tiene que partir de un texto, en este caso de la norma constitucional, que decididamente no es la misma que la norma civil, y por tanto, hay que precisarla, pues el tipo de norma condiciona la interpretación y la norma constitucional es, sin lugar a dudas, un lenguaje especial, distinto a los otros lenguajes o expresiones jurídicas. Sin ánimo de ser exhaustivos, revisemos sus principales características:

a) Norma suprema del Estado: este es un principio harto sabido, pero sobre el cual sólo se ha reparado en los últimos tiempos, si bien es principio pacífico en el ámbito del Derecho Constitucional norteamericano desde el siglo XIX. Siendo la norma suprema, y no existiendo ninguna que esté por encima de ella, se desprende que ni en jerarquía ni en alcances tiene igualdad con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un determinado Estado. Por tanto, su tratamiento necesariamente debe ser distinto, pues es una norma o conjunto normativo que es tan norma como las demás, pero con superior jerarquía.

b) Es una norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás y obedece a una lógica propia. Las normas, sean civiles o penales, son hechas por un legislador, que a su vez las ha recibido, en proyecto, de comisiones o asesorías técnicas. Este legislador normalmente es un legislativo elegido a plazo determinado y que tiene otras funciones que le son propias. La Constitución, por el contrario, es hecha en un acto constituyente, normalmente mediante o a través de un órgano constituyente que tiene esas expresas funciones. Esto es, en su elaboración existe un procedimiento distinto y generalmente no tiene más soporte que un contexto fáctico. Por cierto, que hay situaciones excepcionales como el caso del Reino Unido, que no tiene una Constitución y que escapa a la regla general, pero que en el fondo, y dentro de su peculiar sistema, confirma lo expuesto.

c) La Constitución se denomina como política pues es una norma que tiene un primordial fin político, ya que se dirige a disciplinar, ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social (originalmente la *polis*; de ahí derivó el nombre clásico de la disciplina: Derecho Político). A su vez, trata de fijar límites al ejercicio del poder y, en consecuencia, poner barreras que los ciudadanos o gobernados pueden oponer a los gobernantes. Sobre una realidad mando-obediencia, se construye el binomio gobernantes-gobernados, que a su vez remite a la estructura clásica –y todavía vigente– de la Constitución: parte orgánica y parte dogmática. Esta politicidad inmanente a la Constitución es lo que la caracteriza.

d) El sesgo político de toda Constitución, como ya se ha visto, envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas; preferencias que las personas o los conjuntos humanos adoptan, en relación a la manera de ordenarse y alcanzar sus fines. Así, detrás de toda opción política existen opciones valorativas que alimentan dicha opción y que a su vez se proyectan sobre el entramado social, que en cuanto portador de determinados valores o concepciones del mundo, tratan de influir en el aparato político, operándose una suerte de

retroalimentación entre unos y otros. Esta presencia valorativa, a su vez, determinará la presencia de valores derivados en el resto del ordenamiento jurídico.

e) La Constitución es un conjunto articulador, es decir, una especie de eje central que ordena o pretende ordenar el resto del ordenamiento jurídico, al cual se concibe como una unidad. A diferencia del Derecho Civil y del Derecho Penal, que son conjuntos normativos específicos cerrados en sí mismos con poca o ninguna relación con el resto de áreas del Derecho (aun cuando sea general su ámbito de aplicación), la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico, siendo así exacto lo que en el siglo XIX afirmó Pellegrino Rossi, de que la Constitución es tan sólo el encabezamiento (*têtes de chapitre*) de todo el ordenamiento jurídico (en este sentido, la totalidad del ordenamiento puede ser comparado con un libro, y cada capítulo con una determinada rama del Derecho; pues bien, la Constitución encierra los títulos que tiene cada capítulo de la obra; o sea, el que señala los grandes contenidos, pero no los describe ni los explica en detalle).

f) Las normas constitucionales son normas incompletas que en principio son desiguales entre sí. Así, mientras algunas son precisas, otras son flexibles y otras son vagas o indeterminadas. A su vez, y desde el punto de vista de su eficacia, las normas pueden ser consideradas como programáticas y operativas, distinción que esbozó Cooley en el siglo XIX, y que hoy tiene amplia aceptación, si bien es cierto que el alcance de cada unas de ellas ha sido replanteado y en cierto sentido matizado, al reconocerse carácter vinculante a todas ellas. Sin embargo, es claro que en los textos constitucionales, existe gran cantidad de disposiciones que quedan sujetas a una reglamentación posterior, que muchas veces no se da por inercia legislativa. Y es aquí donde surgen los problemas. Por tanto, el carácter incompleto, esquemático, impreciso, de la norma constitucional, así como su no aplicabilidad inmediata, origina gran parte de los problemas que afronta la Constitución en su desarrollo, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, que son más exigibles, si bien es cierto que los problemas de interpretación se dan en todas las áreas (ya que es falso el clásico brocardo *in claris non fit interpretatio*) (cfr. Vezio Crisafulli, **Le norme programatiche della Costituzione** en "La Costituzione e le sue disposizioni di principio" Edit. Giuffrè, Milano 1952; Germán J. Bidart Campos, **La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión**, en "El Derecho", Buenos Aires, t. 78, 1978, y Alejandro Nieto, **Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional** en "Revista de Administración Pública", 1983, N° 100-102).

XII. FINES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El primer objetivo que tiene toda Constitución es durar en el tiempo. Una Constitución, que es la más alta norma del Estado, que articula el resto del conjunto normativo, y que fija las grandes pautas para la legislación y la vida de una comunidad, no puede cambiarse todos los días ni durar lo que dura un calendario. Por tanto, si la Constitución tiende a durar, y así lo consagra la tradición del constitucionalismo europeo y la experiencia comparada –ya que las excepciones no se postulan como algo digno de ejemplo– es claro que la interpretación tiene como objetivo fundamental que la Constitución dure, y por añadidura, que sea respetada. De aquí se desprenderán otras ideas conectadas con ella.

En segundo lugar, la Constitución debe ser interpretada de la manera que más la favorezca para su conformidad con ella misma y la realización de sus fines, lo que conlleva la necesidad de una interpretación acorde con la Constitución. Y esto debe también aplicarse a la interpretación que surja del control constitucional de las leyes, en el sentido de que las leyes deben mirarse, *prima facie*, como acordes o de conformidad con la Constitución, por ese mismo principio de conservación que tiene toda Carta fundamental.

En tercer lugar –y sin que esta enumeración sea exhaustiva– la interpretación, en la búsqueda de su supervivencia, debe adaptarse a los nuevos tiempos, de manera tal que ella sirva a la comunidad a la que está destinada, por todo el tiempo que sea posible, sin llegar a la desnaturalización o quebrantamiento de la Constitución vía interpretación, pero permitiendo –sin duda alguna–, mutaciones que habiliten su supervivencia en el tiempo. Naturalmente, este enunciado general deberá considerarse en cada ocasión, por la dificultad que envuelve.

XIII. CRITERIOS ORIENTADORES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

De los fines de la interpretación, se desprenden los criterios que deben orientarla, los cuales han ido surgiendo paulatinamente en el tiempo y pueden clasificarse en dos grandes rubros: a) los de carácter general, que conciernen a todo régimen constitucional en cuanto tal y de los cuales puede decirse que son consustanciales con toda Constitución, y b) los de carácter particular, propios de una determinada Constitución, correspondiente a un país o a un grupo determinado de países, y que por tanto sólo pueden apreciarse dentro de un determinado complejo normativo, vinculados a su entorno geográfico, histórico, cultural, etc. Por ejemplo, los países islámicos tienen una connotación religiosa que no acompaña a países que son laicos, pues ahí el factor religioso es determinante en la marcha del Estado y todo lo relacionado con ella es parte

importante del sistema en cuanto tal. Del mismo modo, puede decirse que los problemas de la monarquía en Inglaterra tienen una peculiaridad que no se presenta en otros países europeos que no son monarquías, sino repúblicas. Indudablemente, ver cuáles son los criterios que se desprenden de un caso particular, es algo que debe ser estudiado en relación directa con un país o grupo de países. Aquí, para guardar armonía con el lineamiento general de este trabajo, me refiero tan sólo a los que considero de carácter general. Igualmente, quiero mencionar otra división metodológica (que aquí no voy a desarrollar) que distingue la interpretación de la Constitución, de la interpretación desde la Constitución, si bien a la larga ambas reconducen a lo mismo.

- i) En la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad. Esto significa que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema. Con todo, si pese a ello surge el problema de la constitucionalidad afectada por una ley, debe asumirse *prima facie* que la norma es conforme a la Constitución. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción a favor de ésta. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella.
- ii) En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico (cfr. Karl Larenz, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, cit.) en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra, a tal punto que se ha alegado la existencia de normas constitucionales que en realidad son inconstitucionales (cfr. Otto Bachof, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, Liv. Almedina, Coimbra 1977). Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el baremo final al cual se remite como cierre toda interpretación. Por cierto, dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así, hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan sólo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomamos dos normas en pie de igualdad, y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de

valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada).

- iii) Razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, que no es lo mismo que racional. Esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, sed lex*. Lo razonable es por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo.
- iv) Previsión de consecuencias: aspecto importante que hay que tener en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de éstos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución (cfr. Néstor P. Sagüés, **Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad** en "Anuario Jurídico", Lima, núm.1, octubre de 1991).
- v) Preferencia por los derechos humanos. Desde la segunda posguerra, el Derecho Constitucional y las constituciones, han dado cada vez más importancia a los derechos humanos, explicable en parte por la negación que de ellos hicieron los regímenes totalitarios de entreguerras, y más aún con posterioridad, con la caída de las llamadas "democracias populares" de la Europa del Este. Todo esto se refleja en el llamado "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", que parte, para efectos prácticos, de la Declaración Universal de 1948, se consolida con los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y continúa hasta nuestros días con gran cantidad de documentos internacionales y regionales. Este aspecto novedoso del constitucionalismo de posguerra no va a amainar, pues la defensa de la persona humana es uno de los soportes básicos del desarrollo constitucional contemporáneo, pero es evidente que tenderá a replantearse para evitar abusos (ya que no hay derechos humanos absolutos). Esto hace que en la interpretación constitucional de los derechos humanos, se opte por una opción preferente a favor de ellos, las denominadas preferred positions en el constitucionalismo norteamericano, que han tenido amplia aceptación. Igualmente

vinculado con el tema de los derechos humanos, en cuanto a interpretación se refiere, es el llamado contenido esencial, nacido en el constitucionalismo alemán y difundido ampliamente (cfr. Samuel B. Abad, **Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales** en "Thémis", Lima, N° 21, 1992). Y esto por cuanto, en lo concerniente a derechos humanos, existen adicionalmente otros criterios orientadores que hay que tener presente al momento de evaluarlos interpretativamente.

- vi) **Fórmula política:** Como se sabe, cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político. Dicho en otras palabras, detrás de todo texto constitucional existe, en forma explícita o implícita, un modelo, meta o pretensión de lo que debe ser la sociedad política y a la cual se aspira. El concepto de fórmula política lo acuñó en el siglo XIX Gaetano Mosca, pero aquí lo tomamos libremente de Pablo Lucas Verdú (cfr. **El sentimiento constitucional**, Edit. Reus, Madrid 1985). Esta fórmula política es la que inspira al sistema, y la que debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional, pues ella apunta por un lado al reforzamiento del sistema y, por otro, a su supervivencia en el futuro (lo que no sucede en ningún otro tipo de interpretación). Así, la fórmula política en una monarquía absoluta difiere a la de una monarquía parlamentaria, y ambas a la de una democracia popular o un régimen totalitario fascista. A su vez, entre regímenes de democracia representativa, la fórmula política puede variar, si son distintas, por ejemplo, las formas de gobierno (fundamentalmente, parlamentaria o presidencial). Y así sucesivamente.

XIV. PLURALIDAD DE INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES

Hubo épocas en las cuales se prohibió la interpretación, no sólo de normas religiosas o monásticas, sino incluso de códigos (cfr. Vittorio Frosini, **Teoría de la interpretación jurídica**, Ed. Temis, Bogotá 1991, en donde menciona como problema típico el pintado en la famosa novela de Eco, "El nombre de la rosa"). Recordemos que en los primeros tiempos se reservó la posibilidad de interpretar únicamente al legislador, bajo el siguiente esquema: en la democracia el pueblo elige a sus representantes para que los gobiernen; estos representantes aprueban leyes por delegación expresa del pueblo. Por tanto, nadie más que los parlamentarios deben interpretar las leyes. Esto se agregó al

devaluado papel que tuvo la judicatura en el ancien régime, que hizo célebre la boutade de Montesquieu, en el sentido que el juez era tan sólo la boca que pronunciaba las palabras de la ley (**De l'esprit des lois**, XI, 6), imagen robótica que tuvo carta de ciudadanía hasta hace muy poco tiempo. Así quedó consagrada la obligación casi absoluta –con excepción del mundo sajón– de que el único y autorizado intérprete de la ley y de la Constitución, era el legislador. Esto lo comprobamos en las constituciones europeas y en las latinoamericanas, en donde podemos apreciar, en gran parte de ellas, que una de las funciones que se asigna al legislador, es precisamente la de interpretar la ley y, en consecuencia, de interpretar la Constitución. Es decir, existía un solo y único intérprete y nadie más. De ahí nació la doctrina –hoy bastante discutida– que establece que dependiendo de la persona que interpreta, la interpretación puede ser doctrinaria (si la hacen los juristas), judicial (si la hacen los jueces) o auténtica (si la hace el Poder Legislativo).

Sin embargo, la época del único intérprete de la Constitución (y de la ley) ya tramontó definitivamente. Ya no se piensa que el único que interpreta es el Congreso y los demás la acatan en silencio. Por el contrario, se admite hoy que hay varios intérpretes, y más aún tratándose de la Constitución, en cuya interpretación hay tantos intereses en juego. Por tanto, frente a un intérprete único, hoy se abre paso la tesis de que hay varios intérpretes de la Constitución (cfr. Raúl Canosa, **Interpretación constitucional y fórmula política**, cit.)

La pregunta que surge es cuántos son esos intérpretes de la Constitución. Hemos visto que no es sólo uno, en consecuencia pueden ser dos, tres, cuatro o más. Para responder a esa pregunta tenemos que analizar cada ordenamiento jurídico, para ver cuántos hay, pues aquí no hay un número único ni absoluto. Mientras que en un país son dos los intérpretes, en otros pueden ser cuatro o cinco. Por cierto que para fijar ese número hay que tener presente que los órganos que tienen a su cargo la interpretación deben tener determinadas características, como, por ejemplo, tener competencias específicas, tener un campo de acción determinado, etc.

Tan sólo en vía de ilustración, veamos la pluralidad de intérpretes que tiene la Constitución peruana de 1979. Ellos son, a mi criterio, los siguientes:

- i) Poder Legislativo; que es el intérprete tradicional, mas no siempre interpreta, pues los congresos están hoy orientados a otras labores e inquietudes que no son precisamente las interpretativas.
- ii) Poder Judicial, en sentencia consentida y ejecutoriada, y con los consabidos alcances inter partes, salvo cuando la ley crea una excepción expresa (como es el caso de la Acción Popular, garantía o proceso constitucional que consagra la Carta en su artículo 295).

- iii) Jurado Nacional de Elecciones; en realidad es un tribunal electoral autónomo. En más de una oportunidad ha interpretado la Constitución; y contra sus decisiones no cabe recurso alguno (cfr. Domingo García Belaunde, **Una democracia en transición**, CAPEL, San José 1986, 2da. edición ampliada, Lima, 1986).
- iv) Tribunal de Garantías Constitucionales; que tiene dos competencias delimitadas: conocer en casación las resoluciones denegatorias de Habeas Corpus y Amparo, una vez agotada la vía judicial, y conocer las Acciones de Inconstitucionalidad (control abstracto de constitucionalidad) (cfr. Domingo García Belaunde, **Esquema de la Constitución peruana**, Lima 1992).

Aquí, en el caso peruano, hemos visto cuatro intérpretes y todos ellos válidos y reconocidos. En otros ordenamientos constitucionales pueden ser más o menos. En todo caso, pienso que no puede haber menos de dos: a) el órgano legislativo y b) el órgano judicial.

Ahora bien, el problema de existir más de un intérprete de la Constitución, lleva a lo siguiente: qué hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventualmente pueden darse. O dicho de otra manera, qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretación (que pueden existir por más que se tomen las precauciones para evitarlas).

En estos casos, y para evitar una anarquía interpretativa, no queda más remedio que poner un punto final a esa larga cadena de procesos interpretativos, o mejor dicho, un punto de cierre, que consistiría que en caso de conflicto interpretativo, alguien tiene que decir la última palabra, porque de lo contrario atentamos contra uno de los valores del ordenamiento, que es persistir, pues para ello se necesita seguridad jurídica (y no existe seguridad cuando hay varias interpretaciones simultáneas sobre un mismo marco legal). En consecuencia, por la gravitación de las cosas, tiene que haber un órgano que diga la última palabra, un dirimente final, o un órgano de clausura. En los Estados Unidos, pueden darse muchas interpretaciones a nivel de las cortes supremas de los Estados, pero la Corte Suprema federal con sede en Washington dice la palabra final (el juez Robert Jackson, en **Brown vs. Allen**, 1953, señaló que no decimos la última palabra porque seamos infalibles, sino somos infalibles porque decimos la última palabra). Por el contrario, en países que tienen Tribunal Constitucional como Italia y España, el órgano final es precisamente éste. En realidad, no tiene mayor importancia práctica cuál sea el órgano de clausura, pero es evidente que éste debe existir.

XV. EL ACTO INTERPRETATIVO CONSTITUCIONAL

Teniendo presente lo expuesto en las líneas precedentes, llegamos al punto final: cómo interpretar. E interpretar significa asignar un sentido a una determinada norma constitucional. Para esto tenemos que hacer una operación múltiple, que por comodidad puede desdoblarse en varias etapas:

a) Ingreso lingüístico: toda interpretación debe empezar por el texto escrito, ya que el Derecho es un conjunto de prescripciones que se expresan en un lenguaje, sin importar si este lenguaje escrito ha sido sancionado por el legislador o es fruto de la costumbre (pues el common law, como se sabe, es Derecho nacido de las prácticas judiciales, pero que está recogido por escrito en las numerosas recopilaciones existentes en los países afiliados a esa familia jurídica). Por tanto, la primera labor es ver qué nos dice el lenguaje: hay dos posibilidades; que el lenguaje diga algo, o que no diga nada. Si no dice nada, no hay problema; si algo dice, tenemos que tomar ese elemento y seguir adelante.

b) Con este resultado se recurre al análisis del resto del ordenamiento constitucional; es decir, hacer concordar las hipótesis con las que estamos trabajando, con el resto del corpus constitucional, para ver si calza con él o no, y en qué medida puede existir compatibilidad o incompatibilidad. Lo más probable es que en la mayoría de los casos, esta incompatibilidad no exista.

c) Íter histórico: con los elementos obtenidos en los análisis lingüístico y sistemático, tendremos que ver qué pensó el legislador histórico, en el método clásico de la exégesis francesa decimonónica o del originalismo norteamericano de nuestros días. Lo más probable es que de esa tarea de archivo, al final no obtengamos nada, o de repente lo obtenido contraría lo que puede desprenderse de la lectura del texto. En términos generales, la llamada voluntad del legislador, generalmente no sirve para solucionar los grandes conflictos interpretativos. Con todo, este elemento así obtenido –de ser el caso– debe añadirse a los anteriores.

d) Con las tres operaciones así realizadas, tenemos que elaborar una primera hipótesis interpretativa, que es nuestra idea de cuál es el sentido que debe darse a la norma en cuestión. Es indudable que aquí intervienen determinadas pautas axiológicas que están presentes en el intérprete y en la sociedad en que se mueve.

e) La hipótesis antes lograda, debe ser "testada", o sea, confrontada con los criterios que hemos señalado: ver la finalidad del sistema, los fines que se persiguen, la persistencia de la Constitución y el entramado político, y sobre todo, la fórmula política que subyace a éste. De esta

operación, que en términos amplios podemos llamar dialéctica, tiene que salir una segunda hipótesis de trabajo. Si sale más de una, debemos proceder a una depuración de las excedentes, para quedarnos al final con sólo una. En este razonamiento, tienen importancia los llamados "argumentos lógicos clásicos", como son, por ejemplo, el argumento *a fortiori*, *ad absurdum*, *a pari*, *a contrario*, *a maiore ad minus*, etc. (cfr. G. Tarello, **L' interpretazione della legge**, Giuffrè, Milano 1980 y Klug, **Lógica jurídica**, cit., III parte).

f) Obtenida luego de este afinamiento nuestra hipótesis de trabajo, ella debe ser nuevamente revisada, sobre todo en función del lenguaje y de la coherencia y consistencia lógica, y viendo cuál es su "fuerza de convicción", en el sentido de Cossio.

g) Esta tercera hipótesis se convertirá así en la interpretación que al final adoptaremos.

h) Luego que se ha obtenido la interpretación, viene lo siguiente: su aplicación al caso concreto (que envuelve el serio problema de la probanza). El resto es una labor meramente deductiva, en donde dejamos el problema hermenéutico y nos adentramos en el tema de la aplicación del Derecho.

Por cierto, esta interpretación adoptada, o asignación de sentido a una norma, no es excluyente de otras que surjan posteriormente en otros contextos, ya que cuando cambian las situaciones objetivas (opinión pública, necesidades políticas, circunstancias históricas) se puede privilegiar otros elementos y llegar a interpretaciones distintas, pero esto es ineliminable en el discurso dogmático. En todo caso, lo que importa es que el resultado del proceso interpretativo constitucional sea coherente, guarde concordancia con el texto constitucional y, sobre todo, ayude a conservar la Constitución como texto normativo y como proyecto político.

XVI. UN DISCURSO MÁS ALLÁ DEL DISCURSO

Existe –dentro de la parte general a la que aquí nos estamos refiriendo–, un nuevo enfoque vinculado a la semiótica, que vamos a revisar someramente.

Como hemos visto, la interpretación se mueve en varios niveles. En primer lugar, tenemos el objeto de la interpretación; o sea, una norma que debemos interpretar. Esto como un primer dato de la realidad. El segundo paso es ver qué tenemos que hacer para interpretar, y si es posible interpretar bien. En esta tarea, tratamos de ver cómo y en qué forma se debe interpretar, para justificar lo que hacemos.

Así, la semiótica manifiesta que la interpretación constituye un discurso que explica lo que debe hacerse, pero por encima de ella debe efectuarse una descripción del proceso completo de interpretación del Derecho, con lo cual no sólo describe el sistema de producción del discurso, sino que además intenta describir la constitución de la significación jurídica considerada como un universo semántico específico. Esta semiótica no proporciona normas de interpretación, sino que describe el proceso interpretativo, esto es, no es teoría de la interpretación, como lo que hemos intentado hacer, sino una metateoría. La interpretación sería así un discurso, y la semiótica, un metadiscurso (cfr. Roque Carrión W., **Semiótica jurídica**, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Apéndice, tomo VI, Buenos Aires 1990).

En realidad, nada tenemos contra esta creación metodológica que va más allá de la interpretación, y que se limita a mirarla desde arriba. Sin embargo, notamos que sus descomunales esfuerzos sólo llegan a ofrecer una panorámica incolora de los acontecimientos, creando una estructura formal prodigiosa, pero a la larga inútil para los juristas.

Santafé de Bogotá, mayo de 1992 - Lima, enero de 1993.

V

**LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN
IBEROAMÉRICA*****(CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ARGENTINA, COLOMBIA, CHILE Y
EL PERÚ)****1. ALCANCES**

Tratar el problema de la distribución territorial del poder en Iberoamérica, es tarea harto complicada. En primer lugar, tenemos el problema del nombre, ya que si bien en España y en muchos lugares más, se utiliza la expresión “Iberoamérica”, dicho término en el resto de los países involucrados, está en retirada. Más bien, lo que primó durante muchos años, y esto en términos generales hasta la década del siglo XX, fue la expresión “Hispanoamérica”, que todavía se utiliza, sobre todo en los países sajones, especialmente en los Estados Unidos. En los últimos tiempos, el vocablo “América Latina” ha ido extendiéndose cada vez más, en forma, al parecer, indetenible. En cuanto tal, es empleado por vez primera por el colombiano José María Torres Caicedo en un libro que lleva ese título y que publica en París a mediados del siglo XIX. Más tarde, el peruano Francisco García Calderón le da un empuje inusitado, al llamar la atención sobre el especial carácter de nuestras instituciones, en un libro clásico, **Les démocraties latines de l'Amérique**, publicado en 1912, y traducido, casi de inmediato, al inglés y al alemán.

Por otro lado, si bien nuestro continente (nuestra América la llamaba Martí para diferenciarla de la sajona, y lo mismo repetirá años más tarde José Enrique Rodó en su clásico libro **Ariel**) descende de la corona española y también de la portuguesa, teniendo en consecuencia muchas cosas en común, lo cierto es que en ningún país se ha alcanzado una estabilidad apreciable, siendo sus regímenes tornadizos y volubles, lo que hace difícil un análisis en detalle de todos ellos, pues la vertiginosidad de los cambios es tan grande, que un texto puede envejecer antes de haberse publicado (como simple muestra de estas mutaciones, puede señalarse que México, con una democracia ininterrumpida desde 1929, y con la misma Constitución de 1917, ha tenido más de quinientas reformas constitucionales, que han hecho que del texto original no quede

* Ponencia presentada a los “Encuentros sobre Derecho Iberoamericano. Sección de Derecho Público”, organizado por la Fundación BBV (Toledo, 11-13 de diciembre de 1994). Publicada en AAVV, **El Derecho Público de fines de siglo (Una perspectiva iberoamericana)**, coordinada por Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero, Fundación BBV y Edit. Civitas, Madrid 1997. Y también en **Derecho y Sociedad**, Lima, núm. 10, 1995; **Revista Jurídica**, Trujillo, núm. 33, 1995; y **Perspectivas Constitucionais**, Jorge Miranda, coordinador, Vol. 1, Coimbra 1996.

prácticamente nada). Finalmente, y no menos importante, es que las fuentes no son de fácil acceso, es decir, los países latinoamericanos no tienen entre sí mucho contacto en lo concerniente a publicaciones (libros, folletos, revistas, etc.), lo que hace que sea siempre problemático el acceso a ellas; de ahí que todo panorama debe ser cauteloso y tener en cuenta estas reservas.

2. ALGO SOBRE EL CONCEPTO EN CUESTIÓN

Al hablar sobre la distribución territorial del poder, estamos haciendo dos referencias:

- a) En primer lugar, a una distribución vertical sobre una porción de territorio, y
- b) El poder, esto es, el dominio que se ejerce sobre él.

Dicho en otras palabras, se trata de conocer la manera como se ejerce el poder político sobre una franja o porción de territorio, no importando, por ahora, cuánta sea su extensión. El problema, como se sabe, data de antiguo, si bien la teorización es relativamente nueva, aun cuando sólo en los últimos tiempos se hacen planteos importantes de largo alcance (así, por ejemplo Kelsen), o se publican monografías que pueden considerarse como clásicas (Eisenmann). Y esto sin contar las contribuciones provenientes de disciplinas no jurídicas, que por la índole del evento no son consideradas aquí.

Por cierto, en el presente siglo las clasificaciones han abundado, y todas ellas, siendo convencionales, son buenas o malas, útiles o inútiles, explicativas o no explicativas, pero en ningún momento puede decirse que sean verdaderas o falsas (motivo por el cual el debate en torno a la clasificación no ha amainado). Todo esto está englobado en lo que hoy, en términos generales, se conoce como forma de Estado, diferente de la muy clásica y hasta milenaria forma de gobierno, cuyas raíces se hunden en el tiempo (en realidad, en los clásicos textos de Platón y Aristóteles).

Pues bien, entre ellas, la que ha circulado grandemente en España y en América Latina, por influencia pionera de Juan Ferrando Badía, entre otros, es la triple clasificación de Estados en: Unitario, Federal y Regional. Esta clasificación si bien interesante, no la adoptamos aquí. Lo regional (desarrollado por la doctrina italiana desde la década del treinta y plasmado en la Carta de 1947) ha sido complementada con la de Estado autonómico, que la doctrina española ha acuñado y difundido desde la década del 80; en ambos casos, considerando la mayoría de los autores que estaríamos ante un tercer modelo de distribución territorial, distinto a los dos clásicos. Sin embargo, la realidad nos demuestra otra cosa. Para sólo ceñirnos al caso de España, recordemos que hace algunos años

García de Enterría apuntaba que de desarrollarse las autonomías en toda su potencialidad, acabarían convirtiéndose en un modelo federal (aserto que Fraga Iribarne confirma en su último libro dedicado al **Impulso autonómico**) y un autor tan calificado como Giuseppe de Vergottini, señala que ese *tertium genus* no es en realidad tal; el regionalismo o autonomismo no serían, en ese supuesto, más que una variante del federalismo.

3. CLASIFICACIÓN PROVISIONAL

Para nuestros propósitos, partimos de la siguiente clasificación: de que hay únicamente dos tipos de distribución territorial del poder, o dos formas de Estado, cuales son la simple y la compleja, que dan paso a su vez, al Estado unitario y al Estado federal con todas sus variantes. Por cierto, cada uno de estos conceptos no es unívoco, dista mucho de estar perfectamente delineado y además envuelve matices dentro de sí. Sin ánimo de ser exhaustivos, daremos una ligera versión de cada uno de ellos, que nos servirá como punto de partida para la parte central de nuestra exposición.

En el Estado simple, que es el Estado unitario, los poderes son únicos, existe un solo centro de poder, del cual parte y al cual regresan todas las manifestaciones de dominio. Se acostumbra hacer la distinción siguiente al interior de este concepto:

a) Estado unitario en sentido estricto, en el cual opera la total concentración de todo en un solo centro y que es la forma clásica de Estado. Este Estado concentrado, sin embargo, está actualmente en retirada, si bien cumplió un importante papel histórico. La complejidad de la vida moderna, el crecimiento del Estado y de los servicios públicos, el avance de la técnica, el aumento de la población, hacen imposible que exista un solo centro para todo, incluso en los países geográficamente pequeños. Por eso, a la forma concentrada ha venido a sumarse la llamada desconcentración, que da a entender claramente que el centro se despoja de ciertas prerrogativas y las traslada a otros centros, es decir, se desprende de parte de sus atribuciones para endosarlas a terceros. Sin embargo, en esta modalidad, lo que se hace es un traslado para la recepción o ejecución, pero no se hace una delegación de mando, con capacidad propia ni menos aún en entes con personificación jurídica. Dicho en otras palabras y un tanto gráficamente, el centro se mantiene intacto, pero se multiplican las “mesas de partes” para agilizar la administración. Por cierto, hay muchas formas de desconcentrar, pero cualesquiera que sean sus modos, ellas siempre implican que el centro mantiene la última palabra, sin despojarse de atribución decisoria alguna.

b) Finalmente, existe la descentralización, que como su nombre lo indica, es una manera de crear otros centros de decisión, pero dependientes del centro principal. Es decir, la descentralización supone:

- i) La existencia de un centro principal,
- ii) La existencia, adicional, de otros centros de decisión con personería propia y a quienes se adjudican competencias, y,
- iii) La tutela que el primero ejerce sobre los segundos, en materia de ejecución de las competencias que le son asignadas.

En materia de descentralización es en donde se han dado los mayores problemas. Un primer tópico lo presenta la introducción del vocablo autonomía, para designar a los entes descentralizados, lo cual es erróneo, pues más adecuado es denominarlos como autárquicos ya que no se dan normas sino se autogobiernan. En segundo lugar, la descentralización siempre se ha entendido como administrativa, ya que, en rigor, el grueso del aparato del Estado es administrativo y su labor es la de administrar. Pero se ha hablado de descentralización económica y de descentralización política. Si es lo primero, en el sentido de que tiene rentas o patrimonio propio, en realidad lo que estamos diciendo es que la administración tiene un soporte o respaldo; de esta suerte, la llamada descentralización económica, es sólo un presupuesto de la descentralización administrativa, ya que el patrimonio que se tenga, a la larga, necesita ser administrado y porque adicionalmente toda buena administración supone el manejo de rentas. Y finalmente se habla de descentralización política, con lo cual se da a entender que los entes o territorios con administración autárquica, pueden gobernarse y adicionalmente darse normas. En este punto cabe advertir una dificultad, ya que la línea que separa una descentralización política de un Estado federal, es tenue y difícil de precisar. En efecto, en algunos Estados descentralizados, se otorga a determinados entes la facultad de darse normas de carácter general, pero esto por una delegación legislativa y sujeta a control posterior; y por otra, es frecuente que estos entes tengan una mínima capacidad para sancionar normas de rango inferior, para mejor administrarse.

Sin embargo, cuando se habla de una descentralización política en sentido pleno, debe entenderse esto como capacidad para gobernarse, es decir, tomar decisiones en forma autónoma y sobre todo darse normas en forma libérrima y de alto nivel que tienen reserva constitucional. Pero cuando así ocurre, la línea divisoria se vuelve algo confusa y ello amenaza potencializar la descentralización con efectos centrífugos, debiendo en todo caso analizarse cada situación en concreto para hacer el deslinde teórico que corresponda. No obstante ello, pensamos que en términos estrictos hablar de una descentralización política, así como de una descentralización económica, es en el fondo una convencionalidad antes que una realidad efectiva, por lo menos en su

sentido pleno, ya que además la descentralización política, llevada hasta sus últimas consecuencias, nos conduce al modelo federal.

El otro modelo, ya clásico, es el Estado federal, inventado como se sabe por los Estados Unidos de América a fines del siglo XVIII, una de cuyas más importantes variantes es Suiza, cuyo nombre oficial (Confederación Helvética), puede sin embargo llevar a error.

Este clásico modelo nace en la práctica antes que en la teoría. Dicho en otras palabras, las federaciones son productos históricos (por lo menos así ha sido en los Estados Unidos, Suiza, Alemania, y en América, los casos típicos de México y Argentina). Lo característico es una distribución horizontal y vertical; cada parte del territorio (Estados, países, cantones, entidades federativas, etc.) tiene su propio sistema de poder (ejecutivo, legislativo y judicial) y su Constitución; existe pues un dualismo, si bien en los últimos tiempos esto ha sido enormemente atenuado, no sólo en los Estados Unidos, sino en la misma Europa mediante lo que se ha llamado federalismo cooperativo, colaborador o compensatorio.

4. ANTECEDENTES AMERICANOS

Al llegar los españoles a tierra firme, sólo encontraron resistencia orgánica, seria, en dos grandes centros civilizadores, de carácter imperial; los aztecas en el norte (lo que luego sería México) y los incas en el sur (lo que luego sería el Perú). Por cierto, no eran las únicas civilizaciones ni tampoco las primeras, pues antes que ellas hubo otras, quizá más importantes culturalmente, pero que fueron sojuzgadas o perecieron. En ambas civilizaciones prehispánicas, existió un centralismo muy marcado. El período colonial se caracterizó en sus inicios, por una distribución territorial del poder en forma algo arbitraria, que luego derivó en algo muy bien estructurado, como ha sido puesto de relieve por los estudios históricos realizados desde hace más de un siglo. Como se sabe, en un principio (siglo XVI) se crean dos grandes divisiones; al norte, en lo que sería México, el Virreinato de Nueva España; al sur, primero el propuesto Virreinato de Nueva Castilla, que de inmediato adoptó como nombre final el de Virreinato del Perú y que abarcaba toda la aparte española de América del Sur. Más adelante, se efectúan algunas subdivisiones que crean en la parte sur, que era la más extensa, el Virreinato de Nueva Granada (1718) y luego el Virreinato del Río de la Plata (en 1796).

Al margen de estas cuatro grandes divisiones, existían otras a su interior (audiencias, etc.), y en el exterior, pero dependientes de aquéllos (como las capitanías generales). Esta fue, en grandes trazos, el imperio español en América, diseñado territorialmente de manera tal que sus grandes lineamientos se mantuvieran por mucho tiempo, aun cuando hubo luego cambios importantes

pero siempre con un gobierno de carácter centralizante (aun cuando en la práctica y por las enormes distancias existentes, se dieron gruesas parcelas que actuaban con grandes márgenes de libertad). Los virreinos tenían al frente a un Virrey, que respondía directamente ante el Rey de España, por un canal previo, el Real Consejo de Indias. Esto significaba que, por un lado, al interior de cada Virreinato, existía un marcado centralismo, y que en la cúspide, el Virrey respondía directamente ante la Corona española, y por eso no existían relaciones horizontales entre los diversos virreinos y dominios españoles. Adicionalmente, los cargos públicos fueron todos desempeñados por españoles (o eventualmente por hijos de éstos), lo que privó a las colonias españolas de la práctica del autogobierno, que sí se dio en las colonias británicas del norte.

Así las cosas, el proceso independentista que se desencadena con la invasión napoleónica a la península en 1807, acelera el proceso de emancipación de las antiguas colonias, que prácticamente concluye en 1824, por las armas y en los campos de Ayacucho, gracias a los esfuerzos del Libertador Bolívar. La gran herencia virreinal, acentuada durante todo el siglo XIX, fue el centralismo, que creó una tradición bastante bien estudiada (como lo demuestra el importante libro de Claudio Véliz).

Producida la independencia americana y consolidada ésta, el primer problema que afrontaron los españoles-americanos, o si se quiere, los criollos en cada país, fue ver qué forma de gobierno darse y qué forma de Estado adoptar. Cabe llamar la atención –a contrapelo de lo ocurrido en el Brasil, que fue un Imperio hasta 1889– que las antiguas colonias españolas apostaron todas a la República, siguiendo en esto el ejemplo norteamericano debido a que:

- a) se trataba de un pueblo muy cercano a los nuestros, y
- b) eran el primer ejemplo de colonias que se independizaban de un gran imperio.

Entre las múltiples influencias que tuvieron los nacientes países americanos, sin lugar a dudas, a nivel político, la más importante es la que reciben de los Estados Unidos, que pueden condensarse en dos aportes fundamentales:

- a) sistema que da preponderancia al Presidente de la República, si bien esto se fue dibujando lentamente y es fruto de una larga evolución, y
- b) sistema federal.

En cuanto a lo primero, es de sobra conocido que –dejando de lado la discutida categoría duvergeriana de régimen semi-presidencial– el sistema presidencial sólo se ha dado en los Estados Unidos y en los países de la América Latina (aun cuando ahora tiende a extenderse a otros continentes), si bien los

comparatistas acostumbran mencionar a estos últimos, como fenómeno patológico del presidencialismo, y no como funcionamiento adecuado del mismo. En segundo lugar, cabe destacar que el sistema federal fue la gran tentación del siglo XIX en todo nuestro continente. Por cierto, la adopción del federalismo o de regímenes descentralizados, no significa que ellos existieran tal y como lo denotan los conceptos, sino que fue más bien una aspiración, de la que ha surgido una muy variada experiencia, que adquiere cierto sentido de realismo sólo en los últimos años. Así, fueron federalistas Colombia, Venezuela, Brasil, Argentina y México; Colombia abandonó el federalismo en 1886, y en el trayecto hubo varios proyectos federalistas que a la postre fracasaron (como es el caso de la Federación de los Andes, soñada por Bolívar en 1826; la Confederación Perú-boliviana de 1836; la Confederación Centroamericana de 1821; etc.).

Por cierto, la existencia actual del federalismo en la América Latina, circunscrita a cuatro países, todos de gran extensión, no significa que en ellos se dé, a la perfección, el modelo. Por el contrario, hay deformaciones que han sido advertidas por los estudiosos, como las federaciones que son demasiado tributarias del gobierno federal o que intentan hacer realidad los postulados normativos, no siempre con éxito.

En nuestra ponencia, haremos una exposición centrada tan sólo en unos cuantos países. Haber escogido esos y no otros tiene un sentido convencional, pero explicable, en parte por la división del trabajo, por el acceso a las fuentes y por las limitaciones en cuanto a espacio impuestas a los ponentes. Con todo, nos permitimos adelantar algunas razones que justifican este tratamiento, centrado en las grandes divisiones territoriales y sin hacer mención a los municipios, porque sería demasiado extenso.

La referencia a la Argentina es obvia pues es un caso típico, dentro de nuestra área, de país federal, en federalismo que tiene un proceso histórico muy definido e interesante, y además es muy parecido al norteamericano, que adoptó en gran medida en su Constitución de 1853, vigente hasta el momento con numerosas reformas, la última de las cuales se sancionó en agosto de 1994.

En lo que respecta a Colombia, la explicación radica en que fue un país federal; dejó de serlo, fue centralista, pero tuvo vida y desarrollo propio en sus principales ciudades, y ha avanzado lentamente en ese proceso hasta la vigente Constitución de 1991, en donde los gobernadores que están al frente de cada departamento, son elegidos por el voto popular, con lo cual tenemos un modelo de país unitario con descentralización administrativa, que se hace extensiva a ciertos aspectos económicos y políticos.

En el caso de Chile, por cuanto es un clásico país unitario, que ha adoptado un plan muy interesante de descentralización, dividiendo al país en regiones; proceso que está en plena fase de desarrollo.

Finalmente el caso del Perú, por su experiencia reciente. Habiendo sido tradicionalmente un país unitario con tendencia a la descentralización (aprobada en sus Constituciones, pero nunca hecha realidad), creó un modelo regional en la Constitución de 1979, tomado en parte de las experiencias española e italiana, con regiones con capacidad de dar leyes por delegación, que al ser implementadas crearon una pequeña anarquía. Esto dio pie para que la vigente Constitución de 1993 borrara todo de un plumazo, con lo cual ha desaparecido cualquier intento de descentralización, siendo ahora un país con un centralismo excesivo y anacrónico; es decir, ha tenido un *corsi y recorsi* acelerado en muy pocos años.

Entiendo que estos ejemplos son una muestra significativa que nos permiten comprender la realidad de los demás países del área.

5. ARGENTINA

El caso argentino es el prototipo del federalismo latinoamericano. Varios aspectos concurren para ello, que esquemáticamente se pueden condensar en lo siguiente:

- a) Sigue en lo fundamental, y en muchos tramos literalmente, la Constitución de los Estados Unidos, que es la que crea, como se sabe, este modelo o forma de Estado,
- b) Es un federalismo nacido para unir lo que estaba desunido, pues según la acertada expresión del padre Mier, el federalismo se hace para unir lo que está desunido y no para desunir lo que está unido,
- c) Vinculado con lo anterior, se trata de un federalismo que tiene, como casi todos, una explicación y justificación históricas,
- d) Guarda en su estructura los grandes lineamientos del federalismo estándar, y,
- e) Por las razones antedichas, ha mantenido vigente hasta la fecha la Constitución de 1853, con numerosas reformas, la última de las cuales quedó sancionada, como ya se adelantó, en agosto de 1994. Veamos sus lineamientos generales.

La estructura de órganos estatales en la Nación Argentina, tal es su nombre clásico, y que ejerce el poder federal, se denomina Gobierno federal. Existe la tríada clásica de Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Esta misma estructura se reproduce en el interior de la federación, que no son

llamadas Estados (como en Venezuela y en el Brasil) o entidades federativas (México), sino Provincias (nombre heredado de la tradición colonial hispánica).

La Constitución federal organiza únicamente al Gobierno federal, mientras que los gobiernos provinciales son organizados por sus respectivas constituciones. Hay que advertir, no empecé, que la Constitución federal contiene algunos lineamientos básicos que deben observarse (como señala Bidart Campos, a quien seguimos en este tema):

- a) La tipología de los gobiernos provinciales debe ser coherente con la del Gobierno federal, de acuerdo a su artículo 5,
- b) La competencia de los gobiernos provinciales debe tomar en cuenta la distribución efectuada por la Constitución federal entre el Estado federal y las provincias,
- c) Los gobernadores de provincias, si bien electos popularmente, son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes del Estado federal, y,
- d) Debe respetarse el artículo 31 que señala la preeminencia de la Constitución, leyes de la Nación y los tratados internacionales.

El Gobierno federal tiene su sede en la capital, que es Buenos Aires, pero hasta 1862, lo fue la ciudad de Paraná. De ahí se trasladó a Buenos Aires que fue elevada a capital federal por ley de 1880 (y en esto coincide con las otras federaciones latinoamericanas que han mantenido sus sedes históricas, salvo el caso del Brasil, que de Río de Janeiro se trasladó, en 1960, a Brasilia, en donde se encuentran instalados todos los órganos centrales del Gobierno federal).

En cuanto a las competencias, existen en el derecho comparado diversas variantes, que en líneas generales son las siguientes:

- a) Todo lo que la Constitución federal no atribuye al Estado federal, se considera reservado a los Estados miembros,
- b) Todo lo que la Constitución federal no atribuye a los Estados miembros, se considera reservado al Estado federal, es decir, a la inversa que el anterior, y,
- c) Enumeración tasada de las competencias que corresponden a cada cual (generalmente bajo el sistema de la doble lista).

La Argentina ha optado por el primer esquema, esto es, que todo aquello que no se atribuye al Gobierno federal toca y corresponde al Estado miembro, con lo cual, todo lo que se asigna al Estado federal a éste corresponde, y todo lo

demás, a los Estados miembros (o provincias). Así, el artículo 121 dice que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (pues como se sabe, hay varias provincias que pre-existieron a la federación, en total de catorce, y el resto fue incorporándose a ella en un proceso bastante largo, que ha concluido en 1991 por la conversión del último territorio en provincia).

En cuanto al reparto de competencias, que es lo más candente en este tipo de organización, podemos ubicarlas de la siguiente manera:

- i) Competencias exclusivas del Gobierno federal,
- ii) Competencias exclusivas de las provincias,
- iii) Competencias concurrentes,
- iv) Competencias excepcionales del Gobierno federal y de las provincias, y
- v) Competencias compartidas por el Gobierno federal y las provincias.

Entre las competencias exclusivas podemos mencionar, sin ánimo exhaustivo: intervención federal, declaración del estado de sitio (figura que es la única existente para cubrir toda clase de situaciones de excepción), relaciones internacionales, dictar los códigos sustantivos y procesales, así como leyes federales o especiales, etc.

Entre las competencias exclusivas de las provincias están la de dictar su propia Constitución provincial, establecer impuestos directos, dictar sus propias leyes procesales, regular su régimen municipal, la educación primaria, elección popular de sus gobernadores y legisladores, etc.

Entre las competencias concurrentes se encuentran los impuestos indirectos internos y las que surgen del art. 125 (tratados interprovinciales, etc.)

Existen competencias excepcionales del Estado federal y excepcionales de las provincias, generalmente cuando hay problemas de seguridad, conflictos, etc., pero que no son frecuentes.

Finalmente, tenemos las facultades compartidas, que son distintas de las concurrentes, ya que las primeras requieren para su ejercicio una doble voluntad integradora, por ejemplo, la fijación de la capital federal, la creación de nuevas provincias, etc.

En cuanto a las provincias, como ha quedado establecido, son unidades políticas que componen la federación. La doctrina y los pronunciamientos judiciales concuerdan en que no son soberanas (pues sólo el Estado es el soberano), sino autónomas. En la actualidad, y desde 1991, sólo es territorio federal la capital federal; el resto es territorio que corresponde a las provincias.

En la reciente reforma argentina de agosto de 1994, se establece la posibilidad de que, al interior de las provincias, se creen entes infra-provinciales que adoptarán el nombre de regiones y que están pensadas como una manera de potencializar el federalismo, a nivel económico y administrativo y no como órgano de gobierno. La ley de desarrollo y la voluntad política de las provincias serán las encargadas de demostrar si esta alternativa es viable o no.

Aspecto importante que hay que destacar es que cada provincia aprueba su propia Constitución, y es libre en ella (así, algunas son bicamerales, otras unicamerales, en dos hay Tribunal Constitucional, en otra los jueces provinciales tienen el control constitucional, etc.), pero la Constitución provincial está sujeta a la Constitución federal; esto es, hay primacía del derecho federal sobre el derecho provincial. Este control se hace principalmente de la siguiente manera:

- a) El control judicial de constitucionalidad en sede federal, a través del recurso extraordinario que resuelve, en última instancia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN),
- b) La intervención federal (art. 6),
- c) La obligación de los gobernadores de provincia de actuar como agentes del Gobierno federal, etc.

En materia tributaria, las provincias tienen plena competencia para establecer los impuestos directos, pero los impuestos indirectos, lo hacen concurrentemente con el gobierno federal. También son provinciales, en sentido general, el poder de policía (si bien se trata de una nomenclatura cuestionada), los servicios públicos, etc.

Punto importante es la capacidad de las provincias para celebrar tratados con otras provincias, en sus respectivos ámbitos, lo que se conoce como tratado interprovincial y con conocimiento del Congreso federal. Es posible también la celebración de tratados parciales entre una provincia y el Estado federal. En la reforma de agosto de 1994 se permite incluso que las provincias celebren tratados internacionales, en tanto no afecten la política del Estado, ni las facultades delegadas ni el crédito de la Nación.

Si bien el marco normativo descrito opera con regularidad, la doctrina observa una marcada inflación de las competencias federales, en detrimento de

las provincias, que ha incentivado a diversos sectores a replantear el federalismo para adecuarlo a los tiempos actuales.

6. COLOMBIA

La Constitución vigente sancionada en 1991 va mucho más allá de las previsiones existentes con anterioridad en materia legislativa, y aparece más bien influenciada por recientes tendencias europeas que pretenden dar autonomía o federalizar al país, como fue la tesis que partió de alguna propuesta local, pero que finalmente no prosperó. Lo cierto es que manteniendo un país unitario, la nueva Constitución ha dado un gran avance en un país que ya tenía cierta descentralización material, pero sin mayor apoyo normativo (Sáchica, Henao Hidrón). La nueva Carta reconoce las siguientes entidades territoriales:

- a) La Región que surgirá como resultado del proceso económico, político o cultural de dos departamentos y/o el Distrito capital; esto es una concesión que todavía no se ha plasmado y parece más bien una posibilidad de largo alcance,
- b) El Departamento que viene de atrás y que en realidad es la pieza clave de la descentralización, pero revitalizado,
- c) La Provincia, entidad al interior de los departamentos,
- d) El Distrito Capital de Santafé de Bogotá, que se perfila, pero que rescata su viejo nombre hispánico,
- e) Los distritos turísticos como Cartagena de Indias y Santa Marta,
- f) El Municipio, y
- g) Los territorios indígenas.

De todas ellas lo central y en pleno desarrollo es el Departamento, que pasamos a explicar. Son sus rasgos distintivos los siguientes:

- i) La creación de los departamentos es competencia legislativa, pero está condicionada a ciertos requerimientos a fin de que no se creen departamentos por meros cálculos electorales, como sucedió en el pasado. La nueva Constitución, al elevar a departamento a territorios que no tenían tal categoría, ha impuesto en todo el país una uniformidad en la división administrativa, que es importante.

- ii) Cada departamento se mueve dentro de una plena autonomía administrativa, en especial en lo relacionado con la promoción y planificación del desarrollo; además se agregan las de coordinación y complementariedad de la acción municipal y la de intermediación entre la Nación y los municipios (escala ascendente y descendente). Al frente de la administración departamental está la Asamblea Departamental de elección popular directa, cuya composición oscila entre un mínimo de once y un máximo de treinta y un miembros llamados diputados; y además un Gobernador que será ejecutor de los actos que dicte por medio de Ordenanzas. Este gobernador, y esta es la innovación, es elegido por el voto popular.

Las Asambleas Departamentales son elegidas por tres años, sus funciones son puramente administrativas (art. 300).

Entre las disposiciones que pueden adoptar son, entre otras, las siguientes: reguladoras (relacionadas con los servicios que presta el departamento, turismo, transporte, ambiente, obras públicas, vías de comunicación, etc.), dispositivas (implantación del plan de desarrollo económico y social y el de obras públicas, establecimiento de tributos y contribuciones asignadas por ley a los departamentos, presupuesto anual de rentas y gastos, creación y supresión de municipios, etc.), la autorización para establecimientos públicos, la autorización al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes, etc. (sin embargo, en materias que impliquen gasto público o generen obligaciones a cargo del departamento, la iniciativa exclusiva compete al Gobernador). Los miembros de las Asambleas tienen un perfil parecido a los representantes al parlamento, pues gozan de iguales inhabilidades e incompatibilidades.

En cuanto a los Gobernadores, que existían desde antes, han ganado identidad e independencia, pues ahora deben su elección al voto popular y no dependen del Presidente de la República. Son agentes presidenciales pero sólo para determinados aspectos, sobre todo en lo relacionado con el orden público. Gobernadores y diputados departamentales tienen una duración en el cargo, de tres años. Las funciones del Gobernador guardan cierto paralelismo con las del Presidente de la República; así por ejemplo tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, designa a los directores de los establecimientos públicos, dirige y coordina la acción administrativa departamental, etc.

Aparte del reforzamiento de los municipios, es significativo haber constitucionalizado a los territorios indígenas, seguramente por la presencia en la Asamblea Constituyente de delegatarios de éstos, y con el ánimo de dar acogida y espacio para el diálogo con las minorías étnicas; importantes pero que en Colombia son realmente minoría; por lo demás, ello no altera el mapa

departamental del país. Al mismo tiempo, la Constitución colombiana ha aceptado en determinadas circunstancias el reconocimiento del derecho consuetudinario, lo cual ha sido recogido en la Constitución peruana de 1993.

Finalmente y más que todo como una curiosidad, la Constitución consagra la Corporación Autónoma Regional de Río Grande de la Magdalena, para hacerse cargo de la promoción integral de esta área, si bien en puridad es una entidad descentralizada de orden nacional.

7. CHILE

Considerado como el clásico país centralista, mediante reforma constitucional introducida en 1991 a la vigente Carta de 1980 (dictada por la dictadura militar pinochetista, pero modificada sustancialmente tras el retorno a la democracia), ha instaurado un proceso de reforma del Estado que es considerada como la de mayor profundidad hecha en el presente siglo (H. Nogueira).

Si bien la reforma constitucional que ha incidido en el artículo 3 sólo se refiere a la desconcentración y a la descentralización y mantiene la forma unitaria del Estado, ha señalado que el territorio se divide en regiones a las que se consideran, por tanto, como base de la estructura político-administrativa del Estado. Se trata de un enunciado general con algunos detalles, pero que ha dejado a la legislación el desarrollo de la novedad introducida.

Para tales efectos, al frente de cada Región existirá un Gobierno Regional cuya cabeza visible es el Intendente, nombre de vieja raigambre colonial, el cual es funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República, de quien depende, pues a él debe su nombramiento y constituye por lo tanto el enlace entre el gobierno y los gobiernos regionales.

En realidad, lo que verdaderamente se descentraliza es la administración superior de cada región, para cuyos efectos se crea el Gobierno Regional como ente con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio de naturaleza constitucional. Los fines del Gobierno Regional son el desarrollo social, cultural y económico de la Región, todo lo cual guarda un cercano parecido con la reciente experiencia regional francesa.

Los órganos del Gobierno Regional son, como queda ya apuntado, el Intendente y el Consejo Regional. El Intendente cumple un doble papel: por un lado es el ejecutivo del Gobierno regional y, a su vez, es el enlace con el Presidente de la República, a quien representa.

El Intendente tiene como funciones principales la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos y otras de orden menor, si bien no interfiere en los municipios. El Consejo Regional al cual originalmente se pensó dotar de elección popular directa, tiene no obstante una elección indirecta o de segundo grado. Para tales efectos el Consejo Regional es elegido por los concejales municipales de la Región constituidos para estos efectos en colegio electoral por cada una de las provincias de la misma. La elección debe recaer en personas que no sean concejales. Este sistema uniforme ha sido criticado, pues de acuerdo a las cuotas establecidas en la ley, ella conduce a otorgar una sobre-representación de las pequeñas comunas y sus concejales en el cuerpo provincial que elegiría a los consejeros regionales, en desmedro de los centros más poblados.

Las funciones de los Consejos Regionales son variadas, tales como aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, resolver sobre la inversión de los recursos, etc. En general se trata de funciones de carácter administrativo y financiero, pero no políticas. Por tanto no genera ningún derecho propio, con lo cual estaríamos en puridad ante entes autárquicos.

En cuanto a los recursos de los Consejos Regionales, ellos vienen normalmente del presupuesto de la Nación, de la afectación de determinados tributos que gravan actividades o bienes de clara identificación regional, de una proporción del total de gastos de inversión que constituye parte del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, de recursos provenientes de la celebración de convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública, etc.

Existen otras variantes producidas dentro de este esquema, como son la presencia del Gobernador en cada provincia y dependiente del Intendente, así como el Consejo Económico y Social Provincial, que no incide directamente en el manejo regional, pero que es su complemento.

Si bien innovadora, la descentralización iniciada en Chile peca todavía de incompleta en comparación con otras, pero como quiera que toda descentralización es un proceso, es más que probable que en el futuro evolucione hacia metas más amplias.

8. EL PERU

Uno de los grandes debates en la naciente república peruana en 1822 fue si el país debería ser unitario o federal. Se optó a la larga por el unitarismo, pero se incorporaron en los textos constitucionales diversos organismos descentralizadores que tuvieron poca vigencia. Dividido el país en departamentos siguiendo el modelo francés al igual que Colombia, tuvo su

creación más audaz en los Concejos Departamentales de la Constitución de 1933, que precisamente pretendían remediar el absorbente centralismo de aquellos días. Tales Concejos elegidos por voto popular con poderes y rentas propias, fueron mirados con recelo por el poder central y nunca los puso en práctica, no obstante que existe un largo articulado constitucional en la Carta de 1933. Fue por eso que tras estas frustraciones, se consagró en la Constitución de 1979 un modelo regional poco definido, que tenía una estructura compleja basada en zonas contiguas geo-económicas, con intereses afines. En la práctica, la división del país en departamentos desapareció para dar paso a las Regiones, las cuales estaban compuestas por una Asamblea Regional elegida en partes por el voto popular, por los municipios y por las instituciones representativas (algo así como una representación corporativa), que a su vez elegía al Presidente de la Asamblea y al Consejo regional, que eran el ejecutivo de la región.

Las regiones fueron diseñadas en la Constitución de manera muy amplia, dándoles todos los poderes, incluso de carácter legislativo, previa autorización dada por el Congreso, pero sin contornos definidos, pues dejaba su desarrollo a la ley de la materia. Las regiones, programadas para ser un total de 12, empezaron a funcionar a mediados de la década de 1980, época en la cual todas estuvieron constituidas, salvo la relacionada con el área de Lima (la capital) y el Callao (el puerto principal). El problema es que las regiones, a las que se delegó prácticamente todo el aparato administrativo en todos los órdenes, así como todas las rentas, la educación, el turismo, etc., y capacidad legislativa en varios sectores, se vieron incapacitadas de administrar todo ese inmenso legado, pues se carecía de recursos humanos y de infraestructura; además luego de más de cien años de centralismo, no había élite política apta para poder manejar la cuota de poder que en teoría se les había asignado. Por tales motivos, las regiones entraron en un desgobierno que fue sentido por la población y sobre todo por el Gobierno central, ya que muchas veces los dirigentes regionales extralimitándose en sus funciones, incursionaban incluso en problemas internacionales (tratándose de regiones ubicadas en zonas limítrofes), lo cual evidentemente era un exceso

Frente a esta realidad, la vigente Constitución de 1993 eliminó el regionalismo de un plumazo y volvió al departamentalismo, pero con una singularidad: los departamentos son solamente áreas limitadas que encierran a una colectividad humana, pero que no tienen órganos representativos, carecen de personería y no tienen capacidad decisoria alguna, ni siquiera la de administrarse a sí mismos.

Por cierto, para homenajear a las antiguas regiones, la nueva Constitución dice que éstas podrán existir en el futuro, pero no les asigna competencias, órganos ni autoridades, ni menos campos de acción.

La situación del Perú dentro del complejo normativo que hemos estado describiendo, sería más o menos la siguiente:

- a) En primer lugar, una larga aspiración hacia el descentralismo que llenó todo el siglo XIX,
- b) A continuación un descentralismo frustrado, patentizado en los Concejos Departamentales de 1933, muy parecidos a los que configura la actual Constitución de Colombia, pero que nunca llegaron a implantarse,
- c) Luego (1980–1992), un regionalismo avanzado que en pleno frenesí acabó hundiéndose en el caos, y
- d) Finalmente, se ha vuelto a un centralismo clásico y férreo en donde todo depende del Presidente de la República y sus secuaces (a través del llamado Ministerio de la Presidencia). La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿si la experiencia peruana fracasó por qué no hubo gradualismo en el proceso –lo cual es clave–?, ¿por qué no se volvió a una descentralización más cauta? Ello tiene que ver por cierto con el modelo político que subyace a la Constitución de 1993.¹

9. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Los países de la América Latina tuvieron, desde tiempo inmemorial, gobiernos centralizadores, todo lo cual creó lo que se ha llamado una “tradicón centralista”, aun cuando en la práctica, no era muy rígida. Hubo intentos para conjurar esta tendencia, y a esto obedecen los esfuerzos de crear gobiernos federales, en países de mediana y gran extensión, que en la actualidad son cuatro: México, Venezuela, Brasil y Argentina. En todos los demás hay gobiernos unitarios que tienden a la descentralización. Pero los países federales viven también un proceso de desfederalización, en el sentido que crece el gobierno federal a instancias de los gobiernos estatales, provinciales o de las entidades federativas. Todo esto sin embargo empieza a cuestionarse en la década de 1980, y en eso estamos actualmente. Por cierto, fortalecer federaciones o descentralizar el Estado, es perder cuotas de poder, difíciles de aceptar en países herederos de caudillismo y personalismo seculares. Pero algo se ha avanzado en esta vasta región. Si bien habrá retrocesos, es evidente que hacia allá apuntan nuestros países, empeñados en procesos de democratización, y como tal, de descentralización.

¹ **Nota de 2003:** La situación ha cambiado con la reforma constitucional de 2002, que ha creado 25 regiones con amplias facultades, y cuyas autoridades elegidas popularmente, han empezado a actuar, siendo prematuro hacer, por ahora, una estimación de resultados.

VI

FUJIMORI, “UN USURPADOR” QUE LOGRÓ EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD MUNDIAL*

I

Lima, 1° de abril.- La globalización y los esfuerzos por alcanzar la democracia o perfeccionarla, exigen un replanteamiento del marco legal en el que se da el contrato social, sobre todo cuando los pueblos se ven agobiados por luchas internas, amenazados por la violencia y ateridos por la pobreza de muchos y la opulencia de muy pocos.

Las constituciones políticas de los países que buscan insertarse en el equilibrado reparto de la riqueza, se reforman o se renuevan en el deseo de dinamizar los cambios que permitan acceder a la abundancia y justificar las leyes que garantizan o imponen la paz social. Nadie mejor para orientarnos que el especialista en Derecho Constitucional, Dr. Domingo García Belaunde, quien en esta primera parte de la entrevista nos habla de las cuatro constituciones que ha tenido su país en menos de un siglo; de lo que significa la disolución del Congreso y la legalidad e ilegalidad de una nueva Constitución; de la importancia del fuero militar en la lucha contra el terrorismo, y de las garantías constitucionales que se deben dar en toda lucha por la democracia.

- ¿Cuántas constituciones ha tenido el Perú en el presente siglo?

Hemos tenido cuatro: la de 1920, la de 1933, la de 1979 y la actual, promulgada en 1993.

Si queremos hacer una disección tenemos que la del 20 casi no rigió, la del 33 rigió largo tiempo con serias intermitencias, luego la del 79 es la paradigmática, ejemplar, y la del 93, que es una Constitución con 65 por ciento del articulado de la anterior, se parecen mucho y nace como fruto de un compromiso, que es respaldar al señor Fujimori y permitirle la reelección. Esas son las novedades, el resto es casi todo igual.

Para mí las dos grandes constituciones de este siglo son la del 33, por la larga vida que tuvo, y la del 79, porque formalmente es la más novedosa: crea el

* Entrevista de Gregorio Ortega realizada en Lima y publicada en **Uno más uno**, México, primera parte, el 2 de abril de 1994; y la segunda parte, el 3 de abril de 1994.

Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscalía de la Nación, incorpora la Defensoría del Pueblo, en fin, varios órganos constitucionales que no existían, una gama amplísima de derechos humanos, e incorpora, además, el Amparo a nivel constitucional, pero no en la vertiente mexicana, sino sudamericana o platense, que es un Amparo para proteger lo que no es la libertad personal.

- Desde el punto de vista constitucional, la disolución del Congreso el 5 de abril de 1992 ¿qué representa en la vida del Perú?

Desde el punto de vista estrictamente constitucional, es un atropello, porque eso no estaba previsto en la Constitución. Lo que se hace el 5 de abril de 1992 es dar un golpe de Estado que disuelve a todos los órganos: defenestra al Poder Judicial, al Tribunal de Garantías Constitucionales, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Ministerio Público, al Congreso de la República, y se declara un gobierno de emergencia que empieza a gobernar por decretos-leyes, que en el Perú y en otros países de América Latina, son los instrumentos jurídicos de una dictadura formal. Lo del 5 de abril es un golpe de Estado, pero lo normal es que venga de fuera, de las Fuerzas Armadas sobre una fracción civil y destituya a los detentadores de los poderes del Estado. Aquí se dio de una manera *sui generis*, es un golpe de Estado respaldado por la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. Respaldan a un presidente constitucional para echar a todo el mundo de sus casas, con lo cual queda un solo poder de origen constitucional que se convierte en *de facto*, porque no tiene ningún respaldo y ningún soporte legal al violar la Constitución que le dio legitimidad. Luego empezó un juego político de abril a diciembre para ver cómo se retornaba a la legitimidad. Pero todo el año 92 fue terrible en el buen sentido de la palabra, terrible para la democracia, para la Constitución.

- ¿En relación con la Constitución del 79, la del 93 podría considerarse ilegal por cómo se redactó?

No creo, porque la teoría constitucional hace muchos años aceptó que el fundamento último de todo orden constitucional es la eficacia. Desde el punto de vista de la Constitución del 93, mejor dicho desde el punto de vista de la Constitución del 79, la del 93 es ilegal. Claro que eso es pura formalidad, pues en realidad la que rige hoy es la del 93.

Hoy en día se acepta entre los constitucionalistas que lo que manda en el mundo de lo constitucional es la eficacia; la del 79 ya no es eficaz. ¿Cuál es eficaz? La del 93 es la que manda, nos guste o no nos guste, reclamemos contra ella o no reclamemos contra ella. ¿Qué pasará después de esa Constitución? No lo sabemos. De repente se les viene abajo, la desechan, la cambian, la modifican, no lo sabemos. Mientras tanto es la eficaz; es como en el Derecho

internacional. Fujimori es un usurpador, pero es un usurpador que maneja el territorio y que es obedecido; ante la comunidad internacional es el Presidente.

- Desde el punto de vista exclusivamente legal, ¿tendría validez su reelección inmediata?

Se ha discutido mucho, porque él fue elegido por una Constitución que lo prohibía, que no lo permitía; mejor dicho, fue elegido para un período de cinco años, que acaba en 1995, por una Constitución que prohíbe la reelección inmediata. La gente dice que efectivamente la reelección se ha permitido, pero para el próximo gobierno, no para éste, porque no se puede dar efecto retroactivo a una norma. Será para los que se elijan a partir de la nueva Constitución, no para él que fue elegido con la antigua. Pero esos son refinamientos; en la práctica lo que sucede en el uso teórico y práctico, es que esa Constitución tiene aplicación inmediata; en consecuencia, puede aplicarse a Fujimori, por más que desde un punto de vista muy elaborado se opine lo contrario.

La lógica dentro del Derecho Constitucional es distinta a la lógica de otras áreas del Derecho. Se habla en doctrina de lo que es la aplicación inmediata. Pero para no permitirlo tendría que haber una cláusula que lo prohíba, y eso no existe.

- ¿Cuál es el conflicto legal que origina la discusión de La Cantuta?

El conflicto no lo conozco en detalle, pero en síntesis le diré lo siguiente: se sospechaba que había algo raro en La Cantuta. Se hablaba de que habían desaparecido un profesor y nueve alumnos. A ello se abocó la Comisión de investigación del Congreso, pero lo único que hizo el Presidente de la República, apoyado por la fuerza militar, fue bloquear todas las investigaciones. Lo hicieron en forma insensata, desmesurada y escandalosa. Cuando por fin se encontraron evidencias, ya no pudieron hacer nada. Entonces armaron todo un artilugio legal para llevar todo esto al fuero militar y que ahí se sancionase a los responsables. Pero, ¿qué es lo que pasa en otros países donde hay fuero militar? Esto es terrible, porque ha sido hecho para sancionar severamente a los militares de manera ejemplar, sirve para mantener la disciplina, ahí está la base de su fuerza. Sin embargo, en este país el fuero militar es un relajo, es un fuero en el cual todo el mundo pasa por agua caliente. Hay gente que pasa por el fuero militar y al año siguiente asciende y luego acaban de agregados militares en Washington. La gente en este país no confía en el fuero militar, porque además está integrado por oficiales de mando intermedio que no son abogados, que son elegidos por el comandante del Ejército, quien a su vez es elegido por el Presidente de la República. Los militares se asustaron por este descubrimiento, pues algunos de ellos habían reincidido, por lo que se substrajo todo el expediente y se colgaron de lo militar, porque así se castigaría a los responsables de forma drástica, y a

los 10 días los condenaron a 20 y 10 años de cárcel, de manera insólita porque los juicios siempre son lentos; no se puede acusar ni condenar en tan corto tiempo, esto ha causado un gran malestar. Ahora desde el punto de vista teórico, la ley que substrajo del fuero común a los culpables del homicidio, es inconstitucional.

El Congreso fue un cómplice de todos estos hechos, porque impidió a la oposición por todos los medios que investigase el caso de La Cantuta, hasta que los muertos gritaron tanto que hubo que abrirles paso, creándose una serie de problemas penales, políticos y constitucionales.

Se ha sentado un precedente, porque el fuero militar dictamina y juzga en todos los casos de terrorismo. Está consagrado en la Constitución: todos los problemas de terrorismo caen en el fuero militar sin posibilidad de ser revisados por la Suprema Corte, lo cual es realmente gravísimo y no se llamó la atención sobre esto. En todas partes del mundo los casos de los fueros militares son revisados por la justicia civil, porque aplican el principio democrático del sometimiento de las fuerzas armadas al poder constitucional.

- ¿En la nueva Constitución, los artículos electorales son garantía de democracia?

En la nueva Constitución, no sé si por ignorancia o por premeditación culpable, el órgano electoral ha sido modificado. Lo que hay que diseñar es un órgano electoral único, unificado, pero lo han desglosado en tres, con lo cual crean una cosa rara. Esto es difícil de entender, porque en México existe el IFE que es una cosa, pero por encima hay un Tribunal Electoral, pero allí es distinto por la motivación histórica.

Aquí el Jurado Nacional de Elecciones era el verdadero poder electoral, con todo a su cargo, a nivel distrital, departamental o regional y nacional. Así funcionaba, y funcionaba bien desde hacía 30 años. Fue creado en 1931 y funcionó más o menos durante un tiempo, pero desde el año 1963 lo ha hecho impecablemente; entonces sucede que en la nueva Constitución lo que antes hacía un solo organismo, hoy lo han repartido en tres. Y no hay ley que lo reglamente y no hay para cuándo funcione; están paralizados. Además ha habido denuncias de que a la hora del escrutinio, en el manejo de las computadoras, se han cambiado algunos resultados.

En todo el país hay más de 70 mil mesas de sufragio, y las actas pueden estar muy bien hechas, pero al ir al conteo en una terminal de computación, ahí es donde los números pueden eliminarse o cambiarse. ¿Cómo evitar eso? Con un mayor control ciudadano, no hay otra manera. Pienso que la solución es que la oposición se articule y se defienda bien, que tenga personeros de mesa y observadores; sólo así podrán garantizar el conteo de votos.

Lamentablemente, el sistema electoral está destrozado: 1) lo han partido en tres; 2) no hay norma legal; y 3) pasa el tiempo y nada se resuelve. Entonces es preocupante saber cómo va a convocarse a elecciones en cuatro meses. No se sabe qué va a pasar, porque las elecciones son en el 95 para asumir el cargo en julio. Por tanto, tienen que realizarse a más tardar en abril de 95, y de acuerdo con la ley, seis meses antes se debe convocar a elecciones, y estamos casi en abril y no hay ley reglamentaria. Todo está hecho de tal manera que aparentemente es imposible salir del embrollo; en todo ha habido descuido o falta de asesoría técnica, porque esta Constitución realmente es muy deficiente, está mal armada, muy mal hecha.

II

LIMA, 2 de abril.- *En todo cambio económico y político, cuando la paz interna de un país está quebrada, lo que más pelagra son los derechos de los ciudadanos, principiando por el de la libertad de expresión, por lo que solicitamos al doctor García Belaunde que nos explicara en qué consiste el Habeas Data y su posible incidencia en la libertad de información; le pedimos también que nos hablara de cuáles pueden ser las facultades metaconstitucionales que puede ejercer el presidente de la República del Perú, así como las nuevas que le da la recién promulgada Constitución. No podíamos evitar preguntarle sobre los efectos legales del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y la reacción de los peruanos, sobre la debilidad de los partidos políticos, la Defensoría del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales (ONG), incluyendo la constitucionalidad de las leyes de excepción con las que se lucha contra el terrorismo, y sobre la reelección de Alberto Fujimori.*

- En este asunto del Habeas Data, ¿están más apasionados los periodistas o los políticos?

Ambos, porque el político se da cuenta de que lo pueden entrometer en cosas por esto, y el periodista está asustado porque teóricamente pueden llegar hasta la censura, la intromisión, el manejo de los datos personales, desde una computadora o en sus propias fuentes. Pero en todo caso, en el periodismo hay mucha suspicacia, inclusive por las presiones oficialistas.

- ¿Está reglamentado el derecho a la información en la actual Constitución?

Hay una fórmula genérica sobre el derecho a la información, pero no hay una ley que lo reglamente.

- ¿No tendría nada que ver con el Habeas Data?

Está vinculado. Hay un derecho a la información, pero el problema es que el *Habeas Data* se ha entendido no como el acceso a la información, sino como la facultad de exigir información en defensa del honor, de la buena reputación, de la imagen familiar. El *Habeas Data* fue planteado como un derecho referido al dato, pero lo confunden con el acceso a la vida privada; entonces la crítica es que se ha extendido confundiendo con el derecho a la información y a rectificar los datos personales en una computadora ajena.

- En relación con la Constitución del 79, ¿hubo modificación en las facultades constitucionales del presidente?

Pocas en realidad.

¿En el Perú el presidente puede ejercer facultades metaconstitucionales?

En su pregunta anterior usted me pidió que le aclarara si ha crecido algo con respecto a la del 79 en cuanto a poderes presidenciales. Sí, se ha avanzado; por ejemplo, el Presidente de la República puede disolver el Congreso más fácilmente, nombra a los altos jefes militares y jefes diplomáticos y no necesita aprobación parlamentaria. Tiene más fuerza, y con la reelección inmediata hay, evidentemente, mucha más fuerza todavía.

- El otro es, si el presidente del Perú puede ejercer facultades metaconstitucionales.

¿Qué entendería por facultades metaconstitucionales?

- Que no estén consagradas en la Constitución, pero que pueda ir más allá.

Teóricamente no. De acuerdo con el principio doctrinario específico y aceptado en el Derecho Público, en la Constitución lo que no está permitido está prohibido, solamente se puede hacer lo que está en la Constitución, para lo demás necesita autorización específica. En el mundo de la vida privada, uno puede hacer todo lo que no está prohibido; en el mundo del Derecho Constitucional es al revés, sólo puede hacerse lo que está permitido. Pero que

en la práctica haga cosas metaconstitucionales es un golpe de Estado, es un hecho fáctico, no jurídico.

- ¿Tiene el presidente la facultad de elegir a los miembros de su gabinete sin sanción del Congreso?

Así es. Es totalmente libre.

- ¿Y en la del 79 también?

Igual, eso es así desde hace cien años o más. Nosotros tenemos un régimen presidencial marcado desde hace más de cien años, pero con algunos matices parlamentarios. Teníamos voto de censura en el siglo XIX, y esta nueva Constitución introdujo con mayor facilidad la disolución parlamentaria. Aunque la del 79 tenía algunos elementos parlamentarios, el gran marco es presidencialista, a pesar de que acá sí hay coordinación entre Congreso y ministros de Estado, cosa que no existe en México, en Chile; en el Perú, entre los ministros de Estado y el Congreso sí hay diálogo, no es como en Estados Unidos. Los ministros de Estado son un nexo entre el Ejecutivo y el Parlamento para ciertas cosas.

- ¿Y el Congreso ha hecho en momentos importantes un marcado uso del derecho de censura?

Sí, en dos períodos recientes: durante el gobierno del 45-48, en el cual hubo tal exceso de censura y tal control parlamentario que sobrevino un golpe de Estado, y durante el gobierno del 63-68, en el que pasó lo mismo y terminó con otro golpe de Estado. Nuestra experiencia en este siglo es que cuando el Parlamento tiene demasiada fuerza y el gobierno no tiene mayorías, se producen tensiones que desembocan en un golpe, y eso explica por qué Fujimori, que tenía el 20 por ciento en las cámaras, disolvió al Congreso, porque no contaba con ellos como él quería. Lo sensato, lo democrático, que Fujimori debió haber hecho es lo que hizo Margaret Thatcher: hubiera dialogado, pactado con la oposición para gobernar; eso es lo democrático. Pero como este es un país que no tiene vocación democrática, decidió dar un golpe de Estado. Cada vez que el Congreso tiene importancia y puede doblegar al Presidente de la República, acaba todo en un caos.

- En ese período del 5 de abril, durante esos meses en los que se vivió un golpe de Estado, ¿qué estado de ánimo había en el Perú?

En la población había jolgorio, entusiasmo, porque Fujimori apeló al sentido común y al descrédito de las instituciones. Se le vio como un hombre que

hacía una política clara y todo esto coincidiendo con una especie de debilitamiento de las dirigencias políticas tradicionales. Y digo tradicionales en el buen sentido de la palabra, porque es bueno que haya tradiciones políticas; es la única manera de gobernar el país.

Lamentablemente, los partidos políticos tradicionales desentonaban con la población, no renovaron sus cuadros ni sus programas. La renovación en el Perú ha sido muy lenta, quien se renovaba en realidad era la izquierda, que ha sacado caras nuevas: Henry Pease, por ejemplo. En el Partido Popular Cristiano los viejos están todos fuera por autoexclusión, y Acción Popular, el partido de Belaunde, apenas ha empezado a sacar caras jóvenes. No sé qué pasa, hay un discurso gastado, tampoco renovaron el mensaje, no sintonizaron con el pueblo y éste vio el golpe como una cosa estupenda, como una cosa maravillosa, y dio un gran apoyo. Sin embargo, no lo fue tanto, porque a la hora en que Fujimori presentó su lista parlamentaria, ganó la mayoría en el Congreso Constituyente, pero con 49 por ciento de los votos, no llegó al 50%, lo cual significa que el respaldo era personal.

- *¿Cómo funciona la Defensoría del Pueblo?*

Todavía no funciona. En el año 79 se propuso independizar del Poder Judicial al Ministerio Público que es el defensor de la sociedad, al cual se le dio como tarea la defensoría del pueblo, que ha hecho una labor muy discreta.

- *¿Existen aquí las organizaciones no gubernamentales?*

¿ONG? Sí, existen en gran número. Se mueven con mucha agilidad. El presidente Fujimori ha dicho que son los brazos legales del terrorismo. ¿Sabe usted lo que sucede? En realidad es como en las películas: hay buenas, malas y feas. Las ONG lamentablemente tienen cierta ingenuidad por un lado, y por otro aparecen financiamientos dudosos, porque con ellas los europeos y los estadounidenses lavan sus culpas después de haber explotado a la humanidad, durante cientos de años, dando unos cuantos miles de dólares a través de fundaciones.

- *¿Están perfectamente justificadas en la Constitución las leyes de excepción contra el terrorismo?*

No, la única mención que hace la Constitución en torno al terrorismo es en cuanto al tiempo de detención que puede ser hasta 15 días, y en cuanto a que son juzgados por el fuero militar, y que pueden –los terroristas– ser sancionados con la pena capital.

Después, todas son leyes de desarrollo en el ámbito penal, cuyos detalles no conozco en este momento, pero el problema es que el Perú ha suscrito el Pacto de San José de Costa Rica, lo que nos obliga a no extender la pena de muerte, actualmente limitada para el caso de traición a la patria en el caso de una guerra exterior. Pero al haberla extendido a la lucha contra el terrorismo, han ido más allá del Pacto. Teóricamente, estamos en contradicción con el Pacto, que es un tratado interamericano de derechos humanos. No podemos aplicar la pena capital, hay que denunciar el Tratado primero, y hasta donde estoy enterado, la intención del Gobierno es no aplicar la pena de muerte, no le interesa. Lo que quiere es dar cadena perpetua a los terroristas o penas de 20 a 30 años de cárcel, pero no quiere ampliar la pena de muerte, ya que políticamente no le conviene.

- ¿No recuerda alguna otra ley de excepción que pudiera estar en contradicción con la Constitución?

Lamentablemente hay varias. He denunciado varias leyes de excepción que van en contra de la Constitución en el mundo del ámbito penal, prohibiendo el habeas corpus, el Amparo, estableciendo la pena de muerte extendida indebidamente a los casos de terrorismo, definiendo la traición a la patria como cualquier cosa. Dijeron que las derogarían, porque hubo un informe del Departamento de Estado muy duro contra este tipo de leyes; todas se han dado en el ámbito penal.

- Es prácticamente factible que Fujimori se presente como candidato a la Presidencia de la República, ¿cree usted que ganaría?

Hasta ahora sí, porque vivimos desde hace unos años en una especie de anomia. La clase política tradicional se dividió, se separó del electorado y éste perdió su fe en ella, porque le fallaron. El pueblo, el elector, puede ser ignorante, puede ser analfabeto, pero intuye las cosas políticamente, eso es clarísimo. Esta clase política tradicional le falló o por lo menos no le cumplió con lo que deseaba y Fujimori sí cumple, mientras los partidos políticos son una muestra de inmadurez tremenda, no presentan candidatos únicos, actúan cada uno por su lado. No creo que gane Fujimori, sino que son los otros los que van a perder, pero el resultado es el mismo. Están tratando de articular una sola candidatura a través de Javier Pérez de Cuéllar. Tiene mucho prestigio el ex-Secretario General de Naciones Unidas, tiene eco y es una figura importante, pero no sé hasta qué punto él quiera aceptar, y si se pondrían de acuerdo en apoyarlo, porque es al único que veo con posibilidades, mientras tanto los partidos se pelean todos los días; parece que no hubieran aprendido la lección. Eso es típico de la inmadurez de nuestra clase política.

VII

LA AMNISTÍA : PRO Y CONTRA*

I

Todavía no ha amainado la polvareda desatada en la opinión pública por la sanción de la Ley núm. 26479 (14 de junio de 1995) y su posterior ratificación por Ley núm. 26492 (28 de junio de 1995). En dichas leyes se otorga amplia amnistía a todos aquellos vinculados de una u otra manera a la lucha contra la subversión desde mayo de 1980, e incluye, como aparente regalo a la oposición, a los involucrados en la frustrada intentona golpista del 13 de noviembre de 1992. A lo anterior se suma que en el juicio en trámite contra los implicados en el asesinato de los Barrios Altos, en discutida resolución de 16 de junio de 1995, la jueza Antonia E. Saquicuray, amparándose en el previo dictamen fiscal, declaró que la ley de amnistía no era aplicable al caso de autos, esto es, a los oficiales comprometidos, considerando que hacerlo era desconocer el respeto a los derechos humanos que la Constitución reconoce y aceptan los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes para el Perú, y de manera especial el Pacto de San José (1969).

Con posterioridad, esta resolución fue revocada y dejada sin efecto por el Superior, cuando ya la segunda ley había entrado en vigencia. Analicemos los alcances de la situación jurídica antes reseñada.

II

Lo primero que hay que anotar es que el debate ha estado teñido de subjetividad. Por un lado, los personeros del Gobierno, dentro y fuera del recinto legislativo, actuaron con premeditación para obtener una ley que echase un manto de olvido sobre los abusos cometidos por la policía y las fuerzas armadas durante la lucha contra el terrorismo, de manera tal que cubría a todos sin hacer distinciones. Equipararon así casos graves con casos leves, delitos con carácter de atrocidad con simple expresión de pensamientos. Y todo esto a prisa, a carpetazo limpio aprobado por una mayoría adocenada. Por otro lado, las fuerzas de oposición defensoras de los derechos humanos, salieron al frente esgrimiendo toda clase de argumentos, muchos de ellos efectistas, llamando la atención sobre el carácter inmoral de tal impunidad y apoyando su argumentación

* Publicado en **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo (Perú), núm. 4, octubre-diciembre de 1995.

en una serie de consideraciones de orden jurídico, tanto constitucional como internacional.

En ambos casos se blandieron multitud de argumentos, con igual apasionamiento, pero con puntos de partida totalmente distintos. Aún más, el periodismo ha exacerbado el debate y el análisis sereno ha desaparecido. Tampoco existen análisis rigurosamente jurídicos, con la excepción de un notable estudio monográfico del doctor Juan Chávez Molina, con el cual sin embargo guardo diferencias.

Es mi interés hacer un deslinde sobre tan delicado tema, pues intento una interpretación que difiere totalmente de las que han circulado en las últimas semanas.

III

La amnistía y el indulto son ampliamente conocidos en nuestro medio. Tienen además un origen muy antiguo y ambos, en sentido amplio, se enmarcan dentro de lo que genéricamente se conoce como derecho de gracia, otrora concedido a los monarcas absolutos y hoy ejercido por gobernantes democráticos.

Lo normal en estas medidas, que no tienen fundamento específico, es que son atribuciones que se ejercen *ad libitum*, y si bien en alguna oportunidad se han cuestionado (como tantos otros temas del Derecho Público que tienen sus orígenes en el constitucionalismo liberal), nada se ha hecho al respecto. La doctrina así lo entiende (cf. por ejemplo, Giovanni Leone, **Tratado de Derecho Procesal Penal**, EJEA, Buenos Aires 1963, tomo II, pp. 554-579). En nuestra tradición, la amnistía se considera como un atributo del Congreso, que sirve para olvidar la pena y en consecuencia se da en abstracto, si bien tiene beneficiarios concretos. El indulto es considerado perdón y se aplica a personas ya procesadas y sufriendo condena. Con todo, esta distinción tan genérica y tan aceptada por la doctrina, no ha sido siempre observada en el derecho peruano, sobre todo en los últimos años, pues se han mezclado los términos y los alcances de ambos institutos. Tampoco entre nosotros se han hecho disquisiciones como la referida a amnistía plena o propia y semiplena o impropia. Pero cuando se ha dado indulto, éste ha sido otorgado por el Ejecutivo y se ha aplicado a persona que venía cumpliendo una condena.

Pero salvando esta no observación estricta de tecnicismos, lo cierto es que ambas instituciones han existido siempre en nuestro derecho; existen todavía en la vigente Carta de 1993, y de tales prerrogativas han hecho uso el Ejecutivo y el Legislativo durante décadas.

IV

Una de las cuestiones más debatidas en torno a las leyes de amnistía, es si ellas podían aplicarse a delitos comunes o si sólo se aplicaban a delitos políticos. Pues bien, cierta corriente de opinión ha sostenido que la amnistía no se aplica a los delitos políticos sino a los comunes, con lo cual resulta que la reciente ley de amnistía y su complemento, estarían fuera de lugar, y eventualmente serían inconstitucionales. Sin embargo, cabe acotar lo siguiente:

- a) En ninguna parte de la vigente Constitución ni en las anteriores, se circunscribe la amnistía o el indulto a los delitos políticos, y se excluye a los comunes.
- b) La doctrina, en forma dominante, no hace distinción alguna sobre sus alcances; entiende que es atributo del poder político hacer lo más conveniente y decidir su aplicación.
- e) La práctica política peruana nos enseña que la amnistía ha sido dada, preferentemente, por motivos políticos y esto por decisión de los gobernantes de turno y no por mandato legal alguno.

La diferencia que hoy cabe hacer es la siguiente: en épocas anteriores se amnistiaba a personas que actuaban desde fuera del aparato del Estado; ahora al parecer se inicia una nueva tendencia: amnistiarse a quienes delinquen desde el aparato del Estado (lo cual, sin lugar a dudas, es más grave, pues se actúa con indudable superioridad).

Por tanto, la amnistía y el indulto pueden aplicarse a cualquier tipo de delito sin distinción alguna. Por lo menos, mientras no cambie el actual panorama normativo.

V

Si a nivel constitucional no se pueden hacer distinguos, la pregunta es si cabe hacerlo a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dentro de este rubro existen muchas tendencias y opiniones, tanto a nivel internacional como a nivel interamericano. En el primer nivel, hemos podido observar cierta tendencia, sobre todo en el caso de desapariciones forzadas, genocidio y crímenes de lesa humanidad, de establecer la imprescriptibilidad de tales delitos. Pero esto no ha logrado imponerse, sino en forma muy restringida. Además una cosa es la **prescripción**, es decir, la anulación de un delito por el simple transcurso del tiempo, y otra la **amnistía** en que ocurre lo mismo, pero por decisión del poder político. Ambas, prescripción y amnistía, son dos formas

distintas de extinguir la acción penal, y por tanto no cabe mezclarlas. Pero esto, como decimos, no afecta lo que es objeto de análisis.

Si nos circunscribimos al nivel interamericano, no hallamos una sola normativa expresa, obligatoria, de carácter vinculante, que prohíba a un Estado otorgar la amnistía. Existe, es cierto, una tendencia a limitar el uso de la amnistía por parte de los Estados, como se nota en ciertos informes, sobre todo aquellos vinculados con la comisión de delitos atroces o gravemente violatorios de los derechos humanos. Pero esto es todavía una opinión no dominante (ver Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), y no tiene carácter vinculante.

Se ha utilizado también en la discusión pública los argumentos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ciertos casos (Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi y Solís Corrales, etc.), que, como se sabe, no inciden en la amnistía en sí misma. Una cosa es el aspecto general de la protección de los derechos humanos, y muy otra y distinta es la potestad del Estado de amnistiar, lo que no ha sido puesto en entredicho.

Aún más, diversos documentos internacionales sobre derechos humanos hacen referencia a la amnistía. Así, el Pacto de San José en su artículo 4.6 dice que a nadie puede negarse el derecho de pedir una amnistía o ser amnistiado. Pero como salta a la vista, si alguien puede pedir una amnistía, es evidente que otro es quien debe otorgarla. La amnistía no aparece, pues, negada en la normatividad internacional sobre derechos humanos.

VI

De lo antes expuesto, es fácil advertir que no considero que la amnistía decretada por la Ley núm. 26479 sea inconstitucional, ni menos aún violadora de pactos de derechos humanos. Es por tanto, perfectamente legítima. Lo que sí encuentro grave es la segunda Ley, la 26492, ya que:

- a) Es innecesaria, pues se limita a señalar lo que todos saben, esto es, que la amnistía de acuerdo a determinadas corrientes doctrinarias y legislativas, asume determinada connotación; y
- b) Adicionalmente, la segunda ley sí es inconstitucional, ya que pretende amedrentar al Poder Judicial, interfiriendo en sus funciones y diciéndole a los jueces lo que hay que hacer.

La segunda es, pues, grave. No así la primera.

VII

El pronunciamiento de la jueza Saquicuray levantó tanto polvo como la primera ley. Un análisis sereno nos lleva a la conclusión de que la sentencia contiene una serie de análisis sesgados e incompletos de la Constitución y una lectura artificiosa de los tratados de derechos humanos, ya que cita artículos inatingentes y les hace decir cosas que en realidad no corresponden. Es una sentencia sin lugar a dudas trajinada, que no interpreta sino que construye lo que la jueza tiene en mente. Por cierto, la jueza no cometió delito alguno ni menos aún violentó la Constitución, ya que hizo uso de la inaplicación que consagra el artículo 135° de la Carta. Fue pues, una resolución valiente pero equivocada en sus alcances. Con posterioridad esta resolución fue revocada por el Superior, en el fondo con razón, pero con argumentos que ameritaban un mejor encuadre.

VIII

El caso famoso de la amnistía para los implicados en los asesinatos de los Barrios Altos, levantó pasiones por los valores en juego. Esto se debe no sólo a que la oposición tomó bandera en este asunto, sino que diversos sectores de la opinión pública denunciaron esta concesión al comúnmente llamado “terrorismo de Estado”.

Pero lo que hay por encima de todo, antes que alambicadas construcciones jurídicas, es un fondo moral que el Estado no ha debido violentar. En efecto, haber cubierto con impunidad a delincuentes de uniforme, actuando con clara transgresión de sus deberes, es algo que no debía haberse hecho, y que a esos niveles no tenía precedentes (si bien es cierto que el terrorismo demencial que agitaba al país tampoco había tenido precedentes). La reciente amnistía no es en realidad un problema jurídico, sino moral.

Como quiera que la opinión pública ha tomado conciencia de lo que es una amnistía concedida con excesiva generosidad, es probable que por un mecanismo de autocontrol, el Estado se inhíba en el futuro de conceder amnistías en casos similares. Y esto con independencia de que la comunidad internacional limite, con precisiones que ahora no existen, estas clásicas facultades de las que goza el Estado.

Nota: Estando en prensa este número, tuve conocimiento del artículo que sobre la amnistía ha publicado el doctor Sigifredo Orbegoso en el número anterior de esta revista. Debo aclarar que es lo mejor que he leído sobre la materia y me agrada coincidir con él en lo sustancial. Lamento por tanto, no haber aprovechado sus agudas reflexiones.

Nota de 2003: El presente artículo debe ser completado con el que se inserta a continuación, escrito años más tarde y en un contexto distinto.

VIII

AMNISTÍA Y DERECHOS HUMANOS*

(A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”).

1. ANTECEDENTES

Como es de sobra conocido, el Perú durante la década de los noventa, al filo de finalizar el siglo veinte, tuvo un gobierno autoritario presidido por el Ing. Alberto Fujimori, que se caracterizó no sólo por sus estropicios al orden constitucional, sino por sus continuos avasallamientos de los derechos humanos. De hecho, y en la práctica, su Gobierno se inauguró guardando las formas en 1990, en medio de una gran crisis económica y con un ambiente caldeado por acciones terroristas que el Estado no había sabido afrontar.

Sin embargo, pronto el nuevo Gobierno se caracterizó por un manejo político duro y represivo, y fue por eso precisamente que dio el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, con lo cual hizo desaparecer la oposición al régimen, y defenestró a todo el aparato institucional, concentrando todo el poder para sí. En 1993, con comicios discutibles, Fujimori montó una nueva legalidad, a la que terminó por someter y corromper en sus grandes tramos, reeligiéndose en 1995, al finalizar su primer período de cinco años. Lo hizo nuevamente en el año 2000, al terminar su segundo período. Tenía la intención de gobernar hasta el año 2005, es decir, un total de quince años, cuando el 14 de setiembre de 2000 se descubrieron videos grabados inconsultamente por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) monitoreado por el asesor presidencial Vladimiro Montesinos, que mostraban la corrupción generalizada que había soportado el país.

Ante esto, hubo una gran movilización interna de las fuerzas políticas, acompañadas por la presión internacional, que determinó un cambio en la correlación de fuerzas en el Congreso, lo que obligó a Fujimori a acortar su mandato para retirarse en pocos meses. Sin embargo, no pudo esperar tanto tiempo, y el 19 de noviembre de 2000, cuando comprendió que todo estaba perdido, y aprovechando un viaje oficial al Japón, renunció irrevocablemente a la

* Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 12-15 de febrero de 2002. Publicado en AA.VV., **Constitucionalismo y derechos humanos**, Edit. Grijley, Lima 2002; en Ricardo Méndez Silva, coordinador, **Derecho Internacional de los derechos humanos**, UNAM, México 2002 y en **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**, Malheiros Editores, São Paulo 2003.

presidencia de la República y buscó refugio en ese país, en donde se le reconoció como ciudadano japonés y súbdito fiel del Emperador.

El 22 de noviembre de 2000, el presidente del Congreso Valentín Paniagua Corazao es elegido Presidente de la República. Empezó así un gobierno de transición, que tenía que poner las bases de la reinstitucionalización, y además, convocar a elecciones generales, lo que hizo a cabalidad. El nuevo gobierno democráticamente elegido se instaló el 28 de julio de 2001, con Alejandro Toledo como presidente de la República. Y por un período de cinco años.

Esta es la situación actual en el Perú. Pero no fue así durante la década del fujimorismo (1990-2000), como lo veremos a continuación.

2. COMBATE AL TERRORISMO Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El Perú sufrió desde 1980 una espiral de violencia desatada por un peculiar grupo terrorista, de influencia maoísta, denominado "Sendero Luminoso". El nombre de esta agrupación está tomado de un célebre texto del conocido marxista peruano José Carlos Mariátegui (1894-1930), que tuvo tan grande influencia en los grupos extremistas de la década del sesenta y setenta del siglo XX. A ese grupo, muy organizado y muy extendido, le sucedió otro denominado "Movimiento Revolucionario Túpac Amaru", llamado así en homenaje al líder indígena que fue uno de los primeros en levantarse contra la autoridad colonial a fines del siglo XVIII (Movimiento que llevó a cabo algunos golpes audaces, como la toma de la embajada del Japón en Lima en 1996, y que tanta repercusión tuvo).

Pues bien, los gobiernos de entonces, tuvieron en lo fundamental una actitud defensiva frente al terrorismo, sobre todo en el período 1980-1985, y algo complaciente durante el período 1985-1990. Por cierto, han sido denunciados algunos hechos atroces cometidos durante esos períodos, que están en plena investigación, pero que en todo caso eran hechos aislados, y probablemente, excesos de algunos jefes subalternos. Pero el uso de la violencia descomedida y organizada, no fue una política de Estado durante esos años.

Todo cambió cuando llegó Fujimori al poder en 1990. Por un lado, cierto sector de la Policía Nacional se había especializado en la lucha antiterrorista y estaba dando notables avances, como el tiempo lo demostró después (con la captura del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, actualmente en prisión). Pero por el lado del Ejército y sus diversas divisiones dedicadas a la contrainsurgencia y al combate del terrorismo, se desarrollaban labores de aniquilamiento de focos terroristas, que muchas veces no eran tales, o que, aun siéndolos, merecían una prisión y juzgamiento adecuados.

Fue así cómo diversos grupos de elite, fuera de la regularidad castrense, pero con el conocimiento, apoyo y complicidad de los altos mandos del Ejército y en todo caso, del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), y que muchas veces adoptaron nombres para mejor identificarse (como el conocido como “grupo Colina”), actuaron al margen de la ley, y fueron responsables de numerosas muertes de personas sin proceso legal, en forma extrajudicial y sumaria, al que cabría simplemente calificarlo como crímenes de Estado.

De todos estos latrocinios se hicieron denuncias en su oportunidad, y se agotaron todas las instancias, y tuvieron amplio eco en la opinión pública. Pero el Gobierno de entonces, se las ingenió para que todo quedara en la impunidad.

3. EL CASO “BARRIOS ALTOS”

El nombre de “Barrios Altos” identifica a un sector de la Lima tradicional, que está en la parte alta y colindante con el centro histórico, y en donde siempre ha vivido gente de clase media y popular, y que cuenta en su haber con hermosas plazas, iglesias coloniales, y algunas viejas casonas.

Pues bien, el 3 de noviembre de 1991, en una de las casas de vecindad, se realizó una “pollada”, esto es, una reunión social para dar un festín a base de pollo, en el cual se cobraría una cuota de ingreso, obteniendo así fondos para mejorar ciertos servicios de la comunidad.

Sin embargo, el grupo paramilitar llamado “Colina” sospechaba, o alguien se lo dijo, que ahí vivían terroristas encubiertos, autores de diversos atentados en la ciudad de Lima, que precisamente estarían juntos esa noche.

Encontrando propicia la ocasión, efectivos fuertemente equipados con armas con silenciador y en carros aparentemente de uso oficial, irrumpieron en la localidad, y en menos de cinco minutos hicieron fuego graneado contra todos los presentes, hasta dejarlos aparentemente sin vida. De esta incursión, hecha con mucha celeridad, quedaron catorce muertos y cuatro heridos.

Por cierto, no es la única incursión que ha habido con grupos paramilitares, pero es la primera en importancia y además la que más problemas ocasionó al gobierno de Fujimori, tanto a nivel interno como externo.

4. LA DENUNCIA FISCAL Y EL PROCESO JUDICIAL

La ola de indignación que causó, agravado por hechos simultáneos que por entonces sucedieron, motivó una denuncia fiscal, lo que llevó a que el

Juzgado Penal de turno abriese una investigación para ubicar a los responsables de tales actos.

Sin embargo, a poco de iniciado el proceso, el Gobierno, a través de una dócil mayoría parlamentaria, aprobó dos leyes de amnistía, la 26479 de 14 de junio de 1995, complementada por la ley 26492 de 30 del mismo mes y año.

Ellas establecían el corte de todos los procesos y el archivamiento de todo lo actuado a nivel judicial con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, cometidos en forma individual o en grupos, extendiendo tal amnistía, en especial, a los cuerpos armados, esto es, policía nacional y fuerzas armadas.

Sin entrar a mayores detalles, debemos decir que al final, con un Poder Judicial mediatizado y en gran parte controlado, las leyes de amnistía prevalecieron y todo quedó en nada. Esto es, se cortaron los procesos y luego se archivaron.

Frente a esto, los interesados recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y luego ésta, trasladó la denuncia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo veremos más adelante.

5. LA AMNISTÍA EN EL DERECHO PERUANO

Según el **Diccionario Jurídico** de Cabanellas, la amnistía consiste en una medida legislativa por la cual se suprimen los efectos y la sanción de ciertos delitos, en especial, los que se cometen contra el Estado. En general, es definida como un acto del poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta clase, aboliendo los procesos comenzados o que deban comenzar, o bien las condenas pronunciadas por tales delitos. Desde este punto de vista, la amnistía, de carácter general, es un atributo del Estado y así ha sido practicada desde siempre.

Todas las constituciones del Perú la han considerado. La de 1979, ejemplar y modélica, la contempla en su artículo 186 como atribución del Congreso. La vigente de 1993, la reconoce en su artículo 102, en los mismos términos.

Como era natural, la amnistía desató un gran debate en la opinión pública, que a su vez repercutió en el mundo académico. Ante la opinión pública, el oficialismo argüía que la amnistía era una facultad irrestricta del Estado, y que era conveniente hacerla para buscar la reconciliación del país, ya que en ese momento, los principales subversivos habían muerto, estaban en prisión o estaban con proceso abierto. La oposición, en forma parcial, coincidía

con ello, pero estimaba que no podían amnistiarse todos los delitos ni menos aún los que se consideraban sumamente graves.

Por su parte, en el mundo académico se plantearon también las dos posturas, bajo la premisa general de que era factible otorgar amnistías, puesto que el Estado siempre las había otorgado. Se alegaba, sin embargo, que en materia de derechos humanos no cabía otorgar amnistías, si bien era cierto que no había en este punto precisión alguna en la normativa vigente. Aquí hubo voces a favor y en contra. Y los que aceptaban que moralmente la amnistía era un acto reprochable, sin embargo, desde un punto de vista formal, reconocían que era perfectamente factible.

Ahora bien ¿cuál era el panorama en ese momento?

Por un lado, el Estado peruano siempre había ejercido el derecho de amnistía, pues como atribución del Estado estaba consagrada en todas las constituciones, como facultad específica del Poder Legislativo.

Sin embargo, la práctica del Estado peruano, hasta donde era posible rastrearla, era casi siempre la de amnistiar a delitos contra el Estado, cometidos desde fuera; lo que se conoce como delitos políticos. Aquí, por el contrario, lo que se trataba era de amnistiar al personal militar y policial que habían cometido excesos o actos contra los derechos humanos, amparados en el aparato represivo del Estado. Más que una amnistía, era en realidad, una autoamnistía.

Pero como contrapartida se sostenía que aun así, era una amnistía, y que ni la Constitución ni los códigos habían hecho semejante distinción, por lo que no podían crearse distinciones en aquello que la Constitución no distinguía.

En forma adicional, cabía agregar que el Sistema Interamericano no había dicho nada sobre el particular. Aun más, los textos internacionales de derechos humanos, y por cierto el Pacto de San José, contemplaban el instituto de la amnistía, sin ningún miramiento ni matices.

Y los numerosos casos existentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a esa fecha (opiniones consultivas, sentencias, etc.) contenían enunciados generales sobre la obligación de respetar los derechos humanos por parte del Estado, así como de investigar las violaciones que existieran en esta materia, pero nada decían, ad litteram, sobre la amnistía y la imposibilidad de otorgarla en ciertos casos.

Existía, qué duda cabe, un movimiento favorable a este sentido restrictivo de la amnistía, pero no era mayoritario, ni tampoco había obtenido eco en la tratadística de la materia ni menos aún había cuajado en nada formalmente obligatorio ni vinculante.

Por tanto, si bien reprobable por los horrendos crímenes que con ella se querían eliminar, y más aún por el uso político que hacía un gobierno autoritario, no existía, en ese momento, una razón valedera, única, incontestable en contra de tal otorgamiento de amnistía (salvo, por cierto, razones de orden moral).

6. LO QUE DIJO LA CORTE INTERAMERICANA

Llegado el caso de “Barrios Altos” a la Corte Interamericana, previo pase por la Comisión, se tomó nota de la situación y que era la siguiente: mediante una artimaña legal, el Perú había aprobado la Resolución Legislativa núm. 27152 con fecha 8 de julio de 1999, mediante el cual el Congreso dispuso el “retiro inmediato” del Perú de la competencia contenciosa de la Corte, lo cual, por cierto, era un sinsentido. Basado en este argumento, el Gobierno peruano dejó de presentarse ante la Corte y se desentendió de todos los procesos en curso.

Pero cuando la causa llegó a la Corte, el fujimorismo se había venido abajo, y el nuevo Gobierno, con una nueva composición de fuerzas políticas en el Congreso, había derogado la Resolución Legislativa núm. 27152 antes mencionada, y a través de su representante, se apersonó a la Corte Interamericana reconociendo su competencia contenciosa y la responsabilidad del Estado peruano por los hechos materia de la denuncia (o sea, la conocida como matanza de los “Barrios Altos”).

Como vemos, al momento de llegar el expediente a la Corte Interamericana, había cambiado el gobierno del Perú, se reiniciaba un lento proceso de reinstitucionalización, se declaraba sin efecto legal el pretendido retiro de la competencia contenciosa, y el Perú reconocía su responsabilidad como Estado, comprometiéndose a abrir las investigaciones del caso materia de denuncia, iniciar las investigaciones y sancionar a los responsables, de acuerdo a los procesos que correspondan.

Dentro de este contexto, se emitió el 14 de marzo de 2001, la sentencia de la Corte Interamericana, que entre otros puntos, señala lo siguiente:

- a) Que ha habido responsabilidad del Estado peruano, por la matanza de “Barrios Altos”,
- b) Que el Estado peruano debía investigar y sancionar a los responsables,
- c) Que las leyes de amnistía dadas por el Perú, eran en realidad leyes de autoamnistía,

- d) Que en materia de derechos humanos no cabían amnistías y menos aun autoamnistías,
- e) Que en consecuencia, las leyes de amnistía números 26479 y 26492 dadas por el Estado peruano, estaban en colisión con el espíritu y la filosofía que anima la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y
- f) Que las referidas leyes de amnistía, carecían de efectos jurídicos.

7. CREACIÓN PRETORIANA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Lo que hizo la Corte Interamericana en el caso de “Barrios Altos”, ha sido una verdadera creación pretoriana, pues partiendo de muy poco, sentó una base realmente importante para el futuro.

En realidad, antes de la sentencia de “Barrios Altos”, que es del año 2001, sólo habían dos sentencias que habían anticipado ese criterio y que se remontan a 1998 (“Loayza Tamayo” y “Castillo Páez”). Esto es, la tendencia jurisprudencial que a partir de este caso señala la Corte Interamericana con carácter vinculante, se inicia en el año 1998 y se cierra, por así decirlo, en el año 2001.

Es evidente que aquí, como en otras oportunidades, ha habido un proceso lento de elaboración, que ha sido posible por los casos presentados a la Corte, y que por su especial configuración, son en realidad retos para el juzgador.

Más aun, la Corte Interamericana, al ser posteriormente consultada por el Estado peruano, declaró que ese principio era aplicable a los demás casos análogos que existían en la justicia peruana, ya que lo resuelto no podía circunscribirse al petitorio de la demanda que alcanzaba solamente a las víctimas de la matanza de “Barrios Altos”, sino a todas las demás víctimas del terrorismo de Estado que se vivió durante el fujimorismo, y que por cualquier motivo no pudieron iniciar un proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

8. LAS APORÍAS QUE ENCIERRA LA SENTENCIA Y CÓMO RESOLVERLAS

Dejando de lado los aspectos positivos de la sentencia, y lo que significa haber llegado a la interpretación que llegó, tenemos que deducir algunas conclusiones y exponer algunos de los problemas que plantea:

a) Lo primero que hay que llamar la atención es que las leyes de amnistía (o autoamnistía), son de 1995, censurables desde todo punto de vista, pero dadas en un momento en que formalmente no había nada que lo impidiese.

Esto significa que una sentencia supranacional, como la emitida por la Corte Interamericana en el año 2001, está interpretando, en forma retroactiva, los alcances del concepto de amnistía en el Perú, y en consecuencia, en el Derecho Constitucional latinoamericano.

Esto implica que los legisladores de 1995, son así censurados jurídicamente en 2001 por lo que hicieron en aquel año. Claro está, es una sanción de nivel jurídico, ya que moralmente lo que hicieron en ese momento no fue algo aceptado por la comunidad jurídica peruana ni internacional.

De esta manera, la Corte Interamericana ha puesto de lado los efectos temporales de las decisiones que se adopten, y en consecuencia, ha relativizado el concepto de prescripción. Aún más, podría decirse que en materia de derechos humanos, este instituto tiende a no contar, o simplemente, no existe.

b) Indudablemente, la sentencia de la Corte lo que ha hecho es interpretar o censurar lo dispuesto en una ley, sin afectar la Constitución del Estado, que en este punto no dice nada al respecto. En tal sentido, la Corte se ha vuelto un intérprete vinculante que afecta o limita al legislador en el futuro, y por cierto, condiciona los alcances de los enunciados constitucionales en esta materia, sentando nuevos criterios hermenéuticos.

c) La Corte no ha derogado las leyes de amnistía; tampoco el Estado peruano las ha derogado ni ha habido ningún intento en ese sentido. No ha dicho que son inconstitucionales ni menos aún que son nulas. Por el contrario, la sentencia ha señalado que carecen de efectos jurídicos, con lo cual acepta una técnica similar al control difuso que se ejerce mediante la judicial review, cual es dejar intacta la ley, pero declarar que no es aplicable. Dicho en otros términos: carecer de efectos jurídicos o no ser aplicable, son prácticamente lo mismo.

d) Igualmente, la sentencia de la Corte se enfrenta con diversas situaciones que hay que ponderar. Por un lado, procesos que fueron iniciados y que luego fueron archivados con motivo de la dación de estas leyes de amnistía. En segundo lugar, denuncias en las cuales existen todavía investigaciones o procesos no vinculados con “Barrios Altos”, sino con otros similares y que están en curso. Y finalmente, casos

denunciados por la opinión pública y que pueden ser iniciados judicialmente en cualquier momento.

De estas tres situaciones, la realmente complicada es la primera. Esto es, procesos iniciados a raíz de la matanza de los “Barrios Altos” o en forma concomitante con ésta, y que por mandato de las leyes de amnistía, fueron archivados, produciéndose así cosa juzgada en todos ellos, por expreso mandato constitucional. Estos casos, tanto los llevados en el fuero militar como los llevados en el fuero civil, han sido reabiertos y están actualmente en trámite, con lo cual, sin lugar a dudas, la cosa juzgada pierde totalmente sus efectos. Habrá que pensar, pues, que en materia de violación de derechos humanos, no existe la cosa juzgada.

e) Otro aspecto importante es que la sentencia recaída en el caso “Barrios Altos”, a pedido especial del Gobierno peruano, ha sido extendida, en cuanto a sus efectos, a todos los demás procesos archivados en los fueros militar y común, que tratan sobre violación de derechos humanos, a los que benefició la amnistía del Gobierno de entonces, pero cuya causa, en cuanto tal, no fue llevada ante la Corte Interamericana, y en consecuencia, no se vio directamente ante esa instancia supranacional.

Ahora bien, la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”, es una sentencia emitida en un caso concreto, a la vista de ciertas situaciones denunciadas y probadas, y en principio, aplicable sólo a ellas.

Sin embargo, la Corte Interamericana ha resuelto, como ya adelanté, que los principios sentados en la sentencia de “Barrios Altos”, se deben aplicar a todos los demás casos análogos que quedaron en la impunidad gracias a las leyes de amnistía, y por los cuales, adicionalmente, no se habían hecho reclamos o denuncias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Con lo cual, un caso concreto, que sienta principios importantísimos, adquiere alcance general: lo que por lo demás es relevante, pues se trata de un punto debatido favorablemente por la doctrina desde tiempo atrás.

f) En la actualidad, el Estado peruano ha dado fiel cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana y ha procedido a reabrir todos los procesos, iniciando o reiniciando las investigaciones detenidas hace algunos años, los que probablemente terminen con las aclaraciones correspondientes, así como las sanciones a los responsables.

Sin lugar a dudas, lo resuelto por la Corte Interamericana, tiene un alcance rupturista en relación con lo que ha sucedido formalmente en el Derecho

peruano. Y ello obliga, al aceptar lo dispuesto en la sentencia, a replantear determinadas instituciones e interpretaciones al interior del ordenamiento peruano, que son, sin lugar a dudas, positivas. Y que necesitan una elucidación posterior, que tomará tiempo.

9. LO QUE QUEDA Y LO QUE VENDRÁ

El gran paso dado por la Corte Interamericana en la sentencia del caso “Barrios Altos” en 2001, ha representado la culminación de un esclarecimiento jurisprudencial iniciado por la misma Corte en 1998, con las dos sentencias “Castillo Páez” y “María Elena Loayza”, cerrándose así, en definitiva, lo que se mostraba antes impreciso y con contornos poco definidos.

Pero también significa un paso adelante que muestra que el movimiento a favor de los derechos humanos, iniciado después de la segunda posguerra, es indetenible y no retrocede. Esto es, si bien los derechos humanos tienen un desarrollo histórico y por tanto no son eternos ni inmutables, es evidente que ellos se configuran a través del tiempo, pero con la peculiaridad de que no retroceden, sino que por el contrario, avanzan. Y en tal sentido, la sentencia de la Corte Interamericana ha constituido un hito histórico en esta larga lucha por los derechos humanos.

Por cierto, que en el camino han quedado muchas cosas maltrechas, que habrá que replantear. En primer lugar, el papel que en la defensa de los derechos humanos tienen los organismos supranacionales, explicable sólo cuando las vías internas se encuentran bloqueadas o manejadas autoritariamente. Dicho en otras palabras: el defensor de los derechos en el Estado moderno, y más en concreto, de los derechos humanos, deben ser los jueces nacionales de cada país, ya que la jurisdicción supranacional sólo constituye, o debería constituir, un último recurso. Que debe usarse sólo cuando las vías domésticas se encuentren negadas a los ciudadanos de un determinado país. Esto fue precisamente lo que pasó con el gobierno autoritario de Fujimori, que construyó un aparato de corrupción que controló casi todas las instituciones públicas peruanas durante casi diez años (salvo la Defensoría del Pueblo y los municipios).

En segundo lugar, tener presente que en materia de violaciones de derechos humanos, no existe la prescripción ni la cosa juzgada, ni menos las amnistías (que deben mantenerse para otros fines). Así lo ha entendido claramente el Gobierno peruano, que en fecha reciente ha proclamado una amnistía para todos aquellos que participaron en las jornadas cívicas de protesta contra la dictadura en el periodo electoral de 2000, muchos de los cuales se encuentran actualmente procesados. Pero la norma ha aclarado que la amnistía

no alcanza a quienes hayan violado los derechos humanos (Ley 27534, art. 3, de 19 de octubre de 2001).

En tercer lugar, es importante hacer ciertas reformas constitucionales, y por cierto legales, que establezcan claramente la manera como se recepcionan y aplican en el Perú las sentencias internacionales de los organismos supranacionales en materia de derechos humanos. Y adicionalmente, precisar el sistema de fuentes en materia de Derecho Público, pues es sabido, y los hechos recientes no han hecho más que confirmarlo, que la sentencia es fuente de derecho, sea nacional o supranacional.

Finalmente, ser conscientes que el *ius cogens* al que hace referencia la doctrina, es algo que se afirma con los años, y dentro de tal concepto, hay que considerar a los derechos humanos y a los tratados internacionales que los consagran.

Lima, noviembre de 2001.

Bibliografía: Es muy numerosa en esta materia. Desde un punto de vista general y sobre el sistema interamericano, cf. Karl Vasak, coordinador, **The international dimensions of Human Rights**, UNESCO, Paris 1982, 2 tomos (hay versión castellana); Istvan Pogany, coordinador, **Human Rights in Eastern Europe**, Hants, UK, 1995; Héctor Fix-Zamudio, **Protección jurídica de los derechos humanos**, CNDH, México 1999; Thomas Buergenthal, **Derechos humanos internacionales**, Ed. Gernika, México 1996; Juan Carlos Hitters, **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, 2 tomos, Ediar Buenos Aires 1993; Jorge Carpizo, **Derechos humanos y Ombudsman**, UNAM, México 1993; AA.VV. **La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, San José 1994; Juan Carlos Wlasic, **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Edit. Juris, Rosario 1998; Juan Antonio Travieso, **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996; Héctor Faúndez Ledesma, **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**, IIDH, San José 1999; Germán J. Bidart Campos y Calogero Pízzolo (h). coordinadores, **Derechos Humanos (Corte Interamericana)**, 2 tomos, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000; Alonso Gómez-Robledo Verduzco, **Derechos humanos en el sistema interamericano**, Porrúa-UNAM, México 2000; Héctor Gros Espiell, **Estudios constitucionales**, Montevideo 1998; Marcos G. Monroy Cabra, **El sistema interamericano**, Ed. Juricentro, San José 1993; AA. VV. **Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio**, 2 tomos San José 1998; José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti, coordinadores, **Constitución y derechos humanos en Iberoamérica**. Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos, Lima 2001; Sergio García Ramírez, **Estudios jurídicos**, UNAM, México 2000; id. **El futuro del**

Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 101, mayo–agosto de 2001; Jorge R. Vanossi, **Régimen constitucional de los tratados**, Buenos Aires 1969; Juan Álvarez Vita, **Tratados internacionales y ley interna**, Universidad de Lima, Lima 2001; AA.VV., **México y las declaraciones de derechos humanos**, Héctor Fix-Zamudio, coordinador, UNAM-CIDH, México 1999; Francisco Córdoba Z, **La Carta de Derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana**, Edit. Temis, Bogotá 1995; Francisco José del Solar, **Los derechos humanos y su protección** Lima, 2000.

Sobre diversos aspectos del Sistema Interamericano, problemas y alcances, cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, **Derecho Procesal Constitucional**, Edit. Porrúa, 2da. edición, México 2001 (especialmente el capítulo tercero, con trabajos de Carlos Ayala Corao, Germán J. Bidart Campos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Sergio García Ramírez, Juan Carlos Hitters, Carlos A. Morales – Paulín y Alejandro Saíz Arnáiz).

Sobre el fujimorismo y su contexto; cf. Sally Bowen, **El expediente Fujimori (El Perú y su presidente 1900 - 2000)**, Lima 2000; Fernando Tuesta Soldevilla, editor, **Los enigmas del Poder (Fujimori 1990-1996)**, Lima 1996; John Crabtree y Jim Thomas, coord., **El Perú de Fujimori**, Universidad del Pacífico, Lima 1999; Julio Cotler y Romeo Grompone, **El Fujimorismo. (Ascenso y caída de un régimen autoritario)**, IEP, Lima 2000; Pedro Planas, **El fujimorato**, Lima 1999; Carlos Iván Degregori, **La década de la antipolítica. (Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos)**, Lima 2000.

Sobre los temas pendientes, cf. AA.VV., **Las tareas de la transición democrática**, Lima 2000.

Sobre la amnistía dada en 1995, se esgrimieron diversos enfoques. Sin ánimo exhaustivo, véanse, Samuel B. Abad Yupanqui, **Cuando la amnistía se convierte en impunidad: visiones desde el Derecho Constitucional** en “Temas de Derecho”, núm. 2, 1995; César Landa Arroyo, **Límites constitucionales de la función legislativa: a propósito de la sentencia de la jueza Saquicuray** en “Diálogo con la jurisprudencia”, año II núm. 3, 1996; Sigifredo Orbegoso Venegas, **Amnistía: luces y sombras de un debate nacional** en “Revista Jurídica del Perú”, núm. 3, 1995 y Domingo García Belaunde, **La amnistía: pro y contra** en “Revista Jurídica del Perú”, número 4, 1995. El punto de vista oficial está representado por Enrique Chirinos Soto, en su artículo **La ley de amnistía** en “Justicia militar”, suplemento del diario oficial “El Peruano”, Lima 13 de agosto de 1995.

Sobre el retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte, vid. el especial de la **Revista Peruana de Derecho Público**, núm. 1, 2000 (contiene artículos de Héctor Gros Espiell, César Landa Arroyo y Francisco J. Eguiguren Praeli).

La posición de la Iglesia Católica fue siempre crítica frente al fujimorismo, si bien hubo excepciones. Así, el Obispo de Ayacucho Monseñor Juan Luis Cipriani, de la orden del Opus Dei y muy cercano colaborador del régimen autoritario de Fujimori, declaró en 1994 en una entrevista periodística, que la defensa y el sentido de los derechos humanos “era una cojudez” (sic) (cf. las entrevistas en la revista “Caretas” núm. 1307 de 14 de abril de 1994 y en el diario “El Comercio” de 23 de mayo de 1999; un amplio comentario en el diario “Liberación” de 13 de setiembre de 2000). Más tarde, Cipriani fue elegido por la Santa Sede como Cardenal del Perú, momento en el cual trató de diluir el sentido de sus afirmaciones, para posteriormente pedir perdón público por sus errores en homilía en la Catedral de Lima. Sin embargo, la postura de Cipriani representa – o representó– una opinión muy difundida en los círculos gubernamentales de entonces, así como en muchos grupos conservadores (sobre todo empresariales).

La totalidad de los documentos relacionados con el tema que nos ocupa, pueden verse en **Amnistía vs. Derechos Humanos**, Defensoría del Pueblo, Lima 2001; sobre los alcances de la sentencia de la Corte, es interesante la entrevista a Antonio A. Cançado Trindade, **El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos** en “Ideele” Lima, núm. 138 (junio de 2001) y núm. 139 (julio de 2001).

Sobre el *ius cogens*, cf. Fabián Novak T. y Luis García–Corrochano M. **Derecho Internacional Público**, Lima 2000, tomo I, pp. 419-434.

IX

REPRESENTACIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS: EL CASO DEL PERÚ (*) (**)

I

El conjunto de la América Latina, que los analistas europeos y norteamericanos estudian como una unidad, no es en realidad tal. Por de pronto, habría que separar, aun cuando sólo sea por el nombre, la América Latina del Caribe, que comprendería las numerosas islas, unas más grandes, otras más pequeñas, en donde se encuentran Cuba, Puerto Rico, República Dominicana, Jamaica, etc. Pero si bien esta unidad no existe, en el sentido de un todo, sí puede hablarse de grandes parecidos y en todo caso de una familia con rasgos comunes, a tal extremo que en ella pueden encontrarse hechos, situaciones y personajes similares (sobre todo en los países de raíces latinas). Con estas precauciones, haremos las reflexiones que siguen en torno al caso peruano, pero tratando de enmarcarlo dentro del contexto general latinoamericano, con la seguridad de que en ellos se dan situaciones similares; es decir, un *tempo* político parecido.

II

El tema que nos preocupa es el de la representación y el de los partidos políticos, o mejor dicho, la crisis de la representación y la crisis de los partidos.

* Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional “Ciudadanos e instituciones en el Constitucionalismo actual” – Universidad de Alicante, Alicante 3 – 5 de mayo de 1995. Publicada en **Ciudadanos e instituciones en el Constitucionalismo actual**, José Asensi Sabater, coordinador, Tirant Le Blanch, Valencia (España) 1997 y en **Pensamiento constitucional**, editada por la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 2, 1995.

** Bibliografía básica: siendo muy extensa sobre el tema en cuestión, nos limitamos a señalar la siguiente:

- a) De carácter general: Manuel Alcántara Sáez, **Gobernabilidad, crisis y cambio**, CEC, Madrid 1994; C. Perelli, S. Picado, D. Zovatto (compiladores), **Partidos y clase política en América Latina en los 90**, IIDH-CAPEL, San José 1995;
- b) Para el caso peruano: Sinesio López, **El Dios mortal (Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX)**, Instituto Democracia y Socialismo, Lima 1991; Julio Cotler, **Descomposición política y autoritarismo en el Perú**, en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, núm. 15, mayo-agosto de 1992; Fernando Tuesta Soldevilla, **Perú político en cifras**, Fund. Ebert, Lima 1994; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, **La Constitución peruana de 1993**, Editorial Grijley, Lima 1994.

Por lo menos, de los partidos en su sentido tradicional o clásico. Y lo que se advierte a todas luces es la crisis de la representación; debido a que la sociedad civil no se siente representada en los partidos que hasta hace poco concentraban las simpatías populares, y más bien se orienta hoy hacia otros cauces. La culpa es fundamentalmente de los partidos, toda vez que ellos no han renovado su mensaje, y muchas veces no han remozado su programa ni sus líderes. El voto popular, de esta suerte, se vuelca hacia otros personajes, que son en cierto sentido la negación de los partidos, los *outsiders*, personajes solitarios que no representan muchas veces a nadie, ni siquiera a sí mismos, pero que intentan captar ese descontento existente nacido del divorcio entre los partidos y la ciudadanía. Los partidos están en crisis y al parecer en vías de extinción, sin que en el horizonte surja nada para reemplazarlos. Cabe pensar que quizá ya cumplieron su ciclo histórico, que se agotaron y que en consecuencia deben surgir otros entes u organizaciones diferentes, que sirvan de enlace entre la población y el aparato del Estado (toda vez que una democracia directa es hoy en día un imposible, pues en puro rigor no se realiza en ninguna parte). Todo esto ha llevado a la larga, a la crisis de la democracia, de la democracia clásica, representativa y liberal. Tremenda paradoja. Cuando precisamente desaparece el comunismo, que es el bastión formidable que se enfrentó a la democracia con aparente éxito durante más de medio siglo; esto es, cuando la democracia se queda sin contendores, curiosamente ella entra en crisis. Pero desde adentro; no desde afuera. Con lo cual el problema reviste mayor gravedad. Veamos antes algunos precedentes y el contorno continental.

III

El Estado de bienestar tiene sus orígenes en el período de entre-guerras, si bien algunos de sus antecedentes pueden rastrearse en épocas más remotas. En algunos países, como los Estados Unidos, ello sucede en la década del treinta, a raíz del *crac* de la bolsa en 1929. En otros países europeos esto se inicia por la misma época, pero se acentúa sobre todo después de la segunda posguerra. De América Latina podría decirse otro tanto. Es a partir de esta década de los treinta que empiezan a surgir políticas estatales distributivas, y en consonancia con ellas, aparece cierto populismo en el movimiento político latinoamericano. Populismo que en sus inicios no hizo más que ponerse a tono con los nuevos vientos que soplaban, pero que luego cayó en exageraciones.

Años más tarde, sin desaparecer del todo la imagen del Estado-benefactor, apareció en la década de 1960 la idea de la revolución. Como nunca la América Latina fue consciente de su atraso, lo que fue más evidente a mediados del presente siglo, por la enorme distancia que empezó a separarnos de los países desarrollados. Se pensó, por un lado, en las teorías desarrollistas de muy diverso calado, y por otro, en la idea de que la revolución iba a ser la panacea para todos nuestros males. Todo esto fue coincidente con el interesante

fenómeno de la Revolución Cubana, que culminó exitosamente en 1959, con la figura mítica de Fidel Castro, que despertó entusiasmo y adhesión delirantes. Esto ocurrió hace más de treinta años, y hoy la figura de Castro ya no despierta admiración. Por el contrario, es un personaje trasnochado que ha perdido el rumbo de la historia, pero que no lo fue en sus comienzos. La revolución castrista se exportó a toda la América Latina y tuvo su emisario en otra figura emblemática, que sin embargo cayó abatido por las armas: el Ché Guevara. Pero el proyecto cubano exportado no prosperó y no tuvo éxito en ninguna parte, aun cuando dejó huella y motivó seguimientos que tuvieron hondo eco político.

Más tarde, siguieron las dictaduras que se enseñorearon en muchos de nuestros países, en forma absoluta e ilimitada. Pero todo proyecto autoritario tiene sus límites, y pronto vuelve la onda democrática, aunque esta vez con mayor autenticidad. Este fue el signo de los años ochenta, y con él se fueron dejando atrás las tónicas intervencionistas y protectoras de décadas anteriores, y comenzaron lentamente a imponerse las ideas liberales, a través de sus profetas actuales, como Friedman y Hayek, que incluso se hicieron presentes en diversos certámenes en nuestros países, para reforzar con su presencia física las ideas que ellos proclamaban desde décadas atrás. En este ambiente de liberalismo, ocurren dos hechos inesperados. En primer lugar, la caída del muro de Berlín en 1989, fruto de una política nueva dentro de la Unión Soviética, liderada por ese gran gestor que fue Gorbachov, y luego, el derrumbe de la URSS en 1991, lo que abrió una serie de incógnitas y problemas que hasta ahora no se han disipado del todo. La caída del comunismo trajo, como era de esperarse, la crisis o el colapso de los partidos comunistas en el mundo e incluso de aquellos que se inspiraron en el marxismo, pero curiosamente coincidió con la crisis de los partidos. Esto se hizo patente en diversos países europeos, pero sobre todo en aquellos de raigambre latina, como son Francia, España e Italia.

Esta crisis trajo consigo la presencia de nuevos personajes que tratan de sustituir a los cuestionados partidos, a los cuales ya nadie quiere, por lo menos aparentemente. La crisis se da de manera especial en México, con el cuestionamiento del PRI, y con el surgimiento de un personaje nuevo en la Argentina, Menem, que de peronista sólo tiene el rótulo, pues gobierna solo y con gente de su confianza. Un político tradicional como Caldera en Venezuela, llega al poder unido y avalado por diversos grupos nuevos, ajenos a los partidos clásicos. En el Perú, la presencia de Vargas Llosa y luego de Fujimori como Presidente, confirman lo dicho. Por cierto, estos son los rasgos generales. Pero la tendencia que advertimos marca un camino, en el que probablemente transitarán los demás.

Precisemos algunos rasgos de este panorama: hay casos especiales como Cuba que sigue siendo una férrea dictadura atrasada y empobrecida; y Haití, que es todavía un pronóstico reservado. Y el área convulsa de Centro América tiene una excepción en Costa Rica. Pero las caídas de presidentes en tan corto tiempo no son un buen síntoma, aun cuando en el fondo sí lo sea. Es el

caso de Pérez en Venezuela, Collor de Mello en el Brasil y Serrano en Guatemala (sin contar con la investigación a Alan García en el Perú). Fenómeno también importante que se advierte en los últimos años es que la universidad, los sindicatos y sobre todo la Iglesia Católica, han perdido gran parte de su influencia. Ya no son determinantes como lo eran en la década del 50, en la cual la acción de uno de ellos, digamos la universidad, podía poner en jaque a un ministro o incluso a un régimen.

Fuerza nueva que aparece son los empresarios. El liberalismo se puso como meta achicar al Estado y eliminar su carácter elefantiásico. Siendo muy grande, al final terminó engulléndose a sí mismo. Al reducirse el rol del Estado, crece el sector privado. El empresario adquiere más poder de decisión y se lanza a la vida política, como no lo hacía desde décadas atrás. Adicionalmente, otros factores son importantes. La política de masas exige un medio rápido para llegar a ellas: la televisión se torna significativa; la política se “televisa”; las masas leen cada vez menos y se informan a través de los medios: radio, prensa y televisión. Como consecuencia de ello, los grandes debates ya no se dan en el parlamento; se dan en las calles, en los medios. Y todo esto combinado con la presencia de los *outsiders*. Estamos pues en un momento de transición. Pero no sabemos cuánto durará. Es cuestión de tener paciencia. Este cuadro general, matices más, matices menos, se da también en el Perú, con sus peculiaridades. Veamos ahora cómo se ha desarrollado esta fase en nuestro país.

IV

El Perú volvió a la democracia en la década de los ochenta. Tras doce largos años de gobierno militar, aprobación de una nueva Constitución de por medio, las elecciones de 1980 ungieron a Fernando Belaunde para una segunda administración. En esta oportunidad, las cosas fueron distintas, pues con una mayoría cercana al 46%, el sistema electoral le fue favorable en las dos cámaras, en las cuales con la ayuda del Partido Popular Cristiano, podía contar con pleno respaldo para efectuar su programa de gobierno. Las circunstancias, sin embargo, eran otras. Los paradigmas de los años 60 habían desaparecido, y la sociedad buscaba nuevos caminos, en medio de tanteos y vacilaciones. El Gobierno, fiel a su viejo programa, se empeñó en una agresiva política de infraestructura, esto es, carreteras, hospitales, puentes, obras de electrificación, seguridad social, etc. En el campo externo, retomó y defendió la política internacional peruana que se seguía desde antes, y dentro de ella el acercamiento a los países del Pacto Andino. En ese momento, se sintió la necesidad de arreglar los diversos aspectos dejados sueltos por tantos años de administración militar, lo que sin lugar a dudas, conllevaba la necesidad de efectuar ajustes dentro del aparato del Estado, en especial, en su política empresarial que tanto infló al Estado en los últimos años. Igualmente había que impulsar la apertura al mercado. Por lo demás, los vientos liberales empezaron a

soplar en los diversos países del área. Sin embargo, fuerzas supérstites, en especial las de influencia o herencia marxista, hicieron tenaz oposición a ella, lo que dificultó grandemente dicho proceso. No obstante esto, continuó la política en materia de salud y educación, aspectos importantes de toda buena administración. Pero al mismo tiempo hizo su aparición, en forma por demás tímida y algo desordenada, el fenómeno del terrorismo, encabezado por el grupo comunista conocido como "Sendero Luminoso", y cuyas actividades mesiánicas y sicóticas tanto iban a dar que hablar a la opinión pública internacional. A mediados de la década surgieron, sin embargo, síntomas de descontrol en el área económica, lo cual creó cierto malestar. No obstante, en términos generales, el gobierno del 80-85 significó una audaz política de infraestructura, un arreglo interno de la economía y sobre todo el restablecimiento del orden constitucional, la libertad de los medios de expresión (que estuvieron cautivos durante la dictadura militar) y, sobre todo, el libre juego democrático. El segundo gobierno de Belaunde contrasta, sin lugar a dudas, con el primero, con el cual se diferencia por épocas, ambientes políticos y propósitos definidos. En su segundo período, Belaunde actuó como un buen administrador, como un proporcionador del empleo, buscando dar trabajo y seguridad a la población. Es discutible en qué medida todo ello fue conseguido, pero es evidente que si consideramos este segundo gobierno como uno de transición, de la dictadura a la democracia, debe considerársele como un éxito, aun cuando sólo sea modesto. Para una mínima comparación, puede tenerse presente que tan sólo en materia laboral, mientras el gobierno militar fue impositivo y actuó por medio de la fuerza, el gobierno de Belaunde inauguró una política de concertación, que fue positiva. Más se agranda este mérito, si se tiene presente que ni Belaunde ni menos aún su partido Acción Popular, gozaron nunca del apoyo de los grandes grupos económicos, ni menos aún de las facciones sindicales, moviéndose dentro de ellas con habilidad, pero sin haber estado hipotecado a ninguna.

V

Cuando se convoca a elecciones en 1985, algunos problemas habían comenzado a manifestarse fuertemente; entre ellos la inflación y el terrorismo, fenómenos ambos que a ese momento requerían, no sólo constatar su existencia, lo cual podía ser minimizado anteriormente, sino adoptar frente a ellos una política decidida. Entre los varios candidatos a la presidencia, se presentaron dos fuerzas de gran envergadura: por un lado el Apra, viejo partido histórico de los años treinta, que aparecía totalmente remozado en sus cuadros y que tenía al frente a un elemento de la nueva generación: Alan García Pérez. Por otro, Izquierda Unida, por fin unida después de tantos desencuentros, al frente de un prestigioso líder, Alfonso Barrantes Lingán. En las elecciones se dieron cifras curiosas; pero al final lo que destacó fue el porcentaje del Apra, que alcanzaba el 45.8%, y el de Izquierda Unida, que llegaba al 21.32% y que era el segundo en la votación. Los demás partidos y agrupaciones se encontraban muy

por detrás de estas cifras y no tenían peso alguno. Al parecer, por vez primera, dos fuerzas con tufillo de izquierda o de izquierda, se acercaban al poder. Por cierto, ambas se habían alejado de todo dogmatismo y no presentaban los matices excluyentes y fundamentalistas que las caracterizaron en sus inicios, y que mantuvieron en los años posteriores.

Por una serie de tecnicismos que no es del caso explicar ahora, el triunfo favoreció a Alan García, quien pudo contar con mayoría parlamentaria que le daba amplio respaldo en las cámaras. El reto a ese momento era grande, ya que los años anteriores, si bien de transición y en cierto sentido de vuelta al orden institucional, habían mostrado serios problemas que no se podían olvidar por más tiempo. El Apra, luego de sesenta años de espera para llegar al poder, parecía estar dotada de las condiciones más calificadas para ello: experiencia, nuevos cuadros técnicos, apoyo parlamentario, presencia de un nuevo líder que no había despertado las sospechas que en su momento marginaron al fundador del Partido, etc.

Las primeras gestiones del nuevo mandatario y del nuevo partido en el poder, fueron en realidad, exitosas, o así parecieron serlo. Por lo menos, se contó en ese momento con el apoyo de lo que antaño se llamaban las fuerzas vivas: el comercio, la industria, la banca, los medios de expresión y hasta las cúpulas sindicales. Instaurada una economía de guerra durante veinticuatro meses, dio al principio los frutos que se esperaba; esto es, hubo crecimiento sin desarrollo, hasta que el modelo, pensado para ser transitorio, empezó a mostrar sus límites. Fue entonces que el presidente García, retomando las posiciones originarias del Apra, denunció a la banca, sostuvo que había que democratizar el crédito, y en consecuencia dio el paso audaz de decretar la estatización de la banca (que más o menos por la misma época se había hecho en México y en Francia). Sin embargo, a ese momento no estaban dadas las condiciones para dicho acto audaz; por lo menos, la época no lo aceptaba, y permitió al ciudadano medio ver que el Apra volvía por sus fueros totalitarios y populistas. Fue a raíz de ese intento, a mediados de 1987, que empezará una crisis que arrastró al gobierno hasta el final, y lo condujo a la debacle total. Paralelamente, al lado de las viejas tendencias populistas que se habían mantenido, surgen por esa coyuntura, nuevas ideas liberales, oponiéndose precisamente a la estatización de la banca, que a la postre fracasó. El artífice de esa introducción de las ideas liberales, fue el conocido escritor Mario Vargas Llosa, otrora militante de los predios marxistas, y ahora converso tras haber encontrado su camino de Damasco. Sucedió así como sucede siempre: las viejas ideas estatistas, intervencionistas y socializadoras fueron perdiendo peso poco a poco, en una muerte lenta y no anunciada. En dicho período, convivieron, o mejor coexistieron con las nuevas ideas liberales, que tardarán algún tiempo en imponerse definitivamente.

Lo cierto del caso es que en los dos primeros años gloriosos del aprismo, por así llamarlos, se presentaron buenos augurios, aun cuando asomaron, como

por ensalmo, el pasado populista que había caracterizado siempre al Apra y que hacía dudar de la sinceridad de sus intenciones. No obstante, la buena fe la otorga siempre el elector en tanto no se sienta defraudado. Pero después de dos años de ajuste, el gobierno, en lugar de construir, hizo todo lo contrario: se fue abajo y en picada. A raíz de entonces, Alan García se mostró como un actor más que como un presidente. El aparato del Estado se dedicó a hacer obras de propaganda de aparente apoyo social; se inició una política de subsidios que traería demasiados problemas, y se alimentó la inflación que llegó en 1990, al finalizar el mandato aprista, en más de 7,000 por ciento al año. El terrorismo avanzó en forma incontenible, a tal extremo que parecía estar al alcance del poder. Hubo por cierto algunos aspectos positivos, pero mal llevados. El Apra, viejo partido con muchas obligaciones, cubrió con todo su personal generalmente domesticado, las altas esferas del poder y del aparato público, y no hizo esfuerzo alguno para acabar con el terrorismo. Lo peor del caso es que siendo un partido disciplinado, no permitió que las voces discrepantes a su interior se manifestasen. A la larga, fue un gobierno de Alan García y sus allegados, más que un gobierno del Apra; que si bien como partido no gobernó, toleró los desaciertos de su líder. Al acabar el régimen, la sensación de caos era tan intensa, que cualquier cosa podía pasar. Aún más, daba la sensación de que el país había tocado fondo.

VI

Por la misma época, la opinión pública sufre cierto desencanto. Agotados los mitos populistas y socialistas de la década de los 50 y de los 60, el ciudadano promedio busca ahora, más que discursos, realidades. Ha vuelto la democracia en 1980, pero no le satisfacen los viejos partidos, si bien es cierto que en la escena no hay ninguno por el cual apostar. El ambiente ha cambiado, pero los partidos no cambian. Todos tienen muchos años, el que más de 60; el que menos 20. Lo que se esperaba era que esos partidos no sólo cambiasen de cuadros, sino que cambiasen de mensaje. En ambos casos, era necesario que todo esto llegase al público, de manera directa y con transparencia. Pero no obstante que existe este desfase entre los partidos y el electorado, no hay asomo de que surja quien los reemplace. Pero en 1989 aparece, o mejor, sale a flote, el primer síntoma. En las elecciones para alcalde de la ciudad de Lima, la plaza política más importante del país, es elegido alcalde, Ricardo Belmont, un personaje proveniente del mundo empresarial, pero que se ha hecho conocido a través de sus programas radiales, primero, y televisivos, después. Es decir, una figura advenediza, popularizada como animador y conductor de programas televisivos. Los partidos políticos quedan al margen o rezagados. Lo que aquí es simple esbozo salta a la palestra en 1990, con las candidaturas de Alberto Fujimori y Mario Vargas Llosa. Ambos se presentan como gente nueva, con distinto mensaje, y si bien triunfa Fujimori, será sobre todo por un mejor manejo político, frente a un estilo acartonado y bastante ingenuo que presentó su rival.

VII

Fujimori inicia su período en 1990 para culminarlo en 1995. El problema serio que él afronta es que por vez primera desde que entró en vigencia la Carta de 1979, se lleva a cabo la segunda vuelta, que gana ampliamente. Pero es en la primera que han quedado fijadas las cámaras legislativas y ahí Fujimori cuenta con una representación escasa, que no le da prácticamente margen de acción. La segunda vuelta aplicada al Ejecutivo mas no al Legislativo, puede dar algunas sorpresas. Quizá en otros países no las dé, pero de acuerdo al modelo constitucional peruano y sobre todo a nuestra cultura política, ese desfase puede traer consecuencias serias. En efecto, el presidencialismo peruano, a diferencia de otros modelos latinoamericanos, necesita de una colaboración entre ambos poderes para que pueda darse una coherencia en la marcha del Estado. Es muy probable que en situaciones similares, el Ejecutivo hubiera tendido puentes al Legislativo para poder gobernar, ya que así sucede en las democracias avanzadas. Pero en el Perú eso no sucedió y es difícil que suceda. Por eso los primeros dos años de Fujimori, si bien con importantes concesiones por parte del Legislativo, no hacen sentirse a gusto al Presidente, muy encandilado con el estilo imperial de gobierno y, en consecuencia, ajeno a toda democracia. Estos roces no conducirán a nada nuevo. Los enfrentamientos se sucedieron, motivados en gran parte por la intemperancia de Fujimori, poco afecto a las reglas de juego. Éste, con un estilo político marcadamente populista, adopta no obstante, medidas drásticas de corte liberal, a tal extremo que empieza a reordenar el marco económico del país, controlar la inflación y atacar seriamente al terrorismo (que dicho sea de paso, estaba siendo materia de estudio por las fuerzas policiales desde años atrás). Lo cierto es que estas desavenencias produjeron la ruptura institucional del 5 de abril de 1992, mediante un autogolpe, que contó con el amplio respaldo de la ciudadanía, con la de los grupos de poder, medios incluidos, y por cierto, de las fuerzas armadas y policiales que lo apoyaron en todo momento (a tal extremo que algunos lo señalaron como un gobierno civil-militar, que hacía recordar al de Bordaberry en el Uruguay, si bien el desarrollo posterior de ambos ha sido bastante distinto).

El golpe de Estado de 1992 –uno más en la larga serie de golpes o rupturas institucionales en nuestra historia republicana– significó la clausura del Congreso y el defenestramiento de los demás órganos constitucionales, como el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público, etc. La dictadura fue anunciada de inmediato y el bonapartismo se instauró en el país. Lo que no contó el régimen fue que la reacción internacional fuera tan severa y tan rápida en contra de dicho golpe de Estado. La reacción de los Estados Unidos y de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue determinante. Fujimori, que pensaba gobernar por tiempo indefinido y a base de plebiscitos napoleónicos, tuvo que modificar su agenda y buscar otra que fuese aceptable por la opinión pública internacional,

que lo jaqueaba con los préstamos y los apoyos financieros. Luego de varios vaivenes, se acordó una vuelta a la institucionalidad mediante la convocatoria a una asamblea o congreso constituyente, que finalmente llevó el nombre redundante de Congreso Constituyente Democrático, para que ayudase al gobierno a salir de la trampa en la que él mismo se había metido.

Las elecciones que se dieron ese mismo año no fueron en realidad apabullantes, pues la lista oficialista (Cambio 90–Nueva Mayoría), alcanzó el 49.2% de los votos, si bien copó más del 50% de los escaños del nuevo Congreso, que se instaló formalmente el 30 de diciembre de 1992. Con apretada mayoría, el oficialismo se rodeó de pequeños grupúsculos que le dieron una representación más holgada, y con ella se aprestó a marchar.

VIII

El Congreso Constituyente estaba destinado a durar desde fines de 1992, en que se instala, hasta 1995. En esta fecha terminaba su mandato el Presidente y el Congreso.

Lo que pasó entonces fue algo que no estaba previsto del todo. La idea del nuevo Congreso era fiscalizar y legislar, y a su vez aprobar las reformas constitucionales que fueran necesarias. Entre ellas, había dos que fueron claramente voceadas: la primera era la reelección presidencial inmediata, lo cual demostraba a las claras la intención del Presidente. La segunda era implantar la pena de muerte para los terroristas, que era el caramelo que se alcanzaba a la opinión pública, bajo la falsa idea de que dicha medida drástica era suficiente, *per se*, para acabar con el terrorismo (lo cual es una falsedad, como lo ha demostrado la experiencia histórica). Pero a partir de ahí no existía nada claro. Pero a última hora, el oficialismo consideró necesario hacer una nueva Constitución, bajo el pretexto de que la de 1979 era vieja y anterior a la caída del muro de Berlín, esto es, previa a los grandes cambios de la humanidad (argumento insustancial, que no resiste el menor análisis). Lo cierto es que salvo ciertos aspectos novedosos en la Constitución de 1993, como la parte económica que es totalmente distinta a la de 1979 (más bien de corte proteccionista y no liberal), sólo se notan retrocesos (como en la parte dedicada a la descentralización y al Poder Legislativo) o una copia servil (caso derechos humanos) o mejoras de lo ya establecido (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) Es decir, la Carta de 1993 se ha hecho sobre la base de la de 1979, a la que glosa en más del 65% de sus enunciados. En otras palabras, se ha cambiado todo para seguir igual o casi igual; una especie de gatopardismo constitucional. Para llegar a lo mismo, he sostenido en otro lugar, no hacía falta cambiar todo, pues en nuestra América tenemos la manía de hacer constituciones, bajo un espejismo normativo que nos lleva a creer que, cambiada la Constitución, se cambia la sociedad. De esta suerte, en diciembre de 1993

quedó promulgada la nueva Constitución, la duodécima de nuestra agitada vida republicana (lo que no es mucho si consideramos que Venezuela ha tenido 23 constituciones y Ecuador 17).

IX

Desde el punto de vista que nos interesa, hay que rescatar el acierto de la nueva Carta de 1993, al recoger diversas figuras de participación ciudadana, en fórmulas propias de las democracias semi-directas, como son el *referendum*, el plebiscito, la elección popular de jueces en los primeros niveles, la rendición de cuentas, etc. Todas ellas, si bien reclamadas por el pensamiento constitucional desde tiempo atrás, sólo habían tenido una aparición esporádica y fragmentada. Con todo, cabe anotar que dichas nuevas medidas, si bien están en la actualidad reglamentadas, aún no han sido puestas en práctica, esto es, no han servido para los fines para los cuales fueron introducidas, lo cual no descarta que lo sean en el futuro.

La Constitución se puso al voto popular, mediante referendum, en el mes de octubre de 1993. El resultado fue un porcentaje de 52% por el “sí” y 48% por el “no”, victoria a todas luces ajustada. Este referendum fue llevado a cabo bajo la dirección del Jurado Nacional de Elecciones, que desde hacía treinta años tenía una conducta institucional impecable, y que daba seguridad a la ciudadanía. Lamentablemente, al parecer y merced a los milagros de la informática, en el camino sucedieron cosas extrañas, a tal extremo que el representante del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Jurado, Juan Chávez Molina, denunció públicamente la adulteración de resultados, que habrían dado, según él, un resultado adverso, esto es, un voto mayoritario por el “no” y desventajoso para el “sí”. De esta suerte, habría habido una manipulación que favorecía claramente al Gobierno.

El problema del sistema electoral peruano es que éste descansa fundamentalmente en las mesas de sufragio, que constituyen la unidad más pequeña del sistema, en las cuales, por azar, son elegidos sus tres miembros, y votan un máximo de 200 ciudadanos. Lo que sucede es que el país tiene en la actualidad más de 70,000 mesas de sufragio, de las cuales salen las actas para los Jurados Provinciales, y de ahí van a un gran consolidado en el Jurado Nacional de Elecciones. Todo este camino no es controlado por nadie, sino por el personal administrativo del Jurado y por las Fuerzas Armadas, parte interesada en que los resultados sean favorables al Gobierno, ya que entre la cúpula militar y civil existen lazos de mutua interdependencia. De hecho, los resultados oficiales fueron publicados en forma completa, casi un año después. Y hasta la fecha han quedado sin investigar, ni menos aún sancionar, las irregularidades denunciadas. Es decir, siendo el Presidente Fujimori y la cúpula militar los primeros interesados en que se apruebe una Constitución, era lógico prever que

dispusiesen las cosas de tal manera que sus resultados fuesen favorables al régimen y no adversos a él. Algo parecido ha ocurrido en las elecciones generales de 1995, como lo veremos luego. Pero es indudable que desde aquel momento, el Jurado Nacional de Elecciones ha perdido credibilidad, por más que en algunos de sus miembros no pueda atisbarse ningún tipo de connivencia.

X

No obstante, y aun aceptando los resultados oficiales del referendun, lo importante es que una mitad del país, aproximadamente, no compartía los riesgos de una nueva Constitución, que sirvió de alerta a Fujimori para poner las barbas en remojo; esto es, para darse cuenta de que podría tener algún revés en las elecciones de 1995. A raíz de esto, empieza un nuevo giro social en la política del gobierno. Durante el año de 1994, se produce una verdadera orgía de gastos que se refleja en carreteras, puentes, hospitales, centros deportivos, escuelas, obras de luz, agua y desagüe, y hasta de obsequios (computadoras, tractores, lampas, etc.) en forma masiva y usando fondos del Presupuesto, y en especial de todo aquello que tomó de los municipios, a los que dejó, en gran parte, paralizados. Los economistas han llamado a esto “calentamiento de la economía”; esto es, se han calentado demasiado los motores y el régimen ha vuelto por los fueros de la denostada política protectora y asistencialista, esta vez con claros propósitos electorales. Aún más, el presidente Fujimori se dedicó a recorrer el país, palmo a palmo, para hacer una serie de dádivas y promesas, algunas de las cuales cumplía y otras no. Paralelamente, se seguían llevando a cabo controles estrictos para frenar la inflación, se adoptaban mayores medidas de seguridad en las ciudades y se seguía avanzando con una política de puertas abiertas a la inversión extranjera, de las cuales el proceso de privatizaciones es lo que más réditos le ha dado ante el exterior. Sólo en los últimos meses, se han instalado en el Perú cincuentidós empresas españolas, que han venido a invertir, de las cuales la Telefónica y el grupo BBV, son los más importantes.

Lamentablemente, los partidos políticos en este lapso hicieron muy poco por modernizarse, por cambiar de programas. Al parecer, los tiempos los han desfasado y no atinan a acomodarse a las nuevas situaciones, quizá porque es muy difícil cambiar de caballo a mitad del río.

XI

El año de 1995 fue clave: en él se celebraron las elecciones generales, con la presencia de gran cantidad de partidos políticos, con la del Presidente Fujimori que aspiraba a la reelección, y con un candidato nuevo Javier Pérez de Cuellar, diplomático de carrera y prestigiado a nivel mundial. Hacía poco había

dejado la Secretaría General de las Naciones Unidas, luego de estar al frente de ella durante dos períodos: un total de diez años. Lo destacable en la candidatura de Pérez de Cuéllar era su carácter de persona desligada del ajetreo político. Pero lamentablemente, no era un hombre con carisma personal que irradiase simpatía en las multitudes. Lleno de virtudes y condiciones, era el hombre apropiado para todo, menos para la campaña política de un país tan difícil como el Perú. En eso se parecía Pérez de Cuéllar a Vargas Llosa; ambos con méritos notables en sus respectivos campos, pero incapaces de despertar pasiones entre la multitud. No obstante esto, la campaña de Pérez de Cuéllar fue interesante, y sobre todo bien llevada, ya que contó con un equipo equilibrado y serio de asesores, que dio un signo de madurez a su candidatura.

Por su lado, Fujimori se presentó como el hombre que no ofrecía promesas, sino realidades: era lo malo conocido frente a lo bueno por conocer. Aún más, la campaña de éste estuvo dirigida a alertar a la población de que si él no salía elegido, todo lo que había avanzado el país en esos años, podía irse al tacho, o en todo caso, tener un retroceso notable. A eso hay que añadir que todo el poder se puso al servicio de Fujimori: los medios se alistaron a su lado; los grupos económicos lo financiaron y hasta generales del ejército en actividad se convirtieron en vivanderos del presidente-candidato. Todo este espectáculo nos lleva al convencimiento de que en realidad, la reelección inmediata en países tan centralistas en sus decisiones políticas, no es conveniente. Favorecido además por el hecho claro de que los partidos no se levantaban de su letargo (pues no habían cambiado de imagen o la nueva que adoptaron no llegaba a convencer), las elecciones de 9 de abril de 1995 dieron a Fujimori un 64.42% de votos a favor, seguido por el 21.82% de Pérez de Cuéllar, lo cual lo libraba de la segunda vuelta. Su lista parlamentaria oscilaba el 52%, esto es, Fujimori no lograba endosar toda su popularidad a su lista parlamentaria, compuesta en gran parte por incondicionales sin nivel ni calidad. En este su nuevo período (1995-2000), el Presidente Fujimori contará con una mayoría parlamentaria, que le permitirá gobernar sin control alguno. Por cierto, las elecciones no han sido del todo claras, pese a la participación de los observadores internacionales y, en especial, a la decorativa presencia de la OEA. No obstante, todo hace pensar que a nivel presidencial ha habido anomalías que han dado a Fujimori un abultado porcentaje (se piensa, aun cuando todavía sin probanza, que se habría beneficiado al candidato-presidente con un aproximado de 10%), y que igual habría sucedido con sus listas parlamentarias, en las cuales se habría introducido una alteración en el cómputo consolidado para incrementar su porcentaje en igual medida. Todo esto fue denunciado, pues incluso se dio, días antes de la elección, el caso de inscripciones fraudulentas y la sustracción de actas electorales. No obstante estas irregularidades, que confirman una vez más que nuestro sistema electoral se quebró en 1993, lo cierto del caso es que aun con estas anomalías, la votación ha privilegiado al Presidente-candidato, sin hacerle mella aparente después de cinco años de gobierno. Por otro lado, los partidos políticos aparecen reducidos y algunos borrados del mapa, al haber obtenido menos del 5% de los votos, lo cual los obliga a reinscribirse en el Registro

Electoral. Esta realidad, nos lleva a hacernos diversos planteos en torno a los problemas que nos ocuparán los próximos años.

XII

La primera conclusión que obtenemos es que las elecciones, no obstante las salvedades expuestas, han consagrado a Fujimori para un nuevo período que acabará el año 2000, si todo ocurre en normalidad. Se prolonga así el régimen a diez años, que es del todo ajeno a nuestra tradición constitucional. Y en todo caso, si con algo se emparenta, es con las dictaduras. Por tanto, el período se abre teniendo un pronóstico reservado. Evidentemente, no se puede negar las conquistas, o mejor, los logros obtenidos por el Gobierno, que dicho sea de paso, nadie ha cuestionado. Pero dichos logros se han obtenido a un precio muy alto: la subordinación del poder civil a los militares, el opacamiento, defenestración o desarticulación de las principales instituciones republicanas o en todo caso su domesticamiento; la desaparición de una opinión libre, ahora regimentada por intereses de diverso signo, y en fin, el estilo autoritario que impregna todo el Gobierno. Indudablemente, no estamos ante una dictadura tradicional ni menos implacable. Los tiempos han cambiado y se goza no sólo de libertades económicas, sino de libertades civiles. Pero el problema es que toda la institucionalidad está en función del régimen, o en todo caso, no se atreve a enfrentarse a él. Hay una especie de democracia a medias; una *democradura*, según dicen algunos analistas, esto es, democracia por un lado, y dictadura, por otro.

Inaugurada así una nueva administración gubernamental, con todos los órganos constitucionales a favor del Gobierno, con prensa y medios regimentados o en todo caso alineados al régimen; con fuerzas vivas a favor del Gobierno o desarticuladas; con presencia definitiva de los servicios de inteligencia que vigilan a la oposición, con partidos políticos en pleno proceso de descomposición o de reestructuración lenta que todavía no ve cumplida sus objetivos, estamos sin lugar a dudas en un momento de anomia, cuyo porvenir es difícil vislumbrar.

XIII

La dictadura militar (1968-1980) desmontó todo un sistema tradicional que era tremendamente injusto, pero muy eficaz. Existían cuadros y personal calificado, instituciones y metas, objetivos y programas. Todo esto cesó, fue arrasado. En parte, con razón, en parte sin ella; y sobre todo con métodos de fuerza. El reacomodo empezó lentamente a fines de la década del setenta, por impulso de la misma cúpula militar. El advenimiento de la democracia debió

haberlo finalizado, pero lamentablemente los gobiernos que llegaron entonces al poder, no comprendieron que la sociedad había cambiado, y lo que es peor, se encontraron con que no tenían al personal que reemplazase eficientemente a las viejas elites que habían sido eliminadas. Por eso, la irrupción del descontento en la arena política a fines de los ochenta, sintoniza con el nuevo mensaje que ofrece Fujimori. Se inicia así un período de acomodamiento que está resultando áspero y que debe terminar algún día, tarde o temprano, cuando plasme un nuevo orden, más moderno y eficaz. Pero no sabemos todavía cuándo terminará este proceso de transición y en qué condiciones. Lo más probable es que lo sea de manera violenta y drástica, como lo han sido diversos períodos de nuestra agitada historia republicana. Pero ello depende de cómo se maneje el Gobierno en su nueva administración.

Lima, abril de 1995.

X

**SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA VOZ
“CONSTITUCIONALISTA”***

Si revisamos el diccionario de la Real Academia Española, veremos que este vocablo no existe, pero se advierte que es un derivado que tiene que ver con constitución y con constitucionalidad. Por otro lado, constitución tiene varios significados, entre ellos el fisiológico, el atmosférico, el geográfico, el eclesiástico, el universitario, etc. Recordemos que el egregio Unanue, en su célebre obra sobre el clima de Lima, habla de la constitución médica. El mismo significado jurídico de constitución era otro en la antigua Roma (como lo era el significado del Senado), y otro es también en otros ámbitos, como cuando se habla de la constitución de una sociedad mercantil. Pero en sentido estricto jurídico-político, y más en concreto en Derecho Público, la constitución tiene un significado específico como ley suprema, ley fundamental o código político de una determinada sociedad. En tal sentido, constitucionalista es aquella persona, aquella actitud o aquella situación, que está apegada a la Constitución y sigue su huella. En el caso concreto de las personas, ello indica que se trata de las que de una u otra forma están marcadas, en pensamiento o acción, por la Constitución Política del Estado. En sentido amplio, puede considerarse como constitucionalista a todo aquel que rinde culto a la Constitución, cree en ella, es su defensor y en consecuencia, se preocupa por sus avatares.

Por tanto, haber puesto el nombre de “El Constitucionalista” a una publicación periódica que se dedica precisamente a dar cuenta de aspectos, hechos, notas y novedades doctrinarias en materia constitucional, es un gran acierto.

Quizá por ello no esté demás hacer algunos apuntes sobre quién debe ser considerado como constitucionalista. En una primera aproximación, muy general y nada rigurosa, es indudable que como tal se considera a todo aquel que, de cualquier manera, en pensamiento, palabra u obra, demuestra apego, respeto o simpatía por la Constitución del Estado. Pero esta explicación es genérica y merece ser sometida a un mayor afinamiento. Intentaré hacer una clasificación que ya he adelantado en otro lugar, y sobre la que aquí quiero volver.

En primer término tenemos el sentido **pragmático** de la voz constitucionalista. Es decir, todo aquel que de palabra u obra, demuestra una actitud o comportamiento constitucionales. Esto puede ser claro en los

* Publicado en **El Constitucionalista**, núm. 1, Lima, agosto de 1995.

funcionarios de un gobierno, en la línea de un periódico o en la actividad de un caudillo o de un político (como lo fue Vicente Morales y Duárez en las Cortes de Cádiz, y a quien puede considerarse nuestro primer constitucionalista). Además hay que tener presente las variantes existentes. Por ejemplo, en su primer período, Piérola actuó como dictador (1881). No así en su segundo gobierno (1895-1899) en el que lo que hace es de acuerdo con la Constitución vigente, de manera ejemplar.

El segundo caso es el constitucionalista en sentido **coloquial**, que es en rigor el *bon connaisseur* del Derecho Constitucional. Quien tiene información sobre esta disciplina, o relación con cierta actividad vinculada con el Derecho Constitucional, sin ser necesariamente un experto. **Un tercer sentido** es el constitucionalista **profesional**. Generalmente aquí estamos ante abogados que se desempeñan en el ejercicio profesional en materias fundamentalmente constitucionales, que si bien en nuestro país no da mucho campo para actuar, sí sucede en otros países, como es el caso de la Argentina, Brasil, México y Estados Unidos, para referirnos sólo a nuestra América. Así, el abogado puede dedicarse a temas constitucionales, y aún más, le ocupan gran parte de su tiempo, y a veces vive de dicha problemática. Esto por cierto exige una cierta preparación y estar informado de la disciplina.

Finalmente, en cuarto y último lugar, el **constitucionalista académico**, que es el que lee, medita, investiga y publica artículos, ensayos, monografías y libros en materia constitucional, con severa óptica científica. Por cierto, no se trata sólo de publicar, pues muchos son los que publican con propósitos diversos. Lo distintivo es su carácter de investigador o de alta divulgación y, accesoriamente, el hecho de publicar.

Todos ellos son constitucionalistas. Sin embargo, los dos primeros pueden ser calificados como constitucionalistas en sentido amplio, el considerado en tercer lugar, como constitucionalista en sentido estricto; y el ubicado en último lugar, en sentido estrictísimo.

Problema aparte es el relacionado con los que enseñan o los que publican artículos, monografías o libros sobre Derecho Constitucional y de carácter no rigurosos. A ambos en sentido amplio puede considerárseles como constitucionalistas, pero falta ver en cuál de las categorías ubicarlos. Así, en cuanto a la docencia, este es un dato que puede presentarse en cualesquiera de las cuatro categorías antes indicadas. Es decir, todos ellos pueden estar vinculados o relacionados con la docencia. Esta no es un rango distintivo, sino una diferencia que amerita. En cuanto a los que escriben textos no rigurosos, pueden ser ubicados en las primeras tres categorías; no así en la cuarta que hemos reservado al investigador y científico de alta divulgación. Tampoco aquí, como en el caso de la docencia, el hecho mismo de publicar es significativo, pero sin lugar a dudas refuerza la labor desempeñada.

De lo anterior se desprende que la docencia y la publicación por sí solas, siendo importantes, no son definitorias de lo que consideramos constitucionalista en las cuatro modalidades que en forma convencional hemos adoptado. Pero sirven para realzar el desempeño de cada cual.

XI

CONSTITUCIÓN Y LABOR POLICIAL *

Mi dilecto amigo Francisco José del Solar R. nos ha convocado para analizar los conceptos de “Orden Público” y “Orden Interno”, con el plausible afán de ayudar a esclarecer un campo tan confuso, pese a la buena intención y al empeño puesto por diversos especialistas (constitucionalistas, politólogos, estrategas, policías, etc.) Este consenso no existe aún, pero el objetivo que se persigue es que exista, no sobre la base de imposición alguna sino sobre la aclaración de ciertos temas y poniéndose de acuerdo sobre otros. La labor no ha concluido y es dable pensar que aún demorará. A este fin apuntan las contribuciones tan valiosas de Del Solar, de Alfredo Quispe Correa y de Marcial Rubio y a eso también se enderezan, muy modestamente, estas líneas.

Aun cuando sea incómodo hacer referencias en primera persona, quisiera mencionar que yo me interesé sobre el tema desde 1982 (cf. **Teoría y práctica de la Constitución peruana**, tomo II, Lima 1993, pp. 218-219), de acuerdo a un planteo que en parte mantengo y que en parte amplí en ensayos posteriores, aun cuando de manera tangencial. La ocasión que ahora se me presenta es pues grata, pues así puedo terciar en este interesantísimo debate, en el cual, sin estar necesariamente de acuerdo con todo lo que aquí se expone, asumo una coincidencia en lo fundamental y en los términos que el lector sabrá apreciar. Sobre todo, me permito hacer otros planteos que no son contrarios, pero sí diferentes a los que circulan entre nosotros, y que espero ayuden a alcanzar una concepción unitaria aun cuando convencional para fines operativos, ya que en la doctrina siempre será un tema inacabado. Mi aporte es, por tanto, fundamentalmente académico.

El problema central, como bien señala Del Solar, es la dañina confusión entre orden público y orden interno. Esto ha impedido ver con claridad cuál es la labor que compete a la Policía, cómo calificarla y darle su *nomen juris*, así como delimitarla de otras actividades que le son afines o cercanas.

El problema nace, por lo menos a nivel constitucional, en la Carta de 1979, y se ha mantenido y mantiene con la vigente Constitución de 1993. Anteriormente el problema no existía. En la Carta de 1933, quizá la más imperfecta del siglo XX, pero ahora sin lugar a dudas la de más larga duración en

* El siguiente texto es la reconstrucción de la exposición realizada el 14 de setiembre de 1995 en el “Seminario de Derecho Constitucional y Ciencia Política: Orden Jurídico, Orden Público, Orden Interno”, que a iniciativa del Dr. Francisco José del Solar, organizó la Universidad “Inca Garcilaso de la Vega” y el Instituto “Voltaire”. Publicado en **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, Perú, núm. 1, enero-marzo de 1996.

esta centuria, la Policía o Guardia Civil no es mencionada. Y no lo es, pues la moderna Guardia Civil (antecedente de la actual Policía Nacional) fue creada en el Gobierno de Leguía (si bien con antecedentes desde el siglo XIX) y a la caída de éste, todos sus opositores la emprendieron contra ella.

El famoso “Manifiesto de Arequipa”, redactado por Bustamante y Rivero pero firmado y ventilado como justificativo del golpe de mano de Sánchez Cerro en agosto de 1930, tiene un franco ataque a la Guardia Civil (entonces la única fuerza policial) por haber sido creada, según se decía, para despojar de sus legítimos fueros al Ejército. Esto explica por qué en la Carta de 1933, empezada a discutirse en diciembre de 1931, la Guardia Civil desapareciese de la escena, se le asignase un rol inferior y sólo se hiciese una referencia constitucional a la Fuerza Armada. De ahí al apelativo de “Fuerzas Auxiliares”, que les asignó el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), sólo había un paso. Es por eso que la Asamblea Constituyente de 1978, a través de un distinguido oficial de Policía ahí presente y que militaba en las filas del Partido Popular Cristiano (Oscar Olivares Montano) se propuso, con el apoyo de las demás fuerzas políticas, precisar el *status* constitucional de las fuerzas policiales, así como deslindar a sus tres componentes: Guardia Civil, Guardia Republicana y Policía de Investigaciones. Todavía a ese momento no se pudo ver, o no se quiso, unificarlas, como acertadamente se hizo después (si bien con los roces y problemas internos que nunca faltan en el inicio). La Carta de 1993 recoge lo anterior y lo consagra a nivel de normativo. En su artículo 166 va en la misma dirección que la Carta de 1979 (artículo 277°), en su versión reformada de 1988.

Dentro de este proceso de aclaración, definición y propuestas, queremos enmarcar las ideas que siguen, teniendo presente que el primer problema que se nos presenta, y del cual depende casi todo, es el de la ambigüedad de las palabras, pues siendo plurívocas, no se emplean con precisión en todos los casos. Trataremos de hacerlo así.

Me parece que el término básico es el de **Orden Público**, uno de los conceptos jurídicos más importantes, pero también más complejos en cuanto significado y alcances. Pero para nuestros fines, podemos aceptar convencionalmente que por éste se puede entender, al conjunto de condiciones y principios fundamentales para la vida social, que no pueden ser cambiados unilateralmente por los individuos, ya que son el sustento de la vida en común. El Orden Público, según el ámbito de acción, puede ser *interno* (en cada país) o *externo* (en la comunidad internacional). Si es lo primero, tenemos el **Orden Público Interno**; si es lo segundo, el **Orden Público Internacional**. El Orden Público Internacional se ve afectado, por ejemplo, por las sucesivas guerras en la ex-Yugoeslavia, lo que obliga a las Naciones Unidas a tomar alguna decisión al respecto, incluyendo la intervención armada, con el apoyo de los Estados Unidos y de algunas potencias europeas. En igual sentido, un accidente de proporciones, huelgas que marchan sobre grandes avenidas y las paralizan, un tumulto estudiantil, perturban el *orden público interno*. Ahora bien, tomando esta

acepción como válida, vemos que ha sido desnaturalizada y agravada en el caso del *orden público interno*. En el Derecho Administrativo, por ejemplo, sobre todo en la doctrina francesa, se usa la frase orden público como equivalente al orden de la calle (así por ejemplo, Jean Rivero). Alterar el orden público es en realidad alterar la tranquilidad, la paz, el orden cotidiano. Y por cierto, quien concurre en forma directa a conjurar esta situación y devolver el orden y la tranquilidad, es la Policía. Por tanto, el orden público interno, se refleja directamente y en lo tangible, en el orden de la calle. Así considerado, se puede usar indistintamente “orden interno” u “orden público” en el entendido que ambos son lo mismo y que son referidos a un uso restringido y no técnico. Este “orden de la calle” es parte o expresión del Orden Público Interno que abarca adicionalmente otros tópicos. Pero aquí no se agota el problema.

El Orden Público Interno se encuentra, en primer lugar, en la Constitución. Ahí están o deben estar las bases normativas que reflejan un precipitado doctrinario y que actúa como justificativo de todo un sistema jurídico. Pero este orden público tiene expresión, más o menos directamente, en diversas áreas. En primer lugar, en el Derecho Administrativo tiene lugar la facultad de control sobre la población, en una administración policial que depende del poder político (en nuestro caso, el Ministerio del Interior). De aquí parten diversas normas de orden público o sea, obligatorias y no disponibles para los ciudadanos. Este orden público también se refleja (sin agotarlas) en otras ramas como el Derecho Civil, en donde existe, en varios apartados, normas de orden público contra las que no se pueden pactar, como las relativas al matrimonio, divorcio, herencia, contratos, etc.; el Derecho Tributario; el Derecho Penal (que define el delito y establece las penas), el Derecho Procesal (tanto el civil como el penal, en donde hay normas precisas que pueden producir la nulidad de los actuados en caso de no ser observadas), etc.

Volvamos pues a lo anterior. Tenemos un *orden público interno* que se refleja en diversos actos y parcelas del Derecho. En el uso cotidiano se usan indistintamente las frases de orden público u orden interno, que en el fondo son lo mismo; esto es, son equivalentes. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la Policía? Fundamentalmente y esto lo precisó a nivel constitucional por vez primera la Carta de 1979, ***mantener el orden social y comunitario***. Maggiore dice que la policía es la actividad del Estado encaminada a prevenir los daños y peligros que pueden derivarse para el ordenamiento social, por la conducta desarreglada de los individuos (cf. **Derecho Penal**, Edit. Temis, Bogotá 1954, tomo I, p. 46). Así considerada, la policía es parte del servicio que debe tener un Estado moderno para mantener la *paz pública*. Como su labor es sustancialmente preventiva y depende de la Administración Central, se le conoce en doctrina como “Policía Administrativa”. Hay que diferenciarla del clásico concepto de “Poder de Policía”, que tenía otros alcances, y que hoy se encuentra en crisis (cf. Agustín Gordillo, **Tratado de Derecho Administrativo**, Ed. Macchi, Buenos Aires 1980, tomo II; Miguel S. Marienhoff, **Tratado de Derecho Administrativo**, Abeledo-Perrot,

Buenos Aires 1980, tomo IV; Roberto Dromi, **Manual de Derecho Administrativo**, Ed. Astrea, Buenos Aires 1987, tomo II).

Pero volvamos a lo nuestro. La confusión o indecisión existentes, no obstante sus méritos, provienen de la Carta de 1979 y de la actual de 1993. Pero a ellas les llega precisamente por sugestión o pedido de la Policía, que era la parte interesada. Pero la Policía a su vez lo ha tomado del uso diario de la literatura respectiva, que se alimenta de una antigua tradición juspublicista francesa (que se remonta a los códigos napoleónicos), lo cual explica y en parte justifica ese uso. Pero surge la pregunta siguiente: ¿qué hacer con uso tan difundido? Como quiera que es muy difícil desterrarlo de la noche a la mañana, por lo menos a nivel de legislación, podríamos hacer, como bien sugiere Del Solar, un agregado y llamarlo *orden interno policial* para que guarde consonancia con la vigente Constitución, y en tanto ésta no sea modificada. En realidad, los términos “orden interno” y “orden público” (que son equivalentes), cumplieron su labor histórica en relación con el servicio de policía, pero hoy se prestan a errores e imprecisiones. Hay, pues, que prescindir de ellos en esa materia.

Pero en el futuro habrá que insistir que la Policía se dedica a lograr y mantener la *paz pública*, ingrediente y aspecto importante del *orden público interno*. En éste concurren, adicionalmente, directrices de carácter civil, procesal, penal, etc. Dicho en otras palabras, el *orden público interno* como totalidad, encierra principios y normas de muy distinto calibre. Una de sus áreas está relacionada con el *orden social o comunitario*, es decir, la tranquilidad, la seguridad y la legalidad cotidiana. En otras palabras, con la *paz pública*. En ese primer nivel, pero importantísimo, desempeña su meritoria labor el personal policial.

XII

EL NUEVO SISTEMA ELECTORAL*

Nuestra exposición del día de hoy va a versar sobre el denominado “Sistema electoral” en la Constitución de 1993 y tan sólo en sus aspectos centrales.

Me he preguntado siempre ¿qué es un Sistema Electoral?

En la Constitución existe el Sistema de Defensa Nacional y en la legislación existe el Sistema de Defensa Civil, entre otros. El Diccionario de la Real Academia, que no es vinculante, pero sí orientador, dice entre una serie de significados más (porque hay un sistema biológico, un sistema métrico, etc.) que se entiende por sistema a un conjunto de cosas, reglas o principios sobre una determinada materia, enlazados entre sí, que ordenadamente contribuyen a determinado objeto o fin.

Si este concepto lo trasladamos al campo de las Ciencias Sociales, constatamos que se ha hablado de sistemas en los años 50. Así, el funcionalismo hablaba de sistemas y subsistemas, en donde hay una ilación interna entre todos ellos. Y en Derecho se habla de sistema jurídico como totalidad. Sabemos que en Derecho hay ramas: el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho mercantil, pero son ramas del Derecho, porque el Derecho como tal es un sistema, porque todo está entrelazado y guarda interrelación entre sí.

Tenemos en primer lugar cosas o principios; luego el hecho de estar enlazados entre sí, y finalmente, que contribuyen al mismo fin. ¿Esto se da en el Sistema Electoral de la Constitución de 1993? Mi respuesta es definitivamente negativa.

Mi impresión personal sobre esta Constitución es la siguiente: aquello que tiene de bueno, es aquello que viene de atrás, o sea, aquello que es fruto de la tradición, de la experiencia acumulada, de lo que fue pensado, vivido y mejorado. En este sentido, Eugenio D’Ors, el famoso pensador español, decía con razón que lo que no es tradición, es plagio. Es decir, lo que viene de atrás, mejorado, aumentado, eso es lo que está bien.

* Exposición en el Seminario “Nuevo sistema electoral y elecciones municipales”, organizado por CPI y Transparencia (Lima, 24 y 25 de agosto de 1995). Publicado en **Análisis Internacional**, CEPEI, Lima, núm. 10, mayo-agosto de 1995; en **Gaceta Jurídica**, Lima, tomo 25, enero de 1996, y revisado y corregido en **Scribas**, Arequipa, Perú, año 1, núm. 1, 1996, de donde se reproduce.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional viene de atrás. ¿Qué cosa se le ha hecho? Se le ha mejorado, se le ha agregado una competencia.

La parte económica, que motiva el rasgamiento de vestiduras de los más exaltados oficialistas, ya estaba en la Carta del 79. Lo que pasa es que en la del 79 tuvo que coexistir con los vientos de izquierda que soplaban todavía en esa época y fue por eso un texto ambiguo. Ese fue el peaje que hubo que pagar en aquel momento para llegar a la democracia. Pero ya estaban ahí los principales puntos. Se ha perfeccionado, se ha perfilado, se han matizado una serie de planteos. En otras palabras, el modelo se ha definido.

Lo que viene de atrás tiene la ventaja del tiempo, de lo vivido y así puede servir de base para mejoras. Pero aquello que está mal, es aquello que han creado justamente los autores de la Carta de 1993, como es lo del “sistema electoral”. Y voy a demostrar por qué está mal.

¿Qué es lo que había pasado en el Perú tradicionalmente? En 1918 Manuel Vicente Villarán, que fue Rector de San Marcos, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Ministro de Estado, Senador por Lima, etc., escribió un ensayo célebre que se llama **Costumbres electorales**. En esa época definió bien nuestra situación electoral: “... reinan todavía costumbres deplorables, vicios inveterados...”. Luego viene el régimen de Leguía, que es el régimen de la imposición y del fraude: no hablemos sobre eso. En 1931 se hace el primer esfuerzo científico para crear un organismo electoral, que permita que se refleje en escaños lo que expresan los votos.

Esto ha sido bien analizado por historiadores y analistas. Y un vocero tan autorizado como Basadre, dice muy claramente que en el Perú nació científicamente el sistema electoral en 1931.

La Constitución del año 33 lo consagra bajo el nombre de Poder Electoral, al frente del cual estaba el Jurado Nacional de Elecciones (Bolívar usó por vez primera el nombre de Poder Electoral en la Carta del año 1826). Y este Jurado Nacional de Elecciones creado el año 31, consagrado constitucionalmente el año 1933, ha de tener una existencia histórica muy larga hasta el año 1993, o sea, 60 años. Y se ha ido mejorando paulatinamente, ha habido períodos negros, oscuros, de fraude, de cosas artificiosas, pero todo eso ha ido cada vez en mejora. El gran cambio que hay en el Sistema Electoral nuestro o en nuestra normativa electoral, se da el año 1963 a raíz de las elecciones de ese año, en las cuales y como consecuencia del golpe de Estado de 1962, se convoca a elecciones y se remodela toda la legislación electoral. Yo diría que del año 1963 al año 1993 hay una transparencia electoral que, en términos generales, no se discute.

En 1939, por ejemplo, no obstante que ya existía el Jurado Nacional de Elecciones, hay un fraude reconocido. En 1945 no hubo necesidad de hacer fraude, porque Bustamante llegó al poder casi en hombros y como fruto de un gran acuerdo político. En 1950, las elecciones fueron notoriamente fraudulentas: la de Odría que es muy conocida. En la de 1956 se ha alegado que hubo fraude, si bien no fue probado. En 1962 la situación es más delicada, pues hubo un golpe de Estado y se publicó un libro blanco sobre las elecciones, que daba a entender que había existido fraude. Yo lo dudo en lo personal, pero ahora no lo vamos a analizar. Pero desde el año 1963, nadie discute al Jurado Nacional de Elecciones como entidad autónoma, técnica, que opera con imparcialidad. Y esto dura hasta el año 93: treinta años. Creo que el año 1993 se quiebra la fe en nuestras instituciones electorales y se ha quebrado hasta ahora, dejando a salvo naturalmente, la honorabilidad de algunas personas. Estoy hablando de cómo funcionan las cosas. De hecho, ni hay confianza ni funciona bien el aparato electoral.

Y aquí es donde viene el gran quiebre que está representado con esta tripartición consagrada en la Constitución de 1993, creándose un sistema que no es sistema. Vamos a empezar por lo más sencillo, para demostrar que no existe un sistema. Este “sistema” tiene tres partes: el Jurado Nacional de Elecciones (Ley 26486), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Ley 26487), que es la caja negra del sistema, porque ahí se “cocina todo”, y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Ley 26487).

Empecemos por el último. ¿Qué tiene que ver el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con el resto? Nada. ¿Por qué? Porque este registro lo que pretende es crear un documento de identidad que sirva para el voto y para la identificación, porque en este momento el Perú no tiene un documento de identidad. Lo que tiene es un documento de voto, que sirve para fines de identidad, que es otra cosa. Lo más sensato hubiera sido mantener los existentes Registros de Identificación Civil y el Padrón Electoral en donde estaban. Este padrón electoral no tiene nada que hacer acá, pues bien podría estar en la Oficina Nacional de Procesos Electorales, la ONPE. ¿Y la Oficina Nacional de Identificación y Estado Civil? Es simplemente el Registro Civil que existe en las municipalidades de todo el Perú desde el año 1936, obligatoriamente, aun cuando en la práctica viene desde el siglo XIX (durante mucho tiempo en el Perú los documentos eclesiásticos y los documentos civiles se usaron indistintamente).

Esto ha existido siempre. Si así fue y si siempre funcionó en el ámbito municipal ¿para qué había que cambiarlo? No tiene sentido. Ha podido en todo caso crearse un sistema aparte e independiente de identificación y registro civil que organice los municipios que están en todo el país y que reciba mediante computadoras toda su información. Todo esto será remitido a un banco de datos y a partir de ahí se organizaría un sistema que nada tiene que ver con lo electoral. La identificación civil es independiente de lo electoral.

La ONPE es la entidad que maneja todo lo que es el cómputo, el escrutinio, la que envía resultados: tiene a su cargo la organización electoral, todo lo que es la parte administrativa. Y está pensada para ser independiente del Jurado Nacional de Elecciones, al que se deja como una instancia aparte. Y esto porque hay un informe de la OEA, que creo que nadie ha visto, en el cual se dice que hay que buscar un mejoramiento en el funcionamiento y preparación de las jornadas electorales. Pero la OEA no propuso ningún sistema tripartito. La OEA decía algo que era cierto: que en el proceso electoral, la parte administrativa debía estar muy definida para que todo ese mecanismo logístico funcionase, y eso era una llamada de atención para reforzar esto, no para crear una oficina autónoma. El informe de la OEA no fue más que un pretexto para justificar lo que se hizo.

Sin embargo, curiosamente, en las leyes de la materia se ha creado internamente una serie de hilos que van de la ONPE hacia el Jurado, que no estaban previstos, que en principio podrían haberse obviado. Lo cual da a entender que ambas tienen características de sistema, de autonomía con relación, lo que aparentemente contraría el articulado constitucional. ¿Por qué? Porque casi todo lo que hace y decide la ONPE, es visto en apelación por el Jurado, con lo cual el Jurado es instancia jurisdiccional, o sea, dice el Derecho, es la última palabra. El sistema aparece en este punto, aun cuando mediatizado.

Todo esto tiene un cierto parecido con una experiencia extranjera muy reciente, que es la experiencia mexicana. México en los años 89 y 90, un poco en la línea del Tratado de Libre Comercio y ante la exigencia de los norteamericanos de que pongan en orden sus elecciones, que ya sabemos cómo eran (había un chiste que decía que en México había que hacer fraude para que saliera la oposición) crearon el IFE, Instituto Federal Electoral. El IFE (tengo información de primera mano porque he estado allí el año pasado), es un organismo con un gran edificio, descentralizado totalmente, que tiene delegaciones en cada uno de los 32 estados, o sea, hay una delegación en cada Estado, que en México se llaman entidades federativas, y a su vez tiene 300 subdelegaciones repartidas en cada Estado. El IFE tiene a su cargo la confección del padrón. Han invertido varios millones de dólares en hacer un censo electoral que arroja casi cincuenta millones de electores, y en otorgar un documento de identidad que es infalsificable y que tiene un costo aproximado de cinco dólares por unidad. Hace los cómputos, mantiene el padrón, distribuye la documentación, prepara la jornada electoral, informa a los funcionarios de casilla, como se les llaman ahí a los funcionarios de mesa, centraliza una serie de funciones que antes hacían otros, pero opera con gente intachable. Sus miembros tienen los mismos requisitos que para ser magistrados de la Corte Suprema, etc. Sus órganos centrales son el Consejo General (integrado por consejeros magistrados) y la Junta General Ejecutiva, que incluye al Director General. Aquí se organiza y decide todo el proceso electoral, pues en su seno hay una parte *ejecutiva* y otra

decisoria de conflictos y está empezando a funcionar bien, aun cuando lentamente, por el peso del pasado político mexicano.

No bastando esto, encima del IFE está el Tribunal Federal Electoral, que es netamente jurisdiccional y que tiene dos instancias: una primera a cargo de cinco salas y una segunda a cargo de una sala de cinco magistrados que son nombrados por el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema y es netamente jurisdiccional. O sea, decide conflictos de naturaleza jurídica, y sólo en casos especiales.

Como se puede apreciar, el IFE encierra ambas funciones: administrativa y decisoria. El Tribunal Federal Electoral es en la práctica un fuero privativo que resuelve jurisdiccionalmente algunos de los conflictos del IFE, que sí tiene características de “sistema”.

Volviendo a lo nuestro, concluyo diciendo que nuestro sistema no es un sistema. En una tripartición sin lógica ni sentido, un pegote que puede traer problemas, agravado con la inserción en él de los registros civiles. Nuestra crítica es, no obstante, teórica y *a priori*. Hay que esperar y ver qué pasa en la realidad de los hechos.

XIII

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL PERUANO Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL(*) (**)

1. LIMINAR

Mi participación en este seminario internacional es algo que me es muy grato, pero al mismo tiempo, muy incómodo. En efecto, en una época en que precisamente la humanidad se encamina, en forma lenta pero segura, por el camino de la integración –en sus diversas modalidades– el Perú, por el contrario, ha anunciado que se aleja de ella. Algo de esto se advirtió desde fecha tan temprana como 1993, cuando el pomposamente llamado Congreso Constituyente Democrático, minimizó en el proyecto constitucional el proceso de integración, y se abrió al mundo, por así decirlo. O sea, para efectos prácticos, para nadie en particular.

De esta suerte, el Perú parece querer estar al margen de esta corriente occidental de integración, y preferiría, más bien, querer jugar en solitario, para sacar la mejor partida de sus aproximaciones bilaterales o multilaterales, con resultados aún inciertos, pero previsibles en cuanto a sus límites y alcances. Hecha esta aclaración, veamos algunos aspectos previos.

2. ALGUNOS SUPUESTOS A TENER EN CUENTA

A tenor de algunos, el siglo XX prácticamente terminó; fue un siglo corto, iniciado en 1914 y finalizado, por así decirlo, en 1991 (cf. Eric Hobsbawm,

* Ponencia presentada al Seminario Internacional “Europa y América Latina. Procesos de integración nacional y regional”, organizado por el Instituto de Estudios Europeos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 10-13 de marzo de 1997.

** La bibliografía sobre el fenómeno de la integración, es inmensa e incesante. Sobre el Derecho de la Integración también es copiosa, y sobre eso hay incluso cátedras en el Perú y el extranjero. Pero sobre el aspecto constitucional, lo existente es demasiado parco, y además tratado de referencia y escuetamente, y sobre todo en relación con los tratados. Entre otros, cf. Andrés Townsend Ezcurra, **La integración latinoamericana en la Constitución de 1979**, en “El Peruano”, Lima 2 de setiembre de 1992; Nicolás de Piérola y Carolina Loayza, **Comentarios sobre la recepción del Derecho Internacional en las constituciones de 1979 y 1993**, en “Gaceta Jurídica”, tomo XI, noviembre de 1994. Sobre el caso argentino, que ha provocado una muy amplia literatura, cf. Germán J. Bidart Campos, **El Derecho Comunitario y la reforma constitucional**, en “Ius et Veritas”, núm. 12, junio de 1996; y Jorge R. Vanossi, **Perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana**, Buenos Aires 1995. Para un panorama general, cf. André Franco Montoro, **Integração da América Latina em um mundo multipolar**, en “Revista Brasileira de Estudos Políticos”, núm. 83, julio de 1996. La mejor y más actual compilación constitucional es, hasta ahora, **Constituciones latinoamericanas**, compilación y estudio preliminar de Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A., Caracas 1997.

Historia del siglo XX, Edit. Crítica, Barcelona 1996). Y lo que ha caracterizado este siglo, aparte de novedades y avances en las ciencias físicas, y en los desarrollos tecnológicos, médicos y similares, son las serias confrontaciones bélicas, dos guerras verdaderamente mundiales, seguidas por una larga etapa de coexistencia entre dos potencias que creó, durante más de cuarenta años, un mundo bipolar, manejado por dos potencias extra-europeas, Estados Unidos y la Unión Soviética.

Sin embargo, desde 1989 y con la caída del muro de Berlín, la situación cambió rápidamente, y si bien cronológicamente el siglo XX aún no ha sido cerrado, es evidente que la afirmación de Hobsbawm no deja de tener un cierto realismo.

El mundo bipolar ha desaparecido, y en su reemplazo hoy se afirma la existencia de un mundo multipolar. En esta realidad multipolar, puede, en cierto sentido, decirse que los Estados Unidos tienen una presencia gravitante, que al parecer, la ejerce con pesar. Pero es indudable que, pese a todo, los Estados Unidos no aspiran –y difícilmente podrían hoy– tener el papel hegemónico absoluto que otros soñaron o intentaron en épocas pasadas.

Por otro lado, hoy se constata que el ochenta por ciento de la economía mundial se mueve, en realidad, en tres grandes bloques: la Comunidad Europea, con su socio más importante, que es Alemania; el NAFTA, motorizado por los Estados Unidos; y el pequeño grupo de países conocidos como “tigres asiáticos”, con regímenes diversos, en veces poco democráticos, pero que han dado una vuelta de 180 grados a la región en los últimos años, y con una influencia gravitante.

Esta realidad nos advierte, desde ya, que el mundo, por lo menos en materia económica, se encamina hacia una integración. Por cierto, que saltar de la materia económica a la política es tarea muy ardua, y todavía lejana. Pero sin lugar a dudas, la integración empieza por la economía y cuando avanza, generalmente no retrocede.

En síntesis, la integración significa, como primer paso, la libre circulación de bienes y servicios; lo cual implica, de por sí, la libre circulación de personas, sin necesidad de visas u otro tipo de impedimentos formularios.

3. LOS INCONVENIENTES EN AMÉRICA LATINA

Desde el siglo XIX, ha circulado una literatura insistente entre los pueblos de la América Latina, que ha privilegiado los lazos que nos unen, en especial, en aquellos que fueron colonias de España y Portugal (agrupados bajo nombres genéricos como Iberoamérica, Hispanoamérica o América Latina) y que se ha extendido enormemente a partir de la segunda posguerra, con especial acogida

en los círculos académicos y políticos franceses, primero, y norteamericanos, después. En el siglo XX, un libro de gran éxito en este tópico, fue el de Francisco García Calderón, autor de **Les democraties latines de l'Amérique**, de 1912, que se tradujo casi simultáneamente al inglés y al alemán, y que fue durante décadas el libro de cabecera de los americanistas (el libro, curiosamente, fue traducido al castellano recién en 1981, por iniciativa de Luis Alberto Sánchez, quien lo prologa con un estudio enjundioso). La idea de García Calderón es que nuestras democracias latinas son distintas a las otras, y que además tienen mucho en común. Esta idea, por lo demás, fue desarrollada y alentada por una larga serie de planteamientos ideológicos (de los cuales es paradigmático el **Ariel** de Rodó, publicado al iniciarse el siglo y la obra de pensadores posteriores como Vasconcelos, en especial en su **Indología**). Y la aparición de partidos políticos que buscaban borrar fronteras y acercar a nuestros pueblos (sobre todo con el esfuerzo del Apra, de gran difusión en el continente, como lo han demostrado diversos estudiosos). Y así sucesivamente.

Pero en lo que no se ha hecho suficiente hincapié, es en la existencia de numerosos aspectos que separan a estos pueblos. Los une el idioma, la música, la religión, la literatura, el pasado histórico, ciertas afinidades culinarias, virtudes y debilidades; pero hay muchas cosas que los separan: las distancias, las rivalidades o diferencias raciales, la inmadurez política de sus dirigentes, los pleitos y problemas fronterizos no resueltos (Venezuela-Colombia, Chile-Argentina, Ecuador-Perú, Bolivia-Chile), o resueltos a medias y sin restañar heridas. Esto es, las diferencias, son pocas cuantitativamente, pero pesan mucho en el contexto. Existe todavía entre las elites una micro-visión de las cosas; se piensa en pequeña escala y todo esto conspira contra una integración. Piénsese en el hecho de los recelos que suscitaban, y en parte suscitan todavía, las migraciones laborales, que en ciertos lugares hacen peligrar la estabilidad de la mano de obra local. Y además, de que hasta hace muy poco tiempo, la mayoría de los países tenían entre sí visas y complicaciones para su ingreso, que muchos aún mantienen en parte (Venezuela, por ejemplo, pese a su pregonado y declamatorio ideario bolivariano) o el caso de México (que por su vecindad con los Estados Unidos obliga a varios países al empleo de la visa de ingreso).

Por tanto, existiendo muchas cosas que nos unen, hay algunas otras que nos separan. Que son pocas, pero que son, como diría Vallejo. Y que precisamente obstaculizan el camino hacia una integración avanzada.

4. LOS PRIMEROS PASOS EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN

A parecer, el concepto de integración es relativamente nuevo; en todo caso, muy del siglo XX. Con anterioridad se idearon las alianzas, matrimonios entre cabezas de familias reales para garantizar unión y ayuda mutua, confederaciones, tratados bi o multilaterales de apoyo, etc. Pero la idea de integración como proceso integral, es reciente, y su práctica, más reciente aún.

En realidad, surge luego de la Segunda Guerra Mundial en el continente europeo. Y ahí ha avanzado grandemente, en parte por tratarse de un continente con un pasado histórico muy rico, con una gran experiencia, y con una madurez política que no existe en otras partes. Aún así, ha avanzado poco, pues para que un proceso sea permanente, debe dar pasos firmes y seguros, y sobre todo tener respaldo en la población, que muchas veces es renuente a ese tipo de concesiones (piénsese si no, en las resistencias al Tratado de Maastrich o en el aislacionismo suizo, en aras de una neutralidad histórica).

Pues bien, al compás de estos pasos europeos, los espíritus más cultivados soñaron algo igual para la América Latina. Y así, en 1960, nació la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (1960), más conocida como ALALC, con sede en Montevideo, que empezó el lento camino de remover los obstáculos en la libre circulación de mercancías. El modelo avanzó muy poco, pues confiaba gran parte de su manejo al sector privado –muchas veces con visión cortoplacista– y por eso fue más tarde rediseñado, dando así nacimiento a la ALADI (1980).

Dentro de ese gran marco, se han dado dos grandes experimentos: el primero es el denominado Acuerdo de Cartagena, o más comúnmente llamado Pacto Andino, que nació en la ciudad de Cartagena de Indias en 1969, cubriendo todos los países andinos, o sea, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, al cual posteriormente se adhirió Venezuela. Más tarde, ya en la década de los setenta, Chile se apartó definitivamente del Pacto Andino, y a partir de 1995, el Perú anunció seguir el mismo camino, sin que hasta ahora se hayan dado los pasos definitivos para concretarlo.

Por otro lado, el Mercado Común del Sur (Mercosur) ha nacido en 1990 entre Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina, con la eventual adhesión de otros países, y con capacidad para negociar con otros bloques económicos. Sin embargo, los pasos del Mercosur son todavía muy incipientes, y aún en sus inicios, si bien tiene, al parecer, un futuro promisor.

No hay que olvidar por último, que desde 1964 existe el Parlamento Latinoamericano, que se reúne periódicamente para debatir cuestiones generales, y que constituye un importante foro de reflexión y de formación de la opinión política latinoamericana. Sin embargo, este parlamento no es elegido popularmente en forma directa, ni tampoco adopta leyes que obliguen a los Estados que ahí se encuentran representados. Y esto, evidentemente, demorará todavía, y hace lentos los progresos alcanzados.

5. ALGUNAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y LA INTEGRACIÓN

Como queda dicho, el fenómeno de la integración latinoamericana, surge, por así decirlo, en la década de los sesenta, y está todavía en pleno desarrollo.

Por tanto, como es fácil advertir, las constituciones no estaban previstas para ello, toda vez que, en rigor, todo fenómeno de integración supone hacer concesiones y ceder cuotas de decisión a otros órganos, con lo cual el Estado cede parte de su soberanía en aras de un objetivo específico de carácter supranacional. Y ese problema era realmente serio, sobre todo teniendo presente que el dualismo era hasta hace poco, la teoría predominante en nuestros medios políticos y diplomáticos. Por tanto, cada vez que se daban nuevas normas, ellas debían pasar por los respectivos órganos legislativos, y por tanto, ser objeto de público debate, lo cual sin lugar a dudas, tomaba su tiempo.

Pero lo importante es señalar que la mayoría de las constituciones no tenían un rubro dedicado a la integración y por tanto, las constituciones no fueron proclives a ella y tampoco la alentaron. Más aún, se dieron casos como Venezuela, en donde se cuestionó judicialmente (en la década del setenta) la procedencia constitucional de la integración.

Sin embargo, con el tiempo numerosas constituciones acogieron reformas destinadas expresamente a permitir estos procesos de integración, o en su defecto, incorporaron textos expresos o adoptaron nuevas constituciones que consagraron un articulado preciso sobre el fenómeno de la integración. Así fueron reformadas en tal sentido las vigentes constituciones de Uruguay (1967, reformada en 1971), y la Argentina (Constitución de 1853, reformada en 1994) y lo contemplaron las constituciones de Venezuela (1961), Ecuador (1978), Perú (1979), Colombia (1991) y Paraguay (1992).

6. EL CASO DEL PERÚ

El proceso de integración en el Perú se inicia con la ALALC en 1960, pues dentro de este gran marco se negoció y adoptó el Acuerdo de Cartagena en 1969, como ya se indicó, más conocido como Pacto Andino, cuya sede se encuentra en Lima y que hoy ha adoptado el nombre de “Comunidad Andina”. El Pacto previó además un Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con sede en Quito, y otros organismos de apoyo (de carácter financiero, educativo, etc.) Con lo cual el modelo, en cuanto aspiración, se presentaba más completo que el Mercosur (por lo menos en su actual estado).

Pero en 1969, al aprobarse por parte del Perú la normativa del Pacto Andino, se hizo por expreso dispositivo legal denominado “Decreto-Ley”, esto es, ley emanada de un gobierno de facto, que reunía en una sola mano las funciones legislativas y ejecutivas. Y a partir de ese instrumento legal, el Pacto Andino se puso en movimiento y se crearon mecanismos internos para implementarlo. Pero en ningún momento se cuestionó su inconstitucionalidad, como fue el caso de Venezuela, no obstante que la Carta peruana de 1933, vigente en aquella época, era ajena a este tipo de procesos.

Pero tal Pacto no encontró obstáculos en el Perú de entonces. Ello por cuanto:

- a) La Constitución de 1933, entonces vigente, si bien no era permisiva, tampoco lo prohibía expresamente;
- b) La referida Constitución no tenía en aquel entonces mecanismos de control de la constitucionalidad de las normas;
- c) La opinión pública y diversos sectores empresariales eran partidarios, en aquel entonces, de tales políticas; y
- d) La presencia del gobierno militar hacía prácticamente imposible un cuestionamiento de sus políticas, ya que toda oposición fue rechazada o anulada en los hechos.

Sin embargo, los problemas constitucionales que conllevaba la integración, no pasaron desapercibidos y fue así que la Asamblea Constituyente de 1979 se hizo cargo del problema. Como consecuencia de ello, la Carta de 1979 aprobó el siguiente, escueto, pero interesante artículo.

ARTÍCULO 100: El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

El golpe de Estado de 1992, y la subsiguiente Constitución de 1993, hecha a la medida del fujimorismo, eliminaron toda referencia orgánica a la integración (aun cuando la tolera muy de pasada en el artículo 44); bajo el falaz argumento de que había que dejar libre paso al mercado, sin trabas ni cortapisas. Sin embargo, este paso aparentemente innovador, no ha sido seguido por otros países latinoamericanos, lo cual demuestra que la postura peruana, no sólo es errónea, sino fruto de políticas de corto plazo, y con claros matices proteccionistas.

7. PALABRAS FINALES

El fenómeno de integración se inició en el Perú al margen de la normatividad constitucional y quizá en contra de ella. Pero, tarde o temprano, la norma viene a consagrar tal fenómeno, y así ha pasado en todas partes, y por cierto, en los principales países de América Latina, vinculados a tal proceso.

La actitud oficialista peruana en la Carta de 1993, que ha dado sus frutos más recientes cuando el Gobierno peruano ha anunciado su decisión de retirarse del Pacto Andino, es muestra de una actitud presentista, que no tiene visión de

futuro. Se olvida que, al fin y al cabo, la integración es el futuro, y tarde o temprano llegaremos a ella.

Lo que siempre se discutirá es el cómo y el cuándo, pero no la necesidad de seguirla.

Lima, abril de 1997.

Nota de 2003: El anuncio oficial en 1997, de que el Perú se retiraría de la “Comunidad Andina”, no se llegó a concretar.

XIV

LA REFORMA DEL ESTADO EN EL PERÚ*

1. ALCANCE DEL TÉRMINO

Los vientos liberales que con diverso signo atraviesan nuestro continente desde hace más de tres lustros, han justificado la adopción de diversas medidas, que han replanteado el rol del Estado en el mundo económico-social. Se trata de un nuevo enfoque sobre lo que el Estado debe hacer o no hacer. En cierto sentido, hemos vuelto a la polémica de fines del siglo XIX –si bien es cierto que con diverso acento y matiz– sobre el papel del Estado. Si debía limitarse a ser un guardián nocturno, como quería Kant, o si, por el contrario, deberá ser el promotor del orden, el rector o el actor preponderante. La disputa, como se sabe, quedó zanjada a fines de la Primera Guerra Mundial, con la tímida aparición del llamado constitucionalismo social (palpable en nuestra América en la Constitución mexicana de 1917, y en Europa en la Carta de Weimar de 1919), que luego plasmó en lo que se llamó Estado asistencial, Estado benefactor o Estado de Bienestar.

A fines de la década del setenta, al influjo de diversos pensadores (políticos y economistas), se inició una vuelta al liberalismo de antaño, con nuevos bríos, que se materializa, para efectos prácticos, en 1979 con la llegada de los conservadores ingleses al poder, en giro gigantesco que impulsó la figura descolante de Margaret Thatcher. Desde entonces, se inició un lento avance liberal que por pura casualidad coincidió con la crisis de la URSS, de carácter interno, que ocasionó la caída del muro de Berlín en 1989, y el posterior derrumbe de la otrora poderosa URSS, en 1991. Igual suerte corrieron, más o menos por la misma época, las llamadas democracias populares del Este europeo, que con variantes han seguido la misma senda, sin dejar de advertir que, como en todo, no han faltado voces que reclamaban los beneficios del pasado (como se ha visto en la ex-República Democrática Alemana, luego de su reunificación con la Alemania Federal).

Lo sucedido desde un punto de vista político (y no como análisis económico, aun cuando al final en este campo incidirá el cambio), es que el Estado ha modificado su ámbito de acción. Es decir, el Estado ha limitado

* Ponencia presentada en el “Seminario Internacional sobre la Reforma del Estado”, organizado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 29 de enero al 2 de febrero de 1996). Publicado en: **La reforma del Estado. Estudios comparados**, UNAM, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, México 1996; y en AA.VV., **La Constitución de 1993**, III, Comisión Andina de Juristas, Lima 1996.

enormemente su capacidad de actuar, y se ha propuesto hacerlo cada vez menos, alimentado, como indicaba, de una filosofía liberal que coloca en lugar secundario el componente social nacido en nuestro siglo. Esto significa que el Estado sigue siendo el mismo, pero con un rol sumamente disminuido. Al Estado máximo ha sucedido un Estado mínimo. Por cierto, en este mínimo hay variantes, pues la abstención total no existe. El mercado como regulador único de la economía y como variable autónoma y no dependiente, es algo que sólo existe en los laboratorios. En la práctica, el mercado es relativamente libre y depende de una serie de factores que escapan a su control. Por tanto, el no-Estado es algo impensable. Lo que ha sucedido es que el Estado ha reducido el rol protagónico que, con diversas modalidades, desempeñó durante décadas en las democracias occidentales (cf. AA.VV., **Crisis y futuro de la empresa pública**, coordinador Marcos Kaplan, México 1994).

Sin embargo, este achicamiento del Estado, no siempre obedece a un convencimiento teórico o doctrinario de alto nivel de sofisticación. Lo que ha impulsado este giro de ciento ochenta grados es la globalización de la economía y, en consecuencia, la globalización de la crisis. En otras palabras, el exceso de subsidios, compromisos y prebendas, han terminado por crear una gruesa brecha fiscal que ha arruinado al Estado y lo hace arrastrar grandes pérdidas, como se ve incluso en los llamados países del primer mundo, agravado por el hecho de que esta situación no tenía solución y menos paliativo alguno. Así de puro pragmatismo se llegó a lo opuesto, es decir, a la negación de lo anterior, como única forma de salir del atolladero. El Estado actuó como un asalariado cualquiera: ajustarse a un sueldo y no excederse en sus gastos.

También es cierto que esta vuelta a la abstención, está motivada por haber sido exagerado el rol del Estado. No sólo se gastó mucho, sino sobre todo se gastó más de lo que había y en cosas que no eran necesarias. El modelo funcionó durante algún tiempo, pero lamentablemente se infló demasiado y en consecuencia explotó. Al final, no había más remedio que poner coto a los excesos y ordenar la economía.

Todo esto es lo que ha dado en llamarse “reforma del Estado”, y así lo recoge el título de este Seminario. Y en términos generales, es un rótulo que permite identificar la materia en cuestión. Pero, en rigor, el Estado moderno, que es el propio de nuestra época, no ha cambiado. No ha sido reformado, ya que desde el punto de vista institucional todo sigue igual, aun cuando con cuestionamientos. Es decir, existen parlamentos, defensor del pueblo, ministerio público, poder ejecutivo, tribunales constitucionales o cortes supremas con facultades similares, etc. Aún más, no han sido negados los derechos económicos-sociales, aun cuando su número ha sido sensiblemente podado para limitar su extensión, y además, se ha condicionado su aplicación a las posibilidades del mercado y del presupuesto. Por tanto, una reforma del Estado en serio, significará un cambio significativo en el área política, económica, social, administrativa, jurídica, etc., que en realidad no ha sucedido. Por tanto, en

sentido estricto, entiendo que no cabe hablar de reforma del Estado, sino en todo caso de una reforma económica del Estado, o mejor aún, de una reforma de los límites de la acción del Estado en la esfera económica.

Esto se comprueba cuando vemos que los Estados que han entrado en este proceso de “reforma”, se han centrado en dos puntos:

- a) La desregulación del mercado, lo que incluye la libre competencia garantizada, y
- b) Desestatización, o sea, privatizar la actividad empresarial del Estado e incluso dar en concesión los servicios públicos, como agua, luz, correo, etc. (cf. Roberto Dromi, **Reforma del Estado y privatizaciones**, 3 vols., Buenos Aires 1991).

Aclarado este punto, vayamos a lo nuestro.

2. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

Para los fines que nos interesa, hay que destacar que el rol del Estado en el Perú empieza a ser significativo recién en la década de 1930. Es cierto que el constitucionalismo social entre nosotros se inicia en 1920, con la Constitución promulgada ese año (que por vez primera incluyó las llamadas “garantías sociales”, algunas de las cuales se originaban en la legislación de principios de siglo, como la protección en el trabajo), pero durante el régimen de Leguía, que empieza en 1919 y concluye abruptamente en 1930, no sucede nada especial en esta materia, pues es un Estado pequeño el que se administra y además fuertemente centralizado y con cierto sentido escénico. Pero el *crac* de la bolsa de New York en 1929, repercutió en todas las economías latinoamericanas, sobre todo a partir de 1930. Y esto precipitó la caída de diversos gobiernos dictatoriales en toda nuestra convulsa área. Luego, en 1933, llega al poder el general Benavides, en cuyo largo período que culmina en 1939, se ponen las bases de lo que será el Estado benefactor en el Perú, significado de manera especial en la creación del Seguro Social y en diversas obras de asistencia social (barrios obreros, etc.) A partir de entonces, la estructura económica del país variará paulatinamente (de un modelo agro-minero exportador a un modelo industrial sustitutivo de importaciones al filo de los sesenta). Pero el Estado benefactor no dejará de crecer, al ritmo de la creciente masificación, del proceso de urbanización, de luchas políticas y presiones sindicales.

De 1933 a 1968 se da un período ascendente, en el cual asistimos a la creación de bancos de fomento con préstamos blandos destinados a subsidiar a sectores poco protegidos (como el agrario); de empresas estatales, de la existencia de diversos regímenes promocionales según las zonas del país; regímenes diversos en materia de importación y además prohibición, total o

parcial, de productos terminados, etc. Una aceleración comienza en 1962 con la llegada al poder de una junta militar desarrollista, que por un lado crea el Instituto Nacional de Planificación, y por otro, pone las bases de la reforma agraria, con el ánimo de modernizar al país. En la misma línea debe considerarse el gobierno de la Alianza Acción Popular-Democracia Cristiana (AP-DC) que lidera Fernando Belaunde Terry (1963-1968). Este primer período 1933-1968, puede denominarse como *asistencialismo atenuado*.

A partir de 1968 las cosas cambian. Se instala en el poder una junta militar que va a gobernar durante doce años (1968-1980), y va a enarbolar un plan de desarrollo integral que tiene como objetivo establecer una rectoría del Estado casi absoluta. El objetivo fundamental que tienen los militares es crear un Estado fuerte, decisivo, que en la práctica controle todo el aparato productivo. El Estado se hizo presente en la educación (en todos sus niveles), en la banca (redujo sustancialmente la presencia del sector privado), en el campo (controlándolo directa o indirectamente a través de cooperativas o empresas autogestionarias); en la industria (con regímenes especiales, créditos e insumos; sin contar la fuerte área de industrias llamadas estratégicas, como petróleo, minería, etc., que asumió directamente el Estado mediante expropiaciones); en el comercio (por el control de precios y la prohibición de importaciones); etc. Todo el aparato del Estado cambió y toda actividad dependía en última instancia del Estado. Se creó incluso un insólito Ministerio de Alimentación, que cuidaba que las comidas que se expendían en los centros de abastos o se importasen, lo fuesen en condiciones adecuadas. De un Estado asistencialista forjado lentamente desde 1933, pasamos a un Estado gestor que hacía todo o casi todo. Y esto sin contar el clima político difícil que se vivió (agudizado por el control y manejo directo de los medios de expresión) y por cierto cariz socializante de ciertas medidas, que no obstante no llegó a ahogar al sector privado. Pero todo esto tuvo su costo. En 1968, cuando los militares llegaron al poder, existían 12 empresas públicas, 6 bancos estatales y una deuda externa de 800 millones de dólares. Cuando dejan el poder en 1980, hay casi 200 empresas públicas (el número exacto nunca se supo) y más de 11,000 millones de dólares de deuda externa.

No obstante esto, el experimento militar pudo o supo resistir la crisis y entregarla debidamente embalada al gobierno que lo sucedió. Contribuyó además a modernizar al Perú, si bien el éxito no siempre acompañó a las reformas emprendidas.

3. 1979: UNA INFLEXIÓN NORMATIVA

En 1977, como fruto de un entendimiento entre el gobierno militar y la oposición, se convocó a una Asamblea Constituyente para dictar una nueva Constitución, que sería el prelude de elecciones generales, programadas para 1980. En realidad, la oposición no deseaba hacer una nueva Constitución, pues

le parecía que la Constitución de 1933, entonces vigente, sólo necesitaba algunas reformas. Y porque adicionalmente, no sólo no estaban dadas las condiciones para hacerlo, sino que eso era distraerse del problema de fondo, que era el retorno a la democracia. El debate fue tenso y el partido Acción Popular, liderado por Fernando Belaunde Terry y que entonces representaba un porcentaje apreciable de votos (según cálculos estimados), se abstuvo de participar en la contienda. Uno de sus líderes llegó incluso a calificar a la futura Asamblea Constituyente como un juego de bastardos, ya que la asamblea estaba originada –según decía– en una bastardía mayor. Pero en fin, haciendo de la necesidad virtud, y con la sola excepción de Acción Popular, los partidos de izquierda, derecha y centro, aceptaron el reto. La Asamblea Constituyente, presidida por Haya de la Torre, se instaló solemnemente el 28 de julio de 1978 y estuvo en funciones un año. Clausuró sus sesiones en julio de 1979.

La tarea era, sin embargo, delicada por varias razones. En primer lugar, el gobierno militar había exigido la dación de una nueva Constitución, en la cual no todos estaban de acuerdo. Aún más, desde un punto de vista técnico, tan factible era hacer una nueva Constitución como reformar la vieja. Por otro lado, los militares querían que los cambios estructurales básicos quedasen consagrados en la nueva Constitución, con lo cual, en cierto sentido, condicionaban la futura normatividad. Y finalmente, el ambiente en el que se debatía no era del todo favorable, ya que coexistían con un gobierno de facto, de por sí autoritario, y los principales medios de difusión (prensa, radio y televisión) estaban tomados por el gobierno, y en principio se carecía de libertad informativa.

Ahora bien, ¿cómo reaccionó frente a esto la Asamblea Constituyente? Antes que nada, tomó conciencia de la realidad que tenía ante sí, de la que los rodeaba y del hecho de que ninguna de las fuerzas políticas ahí reunidas, tenía el 51% de los votos como para imponer su opinión en determinadas materias. De esta suerte, lo que sucedió y la forma como se afrontaron estos problemas, fue lo siguiente:

- a) Si bien en principio los partidos políticos no estaban muy convencidos de dar una nueva Constitución, cuando se instalaron y empezaron los debates (con la concurrencia de invitados especiales y el auxilio de asesores y de textos y lecturas especializadas), se dieron con la sorpresa de que el constitucionalismo había cambiado a partir de 1945, en forma sustantiva, y que la Carta de 1933 era realmente muy antigua y aún más, reproducía los esquemas de 1920 y 1860. Por tanto, se animaron a hacer una nueva Constitución, de arriba abajo, no porque fuese necesaria, sino por cuanto estimaron que existiendo la oportunidad para hacerla, no era dable desperdiciarla. El tiempo luego demostró que durante doce años (1980-1992), ninguna de las fuerzas políticas en el poder cuestionó la Constitución de 1979 en ningún punto de fondo; lo cual confirma su bondad y el acierto de sus principales lineamientos.

b) El segundo punto que afrontó la Asamblea Constituyente, era cómo manejar la exigencia del gobierno militar de incorporar las reformas estructurales efectuadas en los últimos años, cuando no creían en muchas de ellas. Peor aún, cuando la Asamblea tenía un 33% de votación comunista y filo o criptomarxista que defendería tales cambios a rajatabla. Pues bien, lo que sucedió es que en este punto se pusieron de acuerdo el Apra y el Partido Popular Cristiano (que sumaban el 60% de los votos), para crear un capítulo económico que recogiese algunas de las reformas militares, conjuntamente con limitaciones, recortes, matizaciones y otras innovaciones liberales. Así las cosas, la Izquierda se negó a firmar la Constitución, y el gobierno militar la observó y se negó a aplicarla. Clara muestra que no satisfizo ni a uno ni a otro.

c) En cuanto al ambiente existente, si bien fue tenso, los militares respetaron a la Asamblea y no intervinieron en sus debates ni menos hicieron imposiciones. El único capítulo en el cual hubo mutuas concesiones y diálogo concertado entre el gobierno militar y la comisión *ad hoc* de la Asamblea, fue en el título referido a las fuerzas armadas, lo cual, por cierto, es explicable. En el otro extremo, si bien la prensa, la radio y la televisión de alcance nacional estaban en manos del Gobierno, éste habilitó espacios muy amplios en cada uno de ellos, en donde se dio un gran debate público sobre todos los temas constitucionales. Aún más, se negoció el retorno de los diarios a sus dueños, lo cual fue impedido por determinados resquicios institucionales de última hora, pero en general los medios tuvieron una actitud plural y abierta. A esto se añade el hecho de que circulaban libremente y a nivel nacional, las publicaciones no diarias, o sea, semanarios, quincenarios y mensuarios, que batieron récords de venta y ejercieron gran influencia (*Caretas, Oiga, Opinión Libre, El Tiempo*, etc.) En síntesis, nunca antes se había dado en el país un debate tan amplio, tan plural y, sobre todo, tan libre en materias constitucionales.

La Constitución de 1979, fue armada siguiendo en sus grandes lineamientos las grandes creaciones del constitucionalismo europeo contemporáneo, e incorporó un capítulo especial dedicado a la constitución económica. En él, se consagraron algunas conquistas que tenían una explicación histórica (como la reforma agraria), se inflaron en forma excesiva algunos derechos de difícil cumplimiento (frente a la gran revolución de las expectativas), y consagró una economía social de mercado, que por un lado permitía el libre juego del mercado, pero por otro, facultaba la intervención del Estado en muchos campos. En cierto sentido, podría decirse que su capítulo económico fue socialdemócrata, pero con la virtud de ser, en lo fundamental, un texto ambiguo, que permitía no sólo muchas lecturas, sino conductas económicas distintas y hasta contradictorias. Todo esto, por cierto, fue fruto de la época y bien podría haberse podado sin ningún problema, pues en la práctica permitió

una política conservadora (1980-1985), otra populista desenfadada (1985-1990) y otra neo-liberal (1990-1993).

4. LOS DILEMAS DE LA CRISIS: 1980-1990

Cuando los militares dejan el poder, se inicia un reordenamiento legal, acorde con la nueva Constitución del Estado. Lo primero que se intenta es redimensionar el Estado, liberar precios, abrir el mercado y reducir empresas públicas. Todo esto, por cierto, utilizando como soporte ciertos principios constitucionales que así lo permitían, como ya se indicó. Pero lamentablemente el Gobierno se encontró con una férrea oposición en las cámaras, representada por fuerzas de Izquierda y el Apra, que mantenía sus banderas populistas. Esta oposición no impidió la dación de los primeros pasos hacia el sinceramiento de la economía, pero esto duró tan sólo hasta diciembre de 1982, cuando termina sus labores el gabinete presidido por Manuel Ulloa. El Gobierno, por razones que se desconocen, no quiso dar esta batalla, no obstante que la hubiera ganado, pues contaba con una mayoría parlamentaria. Pero a partir de 1983 no se hizo nada o, en todo caso, muy poco. Se mantuvo el *statu quo* con algunas mejoras, pero nada más. Tampoco se hizo un esfuerzo para frenar la inflación, si bien es cierto que el período 1980-1985 terminó con una inflación anual del 63%, inusual hasta entonces, pero manejable.

Lo que vino después fue el detonante. El Apra llegó al poder con Alan García Pérez (1985-1990) y empezó a utilizar la parte liberal de la Constitución, mediante la concertación con las fuerzas productivas (los famosos doce apóstoles) hasta que por intemperancias de su líder, rompió con ellos y decretó la nacionalización de la banca en julio de 1987, causando un verdadero quiebre en el sistema (si bien es cierto que México lo había hecho en 1982 y poco después lo haría Francia). Esta nacionalización de la banca era formalmente constitucional (ya que la Constitución económica, dentro de su ambigüedad, la permitía), pero decididamente era una medida no sólo a contracorriente, sino con efectos contraproducentes. Ahí fue que por primera vez, gracias a Mario Vargas Llosa, empezaron a difundirse en el Perú las nuevas ideas liberales que se consagrarían más tarde. A raíz de este mal paso, el Apra en el poder actuó en forma totalmente errática, con un populismo exacerbado, que hacía del Estado un padre cariñoso y regalón, creando toda clase de controles, subsidios y gastos sin control. Como si no fuera poco, descuidó la seguridad interna, dejando que avanzase el terrorismo ante el repliegue de las fuerzas del orden (en especial Sendero Luminoso, inflado por la propaganda, pero muy frágil en su estructura e ideología, como los hechos posteriores lo demostraron). Y todo esto culminó en 1990, con una inflación de 7,600%. El Perú parecía un país derrotado de la entreguerra europea.

A fines de la década del 80, el cansancio de la población con respecto a los partidos políticos se hacía notar, ya que no habían logrado enrumbar al país,

en pleno retorno democrático. Y esto asomó en 1989, cuando Ricardo Belmont, un animador de televisión proveniente del mundo empresarial y sin ideario conocido, accede a la Alcaldía de Lima, la más importante del país. En 1990 se presentan muchos candidatos, pero dos van a tener gran protagonismo: por un lado, Mario Vargas Llosa y por otro, Alberto Fujimori, ambos marginales de la política, aun cuando a la larga los políticos terminarían apoyándolos.

Lo importante del caso es que en la campaña electoral, Vargas Llosa se presentó como un liberal y Fujimori como un socialdemócrata, con tendencias populistas. Ofreció todo lo que después no cumplió. Vargas Llosa ofreció achicar al Estado. Fujimori reforzarlo y hacerlo aún más grande y dadivoso. Y sin embargo, éste triunfó y no aquél. ¿A qué se debió esto? Lo más probable es que haya sido por la manera tan especial como Vargas Llosa condujo su candidatura, que hasta enero de 1990 se consideraba imbatible de acuerdo a todas las encuestas, y tan sólo dos meses después, en la primera vuelta, sólo alcanzaba el 27% de la votación. Pero esto es algo que escapa al propósito de estas líneas (cf. Mario Vargas Llosa, **El pez en el agua**, Bogotá 1993).

5. EL LIBERALISMO EN ESCENA

Es difícil decir cuándo entra el liberalismo moderno en nuestra política. Según algunos, ello ocurre en la década del 50 con las ideas divulgadas por Pedro Beltrán, director de "La Prensa", diario a través del cual no sólo formó una brillante pléyade de periodistas, sino también un foro de difusión de ideas, muchas de ellas de orden asistencial (promovió las mutuales de vivienda y fundó la primera de ellas y durante mucho tiempo la más importante: Mutual Perú). El mismo Beltrán tuvo más tarde destacada actuación pública, pues fue Ministro de Hacienda en el bienio 1958-1959. También podría citarse el simposio que Hernando de Soto montó en 1979, que contó con la presencia en Lima del mismo von Hayek (AA.VV., **Democracia y economía de mercado**, Lima 1981), y en las ideas que más tarde divulgó ampliamente en un libro con publicidad desmedida (**El otro sendero**, Lima 1986, vademecum interesante, pero ligero y carente de rigor científico). Pero en realidad, el que asume a plenitud y en forma articulada este compromiso con el liberalismo es Vargas Llosa, primero en artículos periodísticos desde fines de la década del 70, y luego en la acción pública desde 1987, con la fuerza y la convicción del converso. Es a raíz de la estatización de la banca, que Vargas Llosa salta a la palestra política y obtiene un éxito resonante y paraliza o hace impracticable la nacionalización decretada. Esto lo catapultó al más alto nivel y lo llevó a recorrer el país palmo a palmo, vendiendo el ideario liberal en todos los rincones habitables, acompañado de una reiterada divulgación de sus escritos. Aun cuando Vargas Llosa no logró alcanzar la mayoría en una segunda vuelta, es indudable que dejó una impronta muy marcada en la opinión pública, y que a la larga posibilitó lo que vino después (cf. **Acción para el cambio**, exposición del candidato presidencial Mario Vargas

Llosa en la XXVII Conferencia Anual de Ejecutivos, CADE, Lima, diciembre de 1989).

Pero lo que hay que destacar es que el liberalismo en el Perú, por lo menos en el siglo XX (cuando aparece en los años cincuenta), es obra de diversas personas con sus propios méritos y sus respectivas valías personales, pero no es factura de ningún pensador político, es decir, de alguien que provenga de rigurosas canteras académicas, que articule un discurso orgánico con fundamentos sólidos. El que más se acerca a esta posición es, sin lugar a dudas, Mario Vargas Llosa, no sólo por ser un escritor de reconocido talento literario, con sólida formación universitaria, sino por cuanto es hombre de lecturas modernas. Sin embargo, en materia política es en lo fundamental un divulgador y su excelente prosa quedará como eso, es decir, como una referencia, mas no como un cuerpo de doctrina. Falta aún en el Perú el teórico del liberalismo moderno, que sí se da en otros países.

Volviendo a Fujimori, como ya hemos señalado, éste no sólo difundió un mensaje populista y paternalista en su campaña electoral, sino que ofreció mantener el Estado tal cual, así como seguir con la política de subsidios. En otras palabras, continuar con un Estado deficitario. Y en esto contó con el apoyo de los grupos de izquierda y del Apra. Y con esas ideas se impuso en la contienda electoral.

Cuando en junio de 1990, Fujimori supo que era el próximo presidente del Perú, se puso a pensar cómo haría para gobernar a un país de tantas tendencias centrifugas. Lo primero que hizo fue rodearse de asesores políticos y económicos, y luego programó un viaje al extranjero, fundamentalmente a los Estados Unidos y a Europa. Ingeniero de profesión, vinculado sobre todo al campo y a las matemáticas, no tenía nociones de historia, ni de política, ni de economía. A decir verdad, ni siquiera soñó con ser presidente y casi no conocía el país. En realidad, no tenía noción de la cosa pública y menos aún lo que es un programa de gobierno. En su campaña casi no habló y se limitó a *slogans* como “cambiar ahora” o imponer “tecnología y trabajo”. Pero cuando viajó a los Estados Unidos, apoyado por Javier Pérez de Cuéllar, entonces Secretario General de las Naciones Unidas (que lo conectó con el mundo financiero), fue asesorado por éste en forma diferente. Pérez de Cuéllar le expuso que el mundo iba por otro rumbo, que había que reconciliarse con la comunidad internacional, desarticular al Estado gigante, e imponer otros derroteros a la política nacional. En esto lo apoyó también Hernando de Soto, con buenos contactos en el exterior, sobre todo desde las fundaciones o centros que lo financiaban. Fujimori, que demostró desde entonces ser muy pragmático y con gran intuición para lo político, hizo suyo el mensaje y lo asimiló sin dificultad. No sólo no tenía que hacer ningún ajuste teórico (pues carecía de toda concepción política) sino que el argumento de los hechos lo convencieron de inmediato. Su posterior viaje de observación a los países europeos y al Japón, lo terminaron de convencer. De retorno a Lima y antes de asumir el poder el 28 de julio de 1990, ya sabía lo que

quería. Despachó o licenció a los que lo rodeaban con las ideas que le dieron el triunfo electoral y se acomodó rápidamente a la situación. El liberalismo se impondría en su gobierno.

6. EL INICIO DE LAS REFORMAS

Cuando Fujimori accede al poder en julio de 1990, se encuentra con una situación única bajo la Carta de 1979: no cuenta con mayoría parlamentaria, su partido no llega, como promedio, al 22% de votos en ambas cámaras, si bien es cierto, que las mayorías tampoco le son hostiles (a tal extremo que eligen como sus presidentes a quienes pertenecen al partido de Fujimori). El 8 de agosto se da un gran *shock* en la economía, que frena de un golpe la inflación y crea un malestar generalizado, ocasionando cierre de locales y una recesión aguda. De inmediato empieza un plan de reforma tributaria, financiera, empresarial, etc. Se le alcanzan todos los proyectos preparados por el equipo asesor de Vargas Llosa para implementar el liberalismo moderno en el país, pero se cuida de aplicarlo libremente. La gente que lo rodea es otra y desconfía de las instituciones, pues todas ellas le fueron hostiles durante su campaña (desde la Iglesia Católica hasta el Poder Judicial y los grupos empresariales). Ataca la institucionalidad, en el fondo para defenderse y sacar provecho de estar en minoría. No se siente cómodo, pues desea poderes más amplios, pero con una minoría parlamentaria no lo puede obtener.

Pero el parlamento, en el cual Fujimori no tiene mayoría, no desea pelear con él. Aún más, se muestra en todo momento conciliador, y dispuesto a hacer concesiones. Por fin, el 14 de junio de 1991, queda sancionada la Ley 25327, mediante la cual el Congreso otorga facultades delegadas al Poder Ejecutivo, por el plazo de 150 días, para que mediante decretos legislativos legisle sobre pacificación nacional, fomento del empleo y de la inversión privada. Se incluyó en la agenda lo relacionado con la reforma de la administración pública y la actividad empresarial del Estado. Dentro de este amplio marco, el Gobierno dictó más de 100 decretos legislativos que cubrían todo el espectro nacional, en especial, el relacionado con la actividad económica y administrativa del país. A guisa de ejemplo, señalemos los temas de algunos de los referidos decretos:

- Libertad de rutas del servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros (Decreto Legislativo núm. 640);
- Libertad de rutas y permisos de operaciones en el transporte marítimo internacional para las empresas navieras nacionales (Decreto Legislativo núm. 644).
- Modernización y privatización de Minero Perú S.A., Centromín Perú S.A. y Hierro Perú S.A. (Decreto Legislativo núm. 647);
- Inversión privada en Aero Perú S.A. (Decreto Legislativo núm. 648);
- Inversiones privadas en las Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad (Decreto Legislativo núm. 649);

- Compensación por tiempo de servicios (Decreto Legislativo núm. 650);
- Libre competencia en las tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros (Decreto Legislativo núm. 651);
- Promoción de las inversiones en el Sector Agrario (Decreto Legislativo núm. 653);
- Inversión privada en el Sector Hidrocarburos (Decreto Legislativo núm. 655);
- Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social (FONCODES) (Decreto Legislativo núm. 657);
- Régimen de estabilidad jurídica para las inversiones extranjeras (Decreto Legislativo núm. 662);
- Programa de Migración-Inversión (Decreto Legislativo núm. 663);
- Liberación del comercio exterior e interior (Decreto Legislativo núm. 668);
- Flexibilización de trámites, procedimientos y requisitos para facilitar el acceso de capitales y empresas a la prestación de servicios de transporte aéreo y servicios especiales (Decreto Legislativo núm. 670);
- Normas para promover las inversiones privadas en empresas constituidas mediante el sistema de accionariado difundido (Decreto Legislativo núm. 672);
- Promoción de la inversión privada en las Empresas del Estado (Decreto Legislativo núm. 674);
- Normas sobre la participación en la utilidad, gestión y propiedad de los trabajadores de las empresas (Decreto Legislativo núm. 677);
- Libertad de rutas en el transporte acuático comercial de tráfico nacional o cabotaje (Decreto Legislativo núm. 683);
- Se declara al Servicio Postal de necesidad y utilidad públicas y de preferente interés social (Decreto Legislativo núm. 685);
- Normas sobre uso de fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos (Decreto Legislativo núm. 687);
- Ley de contratación de extranjeros (Decreto Legislativo núm. 689);
- Libertad de tráfico ferroviario en el país (Decreto Legislativo núm. 690);
- Normas de la publicidad en defensa del consumidor (Decreto Legislativo núm. 691);
- Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico (Decreto Legislativo núm. 693);
- Ley de Promoción a la Inversión Privada en acciones de renovación urbana (Decreto Legislativo núm. 696);
- Ley de Promoción a la Inversión Privada en el campo del Saneamiento (Decreto Legislativo núm. 697);
- Casinos de juego (Decreto Legislativo núm. 698);

- Participación de la comunidad organizada en la prestación del servicio educativo (Decreto Legislativo núm. 699);
- Normas contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (Decreto Legislativo núm. 701);
- Ley de Zonas Francas Industriales y Turísticas, Zonas de Tratamiento Especial Comercial y Zonas Especiales de Desarrollo (Decreto Legislativo núm. 704);
- Ley de promoción de micro-empresas y pequeñas empresas (Decreto Legislativo núm. 705);
- Ley de Promoción de Inversiones en el sector minero (Decreto Legislativo núm. 708);
- Normas sobre transporte multimodal internacional de mercancías (Decreto Legislativo núm. 714);
- Protección al consumidor (Decreto Legislativo núm. 716);
- Sistema Privado de Salud (Decreto Legislativo núm. 718);
- Sistema Privado de Pensiones (Decreto Legislativo núm. 724);
- Fomento a la inversión privada en la construcción (Decreto Legislativo núm. 727);
- Fomento del Empleo (Decreto Legislativo núm. 728);
- Ley del Sistema de Defensa Nacional (Decreto Legislativo núm. 743);
- Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Pesquero (Decreto Legislativo núm. 750);
- Planeamiento de la Defensa Nacional para la Pacificación (Decreto Legislativo núm. 751).
- Fusión de los Bancos Estatales de Fomento (Decreto Legislativo núm. 754);
- Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo núm. 755);
- Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada (Decreto Legislativo núm. 757);
- Promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos (Decreto Legislativo núm. 758).

Toda esta legislación ha sido publicada en dos gruesos volúmenes (**Los decretos del nuevo Perú**, editado por la Asociación de Exportadores, ADEX, compilado por José Gabriel del Castillo, presentación de Gastón Benza Pflucker, presidente de ADEX y prólogo de Alberto Fujimori Fujimori, presidente de la República, Lima 1992, 2 tomos). El compilador, José Gabriel del Castillo, abogado de nota y con amplia experiencia en el Sector público, alababa sobremedida lo que en su compilación denomina decretos para el nuevo Perú, y dice así textualmente:

“... en mi opinión (estos decretos) representan un cambio de toda la estructura jurídica del país, (que) incluso supera en profundidad y radicalidad a las reformas emprendidas por el gobierno militar, con la connotación que las actuales han sido dictadas por el Sr. Presidente

de la República, al amparo de los mecanismos democráticos contemplados en la Constitución para modernizar nuestra sociedad” (p. XXII).

Es decir, del Castillo, quien no entra a analizar la bondad de la nueva normatividad legal ni menos a compararla en contenido con las anteriores, anota el hecho de que esta nueva reforma liberal de Fujimori, no sólo es superior a la efectuada por el gobierno militar (1968-1980) lo cual ya es un juicio de valor, sino que adicionalmente esta última fue fruto de la dictadura y la actual lo es de la democracia constitucional (con lo cual acierta, sin lugar a dudas).

En el prólogo, que Fujimori titula *Un estado moderno*, señala que “... hoy, el criterio técnico es el único que prima en la conducción del Estado peruano...”. Y agrega textualmente:

“Las medidas y acciones necesarias para reestructurar en forma integral el Estado peruano, están comprendidas en los Decretos Legislativos dictados por mi Despacho en uso de las facultades delegadas por el Congreso al Presidente de la República ...” (p. XI).

La cosa es pues clara: la reforma del Estado, es decir, el replanteo de los límites de la actividad del Estado, y en consecuencia, la ideología liberal en su aplicación, empieza en agosto de 1990, recién llegado Fujimori al cargo presidencial. Se analiza, negocia y plantea en el primer semestre de 1991, y se concreta normativamente, con pleno respaldo constitucional, en el segundo semestre de 1991. Así consta en el volumen antes citado, puesto en circulación en marzo de 1992, semanas antes del golpe de Estado de ese año. Se cierra así el período 1968-1991, que caracteriza la fase madura de nuestro Estado de Bienestar.

Cabe anotar que de todas estas normas, sólo tres fueron impugnadas por su inconstitucionalidad (pero sólo parcial), pero sólo una alcanzó resonancia y fue la relacionada con la compensación por tiempo de servicios (Decreto Legislativo núm. 650), en la cual se dio una muy pobre sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales (marzo de 1992), que no mellaba la estructura de la reforma y que además fue objeto de serias críticas. Entre ellas, la formulada por una comisión *ad hoc* nombrada por el Colegio de Abogados de Lima, el gremio profesional más antiguo e importante del país.

Todas estas medidas se dieron por consenso y no se cuestionaron frontalmente, sino sólo en algunos detalles. El resto de los decretos siguen vigentes y han encarrilado los cambios efectuados desde entonces.

7. EL GOLPE DE ESTADO DE 1992

Como se sabe, el propio Fujimori dio un golpe de Estado, en realidad un autogolpe, el 5 de abril de 1992. Para ello apeló a varios justificativos, como la corrupción de los poderes del Estado, la inercia de la administración pública, la oposición parlamentaria, la corrupción generalizada, la agitación de los viejos partidos políticos, etc. Pero en realidad, lo que quería Fujimori era gobernar solo: de espíritu autoritario y enemigo de la democracia, no encontró mejor manera para deshacerse de toda clase de oposición, la que, sin embargo, no había afectado su nuevo modelo económico. Fujimori anunció de inmediato la instauración de una nueva democracia, directa y sin intermediarios, y con recurrentes referendos, en los cuales el pueblo decidiría periódicamente lo que había que hacer en cada caso. Se montó así, entre abril y mayo de 1992, un tinglado napoleónico (al estilo de Napoleón III) para gobernar por el sistema de aclamación, ya que, según él, cambiado el modelo económico, faltaba cambiar el modelo político-institucional. Lo que pasó después no estaba en su agenda. Desaparecido el mundo bipolar, la Organización de Estados Americanos (OEA) con la presión de los principales países europeos con inversiones o acreencias en la América Latina y el aval de los Estados Unidos, logró cortar la ayuda internacional (el Perú dejó de recibir por el golpe de Estado más de US\$ 200 millones de dólares), e instó a Fujimori a volver a la democracia representativa. Las negociaciones fueron largas: se buscaron arreglos y cronogramas. Pero lo más insólito fue que la propia oposición, como manera de restablecer el orden constitucional, propuso como fórmula para salir del entrampamiento, la de convocar un congreso o asamblea constituyente para reformar la Carta en aquellos puntos que podrían entorpecer una gestión de gobierno. En realidad, nadie pensó que el título económico de la Constitución de 1979 obstaculizaba la marcha del Estado, sino más bien, algunos títulos referidos a los poderes u órganos del Estado. Esta propuesta al principio no fue aceptada por Fujimori, pero luego la hizo suya, ya que contó con el *placet* de la comunidad internacional y porque sabía que tenía el respaldo de la opinión pública, pues los partidos políticos de oposición estaban en proceso de desgaste, desde fines de la década del 80.

Así las cosas, todo se programó para convocar a una asamblea o congreso constituyente, que se instaló en enero de 1993, en órgano unicameral llamado, en forma redundante y cursi, "Congreso Constituyente Democrático".

En realidad, como puede verse de la documentación publicada (Carlos Torres y Torres-Lara, **La nueva Constitución del Perú**, Lima 1993), el oficialismo no tenía la menor idea de lo que era una Constitución, e ignoraba por completo las corrientes modernas del constitucionalismo. Lo único que tenía claro (aparte de afianzarse en el poder), es que había que privatizar el inmenso sector empresarial del Estado y desregularizar el mercado: en otras palabras, conservar las reformas del bienio 1990-1991. Ideas cuyo sustento teórico les preparó un grupo de estudios económicos (Apoyo S.A.) con financiamiento de la

AID y cierto apoyo local, y que luego defendió en el hemiciclo el congresista Víctor Joy Way (cf. **Derecho Constitucional Económico**, selección del “Diario de Debates”, compilado por Jorge Power Manchego-Muñoz, Lima 1995). En lo demás, no se hicieron problemas. Pero en lugar de modificar la Carta de 1979 en las partes pertinentes, decidieron hacer una nueva Constitución, que quedó sancionada en 1993, y puesta en vigor a fines de ese mismo año.

8. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1993

El Perú ha tenido varias constituciones en su periplo republicano. El siglo XX se inició con la vigencia de la carta de 1860, y luego se sucedieron las constituciones de 1920, 1933 y 1979. La de 1993, duodécima en nuestra larga lista, se discutió y aprobó teniendo como plantilla a la de 1979, a la que repite en más del 65% de sus enunciados. Aún más, miradas ambas a trasluz, resultan idénticas en cuanto a títulos y distribución de materias. En muchas cosas hay indudables mejoras, sobre todo de redacción y afinamientos teóricos, que son fruto de la experiencia acumulada.

En otras partes son diferentes; así, en el apartado económico, el contenido es sustancialmente distinto. A la ambigüedad de la Carta de 1979 en lo económico, sucede ahora un perfil liberal definido; quizá excesivamente marcado para evitar eventuales desviaciones o distorsiones (cf. Omar Cairo Roldán, **La economía social de mercado en el Perú**, Lima 1995). Por otro lado, en lo institucional, hay innovaciones que habrá que evaluar en su momento, como es la Cámara única que existió en el Perú en 1823 y en 1867, pero contraria a una larga tradición bicameral. El inconveniente de este unicameralismo es doble; por un lado, tiene 120 congresistas para una población electoral de once millones de personas, elegida por distrito nacional único, con lo cual a la larga se difumina todo tipo de representación (nadie representa a nadie). Y por otro, se ha omitido la doble lectura, con lo que se posibilitan las llamadas leyes-sorpresa; o sea, las que dispensadas de comisión, quedan listas y sancionadas en un par de horas (como ha sucedido últimamente).

Por lo antes expuesto, esta Constitución de 1993, no obstante sus novedades, queda incluida en el ciclo constitucional peruano iniciado en 1979, si bien tiene caracteres regresivos y en cierto sentido antidemocráticos (por ejemplo, la autonomía del fuero militar o el centralismo excesivo).

Mediante referendun de octubre de 1993, la nueva Constitución fue aprobada por ajustado margen: 52% a favor y 48% en contra, sin contar las adulteraciones que, según algunos, se habrían producido. No obstante ello, la Constitución empezó a regir, y quizá por haber sido aprobada con tan escaso margen, es que el Ejecutivo ha optado por hacer concesiones de tipo populista.

Una de las modalidades introducidas en la Constitución es la reelección presidencial inmediata. Con base en ella, Fujimori fue reelegido en 1995 y permanecerá en el cargo hasta el año 2000. Sólo en el futuro podrá saberse qué pasará con la nueva Constitución, dependiendo ello en gran parte, de la manera cómo se maneje el aparato político en los años venideros (cf. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, **La Constitución peruana de 1993**, Lima 1994).

9. LA TENTACIÓN POPULISTA

No obstante que la nueva Constitución descarta todo tipo de populismo y sobre todo las concesiones a la galería, Fujimori se ha dedicado, desde que casi pierde el referendun constitucional, a una obra asistencialista, aprovechando la existencia de amplios recursos fiscales. Es decir, a contrapelo de lo que establece la nueva Constitución, el Gobierno, a través del Ministerio de la Presidencia, ha iniciado una marcha acelerada de obras de bienestar social, consistente en obsequios de bienes u obras no reproductivas o no pedidas, para satisfacer a los pueblos (escuelas, puentes, postas médicas, muebles, computadoras, bibliotecas, etc.), con el propósito de mejorar la condición de los sectores más necesitados. En el fondo, no sólo porque existe dinero para ello, sino por cuanto de esa manera obtiene un mayor respaldo para su Gobierno, por poblaciones que esperan tradicionalmente todo del poder central. Esto produjo lo que los economistas llamaron un “recalentamiento de la economía”, sobre todo durante el bienio 1993-1994 y parte de 1995, en donde se produjo un crecimiento desmesurado del producto bruto interno (6.5 en 1993; 12.7 en 1994 y 6.0 en 1995). A esto debe añadirse que, entre las reformas emprendidas, se encuentra la del aparato tributario, que se ha vuelto mucho más simple y sobre todo muy eficiente. El Estado se ha convertido en un gran recolector de impuestos, lo que los anteriores gobiernos no supieron o no quisieron hacer.

Por tanto, la conclusión que se tiene es que el proceso de cambios iniciado en 1990-1991, ha traído un crecimiento del producto bruto interno y del ingreso *per cápita* (pero en este último, no recuperamos todavía los niveles existentes en 1980). Además, al interior de estas cifras se ocultan grandes desigualdades que deben ser analizadas a un nivel microeconómico.

Pero lo importante es señalar que a la austeridad fiscal que surge de la Carta de 1993, se opone la prodigalidad con los sectores populares, con claro matiz electorero, y repitiendo gestos de anteriores gobiernos que en teoría se denosta. Pero naturalmente, esto es temporal, no puede durar y en cualquier momento las dádivas podrán suspenderse o reducirse, y algo de esto ha empezado a hacerse. Y esto porque el Gobierno es pragmático y lo que le interesa son los resultados. Lo que diga la Constitución será válido en el momento que lo necesiten; no antes.

10. EL ENTORNO AUTORITARIO

El problema fundamental de la reforma del Estado en el Perú (en el sentido antes anotado) es que ésta se ha iniciado dentro del sistema democrático (1990-1991), pero se ha consolidado al margen y en contra del sistema democrático constitucional. Cuando Fujimori dio el autogolpe de 1992, quedó distanciado de todo el mundo. Se peleó con su partido y con sus dos vicepresidentes. Por tanto, no tuvo más remedio que recostarse en la Fuerza Armada y gobernar apoyado en ella. Pero para eso ha tenido que garantizar la fidelidad de las cúpulas castrenses, interviniendo en su composición y estructura interna y evitar eventuales deslealtades de los mandos intermedios. Dentro de este mutuo juego, los militares usan o han usado a Fujimori y viceversa. Los estropicios que éstos cometen son avalados por el Presidente, con el aplauso del oficialismo parlamentario; dócil a las voces de Palacio. Y todo esto prospera por la sencilla razón de que existe orden, control de la inflación, disciplina presupuestal y apoyo de diversas fuerzas de todo orden, sin obstáculos por la inexistencia de una oposición política articulada. Y avalado por el éxito; por los logros obtenidos que nadie discute.

El entorno populista puede desaparecer y ser manejado a discreción por el Gobierno, ya que las empresas públicas, que eran las que ocasionaban el gran dispendio, prácticamente han desaparecido o están en proceso de serlo. Pero el entorno militar es más difícil de manejar, pues está infiltrado en todas partes. El Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) ha tendido sus redes en todo el país y llega hasta el más lejano rincón. Con todo, no puede negarse que existen las libertades clásicas, sobre todo las relacionadas con la libre expresión, que son importantes (cf. AA.VV., **Sociedad, partidos y Estado en el Perú**, Carlos Fernández Fontenoy, coordinador, Lima 1995).

11. ¿BALANCE O RESERVA?

Hacer un balance de lo ocurrido hasta ahora es prematuro, y diría que casi aventurado. No existen suficientes elementos de juicio ni tampoco la distancia necesaria para apreciar debidamente a los actores y sus gestos. Más aún, cuando el modelo liberal implantado es, hoy por hoy, el único existente. Se adoptó, no porque sea el mejor, sino porque era lo único que estaba en la vitrina (lo demás, no existía o estaba en crisis). Pero lo que sí podemos decir es que lo que puede afectar el modelo es decididamente el entorno autoritario, que nace no sólo de la presencia gravitante del Ejército detrás de toda decisión importante, sino de la misma personalidad de Fujimori, intemperante y sin mayor vocación por el juego democrático.

Preocupa también que para hacer esta reforma, importante y hasta necesaria, se haya maltratado a tantas gentes y a tantas instituciones. Y en cuanto al contenido mismo de las reformas, ellas han cubierto con el signo liberal a todo el espectro económico y social del país. Es decir, toda la vida económica ha quedado libre de toda atadura y de todo compromiso y sólo sujeta al mercado. Si analizamos algunos casos de reformas en países vecinos (Brasil, Argentina, México, etc.), vemos que los aires liberales no han arrasado todo (cf. para el caso de México, Salvador Valencia Carmona, **Derecho Constitucional mexicano a fin de siglo**, México 1995).

En otras partes, el liberalismo no ha significado abolir el Estado, sino replantearlo. En el Perú, por el contrario, hemos vivido la política del péndulo. Al estado gestor, dirigente, empresarial (1933-1991), ha sucedido el Estado guardián, que sólo se preocupa de lo mínimo, o de casi nada. Es cierto que el artículo 58 de la nueva Constitución establece prioridades en la labor que compete al Estado (promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura), pero este mínimo ni siquiera lo llega a cumplir o cumple con fines claramente electorales. Entonces, haber llevado una política liberal tan lejos, si bien teóricamente puede ser interesante, a la larga puede acentuar diferencias, crear más abismos sociales de los que ya existen y quizá en el futuro, por reacción, tengamos que retornar al Estado de bienestar, aun cuando reformulado.

Por tanto, más que un balance, lo que formulamos frente a la reforma del Estado en el Perú, es reserva. Ella espera una respuesta, que probablemente demorará.

Lima, enero de 1996.

Apéndice

Como queda anotado en la ponencia, la prédica por un liberalismo moderno en el Perú la introduce el discurso de Mario Vargas Llosa, a fines de la década del 80, y más en concreto, en la campaña electoral de 1990, en donde fue candidato presidencial del FREDEMO (Frente Democrático). Sus discursos políticos fueron acogidos y difundidos por los medios y en folletos de difusión partidaria, no siempre de fácil acceso y lamentablemente no recogidos en libro alguno. Por esto reproducimos, con la debida autorización del autor, el discurso que pronunció como clausura del certamen denominado "La revolución de la Libertad", en Lima, el 9 de marzo de 1990. (D.G.B.)

EL PAIS QUE VENDRÁ

por Mario Vargas Llosa

Dicen que en los tiempos de la Revolución Cultural, la maldición china de moda era: "Te deseo que vivas en una época interesante". La nuestra lo es, sin duda alguna,

y no tenemos razón para quejarnos. Cada mañana nos sorprende, boquiabiertos, con una nueva hazaña de la libertad en el mundo: la caída del muro de Berlín, el derrumbe de Ceaucescu, el tránsito de Vaclav Havel desde las mazmorras a la presidencia de su país, el triunfo de Violeta Chamorro en las elecciones nicaragüenses contra los deseos de los “progresistas” de Occidente y todas las encuestas. Nuestros ojos todavía no dan crédito a lo que muestran las pantallas de la televisión: esa Plaza Roja hirviendo de manifestantes que piden elecciones libres y el Comité Central del Partido Comunista de Lenín y Stalin apresurándose, como muchos de sus congéneres de Europa, a abjurar de los axiomas más acendrados del leninismo y del marxismo: la lucha de clases, el centralismo democrático, el monopolio del poder, la planificación centralizada, la propiedad social de los medios de producción y, a fin de cuentas, casi todos los mitos, estereotipos, argumentos y métodos sobre los que el comunismo nació, creció y se apoderó de un tercio de la humanidad para sumirlo en la servidumbre, el terror y la ignominia, y que, a la postre, lo corroerían provocando lo que parece su delicuescencia (por lo menos, como fuerza significativa en el mundo contemporáneo).

Es difícil, en estas circunstancias, no recurrir a las grandes palabras. ¿No estamos viviendo en un momento fronterizo del curso de la civilización? ¿Nos toca inaugurar una nueva era en la historia del hombre? La palabra “historia” –su concepto– es una de las muchas prostituidas por la ideología, pues ella ha servido, sobre todo, de coartada para los grandes embauques intelectuales de nuestro tiempo –ella ha sido el siniestro dios todopoderoso de la religión totalitaria– y para justificar los peores genocidios y crímenes políticos de que haya memoria. Pero no tiene sentido decir, como ha dicho Francis Fukuyama, que la agonía del comunismo constituye el verdadero “fin de la historia” hegeliano. Mi impresión es la opuesta. Los sucesos de la Unión Soviética y del Este europeo, han revitalizado inesperadamente la noción misma de “historia” a los ojos del mundo, desembarazándola de las legañas, distorsiones y ficciones con que los marxismos –heterodoxos y ortodoxos– la habían desnaturalizado, devolviéndole su frescura, su sana imprevisibilidad, su inabarcable (por la inteligencia y el conocimiento) naturaleza de improvisación múltiple, espontánea, esencialmente libre, que revienta siempre los esquemas conceptuales que pretenden reducirla a pura lógica, a causa y efecto, y descubrir por debajo de sus tumultos y fosforescencias una recóndita racionalidad. No hay tal cosa. En estos días, verificamos lo que siempre sostuvieron un Karl Popper o un Hayek o un Raymond Aron, en contra de un Maquiavelo, un Vico, un Marx, un Spengler o un Toynbee: que la historia nunca está “escrita” antes de hacerse, que ella no es la representación de un libreto preexistente elaborado por Dios, por la naturaleza, por el desarrollo de la razón o por la lucha de clases y las relaciones de producción. Sino, que la historia es, más bien, una continua y diversa creación, que puede optar por las más inesperadas trayectorias, evoluciones, involuciones y contradicciones, derrotando siempre en su fantástica complejidad y multiplicidad a quienes la predicen y la explican.

El sesgo que está tomando en estos días –el de la reivindicación del individuo contra el Estado, de la libertad económica contra la planificación, de la propiedad y la empresa privada contra el colectivismo y el estatismo, el de la democracia liberal contra la dictadura y el mercantilismo– nos alborozca con toda razón. Pero no debe aturdirnos. No estaba “escrito”. Ninguna fuerza oculta y virtual, emboscada en las catacumbas del oscurantismo y el horror que mantuvieron empobrecidos y humillados a esos pueblos que hoy recuperan su libertad, determinó la caída de Ceaucescu, el triunfo de Solidaridad o el desplome de las piedras que dividían a Berlín. Esos hechos, y los demás que nos exaltan a quienes desde hace años luchábamos contra el totalitarismo,

han sido duramente conquistados por la terca resistencia, activa o pasiva, de las víctimas o por la toma de conciencia, por parte de las oligarquías comunistas gobernantes (las nomenklaturas), de su incapacidad para resolver los problemas económicos y sociales y del irremisible desastre a que iban sus países a menos de una drástica rectificación de ideas, políticas y, por supuesto, dirigencias.

Esta es una formidable victoria de la cultura de la libertad contra el totalitarismo, pero ella no es definitiva, ni mucho menos. La parte difícil viene ahora. La desestatización y la transferencia a la sociedad civil del poder económico y político expropiado en su provecho por una burocracia despótica, es un proceso extremadamente complejo que va a exigir, en una primera etapa, enormes sacrificios a esos pueblos que ahora se ilusionan con la idea de que la democratización política y la libertad económica resolverán instantáneamente sus problemas. No es así. Salir del adormecimiento psicológico y la desmovilización moral que todo régimen colectivista propaga entre los ciudadanos –a quienes obliga a abdicar de su sentido de la responsabilidad individual y a vivir con el supuesto enajenante de que sus problemas deben ser resueltos en primer lugar por el Estado y, sólo en segunda instancia, por ellos mismos– será una tarea más ardua que las emocionantes gestas de los últimos meses en que hemos visto desmoronarse a tantos tiranuelos y burocracias. Para países como Polonia, Hungría, Alemania Oriental, Checoslovaquia, y para la propia Unión Soviética, el verdadero desafío revolucionario comienza ahora: construir sobre las ruinas del moribundo socialismo, los cimientos de una sociedad libre. Es decir, de ciudadanos conscientes de que sin libertad económica no hay libertad política duradera y mucho menos progreso, y de que economía de mercado significa disciplina, imperio estricto de la ley, riesgo, iniciativa y, sobre todo, mucho trabajo y sacrificio. Que la cultura del éxito –fuente de la extraordinaria prosperidad que han alcanzado las sociedades democráticas avanzadas– incluye también, para las empresas y los empresarios, la posibilidad de quebrar y arruinarse sin que el Estado venga a echarles una mano y tener, por lo tanto, luego de un fracaso, que empezar de nuevo desde cero. Asumir la libertad entraña, asimismo, el aceptar que debe pagarse el costo de la ineficiencia y el error. Porque si el mercado competitivo genera la mayor eficiencia y crea más riqueza que cualquier otro, es, también, un sistema frío e inmisericorde contra los ineficientes. Convendría tenerlo muy en cuenta, en el umbral de una era en la que se dibuja en el horizonte la posibilidad de una humanidad sin guerras, sin pujas armamentistas, sin bloques y en la que el denominador común de la democracia y la libertad enlazarían a la mayor parte de los pueblos del mundo. La libertad, que es siempre garantía de progreso y justicia, tiene un alto precio, que un pueblo debe pagar diariamente, so pena de perderla. Ningún país, ni los más ricos ni los de más larga tradición democrática, están exonerados del peligro.

Lo que ocurre con Europa del Este está ocurriendo también, aunque de manera más atenuada y mucho menos espectacular, en América Latina. Es un proceso lento, indirecto, no siempre consciente, pero visible para quien observe de manera desprejuiciada la evolución del continente en los últimos años. Con las excepciones de Cuba y Haití, todas nuestras dictaduras han sido reemplazadas por regímenes civiles. Gobiernos democráticos –aunque con distintos grados de legitimidad, es cierto– administran nuestros países desde el río Grande hasta Magallanes.

También entre nosotros han perdido vigencia y capacidad de convocatoria entre los jóvenes, los campesinos y los obreros, los mitos revolucionarios violentistas, salvo en minorías recalcitrantes –elites intelectuales y universitarias o sectores marginales

inasimilables— que, aunque pueden causar todavía mucho daño, por supuesto, aparecen cada día más excéntricas y huérfanas de respaldo popular.

Pero lo verdaderamente nuevo está en que, acaso por primera vez, aquí y allá, en América Latina, en medio de la gran crisis económica que enfrentamos, y acaso como consecuencia de ella misma, surgen signos alentadores de pragmatismo y modernidad. Con pocas excepciones —como la peruana, para desgracia nuestra—, pocos gobiernos se atreven todavía a perseverar en el modelo “cepalista” y keynesiano de los años cincuenta y sesenta que tanto estrago ha causado y causa todavía. Y un liberalismo renovado —en la acepción clásica del término— se va abriendo paso en todo el continente como saludable respuesta a los modelos del “desarrollo hacia adentro” y la famosa política de “sustitución de importaciones” de triste recordación. Unos entusiastas, otros a regañadientes, otros sin darse bien cuenta de por qué lo hacen, casi todos los nuevos gobiernos van dando los pasos o pasitos debidos, para atacar en sus raíces el mal de la pobreza. Un mal que, en nuestros días —es la gran hazaña de la época en relación con las anteriores— se ha vuelto curable, a condición de que el país enfermo quiera salvarse. Lo que, en términos sociales y económicos, quiere decir: tecnificar, moralizar y reducir al Estado a sus proporciones justas, a fin de que pueda asegurar el orden, la justicia y la libertad y transferir a la sociedad civil el derecho a la creación de la riqueza, en un sistema abierto, de competencia, sin privilegios ni interferencia burocrática. Esto no implica, desde luego, que el Estado renuncie a desplegar todos los esfuerzos imaginables para que cada generación goce de aquello que, junto con la libertad, es el fundamento de toda sociedad democrática; la igualdad de oportunidades, un mismo punto de partida para aquellos que emprenden lo que expresa la horrible metáfora darwiniana: “la lucha por la vida”. Poco a poco, también en América Latina, se va comprendiendo que un gobierno “redistribuye” más inteligentemente, ofreciendo una educación pública sobresaliente que desalentando a la empresa privada con tributos asfixiantes y obrando porque la propiedad privada sea accesible al mayor número, en vez de encarnizarse contra quienes ya son propietarios.

El nacionalismo económico —que, con el nacionalismo cultural es una de las más tercas aberraciones de nuestra historia—, aunque tímidamente, comienza a retroceder, después de haber contribuido de manera muy efectiva al subdesarrollo continental. Por fin vamos aprendiendo que la salud no está en fortificar las fronteras, sino en abrirlas de par en par, para salir al mundo a conquistar mercados para nuestros productos y para que las tecnologías y los capitales y las ideas del mundo vengán a ayudar a los nuestros a desarrollar nuestros recursos y a crear los puestos de trabajo que necesitamos con tanta urgencia. Dentro de este nuevo clima cultural, muchos admiten que la famosa integración regional latinoamericana nunca funcionó, porque estuvo siempre lastrada por el “espíritu nacionalista”. Se trataba de integrarse para defenderse contra el resto del mundo, contra los famosos “imperialismos”. Y, de otro lado, ni siquiera esa carta marcada la jugaron nuestros países con limpieza. Porque todos querían aprovechar la integración a favor de sí, para ganar puntos sobre los demás. Ahora, cuando por fin parece irse imponiendo en capas crecientes de latinoamericanos la virtud política suprema, el sentido común, la integración va entendiéndose en un sesgo moderno: unirse para lograr, juntos, más pronto, la integración de América Latina al resto de la humanidad. Pues la inserción en ese mundo de hoy pródigo de posibilidades, de retos, de mercados, es la mejor herramienta que tienen los países pobres y atrasados como los nuestros, para dejar de serlo y empezar a ser modernos, es decir, prósperos, es decir, libres de verdad, pues la libertad en la pobreza es una libertad recortada y en peligro.

Acabar con los nacionalismos, que nos han ensangrentado y dividido, a cuyos dictados hemos desperdiciado en armarnos los unos contra los otros, gigantescos recursos que pudieron servir para luchar contra los verdaderos enemigos de cualquier nación –que no son sus vecinos, sino el hambre, la ignorancia y el atraso– es una condición *sine qua non* de nuestro desarrollo y modernización. Es imperioso que no recurramos más a ese método del que han abusado tanto los malos gobiernos para atraer o callar a los desafectos con el *chantaje* de la “nación amenazada por el enemigo exterior” y crear artificialmente la “unidad nacional”. Debemos trabajar de manera leal por superar las desconfianzas y reticencias recíprocas –resolviendo armoniosamente los problemas cuando existan– y por ir consiguiendo, mediante la colaboración y el intercambio múltiples, que –como empieza a ocurrir en Europa y en otras partes del mundo– las fronteras se vayan debilitando y diluyendo bajo la fuerza bienhechora de la amistad, el interés común y la conciencia compartida de que, actuando así, mataremos más pronto a esos demonios perseverantes que nos han dejado tan rezagados en relación con las regiones del mundo que prosperan.

Afortunadamente, cada vez hay más latinoamericanos que diferencian con lucidez el “nacionalismo” del “patriotismo”, el que, aunque, como dijo el doctor Johnson, sirve a veces de cortapisa a muchas vivezas de los canallas, es un sentimiento altruista, generoso, legítimo, de amor a la tierra donde uno nació y donde están los huesos de sus muertos, y de compromiso ético y sentimental con ese sistema de referencias culturales, geográficas e históricas que encuadra a cada destino individual. Pero ni siquiera el patriotismo, con todo lo que hay en él de hermoso y noble, podría ser obligatorio, como no podrían serlo tampoco, sin degradarlas, esas admirables experiencias privadas que son el sexo, la amistad, la fe o el amor.

Y, en estos tiempos de trastorno y maravilla, incluso la horrenda y abominable entre todas, la más temida palabra por el político latinoamericano de cualquier pelaje de este siglo –el capitalismo– comienza a aparecer, con mucha prudencia y remilgos, es verdad, en nuestro vocabulario público. Y despojada de las tremebundas, terroríficas reverberaciones negativas de antaño, como lo que, nos guste o nos disguste, objetivamente es el sistema que, pese a sus limitaciones y máculas, ha sido capaz de asegurar el mayor progreso en términos de bienestar colectivo, seguridad social, protección a los derechos humanos y, también, de libertad individual que consigne la historia. (Lo cual no significa, necesariamente, que gracias a él haya aumentado de manera mensurable la felicidad humana. Pero la felicidad no es algo que pueda ni deba medirse en coordenadas sociales, sólo individuales. Por eso, como dice Popper, la felicidad no es asunto que incumba a los gobiernos. Los que se empeñan en materializarla para todos –los gobiernos “holísticos” como el de Fidel Castro, los imanes shiítas de Irán o los supérstites antediluvianos de China Popular–, suelen convertir a sus sociedades en verdaderos infiernos. La felicidad, que es misteriosa y plural, como la poesía, sólo concierne a uno mismo y a sus íntimos, pues para ella no hay fórmulas que la produzcan ni explicaciones que la descifren).

Reconocer que si se quiere salir de la pobreza en el más corto plazo posible –en este mundo de todos los posibles que es el nuestro– es preciso optar clara y resueltamente por el mercado, por la empresa privada y la iniciativa individual, en contra del estatismo, el colectivismo y los populismos demagógicos, es un paso imprescindible. Pero que puede generar una gravísima confusión, a menos de que establezcamos una nítida diferencia entre el capitalismo genuino –el que, para entendernos, llamaré liberal–

que, en verdad nunca tuvimos en América Latina, de esas formas adulteradas –la de “rentismo” o capitalismo mercantilista– con que ha germinado hasta ahora en nuestros países. Este sistema de privilegios pactados entre el poder político y algunos grupos empresariales influyentes, que garantizaban a éstos, monopolios y prebendas, que los salvaguardaban de tener que competir –es decir, de tener que esforzarse por satisfacer las necesidades del consumidor– ha sido una inagotable fuente de ineficiencia y corrupción en nuestras economías. Ello es inevitable cuando el éxito de una empresa no lo decide el mercado sino un oscuro burócrata, firmando decretos. Un sistema así deforma a la empresa y también al empresario, quien debe dedicar su inventiva y su esfuerzo no a servir al consumidor, sino a obtener un privilegio estatal. El mercantilismo ha sido uno de los causantes principales de nuestro subdesarrollo y, también, de la discriminación y la injusticia de nuestras sociedades contra los pobres. El mercantilismo hizo de la legalidad un privilegio a la que sólo lograban acceso quienes tenían influencia o podrían comprarla y condenó a los pobres a crear trabajo y riqueza al margen de ella, en esas economías informales –sin duda precarias, pero libres– que son, en cierta forma, el inicio en nuestras tierras de un auténtico capitalismo popular.

Poner fin a las prácticas mercantilistas es una exigencia moral y realista tan urgente como reformar las supuestas “reformas” sociales y económicas que en nuestras sociedades nacionalizaron empresas, colectivizaron tierras y entronizaron el intervencionismo estatal en la economía. Mercantilismo, colectivismo y estatismo, son expresiones diferentes de un mismo fenómeno que ahoga la iniciativa individual, convierte al burócrata y no al empresario ni al trabajador, en el protagonista de la vida productiva, estimula la ineficiencia y la inmoralidad, legitima la discriminación y el privilegio y, a la corta o a la larga, trae consigo el deterioro y la desaparición de la libertad.

Establecer una economía libre, que acabe con los monopolios y garantice a todos el acceso a los mercados, donde puedan competir dentro de reglas claras, simples y equitativas, no debilita a los Estados. Los fortalece, pues les confiere la autoridad y la credibilidad de que carecen hoy, que son grandes, pero débiles e impotentes para proveer los servicios elementales que se espera de ellos: salud, seguridad, justicia, educación, infraestructura mínima. Negarle al Estado el derecho de intervenir como productor, para que pueda cumplir eficazmente su papel de árbitro y promotor en la vida económica, no es exonerarlo de responsabilidades esenciales. La de obrar incansablemente, por ejemplo, para mantener el mercado, libre de las interferencias y distorsiones que le restan eficiencia y generan abusos; perfeccionar sin tregua la administración de la justicia pues sin un sistema judicial puro, fuerte y universal, al que todos aun el más pobre, pueda acudir en defensa de sus derechos, no hay economía de mercado que funcione; y también, y acaso, sobre todo, facilitar y alentar la difusión de la propiedad privada entre los que aún carecen de ella. Porque la propiedad privada no es el robo, como creyó Proudhon, sino, más bien, el sustento y el signo visible de la libertad.

Un Estado liberal no es concebible sin una política de apoyo al desvalido y al inerme, al que por culpa de la edad, la naturaleza o el azar no está en condiciones de valerse por sí mismo y sería aplastado y borrado si se lo dejara expuesto a las estrictas leyes del mercado. ¿Pero cuándo y dónde propusieron Adam Smith o los otros pensadores clásicos del liberalismo semejante indiferencia del Estado frente al débil? Lo cierto es que es en las democracias liberales donde existen los sistemas más avanzados de protección a la vejez, a la infancia, los mejores seguros contra la desocupación, los accidentes de trabajo y la enfermedad.

Hay un orden, sobre todo, en el que el Estado liberal tiene la obligación de tomar iniciativas y multiplicarse, invirtiendo recursos e incitando la acción y la participación de todo el mundo: el cultural. Hacer de los bienes culturales algo accesible a todos, y promover la curiosidad, el interés y el goce por lo que la imaginación humana y el espíritu artístico inventan para contrarrestar las insuficiencias de la vida, es una manera de asegurar que la sensibilidad de los hombres y las mujeres no se embote y se mantenga alerta su sentido crítico, esa insatisfacción permanente sin la cual no hay renovación ni movimiento social y que nada mantiene tan despierta ni espolea tanto como una rica vida cultural. Desde luego que el Estado no debe “dirigir”, ni siquiera trazar a la actividad cultural otra pauta que la de ser libre y autónoma. Su función es garantizar que ella sea diversa y múltiple y abierta a todos los vientos y provocaciones, pues sólo expuesta de este modo al desafío y al cotejo, ella se mantiene ligada a la experiencia vigente y ayuda a las gentes a vivir, a creer, a desear. La cultura no necesita ser protegida pues ella, cuando existe y es auténtica, se protege sola mucho mejor de lo que podría hacerlo cualquier gobierno. Pero los Estados tienen, eso sí, el deber imperativo de dar a todos los ciudadanos los medios necesarios para adquirirla y producirla; es decir, la educación y las condiciones de vida mínimamente adecuadas que les permitan disfrutarla.

Una actividad cultural intensa es, además, una de las maneras como un Estado liberal puede conjurar uno de los peligros que parecen congénitos a la sociedad capitalista moderna: una cierta deshumanización de la vida, un materialismo que aísla al individuo, destruye a la familia, fomenta el egoísmo, la soledad, el escepticismo, el esnobismo, el cinismo y otras formas de vacío espiritual. Ninguna sociedad industrial moderna ha sido aún capaz de responder con acierto a este desafío; en todas ellas, los altos niveles de vida y el progreso material al alcance del mayor número ha debilitado esa solidaridad social, que paradójicamente, suele ser muy intensa en las comunidades primitivas, y generando la proliferación de cultos y ritos de un irracionalismo demencial, cuya sola explicación parece ser la necesidad inconsciente de reemplazar de algún modo esa pérdida de lo sagrado y de la fe a la que, por lo visto, no somos capaces de resignarnos. La subcultura de la droga, que es, acaso, el más formidable asalto moderno a la razón, la renuncia a ese tributo de lucidez frente a sí mismo y frente al mundo que es la columna vertebral de la cultura de la libertad, parece ser una de esas formas exacerbadas y tortuosas en que se manifiesta, en los países que han llegado más lejos en el desarrollo, aquel inmemorial apetito de trascendencia y absoluto que antes aplacaban la magia, el mito y la religión.

En todo caso, quienes estamos luchando para que nuestros países sean modernos a través del único sistema que trae prosperidad sin merma de la libertad, debemos aprender la lección. Y salir a darles una respuesta imaginativa, desde el principio mismo de la forja de nuestras economías de mercado y la promoción del capitalismo liberal, a aquellos peligros, mediante una política de fomento a la cultura, a la creatividad humana en todas sus formas y audacias, al quehacer artístico, al pensamiento crítico, a la investigación, al experimento y al quehacer intelectual. Y, también, cualquiera que sea nuestra convicción íntima sobre el tema de Dios, alentando el desarrollo de una profunda vida espiritual, ya que, para la gran mayoría, la religión parece ser, dentro de nuestra tradición, el vehículo más solvente para refrenar el instinto de muerte y destrucción, ejercitar la solidaridad, respetar ciertos códigos éticos que garanticen la coexistencia y el orden dentro de la ciudad y, en una palabra, mantener

quieto y domesticado al terrible salvaje ávido de excesos que todos los humanos, aún los de apariencia más civilizada, llevamos dentro.

De joven, como buen lector de los existencialistas franceses, llegué a convencerme de que un hombre decide íntegramente su destino, a base de elecciones continuas con las que se sitúa en la cambiante realidad. Esta creencia me ayudó, creo, a convertirme en el escritor que, desde muy niño, soñé llegar a ser. Pero, hoy, en el extraño trance en el que me encuentro, participando en una campaña electoral como aspirante a la Presidencia de mi país, me digo con cierta melancolía que en los destinos individuales influyen también las circunstancias y el azar acaso tanto como la voluntad de quien los encarna. Igual que la “historia” de las sociedades, la de los individuos tampoco está “escrita” con anticipación. Hay que escribirla a diario, sin abdicar de nuestro derecho a elegir, pero sabiendo que, a menudo, nuestra elección no puede hacer otra cosa que convalidar, si es posible con lucidez y ética, lo que ya eligieron para uno las circunstancias y los otros. No lo lamento ni lo celebro: la vida es así y hay que vivirla, acatándola en todo lo que tiene de aventura terrible y exaltante.

Si gano esta elección y llego al gobierno, quiero decirles a todos ustedes que, les plazca o lo detesten, gobernarán conmigo. Ustedes me ayudarán en la difícil y apasionante tarea de transformar el Perú en un país de nuestro tiempo, sin hambre y sin violencia, con libertad y con trabajo, donde todos los peruanos puedan, gracias a su empeño, alcanzar una existencia decente. Porque son las ideas que ustedes han desarrollado y promovido, las que han convertido en políticas y reformas, las que con sus escritos y sus acciones han incorporado a la experiencia histórica contemporánea, haciendo avanzar de una manera extraordinaria esta cultura de la libertad que ahora parece, increíblemente, irradiar en todas las direcciones del orbe, las que me han animado a asumir este desafío; las ideas generosas, nuevas, vivificantes, que han pasado ya la prueba de la realidad en otras partes y demostrado que servían, que eran aptas para hacer retroceder la barbarie del subdesarrollo en cualquier lugar del mundo.

Les agradezco su presencia aquí, entre nosotros, en estos momentos tan difíciles –pero también tan llenos de esperanza– de la vida del Perú. En mi nombre y en el de todos los que me acompañan, les agradezco, sobre todo, haber pensado, escrito y actuado con tanto coraje y lucidez como lo han hecho a favor de esa cultura de la libertad que ahora echa también raíces en este viejo país de gentes jóvenes al que su presencia viene a honrar. Su ejemplo, su amistad, son para todos nosotros, un aliciente, casi un premio. Por mi boca, las mujeres y los hombres del país que vendrá –sin desocupados y sin crímenes políticos, sin discriminación y sin abusos, con oportunidad y cultura para todos-, ese país que ustedes habrán ayudado a edificar, les dice: Muchas gracias.

Barranco, 4 de marzo de 1990.

XV

REELECCIÓN: EL CASO PERUANO*

Si bien el profesor Sagüés ha planteado el problema a nivel de la doctrina, y el profesor Nogueira ha hecho énfasis en la realidad latinoamericana; por mi parte, quisiera hacer una brevísima referencia al caso peruano.

Me parece que con las variables de análisis no podemos ser tan elásticos. El Derecho Comparado, o como se llama más exactamente, la Comparación Jurídica, tiene que partir de ciertas bases comunes. No podemos, por ejemplo, comparar el Primer Ministro en el Perú, con el Primer Ministro en Inglaterra o en Italia. Las figuras pueden ser similares, pero las realidades históricas, políticas, sociales y económicas, son distintas. Entonces, dentro del gran rubro del Derecho Comparado, tenemos que hacer una subdivisión: el Derecho Comparado Latinoamericano, que es distinto al resto del Derecho Comparado: lo que puede ser bueno allá, es malo acá. En Estados Unidos, por ejemplo, es bueno que el Senado ratifique a los Embajadores, porque el examen que se hace es para llamarlos y ver si hablan el idioma, si conocen la historia del país, si tienen sagacidad, si tienen trato diplomático, etc. Acá se hizo lo mismo, y a Javier Pérez de Cuéllar lo balotearon, lo cual es algo realmente insólito. Entonces, lo que operaba bien allá, acá no funcionaba. Tenemos que relativizar y construir lo que no está construido, un Derecho Constitucional Latinoamericano, sobre el cual felizmente ya hay algunas publicaciones interesantes.

En el Perú pasó lo mismo que en Chile. Una de nuestras primeras Constituciones (1828), siguiendo el ejemplo de la Carta norteamericana, permitió la reelección inmediata. Pero luego, todo el siglo XIX es un permanente intento del legislador de ir recortando la fuerza del Presidente de la República. Por eso contamos con una forma de gobierno que no es enteramente presidencial ni parlamentaria, que he calificado, siguiendo la huella de Manuel Vicente Villarán, como presidencialismo frenado o atenuado. ¿Por qué el legislador se esmeró en incluir elementos parlamentarios desde el siglo pasado hasta ahora? ¿Por qué tenemos voto de censura desde mediados del siglo pasado? ¿Por qué tenemos Consejo de Ministros y Primer Ministro?. Porque eran el medio como en ese momento, se concibió que había que detener la fuerza omnímoda del presidente de la República.

Middendorf, quien fue médico de varios Presidentes de la República, vivió en el Perú casi treinta años y escribió tres tomos sobre nuestro país en donde sostuvo algo impresionante. En su libro, escrito en Alemania en 1893 y traducido hace poco, afirma que “quien analiza la estructura constitucional del Perú, llega a

* Publicado en **Debate Constitucional**, Lima, núm. 5, 30 de junio de 1993.

la conclusión que es una estructura enteramente parlamentaria y que el Presidente de la República no es más que un fiel servidor del Congreso. Sin embargo, pocos monarcas en Europa gozan de tanto poder como el del Presidente de la República del Perú”.

Esa es la realidad y por ello la experiencia histórica peruana y latinoamericana, ha sido adversa a la reelección, porque quien quiere reelección, lo que quiere es dictadura; permanecer en el cargo. Esa ha sido nuestra historia de los últimos cien años; no hay otra cosa.

Esto lo he conversado con destacados constitucionalistas latinoamericanos y todos ellos coinciden en que la reelección inmediata en América Latina es funesta y lo demuestra la experiencia. En este continente, hemos tenido casos históricos de Presidentes que han estado treinta y cinco y cuarenta años en el poder, y menciono algunos al azar para no tocar casos muy cercanos: Juan Vicente Gómez en Venezuela, 35 años; Porfirio Díaz en México, 35 años; no hablemos de las dictaduras de otro estilo, tipo Castro que está en los 40 años; hasta hace poco Rafael Leonidas Trujillo, 40 años en República Dominicana; la familia Somoza 40 años en Nicaragua. En consecuencia, las estructuras mentales, la falta de cultura política, las estructuras económicas atrasadas, etc., hacen que la reelección inmediata sea funesta. Tanto así que la última vez que se planteó en 1986, en pleno auge del gobierno aprista, el partido gobernante que tenía mayoría en las Cámaras, tuvo que dar marcha atrás porque la medida era impopular.

Todos aquellos que han querido intentar la reelección desde el poder, lo que buscaban era permanecer indefinidamente. Esa es la realidad, y no sólo eso, sino que la América Latina ha producido dos cosas muy interesantes. Por un lado, una literatura que inicia Ramón del Valle Inclán en 1926 en su famosa novela “Tirano Banderas” para describir cómo se perpetúan los caudillos en América Latina. Una literatura que ha hecho una especie de escuela sobre el gobernante, por más refinado que sea, que se queda años y años con una serie de triquiñuelas. Y por otro, la América Latina ha creado la teoría, que no existe en otra parte, del “dictador necesario”. Todavía en 1929, un gran intelectual venezolano, Laureano Vallenilla, publicaba su libro “Cesarismo democrático” en el cual sostenía la tesis que los pueblos incultos, tropicales, de la América Latina, necesitaban lo que él llamaba el “gendarme necesario”.

Entonces, la realidad es absolutamente negativa, las consecuencias son claras. La más cercana fue la de Leguía en 1919, once años permaneció en el poder. Cayó Leguía y hasta ahora no lo recuerda nadie, entre otras cosas, porque se perpetuó once años. Por eso el artículo 142 de la Carta de 1933, no sólo prohibió la reelección inmediata, sino que estableció una prohibición para su reforma indicando que “el autor o autores de la proposición reformativa o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán de hecho en

el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública”.

En 1978, el recuerdo de Leguía estaba muy lejos, y los constituyentes no repitieron la cláusula de la Carta de 1933, porque pensaron que ya no era necesaria. Esto es lo que puede llamarse el Derecho Constitucional histórico en América Latina. Sin embargo, los hechos demuestran que las ambiciones políticas se desbordan. Hemos tenido dos intentonas a favor de la reelección, y si la historia tiene leyes, o por lo menos tendencias, este nuevo intento de reelección debe fracasar y será para el bien del país. Si el gobernante es bueno, que espere y retorne pasado un período. No tiene por qué someternos, en un país dominado por la figura del Presidente de la República, a hacer una reelección que no sabemos en qué condiciones se llevaría a cabo.

XVI

CONGRESO Y CONSTITUCIÓN (*)

¿Qué opinión le merece la forma como se está llevando a cabo la aprobación del proyecto de la nueva Constitución en el Congreso Constituyente?

Me parece un debate precipitado, lamentablemente. Nunca supo el Pleno, ni menos la Comisión de Constitución, qué es lo que quería al empezar a trabajar, por lo que copió la Carta del 79 y fue acomodándola, dando marchas y contramarchas, al vaivén de los acontecimientos. El resultado es una Constitución que es copia de la anterior, con claros rasgos autoritarios en favor del Presidente de la República.

Hay algunos críticos que califican a este Proyecto de Constitución como “mamarracho jurídico” por la forma como éste viene siendo aprobado. ¿Ud. es de la misma opinión?

Es un poco dura esa frase, pero respeto a quienes la utilizan por lo que quieren encerrar en ella. En este Proyecto hay cosas buenas, por lo que me impediría calificarlo de esa manera, y es bueno en un 60% porque ha repetido la Carta anterior.

Se dice mucho que este actual Proyecto de Constitución, más que un proyecto nacional o de consenso, responde a un proyecto personal venido de Palacio de Gobierno. ¿Qué nos puede decir al respecto?

Yo diría que más que un proyecto personal, lo que existe son ambiciones personales en puntos muy concretos, como la reelección y los plenos poderes; eso sí es claro. Existen directivas de Palacio en los grandes postulados, mas no en los detalles.

¿De aprobarse la nueva Constitución tal y conforme se viene dando en el Proyecto, cómo avisora la vigencia que pueda tener?

Nace en un mal momento, definitivamente, por lo que el augurio no es bueno, porque está naciendo en un clima de imposición, en un clima en donde no hay diálogo, en donde no se escucha nada, porque ya todo está acordado. Yo no

(*) Entrevista publicada en **Selva** (Revista Peruana de la Amazonía) año XX, núm. 57, mayo-julio de 1993, con motivo del inicio de los debates en el Congreso Constituyente Democrático (CCD)

creo que vaya a durar mucho, me parece muy vinculada a una situación y es probable que cuando cambie esta situación, cambie la Constitución.

¿Cuáles cree que sean las fuentes en las que se basa la elaboración de este proyecto?

Básicamente, la Constitución del 79 y la mal entendida idea del pragmatismo, de que hay que ir a lo simple, a lo barato, a lo eficaz, y ese mal sentido del pragmatismo los lleva a justificarse en algunas constituciones extranjeras, como la de Francia, que la alaban mucho, pero que ni la han leído.

¿Qué vacíos o deficiencias tiene la Constitución del 79?

Indudablemente, como toda obra humana, la Constitución del 79 tiene errores. Estos se han reconocido con el tiempo. Desde que nació, algunos aconsejaron reformarla, entre los cuales humildemente me coloqué, porque la vida va mostrando facetas que la teoría no puede prever. Pero en estos casos, lo que se debe hacer como en todo pueblo civilizado, es buscar un consenso y buscar una reforma. Las deficiencias que tiene están en relación a la judicatura, la relación entre los poderes del Estado, sobre todo Ejecutivo y Legislativo, así como el problema de la descentralización. Pero todo esto era subsanable. Decir que porque una Constitución tiene defectos hay que botarla, es una falsedad alimentada irresponsablemente por los políticos que nos están gobernando, y que ahora se han convertido en políticos tradicionales.

Uno de los argumentos del actual régimen para justificar los hechos que ya conocemos, es que la Constitución del 79 es muy extensa y lírica y que no representa a las reales aspiraciones del pueblo peruano. Incluso el ex ministro Boloña dejó entrever que el actual Proyecto debe ser más técnico y no pasar de 80 artículos. ¿Qué opina de todo esto?

Yo no sabía que Boloña era jurista; para mí es un descubrimiento. En realidad, las Constituciones no tienen porqué tener un número fijo de artículos, eso obedece a diversas circunstancias. Lo que es prudente es que no sea muy extensa, pero yo creo que el lirismo es muy propio de los textos constitucionales, puesto que lo que hacen es apuntar objetivos y no realidades. Lo que se busca fundamentalmente es, por un lado, afianzar lo que existe, por otro lado, precisar cómo deben ser las cosas y finalmente, fijar postulados. Así, que lirismo o un poco de pensamiento utópico en las constituciones, es normal. Hay cosas que se ponen como proyectos y que demoran una, dos o tres generaciones, pero siempre son proyectos, son aspiraciones. Eso no lo veo mal.

¿Qué opinión le merece el ampliar a la pena de muerte en el actual proyecto constitucional?

Es un poco difícil de calificar esto. Se ha vendido la imagen de que con la pena de muerte se acaba el terrorismo. En realidad, la pena de muerte es un tema tan discutido, tan debatible; lo único que podría advertir es que acá estamos en colisión con el tratado interamericano de Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José, que el Perú lo ha firmado; eso hay que manejarlo con mucho cuidado, porque hay que ver qué pasa en el contexto internacional.

En ese sentido, ¿qué consecuencias internacionales traería el hecho de ampliar la pena de muerte en nuestro país?

De hecho, el Perú no puede aplicarla, salvo que denuncie el Tratado, que es el término técnico que se utiliza para apartarse de él. La otra salida es negociar con la comunidad interamericana para que se replantee esa fórmula, que es, creo yo, la posibilidad más sensata. No se pueden poner penas alegremente, como lo hemos visto últimamente. Esos tiempos ya pasaron.

¿No cree Ud. que el actual proyecto, al facultar un exagerado presidencialismo, está rompiendo el equilibrio de poderes?

Yo creo que sí; lo que faltó en la Carta del 79 fue buscar un mecanismo para solucionar controversias entre el Ejecutivo y el Legislativo, ya que tenían muchas competencias. Lo que ha hecho este texto no es buscar un mecanismo para solucionar controversias, sino rebajar las facultades del parlamento y aumentar las del Presidente, con lo cual definitivamente ha roto el equilibrio de poderes, creando un Presidente superdotado. Y esto es muy riesgoso en un país con tendencia hacia los gobiernos fuertes.

La unicameralidad del parlamento en este proyecto, ¿cree que forme parte de esta tendencia?

No, eso de la unicameralidad va en otra tendencia, yo diría que va en la tendencia de agilizar las cosas en países que no tienen razón para una segunda cámara. Yo creo que las razones objetivas de éstas ya han desaparecido. Esto de la bicameralidad funciona en países europeos de gran tradición, y en muchos de ellos que son federales. Es cierto que la segunda cámara puede servir para algo- yo no dudo de su eficiencia- pero es cierto que también puede entorpecer. Mi duda sobre la cámara única es que nunca la hemos aplicado plenamente, por lo que esto podría crear un desborde.

¿Qué opina respecto al proceso de regionalización propugnado en la Carta del 79 y la intención del gobierno de eliminarla?

Por lo que se sabe, el balance no ha sido muy positivo; sabemos perfectamente que ha habido excesos, luchas intestinas. Eso es fruto de la falta de experiencia, son problemas de crecimiento. Además, este proceso estuvo mal diseñado, esto hay que cambiarlo. Cuando las cosas buenas no funcionan, hay que modificarlas, pero no significa que hay que eliminarlas. Se ha debido buscar otras fórmulas que reemplacen a las regiones, quizás más pequeñas pero más concentradas en lo propio, con autonomía económica y administrativa. Habría que rediseñar el modelo, no se puede eliminarlo totalmente dejando todas las decisiones en manos del Presidente de la República. Esto es volver a un centralismo de hace más de 100 años, y es contraproducente.

¿Cómo ve la posibilidad, que es lo que parece favorecer más al Gobierno, de someter a referendum el actual Proyecto de Constitución en partes puntuales como la pena de muerte, reelección, etc., y no en forma total, como inicialmente se había comprometido con organismos internacionales?

Yo creo que es un error y una muestra de la debilidad del Gobierno. Además esto es antitécnico. La Constitución es un todo, una unidad, todos los países que han sometido sus textos a referendum lo han hecho como totalidad y su aprobación o desaprobación ha sido en bloque. La Constitución no puede ponerse a consideración por retazos.

¿Existe algún antecedente sobre esto?

Yo no conozco ninguno, eso sería una cosa inédita que haga este Gobierno, una cosa absurda. Lo que puede hacerse es someter a consulta popular determinados temas para ver si se les incorpora a la Constitución, que es cosa muy distinta. Pero de qué legitimidad se puede hablar si no se piensa someter la Carta a referendum en su totalidad, porque lo que va a tener legitimidad va a ser un pedazo de Constitución.

¿Cuál sería el modelo de Constitución que Ud. propugnaría?

El modelo es el que históricamente hemos ido perfilando a través de los años, que es lo que plasma un poco la Constitución del 79, y que ahora está también presente en el actual Proyecto, sólo que en éste la línea de tendencia está deformada por un presidencialismo excesivo. Hemos tenido líneas de tendencia en nuestra historia constitucional, que se han conservado en sus grandes postulados. No veo porqué tengamos que apartarnos de ella; lo que hay que hacer es mejorarla.

XVII

LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA*

1. QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Este concepto ha circulado ampliamente entre nosotros, sobre todo a partir de la ley de reelección presidencial núm. 26657, que ensaya una interpretación artificiosa del artículo 112 de la Constitución Política del Perú, a fin de permitir un tercer período al presidente Fujimori.

Pero su difusión no ha traído claridad en el término. Así, Pedro Planas en su libro **Rescate de la Constitución** (Lima 1992), la define como un “espacio valorativo, extranormativo, construido por varias generaciones ... fruto del consenso (y) que constituye nuestra tradición democrática y republicana ... (son) aquellos fundamentos en los cuales reposa la continuidad de nuestras instituciones ...”

Me inclinaría, sin embargo, por una definición más histórica de la Constitución histórica. Y a mi entender, la difundida por Alberdi es bastante más elocuente y puede ser utilizada como referencia, y dice así:

“Todas las constituciones cambian o sucumben cuando son hijas de la imitación; la única que no cambia, la única que acompaña al país mientras vive, y por la cual vive, es la Constitución que ese país ha recibido de los acontecimientos de su historia; es decir, de los hechos que componen la cadena de su existencia, a partir del día de su nacimiento. La Constitución histórica, obra de los hechos, es la unión viva, la única real y permanente de cada país, que sobrevive a todos los ensayos y sobrenada en todos los naufragios”. (**Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**, Edic. Platero, Buenos Aires 1991)

Es difícil decir quién usó por vez primera el término de “Constitución histórica”, aun cuando parece ser que fue acuñado por Savigny, y de ahí lo tomó Alberdi, a través de Lermínier. En todo caso, desde principios del siglo XIX, el nombre de “Constitución política” ya estaba en circulación, en donde el calificativo hace clara referencia a su objetivo, pues la palabra “Constitución”, como se sabe, es plurívoca. Al ser “política”, pasó a explicar y distinguir el entramado de una comunidad organizada (**polis**). Y así ha sido desde entonces. También se sabe

* Publicado en AA.AA., **Reelección presidencial y derecho de referendun**, Alberto Otárola, Coordinador, Lima 1997, también en **Scribas**, Arequipa, núm. 3, 1997.

que en 1835, Tocqueville usó el término de “Constitución social”, que ha tenido largo predicamento (véase, por ejemplo, el uso que de él hace Burdeau en su **Traité de Science Politique**, tomo III, Paris 1950, pp. 12-15). No está demás recordar, que la edición de las **Bases** es de 1852, si bien la edición definitiva es de Bezançon y en 1856, y ella trasunta diversas influencias de la época (Montesquieu y, en especial, Savigny y la Escuela Histórica; cf. Dardo Pérez Ghilhou, **El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853**, Buenos Aires 1984).

Analicemos esto con calma. Entendemos por “histórico”, aquel conjunto de hechos concatenados entre sí, que desde el pasado y con el correr del tiempo, han ido configurando diversos usos y costumbres, instituciones y conceptos, que están por así decirlo, dentro de nuestro proceso social, y que adicionalmente crean un continuo vital.

De esta suerte, entendemos nuestro *proceso constitucional histórico o constitucionalismo histórico*, como una larga sucesión de hechos, debidamente enlazados entre sí, que condensan las manifestaciones de las personas, los grupos y las instituciones, y que van marcando los acontecimientos en el tiempo. Todo esto, que con Dilthey llamaremos “mundo histórico”, atraviesa nuestro pasado, llega hasta el presente y conlleva, en su núcleo, ciertas directrices, en cierto sentido invariantes, que llamamos “constitución histórica”. Metafóricamente, podríamos decir que nuestro proceso constitucional es el continente, y la constitución histórica es el contenido. Aquél, fluido y cambiante; éste, dinámico pero constante.

Veamos un caso concreto, relativo a nuestro presidencialismo. Este sistema, trató de ser evitado en todo momento en nuestros primeros debates constituyentes en 1822, precisamente, para desterrar la imagen del hombre providencial. Pero el ensayo propuesto en ese año y que se plasmó en 1823, naufragó al poco tiempo, y fue luego desechado por el proyecto autoritario de Bolívar, que nos dio la Carta vitalicia de 1826. Luego se sucedieron una serie de constituciones, en las cuales, por un lado, se fue afirmando la autoridad del presidente, y por otro, ya a mediados del siglo XIX, se crearon límites a la acción presidencial, en un largo proceso que culmina, por así decirlo, en 1933, pues la Carta de ese año consagra, en el papel, la solución parlamentaria. Pero como ya advertiera Villarán en la década del 30, los textos nada habían podido contra la realidad. Por tanto, era claro que en nuestra “constitución histórica”, había un elemento determinante que era la proclividad al presidencialismo. Y así en otros puntos más, que distan aún de ser adecuadamente definidos.

2. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

Nuestro constitucionalismo histórico, es lo que pasó en nuestro acontecer constitucional, desde 1820 hasta el presente. Si la historia es, como quería

Croce, lo sucedido (*accaduto*), entonces el “constitucionalismo histórico”, es nuestro proceso histórico a nivel constitucional.

Pues bien, dentro de ese proceso histórico constitucional, podemos decir que existen ciertas invariantes, referidas a instituciones, que nacieron en determinado momento y que luego se han ido desarrollando a través de diversas acciones en un largo período. Estas son, líneas de tendencia que tienden a la repetición y a la acumulación, sobre todo, en lo referente a las instituciones: ellas constituyen lo que llamamos “constitución histórica”.

Como todo lo histórico, estamos ante algo fáctico y plástico, que es un continuo de acciones de hombres sobre cosas y sobre hombres, que tiene carácter único y no repetible (si bien, en circunstancias análogas, pueden volver a darse, pero nunca exactamente) y que están enmarcadas en un complejo político-social.

Nuestro proceso histórico o constitucionalismo histórico, es dinámico, pero nuestra “constitución histórica”, es más bien conservadora, aun cuando avanza con el flujo social.

De tal suerte, la constitución histórica es tradición, pues viene de atrás, y se proyecta hacia el futuro. Pero su desarrollo no siempre es lineal, pueden haber cambios y eventuales modificaciones.

3. LA REELECCIÓN EN LAS FORMAS DE GOBIERNO Y EN LAS FORMAS DE ESTADO

La reelección presidencial, tiene un papel preponderante en cualquier comunidad política. Pero ello depende, por cierto, de cada contexto.

En las formas de Estado, como norma general, se distinguen los estados en unitarios y federales. En los unitarios, aun cuando exista cierto grado de descentralización, es indudable que el Presidente tiene una mayor gravitación, pues sus decisiones conllevan, por así decirlo, un carácter nacional. El peso del Presidente es mayor, pues tiene un brazo de largo alcance. Por el contrario, en un sistema federal, los poderes se encuentran compartidos y el jefe de Estado tiene límites, por más grandes que sean sus poderes. Así, por citar un ejemplo, el presidente de los Estados Unidos tiene un poder inmenso (ya no es el norteamericano un gobierno congresional, como pregonaba Wilson a fines del siglo pasado). Pero hay muchas cosas que no puede hacer, pues cada estado tiene sus leyes, sus parlamentos, sus administraciones, sus jueces, etc.

Por otro lado, en cuanto a formas de Gobierno, son significativas sus dos modalidades principales: la parlamentaria y la presidencial, dicho esto, sin entrar en matices. Pero en la parlamentaria, al frente, normalmente, de un primer

ministro elegido por las cámaras, éste no tiene un poder absoluto, sino que está matizado por el mismo congreso que lo eligió y al cual se debe. Por el contrario, un sistema presidencial tiene menos cortapisas y más bien, tiende a ejercerse sin control o con pocos controles.

Los parámetros antes mencionados, son de orden general y no entran en los detalles, ni tampoco en las variables de cada uno de los modelos mencionados.

Adicionalmente, es importante señalar que cada uno de estos modelos, funciona de manera distinta, según los entornos políticos de cada comunidad. Esto es, los modelos políticos no operan en el aire ni en una campana neumática, sino dentro de una determinada comunidad política, que tiene su propio grado de desarrollo. Así, países federales como Venezuela y Argentina, presentan un alto grado de centralización, que es fruto de su desarrollo político. Igualmente, en países en los que existen parlamentos muy fuertes, se pueden producir desbordes. En el mismo sentido, el presidencialismo latinoamericano, es muy conocido por sus desbordes, en los análisis de Derecho Constitucional Comparado.

Por tanto, hay que tener en cuenta que las formas de Gobierno y las formas de Estado, no siempre funcionan igual en todas partes. Es decir, la reelección presidencial, no siempre opera de la misma manera, pues ella depende de diversos factores, en especial, de los ya referidos.

Lo que hemos querido señalar, es que la reelección presidencial, no puede analizarse en abstracto. Hay que verla en un contexto político-normativo, y sobre todo, tener en cuenta si estamos ante una democracia avanzada, o ante una democracia incipiente, de desarrollo desigual y de ribetes tercermundistas.

4. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN EL PERÚ

Un país muy sagaz políticamente, como es los Estados Unidos, ha limitado la reelección presidencial inmediata a un período. O sea, a un total de ocho años. Esto se hizo por expresa reforma constitucional (enmienda; diríase en terminología sajona) realizada en 1951, teniendo en cuenta la experiencia de Roosevelt, que fue más allá de lo permitido por la tradición, y se reeligió tres veces sucesivas, para finalmente morir en el poder (en 1945).

Pero lo importante, es que en los Estados Unidos, existía el precedente sentado por Washington, de que nadie se reelegía más de una vez. En un país regido por una Constitución y también por usos y costumbres válidas, tal norma fue observada religiosamente, hasta que Roosevelt, viendo el vacío normativo a nivel de derecho público, forzó los hechos y se fue a una carrera reeleccionista, que al final sería fatal. Y así fue que se hizo la modificación constitucional, que

limitaba a la reelección presidencial inmediata, no porque fuese necesaria, sino para evitar que alguien en el futuro, pudiera aprovecharse de esa coyuntura y repitiera la experiencia de Roosevelt. Y hay que advertir que esa medida se tomó en un país altamente desarrollado, con conciencia cívica, con espíritu democrático muy marcado, y además enormemente descentralizado, a través de medio centenar de estados. No obstante eso, la enmienda XXII se hizo, se ratificó por los estados y nadie dijo que eso era inconveniente.

En Europa, la situación es distinta, en gran parte por el marco parlamentario que acompaña a casi todos sus países, y sobre todo, por el alto nivel de conciencia cívica que existe en el ciudadano. Su ejemplo, por cierto, no tiene que ver, ni remotamente, con el Perú.

Pues bien, la idea básica que se debatió en el Perú en el Congreso de 1822, fue cómo eliminar la presidencia, pues ella era odiosa y recordaba al hombre que gobernaba solo, y en especial, al Rey. Por eso se nombró una Junta Gubernativa, que dio origen, precisamente, al motín de Balconcillo, el primer golpe de Estado de nuestra historia, y que creó, prácticamente por la fuerza de los hechos, la presidencia de la República. Pero la primera Constitución de 1823, prohibió la reelección inmediata (art. 74), aun cuando su texto no llegó a estar en vigencia. Luego siguió Bolívar en 1826, en cuya Carta política se estableció la presidencia vitalicia (art. 77), que decididamente era incompatible con nuestro sistema republicano, y que tuvo vida efímera.

La siguiente Constitución de 1828, de tan larga como fructífera influencia, y que ha sido llamada por Villarán la madre de todas nuestras constituciones, permitió la reelección inmediata, por una sola vez en su artículo 84, que a la letra señala:

“La duración del cargo de presidente de la República será la de cuatro años; pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez, y después con la intermisión del período señalado”.

Luego vinieron las constituciones de 1834, que en su artículo 77 prohibió la reelección presidencial inmediata, y en igual sentido lo hizo la de 1839 (art. 78); la de 1856 (art. 80); la de 1860 (art. 85); la de 1867 (art. 76, de muy corta vigencia), y la de 1920 (art. 119). Sin embargo, cabe señalar que durante la vigencia de esta última, con Leguía en la presidencia, el artículo 119 se modifica en 1923 para permitir la reelección del Presidente por una sola vez, y luego en 1927, se deroga para permitir la reelección indefinida. Sabemos que Leguía, elegido en 1919, terminó abruptamente su mandato en agosto de 1930, derrocado por el comandante Sánchez Cerro. Sin embargo, cabe anotar algunos puntos:

- a) Leguía se perpetuó en el poder en medio de gran popularidad,

- b) Lo hizo, adicionalmente, mediante expresas reformas constitucionales, que,
- c) Fueron aprobadas formalmente por ambas cámaras, el Senado y Diputados.

La experiencia fue tan mala, que la Constituyente de 1931, que sancionó la Carta de 1933, puso el siguiente, extenso como completísimo artículo 142:

“No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformativa o derogatoria, y los que la apoyen directa o indirectamente, cesarán de hecho en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública”.

Tan sugerente artículo expresaba, qué duda cabe, la presencia del fantasma de Leguía. Pero la Constitución de 1979, considerando alejado tal fantasma, escogió la redacción siguiente:

“Artículo 205: El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial”.

Durante la vigencia de la Carta de 1979, tan sólo Alan García Pérez (1985-1990), con absoluta mayoría parlamentaria, intentó modificar la Constitución, para poder ir a una reelección inmediata. Se valió para ello del diputado Héctor Marisca, quien planteó y defendió la propuesta, tanto en el hemiciclo como fuera de él. Al final, el mismo García desistió de ella, en vista de las resistencias que encontró en la opinión pública.

5. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El golpe de Estado del 5 de abril de 1992, fue uno más de nuestra larga historia de irrupciones constitucionales. Tuvo varias causas, no una sola. Instalado Fujimori como gobernante *de facto*, libre de ataduras, buscó dos puntos concretos. Por un lado, implantar la pena de muerte para los terroristas, con lo cual accedía a cierto clamor popular, si bien esto no sucedió ni sucederá; y por otro, la reelección presidencial inmediata. Estos fueron, en realidad, los objetivos básicos buscados por el oficialismo y no otros. Tanto es así, que la Constitución de 1993, se parece en más del 65%, a la anterior Carta de 1979, cuya estructura, incluso, repite en su totalidad. Las demás diferencias que existen, son tan sólo de matices, desarrollos o ubicación de textos o instituciones. Aun cuando hay quizá algunas novedades: el modelo económico neoliberal –atento sobre todo al

interés que despierta el mercado— y el sesgo centralista, dando así un viraje de ciento ochenta grados sobre lo existente.

Ahora bien, el gobierno de Fujimori ha sabido manejarse en un contexto de crisis, y esto nadie lo ha cuestionado. Más aún, le ha dado réditos considerables, en un país que está en una seria crisis política, que afecta sobre todo a sus principales cuadros. Pero dejando a salvo este lado positivo, es indudable que el Gobierno, no sólo tenía una clara vocación autoritaria —reflejada en muchos aspectos—, sino además un inocultable deseo de permanecer en el cargo; es decir, de quedarse indefinidamente. Y en esto, ha sido ayudado por mucha gente honesta, que creyó que su presencia garantizaba la estabilización económica y la seguridad interna. Pero además, por medianías insatisfechas, que han aplaudido, sin excepción, todos los estropicios del régimen.

Exagerando un poco, podría decirse que la reelección presidencial inmediata, fue en realidad el motor principal de la nueva Constitución, innecesaria desde todo punto de vista (cf. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, **La constitución traicionada**, Seglusa editores, Lima 1993; Valentín Paniagua Corazao, **La Constitución peruana de 1993**, en “Direito”, Santiago de Compostela, núm. 2, 1995; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, **La Constitución peruana de 1993**, Grijley, Lima 1994; y Enrique Bernalles Ballesteros, **La Constitución de 1993**, Fundación Adenauer, Lima 1996).

Por eso, en el debate constituyente de 1993, se barajaron tres posturas fundamentales:

- a) La reelección presidencial indefinida, sostenida bajo el falaz argumento, de que hay que dejar al pueblo en libertad para que escoja a su gobernante;
- b) La reelección por un período adicional; y
- c) La reelección luego de transcurrido un período.

Pero lo que se buscaba era la reelección presidencial inmediata, que la Carta de 1979 no permitía. De ahí la necesidad de una nueva Constitución para que, adicionalmente, “santificase” a los golpistas de 1992, atentos a la espada de Damocles consagrada en el artículo 307 de la Constitución de 1979. Se aprobó, pues, la tesis intermedia, que permitía la reelección inmediata, por una sola vez. Así consta en las numerosas declaraciones hechas por el oficialismo a los medios durante el debate constituyente, y así consta en los debates; esto es, que lo que se pretendía era una reelección por una sola vez en 1995, y hasta el año 2000. Con lo cual, se cumpliría un período ininterrumpido de diez años.

No obstante, con grave inconsecuencia, algunos que sostuvieron esta tesis en 1993, se han apresurado luego en negarla, al postular y defender en 1996 la ley 26657, llamada de “interpretación auténtica”, a fin de permitir, mediante un “desarrollo” del artículo 112 de la Constitución, una segunda reelección inmediata. Ley absurda y retorcida, que no representa más que un burdo intento de cambiar la Constitución sin recurrir a sus requerimientos formales.¹

6. REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Lo que estamos viendo en todo este alambicado proceso para perfeccionar una segunda reelección presidencial, es algo parecido a lo que pasó en la época de Leguía. No es lo mismo, por cierto, pues la historia no se repite, pero sus grandes trazos se parecen, no obstante de tratarse de épocas y personajes distintos. Pero anotemos una diferencia sustancial: lo que sucedió en la época de Leguía, fue hecho con más nivel. Es decir, con elegancia y guardando las formas. Todo esto ha estado ausente en esta oportunidad, y es de lamentar, ya que las formas políticas tienen también sus rituales.

Pero es evidente que la no reelección inmediata, es uno de los componentes de nuestra constitución histórica. Dicho en otras palabras: nuestra constitución histórica, debidamente reforzada por los textos constitucionales que hemos tenido ocasión de glosar, guarda recelos contra la reelección presidencial inmediata, pues crea el continuismo, la corrupción, el abuso del poder, los excesos de todo orden.

Y no sólo lo ha sido en el Perú, sino en toda la América Latina, cuyo constitucionalismo, si bien no es original, pues tanto no pretendemos, sí es peculiar, pues su historia política e institucional, tiene caracteres que no se ven en otras partes. El caso especial ha sido, hasta ahora, la República Dominicana, que permitió que Joaquín Balaguer, estuviese en el poder durante siete períodos, los dos últimos consecutivos, y lo haya dejado recientemente, por razones de edad y por la presión internacional, que quería cambios.

Pero el caso de este país, que comparte espacios en una isla con el atrasado Haití, no es edificante ni tampoco un ejemplo a seguir. Al fin y al cabo, se trata de un país muy pequeño, de gran pobreza y que ha atravesado por especiales coyunturas, que es difícil que se repitan. Por lo demás, la

¹ El problema de la llamada interpretación auténtica, lo he tratado en otros contextos, en especial en mi ensayo **La interpretación constitucional como problema**, en “Pensamiento Constitucional”, núm. 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1994 (inserto en este libro, Cap. IV). En cuanto al significado que puede darse al artículo 112 de la Constitución, en relación con la pretendida ley de interpretación auténtica, se han dado multitud de opiniones, y para esta obra colectiva, se ha encargado a otros el desarrollo de este punto. Sin embargo, por su importancia, considero pertinente remitir a mi artículo **¿Qué reelección?** (ver más adelante, Cap. XXIII, núm. 17).

modificación constitucional de agosto de 1994, ha prohibido la reelección presidencial inmediata (véase, sobre la situación dominicana, el **Boletín electoral latinoamericano**, (San José), núm. XV, enero-junio de 1996).

Pero en la América Latina, el principio se ha mantenido. Sin embargo, coincidentemente con el esfuerzo de Fujimori, se han dado intentos de cambiar esta situación (en Ecuador y con más firmeza en el Brasil) y de hecho, en la Argentina y en 1994, se reformó su venerable Carta de 1853, para permitir la reelección de Menem (sobre la problemática, véase Jorge Luis Oría, **La reelección presidencial y la división de poderes**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995).

¿Qué podemos pensar de todo esto?

7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Si existe una Constitución histórica, tenemos que ver en qué es histórica. Y lo es en la medida que ella, si bien acumulativa y con tendencia conservadora –propia de la naturaleza del Derecho– no tiene por qué ser estática. Ya lo dijo Roscoe Pound de manera muy clara: el Derecho debe ser estable, pero no puede permanecer inmóvil. Adicionalmente, debemos considerar otro hecho: y es que hoy nadie sostiene que hay leyes históricas, pues los profetas del desastre, generalmente han fracasado (Marx, Nietzsche, Spengler). Y al ser así, nada impide que en ese largo proceso, la constitución histórica cambie, se modifique, se relativice o adquiera nuevos contornos, si bien esto se aprecia en un tiempo largo y nunca de inmediato. Podría darse, pues, que la reelección presidencial inmediata deje de asustar, por haber cambiado el entorno político e institucional, y deje de hacer daño, como antes. Esto es una probabilidad que no hay que descartar, ya que el mundo de la historia, a diferencia del de la naturaleza, no tiene leyes, ni siquiera probabilísticas, pues los hechos son siempre únicos y su parecido se limita a los aires de familia. Por tanto, en puro rigor, saber si la reelección presidencial inmediata, ha dejado de ser parte de nuestra “constitución histórica”, es algo que necesita cierto tiempo para ser evaluada y aceptada.

Pero nada nos impide hacer una hipótesis de trabajo. Si tenemos en cuenta, por un lado, que el pasado nos ayuda a interpretar el presente y viceversa; si constatamos que las circunstancias no han cambiado sustancialmente en relación con lo que era antes, si bien algo se ha avanzado políticamente en las últimas décadas, y si, sobre todo, consideramos que el actual Presidente tiene un innegable sesgo autoritario, llegamos a la conclusión que, en este supuesto, su período no dejará buenas enseñanzas y, más aún, no sabemos en qué condiciones lo terminará.

Si adicionalmente constatamos que la misma Constitución aprobada por el oficialismo fujimorista, ha sido violada varias veces por sus propios autores, llegamos a la conclusión de que, para el actual régimen, la institucionalidad no tiene mayor importancia. Más cuenta la eficacia, la tranquilidad ciudadana y el pago de la deuda externa. No estamos, por cierto, frente a un dictador barbárico y atrasado, pues la modernidad también ha llegado a nuestro Estado, si bien en dosis discutibles. Pero el entorno autoritario, no ayuda en nada a un buen desempeño del régimen. Por eso, y con las precauciones metodológicas del caso, creemos que nuestra “constitución histórica” en este punto –la no reelección presidencial inmediata– no cambiará, por lo menos por ahora.

Lima, febrero de 1997.

XVIII

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN AMÉRICA LATINA*

(La unidad de jurisdicción en algunos países del área)

1. PRELIMINAR

Uno de los logros del moderno constitucionalismo (y por tal entendemos el que, nacido a fines del siglo XVIII, se introduce definitivamente en el ámbito occidental durante el largo siglo XIX, y se afianza en el presente siglo), es precisamente delinear un Estado en el cual la arbitrariedad esté en interdicción, y en donde la separación de poderes –bien que relativa– se respete, y exista el juez natural predeterminado por la ley, la igualdad de los justiciables y la preexistencia de leyes de orden procesal y sustantivo, que den garantías a las partes.

Estas aspiraciones, con sus más y sus menos, han alcanzado a cumplirse, en cierto sentido, en los países europeos occidentales, en los Estados Unidos, y en otros de cultura política similar (Australia, Canadá, Japón, etc.). No así, lamentablemente, en las antiguas colonias ibéricas de América, herederas de las conquistas española y portuguesa, que si bien algunos analistas catalogan como del Tercer Mundo, ello debe ser visto de manera convencional, pues están muy por encima de aquéllas que dejaron de ser colonias en la década de los sesenta (países del Africa negra, etc.)

Ahora bien, el Estado, en la medida que es soberano –y hoy casi todos lo son– ostenta, por así decirlo, la jurisdicción, que es según su sentido etimológico, la capacidad de decir el derecho. Declararlo en contiendas de intereses públicos o privados, o en defensa de la sociedad y su subsistencia.

Así considerada, la jurisdicción es sólo una, y la tratadística (procesal y constitucional) afirma que el objetivo final es alcanzar en el Estado-aparato, la unidad de jurisdicción. Con lo cual se quiere decir que dicha función estatal deberá ser ejercida por un solo órgano, y por más, sólo en casos excepcionales y dentro de ciertas limitaciones.

* Ponencia presentada a la III Conferencia de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamérica, Portugal y España, organizada por el Consejo General del Poder Judicial. (Madrid, 27-31 de octubre de 1997). Publicado en **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, Perú, núm. 13, octubre-diciembre de 1997; en **Boletín Informativo**, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, núm. 144, abril de 1998; y en **Kurak**, Arequipa, Perú, núm. 2, junio de 1998.

Sin embargo, esta unidad a la larga es quimérica, pues en la realidad no siempre existe. Si bien es cierto que el grueso de las causas que envuelven conflictos (privados, públicos o delictivos), se encauzan a través de un órgano jurisdiccional especial, como es el Poder Judicial en las democracias occidentales. Pero en numerosas ocasiones esta unidad admite excepciones, incluso en países de gran trayectoria democrática (como Francia, que mantiene aparte el Consejo de Estado para todo lo concerniente a lo administrativo o contencioso-administrativo, como todavía lo llaman algunas legislaciones, pese a su impropiedad; o Alemania, que mantiene cinco órdenes jurisdiccionales).

Pero estas excepciones son eso: excepciones, en donde además existe la garantía suficiente para el justiciable, con procedimientos que respetan el debido proceso y sobre todo con jueces de derecho, que actúan con independencia y apegados a la ley.

Igual pasa con los tribunales militares, enmarcados dentro de la llamada jurisdicción militar, que existen en la mayoría de los países. Se les llama generalmente así, no obstante reconocer que la jurisdicción es una sola, por cuanto como recordaba Prieto-Castro, por comodidad y metafóricamente, se utiliza esta distinción, si bien siendo una la jurisdicción, lo que tenemos son jueces y tribunales con distintas competencias. Pero atengámonos al uso común.

En el ámbito iberoamericano, que es el que nos interesa cuando cuestionamos la unidad de jurisdicción o unidad jurisdiccional, ponemos la mira en la existencia del fuero militar o mejor dicho, de la justicia o jurisdicción militar, en la medida que dentro del contexto político de nuestros pueblos, los militares no son voz pasiva ni conformista, sino que por el contrario han tenido una participación decisiva en la vida política del siglo XIX y de muy avanzado el siglo XX. Y aún ahora, si bien por épocas y quizá en forma pendular, hacen sentir su presencia en las grandes decisiones. No es de extrañar, por tanto, que tal gravitación dentro de la vida política, dé fuerza inusitada al fuero o jurisdicción militar, que en muchos casos ha reemplazado a la justicia civil, con grave desmedro de nuestra vida institucional.

De ahí que al hablar de unidad de jurisdicción, toquemos el tema de la jurisdicción militar, que es hoy por hoy, en los pueblos de la América Latina, el problema básico, de ribetes teóricos y de alcances prácticos insospechables.

2. A PROPÓSITO DE LOS MODELOS

Hace algunos años, en un panorama sobre la organización militar en diversos países (cf. **Estudio de Derecho Comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países**, por José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, en "Revista Española de Derecho Militar", núm. 53, enero-junio de 1989),

distinguía el autor distintos modelos o sistemas de justicia militar (así también se le denominan) con la clasificación siguiente:

- a) Sistema anglosajón,
- b) Sistema latino o romanista,
- c) Sistema de los países comunistas,
- d) Sistema de jurisdicción excepcional,
- e) Países iberoamericanos, y
- f) Otros países.

La clasificación es útil y permitía ver, a fines de los años ochenta, por dónde iba la cosa. Tiempo más tarde, Francisco Fernández Segado (cf. **La Justicia Militar en el Derecho Comparado**, en “Revista General de Derecho”, núms. 568-569, enero-febrero de 1992), prefería remitirse sin mayores ambiciones, al modelo sajón (caracterizado por no ser permanente y con peculiaridades en el caso británico), el modelo europeo-continental y el modelo de situaciones excepcionales (como es el caso de Alemania).

Pero si intentamos, siempre dentro de nuestra órbita occidental, hacer una panorámica sobre modelos –dentro de las relatividades y convencionalismos que siempre existen– creo que podríamos mantener los dos clásicos –que alimentan a tantos otros– como son el sajón y el europeo-continental, y agregar los latinoamericanos, por los motivos que explicaremos a continuación.

En realidad, si revisamos la estructura institucional de los principales países latinoamericanos en el punto que nos interesa, hay que admitir que más parentesco guardan con el europeo-continental que con el sajón, por evidentes razones de cercanía histórica, herencia romanista y una generalizada influencia cultural. Pero sin lugar a dudas, no pueden asimilarse a ellos por muchas razones.

La primera es que todo aparato de justicia, y por cierto la militar, reposa sobre una realidad política e histórica, que en el caso de América Latina, es lo contrario de lo que pasa en Europa. Esto es, a diferencia de lo que quieren sectores políticos o doctrinarios, los militares siguen teniendo una importante gravitación en las sociedades latinoamericanas, y la primacía del poder civil sobre el militar, es un *desideratum* antes que una realidad.

A lo anterior añádase que en la formación de las nacionalidades latinoamericanas en el siglo XIX, los militares tuvieron una actuación decisiva, dando nacimiento a ciertas figuras típicas como es el caso del caudillo, y ciertas tendencias políticas (bien estudiadas por los sociólogos) como es el militarismo.

Un tercer factor no menos importante, es que nuestros países –por razones que no es del caso analizar ahora– siguen todavía, de acuerdo a la distribución de la renta *per cápita*, dentro de un nivel de subdesarrollo, si bien

dentro de esta escala hay algunos que están arriba y otros más abajo, y en conjunto por cierto, más altos que muchos países africanos que también se denominan subdesarrollados. Pero lo importante es que el concepto de subdesarrollo, vinculado al aspecto económico, conlleva necesariamente un subdesarrollo político, cultural, social, etc., lo cual hace que a la larga, los sistemas y las instituciones actúen con cierto lastre, y no funcionen como deberían hacerlo. Y de una situación como esa no se sale fácilmente, sino a muy largo plazo, si bien hay que reconocer que cercano ya el fin de siglo, gran parte de nuestros países han tenido una mejora sustancial, si la comparamos con la existente en los años veinte.

Todo esto hace que la justicia, fuere o jurisdicción militar, tenga en los países latinoamericanos más importancia de la debida; y que incluso amenace muchas veces la estabilidad institucional. Y además, presente características disímiles entre sí y que en veces se parezcan más a situaciones del lejano pasado que de nuestro siglo. Por tanto, siendo tan variopinto el modelo militar de nuestros países, y a falta de una mejor clasificación, creo que no está de más llamarlo simplemente “modelo latinoamericano o iberoamericano de jurisdicción militar”, sobre la base de que se trata, en términos generales, de un conjunto de países con desarrollo desigual, en donde los militares y sus preeminencias, incluso a nivel de impartición de justicia, no guardan racionalidad con el sistema ni con los estándares democráticos modernos.

Aclarado esto, veamos como simple muestra, el caso de algunos países que consideramos significativos para nuestro propósito, y en ánimo meramente descriptivo y que pueden dar razón del conjunto. Aclaremos igualmente que en Latinoamérica existen estados unitarios y estados federales; en éstos generalmente hay una doble estructura judicial, la local y la federal (como es el caso de México y Argentina), si bien en otros (como en Venezuela) existe un solo Poder Judicial. En orden a una mayor claridad y síntesis en la exposición, nos limitaremos al Poder Judicial que podemos llamar nacional, que es el que se aplica a todo el país, sin tocar el caso de poderes judiciales internos correspondientes a los estados miembros de una federación (estados, entidades federativas o provincias, según los usos y costumbres).

3. MÉXICO

México es sin lugar a dudas uno de los más típicos casos, fruto esto de su historia, como es por demás sabido. En México existe el Poder Judicial de la Federación y los poderes judiciales de las entidades federativas (que aquí no vamos a ver), y tiene una estructura bastante compleja (cf. AA.VV., **La justicia mexicana hacia el siglo XXI**, UNAM-Senado de la República, México 1997; Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, **El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano**, FCE, México 1996; Ignacio Burgoa, **Las garantías**

individuales, Edit. Porrúa, México 1993; y Eduardo Andrade Sánchez, **La reforma política de 1996 en México**, UNAM, México 1997).

El Poder Judicial de la Federación tiene la estructura siguiente:

- i) Suprema Corte de Justicia
- ii) Tribunales colegiados y unitarios de Distrito, y
- iii) Juzgado de Distrito.

Pero al margen de éste, existen jurisdicciones especiales de la Federación, esto es, tribunales federales con carácter jurisdiccional, que son los siguientes:

- i) Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje,
- ii) Tribunal Fiscal de la Federación,
- iii) Tribunales Agrarios,
- iv) Tribunales Militares,
- v) Consejos de Menores.

Los tribunales militares tienen la siguiente configuración en orden descendente: Supremo Tribunal Militar, Consejos de Guerra, Jueces Militares. Es importante señalar que los miembros del máximo organismo militar (un presidente y cuatro magistrados) son todos militares de alta graduación, nombrados por la Secretaría de Defensa Nacional, con acuerdo del Presidente de la República. Sus miembros son abogados.

Cabe agregar que de conformidad con el artículo 13 de la Constitución vigente (de 1917, con numerosas reformas), subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta al orden militar –agrega el artículo en cuestión– estuviese complicado un paisano, conocerá el caso la autoridad civil que corresponda.

Adicionalmente, si este mandato fuese cuestionado o desconocido, cabría siempre el recurso a otras vías judiciales protectoras, y eventualmente al Juicio de Amparo.

En síntesis, lo más importante de México es que:

- a) El fuero militar no se extiende a civiles;
- b) Sus miembros son nombrados por el poder político.

4. EXCEPCIONES: PANAMÁ Y COSTA RICA

Panamá y Costa Rica no tienen ejército; recurren para el mantenimiento del orden interno a la policía o guardia nacional, que está más pertrechada de lo que normalmente una guardia de esa naturaleza necesita. Pero mientras Costa Rica reniega del ejército desde 1949 (en la Constitución de ese año, art. 12), Panamá no lo tuvo desde que fue país independiente, esto es, desde que se separó de Colombia en 1903, en parte por la agitada vida política del istmo, muchas veces con gobiernos de facto, elecciones fraudulentas, una policía militarizada y con una presencia gravitante de los Estados Unidos, que llegado el caso han invadido la capital del país, y esto en fecha muy reciente.

Sin embargo, lo concreto es que no hay ejército y el orden interno queda a cargo de la guardia o policía nacional, con lo cual el problema no existe en teoría. Así ha quedado expresamente consagrado, en el caso específico de Panamá, por reciente reforma de 1994 (cf. **Constituciones latinoamericanas**, compilación y estudio preliminar de Luis A. Ortiz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A., Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997; y César A. Quintero, **Poder civil y poder militar en Panamá**, en AA.VV., **Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, Libro-homenaje a Domingo García Belaunde**, Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego, coordinadores, Edit. Grijley, Lima 1997).

5. VENEZUELA

La Constitución venezolana es muy parca al referirse a la organización del Poder Judicial. Señala que éste se encuentra compuesto por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que la ley señala (art. 24). A diferencia de la Argentina y México, países federales, Venezuela, que también lo es, tiene un poder judicial único, es decir, con competencias en todo el territorio. La Corte Suprema está dividida en el Pleno y en tres salas: la Sala político-administrativa, la Sala de casación civil y la Sala de casación penal.

Aparte de la jurisdicción ordinaria, existen las jurisdicciones especiales, como son: la contencioso-administrativa; la contencioso-tributaria, la del trabajo, la de menores, la de tránsito, la agraria, la de hacienda, la de salvaguarda del patrimonio público y la militar (cf. Allan R. Brewer-Carías, **Instituciones políticas y constitucionales**, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, tomo III, Caracas 1996).

Como norma general, los civiles no son alcanzados por la jurisdicción militar, entendiendo que lo son de manera excepcional. Los tribunales militares son los siguientes en orden descendente: Corte Marcial, Consejos de Guerra (accidentales), Jueces Militares de Primera Instancia permanentes, y Jueces

accidentales de Instrucción. En la cúspide de la jurisdicción militar se ubica la Corte Suprema de Justicia, que si bien está fuera de ella, revisa en casación sus fallos.^(*)

6. BRASIL

El Brasil tiene una muy larga experiencia en materia de jurisdicción militar, dependiendo esto de las cartas autoritarias o de las cartas democráticas que ha tenido en lo que va del siglo. La de 1967, reformada en 1969, era autoritaria; la vigente de 1988 que la reemplazó, es democrática, aun cuando es en exceso reglamentista. Es un país en donde, al igual que otros, la milicia ha tenido una presencia determinante, como lo demuestra el hecho de que antes de la transición democrática, gobernaron los militares durante más de 20 años en forma institucional, sucediéndose unos a otros en tan dilatado lapso.

La vigente Constitución en su art. 92, indica que son órganos del Poder Judicial, los siguientes:

- i) El Supremo Tribunal Federal,
- ii) El Superior Tribunal de Justicia,
- iii) Tribunales Regionales Federales y Jueces federales,
- iv) Tribunales y Jueces de Trabajo,
- v) Tribunales y Jueces electorales,
- vi) Tribunales y Jueces militares, y
- vii) Tribunales y Jueces de los Estados y del Distrito Federal y de los Territorios.

Lo anterior corresponde al orden federal; pero la escala con variantes se reproduce al interior de los estados miembros (cf. Pinto Ferreira, **Comentários á la Constituição brasileira**, Editora Saraiva, vol. IV, São Paulo 1992; José Afonso Da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Edit. Malherios, São Paulo 1994).

El Superior Tribunal Militar está en la cúspide de la estructura judicial militar, que es parte, como se indica, del Poder Judicial de la Federación. Está compuesto por 15 ministros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República, luego de ser aprobados por el Senado Federal. De los 15, cinco son civiles y el resto son militares. Los militares que son magistrados están en actividad, y es requisito que pertenezcan a un alto grado militar y cuenten con una buena foja de servicios. A diferencia de épocas anteriores, los civiles no están considerados dentro del ámbito castrense, si bien, como en otras partes, la

(*) **Nota de 2003:** La vigente Constitución de 1999 mantiene el mismo lineamiento antes señalado (art. 261).

Constitución habla de delito militar definido por la ley (lo cual puede dar márgenes de incertidumbre).

7. ARGENTINA

Al igual que otros países, y en especial su vecino el Brasil, la Argentina ha tenido una vida accidentada con los militares, tanto en el siglo pasado como en el presente, sobre todo a partir de la década del treinta. Esto ha ocasionado no sólo notables excesos, sino un amplio debate doctrinario.

Así, durante períodos *de facto*, fue frecuente el sometimiento de civiles a tribunales militares, para el juzgamiento de ciertos delitos. Durante gobiernos democráticos eso no ha ocurrido, si bien en algún momento, el terrorismo entró dentro de la competencia militar, admitido esto por la doctrina, por la situación de emergencia.

Se ha discutido mucho si la justicia militar es de carácter jurisdiccional o simplemente administrativa; si bien existe un consenso en que más bien es administrativa.

Las Fuerzas Armadas dependen del Presidente de la República, en cuanto al mando; y del Congreso, en lo organizacional. Pero no dependen del Poder Judicial, por lo que en realidad están más cerca de la administración. Para la Corte Suprema, los tribunales militares son de la Nación, pero no integran el Poder Judicial Federal.

En épocas pasadas se aceptaba, como dijimos, el juzgamiento de civiles por militares; lo que hoy no se admite.

Por otro lado, si bien la justicia militar es cerrada, sus fallos son recurribles en ciertos supuestos ante la justicia ordinaria; esto es, ante el Poder Judicial, sea por recursos ordinarios, por el especial Recurso Extraordinario federal o por el *habeas corpus* (cf. Germán J. Bidart Campos, **Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino**, Ediar, Buenos Aires, tomo II (1993) y tomo VI (1995); Néstor P. Sagüés, **Elementos de derecho constitucional**, Edit. Astrea, 2 tomos. Buenos Aires 1997).

8. EL PERÚ

Tradicionalmente en el Perú el fuero militar ha sido una entidad independiente, nombrada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, y para juzgar a los militares por delitos de función. Todo esto, mal que bien, fue

recogido por la democrática Constitución de 1979, modélica en tantos aspectos. Sin embargo, la subversión en la que vivió el país a partir de 1980 por la acción terrorista de “Sendero Luminoso”, la manera cómo avanzó y la impotencia del Estado, y sobre todo la inoperancia del Poder Judicial para el juzgamiento de los terroristas, llevaron a una serie de leyes de excepción, consagradas a raíz del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, mediante la cual Fujimori buscó la reelección y gobernar sin trabas, dándole al fuero militar una fuerza desmedida. Para legitimarse, acudió luego a diseñar una nueva Constitución, copia y calco de la de 1979, pero con sesgo autoritario (cf. Enrique Bernales, **La Constitución de 1993**, Fundación Adenauer, Lima 1993; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, **La Constitución peruana de 1993**, Edit. Grijley, Lima 1994). Lo que ha complicado la cuestión, pues lo que podría ser aceptado como una forma de solución temporal, ha sido consagrado en el texto constitucional como algo definitivo. Lo cual demuestra, sin lugar a dudas, que el gobierno de Fujimori se apoya –y es utilizado– por una cúpula militar, que ha sumido al país en un serio resquebrajamiento institucional.

Así, a nivel normativo, tenemos que la justicia militar:

- a) Es nombrada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, y a éste dan cuenta,
- b) Es integrada por militares de alta graduación, sin conocimientos jurídicos, si bien se tiende a incorporar a militares con título de abogado,
- c) En cuanto tal, es parte de la administración y tiene diversos niveles que culminan en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y,
- d) Los oficiales militares que son destinados a dicho fuero militar, no son precisamente los que más destacan en sus áreas; más bien, es considerado como una minusvalía ser enviado a dicho fuero.

La actual Constitución (art. 173), señala que el fuero militar:

- i) Es competente en los casos de terrorismo y traición a la patria, sean cometidos por civiles o militares; y con las modalidades que señala la ley;
- ii) Las sentencias finales que emanan de estos órganos, no son revisables (penas máximas de treinta años o de cadena perpetua, son irrevisables en el fuero común);
- iii) La Constitución se pone en un solo caso en el cual la Corte Suprema revisa los fallos militares finales: cuando se aplica la pena de muerte. Pero esto no ha sucedido nunca, y es

probable que nunca suceda, toda vez que para ello sería necesario:

- Denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, del que el Perú es signatario, y
- Desarrollar una legislación adecuada sobre la pena de muerte.

En la práctica, el fuero militar ha cometido excesos notables y tropelías incalificables. Bajo el pretendido signo de rapidez en la solución de los casos, se ha condenado a muchos inocentes, a tal extremo que el mismo Gobierno se ha visto obligado a crear una comisión ad-hoc (Ley 26555) para proponer el indulto de condenados, cuando se considere que hay indicios de su inocencia (lo cual es un contrasentido, pues no se debería indultar a quien se sabe que es inocente).

Los voceros del régimen han señalado, con cierto aire de verdad, que tenemos dos poderes judiciales:

- a) El Poder Judicial común, en el cual estamos todos, y
- b) El Poder Judicial militar, que no revisa nadie y que depende del Poder Ejecutivo.

La conclusión que se desprende de esta descripción somera de los hechos, es clara. El modelo peruano, si así queremos llamarlo, nos retrotrae a las épocas más oscuras de la historia, pues el fuero militar tiene manos libres para cualquier atropello y se da el lujo de incumplir los fallos judiciales (los habeas corpus interpuestos ante el Poder Judicial han sido desobedecidos por los jueces militares).

Tal cuadro dramático es preocupante, y a no dudar es una de las lacras del régimen. (cf. Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José F. Palomino Manchego, **La jurisdicción militar en el Perú**, en AA.VV., **Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica**, cit.).^(*)

9. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El subdesarrollo político y económico afecta sin lugar a dudas, las figuras y las instituciones jurídicas. Además, el pasado militar de nuestra América ha sido determinante, y así se advierte en nuestra historia reciente (cf. Humberto Quiroga Lavié, **Derecho constitucional latinoamericano**, UNAM, México 1991).

^(*) **Nota de 2003:** Aun cuando la normativa constitucional se mantiene, la situación ha cambiado tras la caída de Fujimori en 2000.

Y ello ha condicionado lo que *grosso modo*, podemos llamar modelo latinoamericano de jurisdicción militar, que no es original, sino derivado del modelo europeo, pero deformado a consecuencia de una dura experiencia histórico-política. Sin lugar a dudas, con un desarrollo futuro, el modelo latinoamericano tenderá a incorporarse al modelo europeo-continental, que es al que más se le asemeja, por la comunidad de intereses y la común herencia romanista. Pero mientras tanto, podemos hablar de este “modelo latinoamericano” como algo *sui generis*, que tiene las siguientes variantes, entendidas éstas como esquemas teóricos de carácter general:

- 1) Jurisdicción militar aparte; que puede ser una jurisdicción especial (Venezuela) o una jurisdicción distinta (como lo fue México hasta 1996), pero revisable por la jurisdicción ordinaria.
- 2) Jurisdicción militar de carácter administrativa, pero revisable en sede judicial (caso Argentina).
- 3) Jurisdicción militar incorporada sistémicamente al Poder Judicial (caso Brasil).
- 4) Ausencia de jurisdicción militar (caso Panamá).
- 5) Jurisdicción militar paralela e independiente de la jurisdicción común (caso Perú).

El modelo, como vemos, tiene sub-tipos, que con un mayor análisis y sobre todo con mayor información, no siempre disponible, puede aumentarse en su variedad, aun cuando creemos que las grandes líneas esbozadas se mantendrán. Y esto impide, por cierto, hablar de una unidad de jurisdicción. Lo que esperamos sea posible en el futuro.

Lima, setiembre de 1997.

XIX

EL PRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA*

El tema que tocará mi exposición del día de hoy, es uno de gran actualidad: el llamado presidencialismo en América Latina, que es muy complejo, pues no sólo es objeto de muchos estudios, sino que está cuestionado seriamente en las dos últimas décadas. Y naturalmente, el problema tiene una serie de matices, lo que hace imposible entrar en todos los detalles. Motivo por el cual me van ustedes a excusar de que no descienda al análisis, sino que me limite a tratar aspectos generales.

En primer lugar, debo llamar la atención sobre un hecho: y es que para la tratadística contemporánea, sobre todo norteamericana y europea, el sistema presidencial es uno, y el presidencialismo es otro. El primero se da en los Estados Unidos. Y el segundo es una especie de deformación del sistema presidencial que se encuentra en los países de América Latina, que son inestables, movedizos, con grandes desigualdades, con inestabilidades políticas permanentes, con fuerte influencia de capitales extranjeros, sometidos a veces a intervenciones militares.

Al nivel de esta tratadística comparada, con las excepciones que no faltan, el presidencialismo es mal visto, y es tratado en tono peyorativo. Por lo tanto, hay que aceptar esta realidad, si bien hay que reconocer que tampoco hemos contribuido a que mejore nuestra imagen desde afuera. Lo que se ve exteriormente es la inestabilidad, la falta de permanencia de los gobiernos, los golpes de Estado, los abusos de los derechos humanos y en los últimos tiempos, el no pago o el pago atrasado y diluido de la deuda externa.

Aclarado lo anterior, pienso que antes de ingresar al tema de fondo, habría que situar el problema en sus aspectos doctrinarios e históricos, y luego descender a la realidad nuestra. Y más en concreto, a la de algunos países como se vive hoy en día. Pienso que lo primero que hay que tener presente es que cuando hablamos de presidencialismo o de sistema presidencial, estamos hablando fundamentalmente de una forma de gobierno. Y hay un cierto consenso en que las formas o sistemas de gobierno, básicamente son el parlamentario, el presidencial y el convencional.

* La presente es la versión desgrabada de mi intervención en la III Convención Latinoamericana de Derecho, que se llevó a cabo en Medellín (Colombia) del 13-17 de setiembre de 1999. Y ha sido publicada, descuidadamente y con errores, en el volumen **III Convención Latinoamericana de Derecho**, Juan Carlos Amaya C. y Ricardo Velásquez R., coordinadores, Universidad de Antioquia y CEDDAL, Lima 2001. Aquí se ha revisado y corregido todo el texto, aligerando el título, pero conservando su estructura discursiva (Nota de diciembre de 2002).

Éste último tiene muy poco predicamento, es altamente democrático, pero casi no tiene seguidores. ¿Y ustedes saben por qué? Porque es algo que nace en la experiencia suiza. Suiza es un país peculiar, que tiene una democracia especial, que tiene una fisonomía especial y un gobierno especial también. Especial en el sentido de espléndido, de modélico, pero como todo lo suizo, parece no ser exportable. Ellos tienen un Consejo; es una cosa curiosa porque en Suiza el Consejo Federal tiene siete miembros y el mando es rotativo. Y este Consejo Federal es elegido por la Asamblea, o sea, en última instancia, es la Asamblea quien tiene el poder, pero el Ejecutivo es el Consejo Federal. Esto funciona hasta ahora en Suiza, mezclado con una serie de mecanismos de participación popular, como el referendun. Y estas líneas estructurales se mantienen en la nueva Constitución aprobada en abril de este año, pero que entrará en vigencia en enero del 2000.

Suiza es un país tan ejemplar que hace unos años hubo un plebiscito para aumentar (o mantener) los impuestos y en todo caso, no bajarlos. Y la campaña fue la siguiente: en Suiza hay buenos servicios públicos: los trenes pasan a la hora -por eso es que se dice que los suizos son relojeros- hay salud, hay educación, etc. Pero para que eso se mantenga, hay que tener más fondos y como no hay fondos, hay que tener impuestos que rindan; por referendun se aprobó este aspecto tributario tan complicado: esto en América Latina hubiera sido imposible. Al contrario, lo que queremos es no pagar impuestos, y esto es por ausencia de una conciencia tributaria. Este es el típico modelo convencional o de asamblea o directorio.

Hay algunos autores que hacen distinguos entre uno y otro. No voy a entrar en esos detalles, porque sería muy sofisticado en una exposición tan corta como la que dispongo. Pero sí decirles que esto es un ejemplo único y que tuvo un solo seguidor interesante en América, que es el Uruguay. Uruguay importó, por así decirlo, el modelo suizo convencional a través de José Batlle Ordóñez, quien fue presidente de ese país y un dirigente político importante, que vivió en Suiza, a la que conocía muy bien. El experimento duró de 1918 a 1933 y luego de 1956 a 1966; estamos hablando de hace poco más de 30 años. Pero hay algunas diferencias entre el sistema convencional o de asamblea suizo, que es la matriz y el sistema uruguayo. Hay diferencias no de esencia, sino de accidente, porque en sustancia son lo mismo. Y voy a mencionar uno solo que es muy importante. Y es que en Suiza el Consejo Federal que es el órgano ejecutivo por así decirlo, es elegido por el parlamento, mientras que en el Uruguay, el Consejo Federal era elegido por el voto popular, o sea, había una legitimidad de la Asamblea y otra legitimidad del Consejo Federal, con lo cual había dos órganos con legitimidad democrática, a diferencia del sistema suizo, en donde el Consejo surge de la propia asamblea legislativa, que a su vez es elegida por voto popular: o sea, la legitimidad democrática radica en la Asamblea. Y esto hay que mencionarlo porque es una nota importante para el análisis. Y así un poco rápidamente, porque es un caso único; funciona bien en democracias pequeñas, homogéneas, en territorios muy circunscritos, etc. Por eso no ha tenido

seguimientos. Se menciona simplemente porque existe y es modélico, pero no se repite.

Las otras dos formas que existen son la presidencial y la parlamentaria y vamos a decir algo sobre ellas y es lo siguiente: La forma parlamentaria es quizás la más antigua que ha surgido en el mundo y básicamente consiste, aunque esto pueda parecer una tautología, en que la legitimidad democrática la tiene el parlamento. Pero como no pueden gobernar cien, doscientas o quinientas personas, de ellas sale un cuerpo colegiado que van a ser los ministros y de ahí va a nacer un Ejecutivo presidido por una persona que se llama Primer Ministro (en algunos países como Alemania y Austria, se llama Canciller). Entonces, en los sistemas parlamentarios la legitimidad democrática está en el pueblo que vota y elige una asamblea legislativa que los representa.

Ustedes saben que el ente legislativo puede tener dos composiciones: bicameralismo y unicameralismo y en ambos hay variantes. En el bicameralismo hay lo que puede llamarse bicameralismo imperfecto, que es un poco el ejemplo de la Gran Bretaña, porque la Cámara de los Lores tiene poco significado y pocas facultades, pero ese es el gran modelo que surgió en Europa. Pues el parlamentarismo en el fondo es una creación inglesa. Por eso hay que tener presente este aspecto importante. Y también hay una significativa contribución francesa en la cual la segunda cámara es prácticamente igual que la primera, aunque su existencia obedece a otros fines. Y el presidencialismo que lo vamos a ver más adelante, es una creación norteamericana. Curiosamente, como dicen los estudiosos, las tres grandes culturas en Occidente que han creado el constitucionalismo moderno son Inglaterra, Francia y Estados Unidos. Indudablemente eso no implica que no existan otros pueblos, otros países, que hayan realizado contribuciones importantes en el desarrollo del constitucionalismo. Pero a nivel creador de las instituciones, esos son los tres grandes pueblos.

El parlamentarismo nace fundamentalmente en Inglaterra, en un proceso lento que dura siglos; y luego es desarrollado por Francia. Pero la base la da Inglaterra y es ésta: un órgano legislativo o dos, que tienen legitimidad democrática, y de donde sale un ejecutivo que es el que manda. Es característica del gobierno parlamentario que normalmente haya una dualidad: hay un jefe de Estado que es una figura casi simbólica, que en algunas partes es elegido por el parlamento, como es el caso de Italia o Alemania. En otros países que son monárquicos, existe el principio hereditario, como Inglaterra o en la restauración monárquica que hubo en España con Juan Carlos de Borbón. Por esta dualidad, es que al lado del Jefe de Estado existe un Jefe de Gobierno, que es el que maneja el aparato del Estado con el apoyo del órgano legislativo, que son las cámaras. El parlamento es el que controla el manejo del poder; que se ejerce sobre el Primer Ministro o Jefe de Gobierno, y sus más cercanos colaboradores.

Debemos agregar un poco al margen lo que Duverger ha calificado como modelo semi-presidencial, en fórmula no muy feliz, y que nace, según él, en la Constitución francesa de 1958 (aun cuando reconoce que hay antecedentes). Francia como se sabe, tuvo siempre una tradición parlamentaria, que en las últimas décadas le había creado mucha inestabilidad. Consciente de este hecho, De Gaulle modifica el esquema institucional de su país, debilitando las estructuras parlamentarias, y acercándolo al presidencialismo. Y desde entonces ha tenido un desarrollo interesante, en donde a veces el Presidente ha tenido más importancia que la Asamblea, y luego ha sucedido lo contrario. Se trata de una creación política muy sugestiva, que en cuanto tal, ha tenido pocos seguidores.

Ahora bien, esto sucede en Europa. ¿Qué es lo que pasó en los Estados Unidos cuando se crea el esquema presidencial, y por qué se crea? Por varias razones. En primer lugar, no olviden ustedes que los Estados Unidos, aunque hoy día pueda parecer algo curioso, en su época fueron revolucionarios. Eran un conjunto de colonias, en número de trece, que estaban asentadas sobre el Atlántico, que se rebelan frente a un Rey, a un monarca casi absoluto o por lo menos muy poderoso, como era el rey de Inglaterra, y cuando viene la lucha por la independencia, hay grandes debates. Y lo importante de la experiencia norteamericana, es que al momento del debate constitucional en Filadelfia, hay hombres de mucho nivel. Aparece una conjunción de talentos que se pusieron a reflexionar sobre lo que iba a ser este nuevo país, hacia dónde iba y estos personajes crearon muchas cosas: una de ellas fue el federalismo y la otra fue el sistema presidencial. Es curioso cómo nació el sistema presidencial en ese momento: el mundo conocido era el europeo; claro, existía la China, la India, pero estaban en otra ubicación geográfica, además eran gobiernos despóticos y mal vistos en esa época. Y lo que ofrecía Europa, estamos hablando de 1776 a 1787, en que se sanciona la Constitución, no era gran cosa. El gobierno parlamentario estaba todavía en ciernes; en rigor se condensa y perfecciona en Inglaterra alrededor de 1830. Pero en 1776 no existía un gobierno parlamentario en forma. El modelo convencional tiene sus orígenes en la Revolución francesa, pero va a cuajar mucho más tarde. Y frente a eso y como existía la monarquía generalizada en el mapa político europeo, optaron por laicizar al monarca, volverlo laico, volverlo no hereditario y hacerlo temporal y con poderes limitados. Y así surge el sistema presidencial.

Pero curiosamente, y esto hay que tenerlo muy claro, el sistema presidencial de esa época no es el sistema presidencial de hoy en día. Hoy el presidente de los Estados Unidos es el verdadero líder del país. Un hombre con gran poder de decisión, pero no lo era hace cien años. Es decir, el presidente de los Estados Unidos nació como una figura que mandaba con ciertos controles del Congreso, con la idea de que tenía poderes limitados y que el Congreso era su contrapeso, como lo eran también las prerrogativas de los Estados. Pero con el transcurso de un siglo, eso fue cambiando. Y esto se nota sobre todo a raíz del crecimiento de Estados Unidos como potencia hegemónica en lo económico y en

lo militar desde principios del siglo XX. Y la gran fuerza del presidente norteamericano asoma recién en el período de entreguerras. Les voy a poner un ejemplo muy significativo. Woodrow Wilson era un profesor de New Jersey, profesor de Gobierno como le llaman ellos. Editó un libro en 1885 que se llama el "Gobierno Congresional": según Wilson, el gobierno de Estados Unidos era manejado por el Congreso a través de sus comités, de las comisiones del Senado y de la Cámara de Representantes. Eso pensaba él. El presidente era importante, pero el manejo estaba abajo, en el Congreso, que era lo definitivo. Sin embargo, años después cambió sus puntos de vista en unas lecciones que impartió en 1908. Y años más tarde, como Presidente de los Estados Unidos, es el gran Presidente durante la Gran Guerra, es el hombre que vislumbra el porvenir para Europa, que tiene una serie de problemas con la Liga de las Naciones que él propugna (que como ustedes saben, la propuesta fue después desautorizada por el Senado norteamericano), y que tiene una acción decisiva en la política interna. Y él como presidente, hizo todo lo contrario de lo que había sostenido en su libro 30 años atrás.

Entonces, ese gran cambio se dio. Ahora, ¿por qué Estados Unidos sigue siendo modélico como sistema presidencial? Hay muchas razones, pero voy a señalar algunas en forma breve, y que explican por qué no ha causado censura en el ámbito del Derecho Comparado. Hay muchos elementos: el primero es que Estados Unidos es un país federal. En los países unitarios y además centralizados, es muy posible que el presidente o un ministro decidan, por ejemplo, dar un cargo, un puesto o tomar una decisión en un lugar lejano, pero en los Estados Unidos esto no es posible. Por ejemplo, el Presidente no puede lograr que el gobernador de California haga tal cosa. No puede hacerlo porque el gobierno de California es elegido por sus propios electores. Entonces: uno, el carácter federal; dos, las distancias físicas existentes; tres, el control de la Corte Suprema, que es muy importante. La Corte Suprema ha ido modelando a través de su jurisprudencia lo que puede llamarse el Estado constitucional norteamericano hoy en día, a diferencia de América Latina, en donde esto no sucedió. Y cuarto: el alto nivel y madurez de la opinión pública, que hace de ella una democracia militante.

Analicemos un poco el momento en que la América Latina se independiza: más o menos en 1810 se dan los primeros levantamientos, insurrecciones, focos, proclamas independentistas. Y los Estados se independizan entre 1810 y 1820.

Hay algunas excepciones y voy a mencionarlas. Una es el caso del Perú que se independiza solamente el año 1821 y en la práctica el año 1824. ¿Por qué? Porque el Perú era el centro de un virreinato y las fuerzas más poderosas del imperio español estaban acantonadas en Lima: entonces había que ir precisamente a lidiar con ellas. Así lo entendieron dos grandes libertadores: San Martín en el sur y Bolívar en el norte, que se dieron cuenta de que sin la libertad del Perú, el resto de la América estaba en peligro, porque ese era un foco a

través del cual el Imperio español se alimentaba. Y dos casos excepcionales que hay que mencionar, que son las islas de Cuba y Puerto Rico. Curiosamente ambas se independizan en 1898 y merced a las intervenciones inoficiosas de los Estados Unidos. Cuba va a estar intervenida y copada hasta los años 25 ó 30, prácticamente durante el primer tercio del siglo XX con la famosa Enmienda Platt, que la hicieron aprobar e incorporaron en su Constitución de 1901. Y Puerto Rico nunca dejó de estar sometido al dominio norteamericano. Es un Estado Libre Asociado que está ahí.

Estos son los casos especiales, pero cuando se independiza América Latina, entre 1810 y 1820, ¿en virtud de qué lo hace? En virtud del éxito de los americanos en las Cortes de Cádiz entre 1810 y 1812, y también debido al fracaso de la Constitución gaditana. Pero sobre todo, por influencia de la Revolución americana que ya era una realidad, y por la Revolución francesa, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue traducida del francés casi de inmediato: aquí en Colombia la tradujo Nariño.

Ambas revoluciones fueron muy importantes. La francesa tuvo mucha influencia en lo intelectual; la de Estados Unidos fue más decisiva a nivel institucional, a tal extremo que el federalismo que no existía en Europa, se traslada al resto de América casi de inmediato; hubo gran cantidad de países federales en América Latina: Colombia lo fue hasta 1886; y eso era influencia americana. Y todavía son federales México, Venezuela, Brasil y Argentina que en conjunto son los que mayor población tienen en este continente. Se copiaron una serie de instituciones: por ejemplo, el jurado en algunos países, como la Argentina en su clásica Constitución de 1853 que está todavía vigente, con las reformas introducidas en el año 94, y cuya carta del 53 fue tomada casi literalmente de la Constitución norteamericana (a tal extremo que un notable jurista argentino Nicolás Calvo, tradujo en 1888 en dos gruesos volúmenes, los comentarios hechos a la Constitución de los Estados Unidos por Joseph Story, que es uno de los grandes manuales del siglo pasado en los Estados Unidos y que todavía se sigue editando en inglés. Pero ¿por qué se tradujo? Porque se dijo: conociendo a Story que es la gran autoridad en los Estados Unidos, comprenderemos mejor nuestra Constitución: miren ustedes ese grado de mimetismo, de receptividad casi mecánica que tuvimos en el siglo XIX. Y por cierto, el texto de Story tuvo gran influencia, pues además y con anterioridad había sido traducido en México y en 1879).

Entonces, cuando los países de América Latina se independizan ¿a quién iban a mirar? ¿al gobierno parlamentario que era muy incipiente y no era operativo todavía y qué sólo existía en Inglaterra, o a las monarquías despóticas? En ese momento, el modelo exitoso de gobierno, era el de Estados Unidos, una joven república igualitaria, hecha por inmigrantes, y que estaban construyendo una gran nación, luego de que se libraron del yugo de una gran potencia que era Inglaterra. Tenían su Constitución, habían hecho este esquema de gobierno. No había, pues, otra alternativa. Pero la otra pregunta que nos hacemos es: ¿cómo

así el modelo calzó con la realidad? Porque lo que pasa con las instituciones es algo que hay que tener siempre presente y es que ellas son un fruto histórico, son consecuencia de un desarrollo prolongado en el tiempo y muchas veces, primero son los hechos y luego se va a la formalización. Entonces ¿por qué calzó el presidencialismo en América Latina?

Porque iba con la corriente, y como que era necesario para poder gobernar espacios tan disgregados, tan amplios, tan problemáticos, con tantas fuerzas centrífugas, tan poco homogéneas y con ninguna formación política. Y por eso lo adoptamos. Lo que pasa es que en el siglo XIX, sobre todo hasta los años 80 y 90, todo está ensombrecido por la figura clásica del caudillo: el hombre que se queda y se eterniza en el poder por la fuerza. Y hay ejemplos en América Latina de continuos golpes, cuartelazos, revueltas, inestabilidades, muy unidos a los militares primero, y luego a militares y civiles. Y esto ha sido recurrente.

En América Latina existe una ola democratizadora desde 1980. Pero no hay que descartar esto: el problema es que no ha funcionado bien el modelo o sistema presidencial: ese es el punto fundamental. ¿Qué se hizo frente a esto? Lo que ha habido es la tentación de ir incorporando frenos al modelo presidencial (desde fines del siglo XIX), y así se han introducido algunos matices, rasgos de lo que es el modelo parlamentario dentro del modelo presidencial. Dicho en otras palabras: manteniendo el sistema presidencial, se ha tratado de limitarlo, incorporando factores, instrumentos, instituciones que son propios del sistema parlamentario. Y no sólo eso, sino que hemos tenido, con variantes, lo que algunos han llamado experiencias parlamentarias, o sea, países que en algunos momentos (sea en los textos o en la realidad) han tenido una práctica que podría llamarse parlamentaria en sentido amplio.

Ahora bien, veamos algunos de los elementos parlamentarios que se han introducido en América Latina. En la lista que tengo acá, anoto lo siguiente: en los últimos cien años, específicamente en: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Y son los siguientes:

- a) La refrendación, que es el acto por el cual el ministro firma al costado del Presidente para dar validez a sus actos. (esto no existe en Estados Unidos),
- b) La interpelación, que es llamar a un ministro para que conteste un pliego de preguntas ante la Cámara,
- c) La censura ministerial, que existe en el sistema parlamentario: esto significa que si las cámaras dan un voto en contra, el ministro debe renunciar;

- d) El Consejo de Ministros, que no existe en Estados Unidos, sí en varios países de América Latina,
- e) El Primer Ministro, que existe solamente en dos países, pero el ejemplo puede propagarse,
- f) La iniciativa legislativa del Gobierno, y
- g) Ministros que tienen voz en el debate parlamentario.

Todas estas son instituciones parlamentarias y no mencionamos a todas; sólo las más significativas. Ahora bien, ¿han logrado cambiar el sistema presidencial? No, simplemente no. Tampoco han llegado a desnaturalizarlo ni a desfigurarlo. El tiempo ya no me alcanza para explicarlo con mayor detalle, por lo que seré breve. Tengo acá el proyecto de Constitución que ha preparado Hugo Chávez para Venezuela, a la cual va a llamar, según él, República Bolivariana de Venezuela y que lo único que hace, con ciertos matices, es acentuar la figura del presidente de la República⁽¹⁾. Esta tendencia no se ha logrado cambiar. Incluso las experiencias parlamentarias que hemos tenido; Brasil de 1838–1889, y luego 1961–1963, fracasaron. Fracasó en el sentido de que no se consolidó, más aún, en 1993 Brasil tuvo un plebiscito sobre si adoptaría el sistema presidencial o parlamentario y el parlamentario fue derrotado en las urnas. Chile con matices fue parlamentario en el período 1895–1925 y en parte Cuba en la Constitución de 1940 y que duró hasta 1952, fecha en la que termina el experimento gracias al golpe de Estado de Batista. En síntesis, lo que sucede en América Latina frente a estos excesos del presidencialismo, es que aparece una corriente que es muy intensa, que no la vamos a mencionar, que propugna introducir el sistema parlamentario en nuestros países. El gran propugnador de esta tesis en los últimos tiempos es un notable sociólogo español que se llama Juan Linz, que enseña en los Estados Unidos y escribe en inglés y que ha publicado varios libros sobre la materia. Y esto ha provocado un gran debate académico. Pero es académico y nada más: no ha llegado a lo político ni a la clase dirigente, ni menos aun al pueblo. Tampoco ha sido acogido por los juristas. Indudablemente el empeño es saludable; o sea, ¿cómo hacemos para lograr estabilidad y gobernabilidad?

El presidencialismo no lo ha dado. Pero la pregunta es ¿lo dará el parlamentarismo? Yo no lo creo: los sistemas son plantas que se desarrollan y que hunden sus raíces en el suelo y en la historia y lo que tenemos es un sistema presidencial, que debemos aligerar y democratizar. Lo que hay que hacer en el sistema presidencial es crear controles efectivos. A más poder, más controles, podría ser nuestro lema. Pero sobre todo, hacer una democracia más militante, para que el Presidente se rija de acuerdo con los marcos constitucionales. Y ello exige una madurez política que, por desgracia, aún no existe en nuestros pueblos.

⁽¹⁾ **Nota de diciembre de 2002:** Aprobada en diciembre de 1999, y actualmente en vigor.

PREGUNTAS:

Profesor García Belaunde: en los últimos 150 años la mayoría de los países latinoamericanos han cambiado o modificado sus constituciones. ¿Encuentra usted alguna tendencia en esos cambios constitucionales a establecer controles sobre ese predominio del Poder Ejecutivo? ¿Cuáles son las tendencias en esos cambios constitucionales?

Yo diría que hay muchos aspectos que están vinculados con el crecimiento de las constituciones en extensión y con la rapidez con que se dan, ya que el mundo ha cambiado mucho desde 1945: eso es evidente. Por otro lado, la gente tiene mucha ilusión en las constituciones y quiere que en ellas esté todo y adicionalmente, la gente cree que cambiando las constituciones, las cosas han de ir para mejor, y lamentablemente eso no es cierto. Esto explica el crecimiento físico de las constituciones que cada vez tienen más artículos: imagínense ustedes la Constitución belga de 1831 tiene 140 artículos, la colombiana 380, la peruana 206 y todas son inmensas: la del Brasil es un libro como éste que tengo a la mano, es inmenso. La gente piensa que haciendo más constituciones, más completas, vamos a ser más felices y eso no es exacto. La Constitución es un instrumento y un modelo: nada más. La gente confía en las constituciones, lucha por nuevas constituciones o para más reformas creyendo que las cosas van a ir para mejor, y a veces podría pensarse que eso sucede. Pero el futuro no depende de una Constitución. Y dentro de estas tendencias de los últimos años, si bien no se refuerza más al Ejecutivo, tampoco se le debilita. La figura del Presidente sigue siendo la clave de bóveda del sistema político latinoamericano.

¿Por qué exactamente falló o perdió vigencia el sistema presidencial en América Latina? ¿Será que fue mal copiado, será que no es apropiado? Por otra parte, ¿podemos afirmar que la razón del colapso o de la falta de eficacia del sistema presidencialista en América Latina, consiste en haber adoptado un sistema que no era apropiado para nuestra cultura?

No sé si ha fracasado el sistema presidencial, pero en todo caso no ha funcionado óptimamente. En lo personal, no tengo ninguna preferencia por ningún sistema político, ya sea presidencial o parlamentario; lo que hay que hacer es observar a las sociedades y tener una política que debe ser un poco de cambios paulatinos y de acomodamiento a los hechos. Los casos típicos son Estados Unidos, Francia e Inglaterra: todos ellos tienen instituciones que se han ido moldeando y cambiando con los años. Y también es un problema de desarrollo, económico y político.

¿Cree usted conveniente el cambio al régimen parlamentario en los países latinos o en todo caso, cómo enfrentar los desafueros y el autoritarismo?

Yo pienso que si la América Latina tuviera un régimen parlamentario, seguiríamos con los mismos problemas, no creo que cambiaríamos. El problema no está ahí. Y en cuanto a lo anterior, la palabra autoritario es una connotación sobre el manejo del poder. Yo creo que en el caso de Fujimori, el régimen es presidencial, no obstante el Perú ser un caso especialísimo en donde hay muchas instituciones parlamentarias en su Constitución de ahora y desde hace cien años. Y sin embargo, hay un presidente que manda firmemente, pero adicionalmente Fujimori es un presidente autoritario, o sea, arbitrario. Y Chávez aparentemente va por esa línea, aunque es muy pronto para decirlo.

A propósito del Presidente Chávez, ¿cuál es el plan de reforma de la Constitución de Venezuela propuesta por Hugo Chávez y qué repercusión puede tener sobre América Latina y en Colombia específicamente?

Yo había preparado un análisis muy detallado del proyecto de Constitución de Chávez, pero es un poco largo y como el tiempo del que he dispuesto es corto, no he podido darlo a conocer. Pero el texto que yo tengo es una versión preliminar, es un texto mal escrito, mal elaborado, con muchas reiteraciones, con algunas cursilerías, por ejemplo, han creado el poder moral, eso lo pensó Bolívar hace 150 años, hay un marcado presidencialismo, hay una vocación por la integración, hay una intención de descentralizar el país, pero no trae novedades mayores. No sé qué pasará con este proyecto, pero lo decididamente nuevo es que crea un vicepresidente, que antes no había. ¿Por qué? Porque ya sabemos lo que pasó cuando Carlos Andrés Pérez fue echado del poder. Conserva un poco la tradición, mantiene los esquemas básicos y en mi opinión acentúa el presidencialismo e incorpora mecanismos de participación: referendun, revocación, asamblea general, plebiscito, una serie de mecanismos de participación de acuerdo a la ley. ¿Cómo serán estos? No lo sabemos, habrá que esperar. Pero no creo que tenga mayor influencia en el resto de América Latina.

Conforme a su criterio ¿cuál de los sistemas de gobierno es el que más se adapta a la realidad latinoamericana y cuáles serían las características de ese gobierno? Y por otra parte, se pregunta si el modelo presidencial escuda la figura del representante del Poder Ejecutivo, específicamente si el caso colombiano con el ex-presidente Samper corresponde a esta situación, una situación de camuflaje.

Indudablemente cuando hablamos de un sistema presidencial, hacemos un desarrollo y el desarrollo se concreta en un Poder Ejecutivo cuyo titular es el Presidente de la República, quien está acompañado por colaboradores inmediatos que se llaman ministros y en otros países, secretarios. Eso es clarísimo.

Ahora, en cuanto a la primera parte, en el sentido de cuál es el mejor sistema de gobierno para América Latina, yo diría lo siguiente: mi impresión personal, que no es mía sino que está un poco recogida por los estudiosos, es que no existe el mejor sistema de gobierno: lo que existen son sistemas que uno los adapta, los incorpora y los vive. En Europa les ha ido bien; en muchos países con el presidencialismo a medias, parlamentarismo a medias y la tendencia llamada semipresidencial y que se desarrolla en Francia; en Estados Unidos les ha ido bien con el presidencialismo. O sea, hay muchos sistemas de gobierno, pero no hay ninguno que sea perfecto, ni ninguno que sea óptimo. Lo que pasa es que nosotros tenemos que ver nuestra historia. El problema del presidencialismo es que nosotros lo hemos tenido desde siempre, y si queremos cambiar, hay que hacerlo lentamente. Las experiencias parlamentarias que hemos tenido en América Latina y de las que he mencionado algunas: Brasil, Chile, otra no presidencial como es el Uruguay, demuestran que al parecer hay una cierta tendencia en la cultura política latinoamericana por el sistema presidencial, porque inclusive en países como el Perú, que es el único que tiene figuras parlamentarias desde el siglo XIX, ahí el Parlamento nunca ha mandado, y cuando ha tenido preponderancia, nos ha ido mal.

Cuando nosotros importamos instituciones lo hacemos bruscamente y a veces no funcionan. Un famoso economista francés decía: los pueblos subdesarrollados no pueden importar una institución como importan una refrigeradora, porque la refrigeradora se importa, se enchufa y funciona; y la institución la importo, no puedo enchufarla y a veces no funciona, ¿por qué? Porque es un organismo vivo: a veces sistemas que funcionan muy bien en un país europeo se trasladan a los nuestros, y funcionan muy mal. Y a su vez hay cambios, en el caso por ejemplo de Italia, que es un prototipo de parlamentarismo muy concentrado entre las principales fuerzas políticas, entró en crisis y se debatía hasta hace algunos años la conveniencia de adoptar formas presidenciales. No sé en qué habrá quedado todo eso, pero para que vean ustedes que en todas partes se dan estas alternativas. Pero yo creo que hay que atenerse a la experiencia y a la realidad, a la realidad de cada cual, sobre todo, a nuestra historia. Y construir o perfeccionar modelos desde esa realidad, en forma gradual.

Ahora bien, si el sistema presidencial sirve o no de camuflaje a alguien que ha ejercido la Presidencia, es algo relativo. No puede afirmarse que así sea, porque si las fuerzas políticas deciden hacer efectiva la responsabilidad de un

Presidente o ex presidente, lo pueden hacer. Y muchas veces lo han hecho, lo cual demuestra que se puede hacer.:

Nota de 2003: Por razones propias de la exposición, no hemos señalado en ella información bibliográfica sobre la materia, que es inmensa, para lo que remito a mi ensayo **Forma de gobierno en la Constitución peruana** en “Revista de Estudios Políticos”, núm. 74, octubre-diciembre de 1991, ahora en mi libro **La Constitución en el péndulo** (1996) y a los posteriores e importantes ensayos de Eloy Espinosa-Saldaña B. Con todo, entre la literatura reciente, me permito llamar la atención sobre el libro de Javier Hurtado, **El sistema presidencial mexicano**, Fondo de Cultura Económica, México 2001, cuyo primer capítulo tiene un importante análisis sobre la problemática actual de los sistemas (o formas) de gobierno.

Por otro lado, es importante añadir, a lo expuesto por mí en anteriores oportunidades, que el modelo que Duvergier ha llamado, con poca fortuna, como “semipresidencialismo”, ha dado origen a gran cantidad de experimentos, que muchas veces en la práctica, acaban en presidencialismo. Es el caso, por ejemplo, de la Federación Rusa. En recientes elecciones, Putin ha adquirido más poder del que ya tenía, de lo que da cuenta “El País” de 8 de diciembre de 2003, en comentario que dice así: “Rusia es, en función de su Carta Magna, que cumple diez años este mes, un país de corte presidencialista, donde el poder está repartido en beneficio del Ejecutivo y en detrimento del Legislativo. Las competencias del Presidente no sólo son inmensas, sino que están fuera de todo control, por lo que paradójicamente, el mismo Ejecutivo se ve obligado a combatir sus propias arbitrariedades”. Entre otros puntos, el corresponsal del diario español, agrega que del Ejecutivo depende todo, incluso los coches, los sanatorios y hasta los sueldos de los parlamentarios, que son fijados por el Ejecutivo.

Lo anterior demuestra que ya no se puede estudiar el fenómeno presidencial sólo en los Estados Unidos y en América Latina, sino que hay que ampliarlo a otros ámbitos geográficos.

XX

EL TRAJINADO FUERO DE PINOCHET*

Recientemente nos ha llegado la noticia, vía cable, de que la Corte Suprema de Chile, confirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago (el equivalente a nuestra Corte Superior), ha acordado, por amplia mayoría, el desafuero del senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, permitiendo, en consecuencia, que el Senador pueda ser procesado por los delitos que se le imputan.

Y sobre este hecho, la revista "Diálogo con la jurisprudencia" nos ha hecho llegar copia de la sentencia, pidiéndonos algunos comentarios al respecto.

1. LAS INEVITABLES PRECAUCIONES

Lo primero que debe tenerse presente es que, al leer una sentencia, por más autosuficiente que sea su texto, no siempre se puede tener una idea cabal de su contenido y de los alcances del proceso, ya que una sentencia, por más larga que sea, siempre es, al fin y al cabo, un resumen de lo resuelto o discutido en varios cientos o miles de páginas, que no están a nuestro alcance.

E incluso así, muchas veces las sentencias definitivas, presentan los hechos de manera tal, que el resultado resulta inatacable, y quien lo lee careciendo de los antecedentes, muchas veces puede llevarse a engaño por lo que dice el resumen. Esto sucede con frecuencia en nuestros países, aun cuando no siempre; y no ocurre en los países con una gran tradición democrática, como puede apreciarse en las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, o en algunos tribunales constitucionales europeos. Por tanto, tengamos presente este aspecto, que puede, bajo determinadas circunstancias, impedirnos un conocimiento directo del caso.

Pero aun cuando la sentencia sea muy prolija y honesta en su resumen y exposición, topamos con otro dato que es ineliminable, cual es que estamos en presencia de un derecho extranjero, que no lo conocemos al detalle, y más aún, en todas sus conexiones con el resto del ordenamiento en referencia. En este caso, el chileno.

Pero admitido esto, podemos dar un paso adelante y señalar que aun con esos riesgos, es posible aventurar una opinión, sobre la base de lo que tenemos.

* Publicado en **Diálogo con la Jurisprudencia**, Lima, núm. 24, setiembre de 2000.

Y enfocado desde el ángulo constitucional, pues lo penal, toca y corresponde desarrollar a los especialistas.

2. LAS PERIPECIAS DEL SENADOR

Todos sabemos que Pinochet ha sido gobernante de Chile por la fuerza de las armas, y lo ha sido por muchos años (1973-1990). Y que no es un dictador cualquiera, sino que es un hombre de gran talento militar, y con una sólida formación en su arma y en otros menesteres (como es el caso de la historia, en donde tiene publicaciones muy estimables). Y también que tiene un soporte social muy vasto, que ha dividido a la sociedad chilena en dos bandos. Y nadie duda que es una de las dictaduras más crueles que ha existido en los últimos años, y también una de las más descaradas.

Y seguramente por eso, es que el general Pinochet fue, sin mayores preocupaciones, a un chequeo médico en el Reino Unido, sin sospechar que eso le costaría dieciocho meses de encierro domiciliario y que durante ese largo tiempo, su caso llegaría dos veces a la Cámara de los Lores (en cuyo seno, los Lores Jueces constituyen la más alta instancia judicial del Reino Unido) y que su caso agitaría la prensa diaria durante largos meses. Y que detrás de todo esto se hallaba un juez español; Baltasar Garzón, que ahí encontró una ocasión propicia para hacerse publicidad gratuita y a costa de terceros.

Y como consecuencia de esto, es que finalmente Pinochet fue liberado por el gobierno inglés, arguyendo razones de salud, ya que, como en todas partes del mundo civilizado, los que pasan cierta edad (75 años o más) tienen un régimen especial, y por eso se dice que bajo ninguna circunstancia el general habría tenido una prisión efectiva entre rejas.

Lo cierto es que el espíritu pragmático inglés encontró una salida muy cómoda, que le quitaba un gran peso de encima. Y con la anuencia del gobierno español, que no veía con buenos ojos el vedettismo del juez Garzón, preocupado por los “flashes”, más que por aligerar la carga procesal de su despacho.

Y así, por cosas del destino, Pinochet volvió a su Chile natal, en donde lo encontraban más problemas. Y uno de ellos es, precisamente, si podía juzgársele o no. Y ese fue el gran debate.

3. LOS SENADORES DESIGNADOS

Pinochet, como se sabe, es uno de los miembros designados que existen en el Senado chileno, y forma parte del 20% que está integrado de esa manera. Fórmula algo arcaica, pero interesante, que ha servido para algunas transiciones políticas ejemplares (como fue el caso español, en 1978, cuando el Rey nombró

a 40 Senadores que tuvieron una contribución de primer orden en el diseño constitucional de la democrática España post-franquista). Aquí también la Constitución chilena de 1980, que fue aprobada mayoritariamente por plebiscito, estableció esa figura de Senador designado que, por lo demás, ha recaído en algunas personalidades dignas de todo encomio. Y que existen en varias partes del mundo (como es el caso de los Senadores vitalicios en Italia), como rezagos corporativos, que se mantendrán tan sólo si son bien usados, y se desprestigiarán -como en este caso- cuando son utilizados para cubrir la impunidad, que es lo que bajo esa figura buscó el general Pinochet, lo que es censurable.

Lo primero que había que considerar es que Pinochet es Senador, y lo segundo, es que había sido jefe de Estado, aun cuando lo haya sido con carácter *de facto*. Y esta situación peculiar es lo que ha provocado toda esta larga batalla legal.

4. ¿JUICIO POLÍTICO?

Cabe señalar que, a primera vista, lo que tendría que haber existido en este caso, es lo que se conoce como juicio político. Este concepto empezó a circular entre nosotros, al parecer, desde fines del siglo XIX, sobre todo por impulso de los constitucionalistas platenses (argentinos y uruguayos), para dar una versión castellana al verbo *impeachment*, que en inglés arcaico significa acusar. Dicha versión, que ha circulado muy ampliamente, fue consagrada en la década de 1870 por Nicolás Calvo, en la traducción que hizo de los célebres comentarios de Joseph Story sobre la constitución norteamericana; lo mismo hizo, por la misma época, Justino Jiménez de Aréchaga en el Uruguay, en los dos tomos que dedicó al Poder Legislativo. Y lo empleó también Ruy Barbosa, en el Brasil, en donde se usa desde entonces. Y así, de *impeachment* se desprendió, en traducción libre, **acusación constitucional**, **antejuicio** y **juicio político**, todos con significados equivalentes (si bien, en su desarrollo histórico, han tenido diversas variantes, lo que no autoriza, en mi opinión, a hacer distinguos entre uno y otros, como en alguna oportunidad se ha pretendido).

Y esto es así, pues en el fondo, los numerosos delitos que se le imputan a Pinochet, sucedieron cuando ejercía el mando supremo, sin importar por ahora cuál era la modalidad adoptada. Pero lo que debió suceder en la teoría, no sucedió en la práctica, ya que la legislación chilena aparecía demasiado enredada y aparentemente no daba pie para hacer un juicio político.

5. DESAFUERO

La figura del desafuero, significa literalmente levantar el fuero o inmunidad que goza el alto funcionario. Normalmente está referido a delitos

comunes, esto es, a delitos que se cometen y que no tienen relación directa con la función que se ejerce. Supongamos que un senador somete a su amante a un aborto, y ésta muere en la operación. Aquí existe un delito, pero nada tiene que ver con la función de Senador, y por tanto no procede el juicio político (o acusación constitucional), sino el desafuero. Y esto es así, porque el delito común se lleva ante los jueces comunes, el que conoce las causas citando a los inculcados. Pero si existe algún funcionario que goza de inmunidad, el Juez no puede someterlo a proceso mientras el cuerpo colegiado al que pertenece no lo autorice.

Ahora bien, lo que aquí pasó fue lo siguiente: no fue posible llevar a cabo el juicio político (en gran parte por razones de orden interno y porque el mismo Pinochet bloqueó esa posibilidad), y más bien lo que existió fue una andanada de procesos penales abiertos contra él, y que sólo esperaban una autorización para encauzarlo.

Fue así curiosamente, que se inició un proceso especial de desafuero, a fin de permitir el enjuiciamiento del general Pinochet, que de otra manera, no hubiera podido ser sometido a proceso, pues la posibilidad del juicio político se encontraba cerrada.

6. LA PRERROGATIVA O INMUNIDAD COMO PRIVILEGIO

Los congresistas gozan desde décadas, de lo que, según las tradiciones se conoce como privilegio o prerrogativa, las cuales nacieron, como se sabe, de las prácticas parlamentarias inglesas, y que luego se expandieron a lo largo de todo el mundo occidental, a partir del siglo XIX.

Pero lo que queda claro es que la inmunidad no es un privilegio de la persona, sino del cuerpo colegiado; en este caso, el Senado. De ahí que no tiene sentido decir, como alguien alguna vez lo hizo, que iba a renunciar al fuero parlamentario, porque dicho fuero es irrenunciable, pues no pertenece a las personas, sino al Pleno.

Y así ha sido siempre. El privilegio o inmunidad parlamentaria, pertenece al Pleno y es éste el que lo levanta afectando a uno de sus miembros, y permite que pueda ser juzgado en el fuero ordinario, por los jueces comunes.

7. EL DESAFUERO EN EL PODER JUDICIAL

Lo que llama la atención en el caso chileno, y en el de Pinochet en particular, es que el desafuero, que no es un proceso judicial, sino un trámite de carácter político que lo hace un órgano político (en este caso el Parlamento), sea hecho por el Poder Judicial, con lo cual se cae en la paradoja, que se ve claro en

la sentencia bajo comentario, que por un lado, es el Poder Judicial el que le levanta el fuero (es decir, permite su encauzamiento, pero no emite condena alguna). Para luego, y en virtud del desafuero, remitirlo a otra sala, tribunal o juez del mismo Poder Judicial para que ahora sí, lo someta a proceso judicial y de ser el caso, lo condene.

Es difícil entender por qué pasa esto en Chile. De los actuados en la sentencia, se desprende que Chile, al igual que todos los países influenciados por el modelo sajón, tenía el desafuero a cargo del ente legislativo, y luego pasaba para el juzgamiento respectivo al fuero común. Y así fue durante todo el siglo XIX, hasta que la Constitución de 1925 cambió el modelo, y estableció que el desafuero sea hecho a nivel judicial, si bien como un trámite especial no jurisdiccional. Se dijo en aquel entonces que eso se hacía, pues la politización extrema del órgano político, había dejado en la impunidad a varios personajes, y que por tanto, si todo estaba en manos del Poder Judicial, las cosas se harían mejor y más adecuadamente. Y lo mismo se conserva en la actual Constitución de 1980.

Y esto es lo que ha sucedido. Es el Poder Judicial, en su última instancia de la Corte Suprema, la que ha declarado el desafuero del general Pinochet, quien recién ahora pasará a ser procesado legalmente.

Ahora bien ¿qué decir de este trámite? Por cierto, que es inusual y diría yo que hasta paradójico. En el fondo, significa renunciar a una clásica prerrogativa, que ha debido mantenerse en su forma originaria, o suprimirla del todo. Aún más, no tiene por qué pensarse que aquí el Poder Judicial ha actuado independientemente y con criterio de conciencia. Recordemos por lo demás, que el Poder Judicial chileno, no obstante casos y personajes aislados, es tan politizado como cualquiera, y no dijo nada durante la dictadura de Pinochet. Si ahora ha pasado lo que ha pasado, es por el entorno internacional, y por todo lo sucedido en Londres.

8. Y AHORA ¿QUÉ PASARÁ?

Lo que suceda a partir de ahora no interesa. Aún más, no se sabe si Pinochet, con sus 84 años a cuestas, podrá resistir la prueba de un largo juicio y sus avatares. Y no sabemos tampoco si todas las acusaciones serán finalmente probadas (ya que una cosa es agitar una pancarta en la vía pública y muy otra es tener pruebas que pasen el control judicial). Pero eso al final no importa.

Lo que interesa en una democracia, es que los responsables de tantos atropellos, sean expuestos a la luz pública como lo que son. Que se vea claramente que nadie está libre de ser procesado, aun cuando haya ocupado los más altos cargos. Que la impunidad no debe reinar en ningún estado civilizado. Y que todos aquellos que pisotean los derechos humanos, serán enrostrados por

quienes tienen capacidad de indignarse. Y esto es muy importante, más que una condena severísima, que eventualmente quizá no llegue a cumplirse.

Lima, 8 de setiembre de 2000.

XXI

ATRAPADOS POR LA LEGALIDAD*

Esa es la impresión que he tenido tras la lectura de la Resolución núm. 2191-99-JNE del 31 de diciembre de 1999, publicada al día siguiente, 1° de enero del 2000 en el diario oficial “El Peruano”, con una celeridad asombrosa, como para demostrarnos que aquí las cosas han cambiado, y para mejor (ver el texto al final).

Pues bien, ¿qué es lo que ha dicho el Jurado Nacional de Elecciones y por unanimidad? Pues que las tachas interpuestas por diversas agrupaciones políticas y gremiales, no tienen ningún fundamento, pues no se basan, en ninguno de los impedimentos previstos en los artículos 106, 107 y 108 de la Ley Orgánica de Elecciones. Y en cuanto a las nulidades interpuestas, las han asimilado a las tachas, toda vez que dicha nulidad no está prevista en la ley de la materia. Y por cierto, si nos atenemos a la legislación electoral vigente, no podía ser de otra manera. Habría que ser demasiado ingenuo para pensar que al oficialismo, que hace cuatro años está montando la segunda reelección, se le iba a escapar un cabo tan importante. Por tanto, es obvio que a tenor de la ley electoral, no podría existir tacha alguna, y así, al unísono, lo han entendido todos los miembros del Jurado.

La única voz disonante ha sido la de Ramiro de Valdivia Cano, que en voto singular que lo honra, se adhiere a sus colegas en lo referente a las tachas, pero se distancia de ellos al declarar fundada la nulidad, en virtud del artículo 112 de la Constitución del Estado, aprobado para una reelección y no para dos. Por cierto, la argumentación de Valdivia no es clara, pero sin lugar a dudas intuyó el problema y tuvo el valor suficiente para decirlo nítidamente y estampar su firma en su voto singular. Para lo cual, estoy seguro, debe haber resistido a presiones y tentaciones de toda índole. Pero analicemos más de cerca el problema.

Cuando se inauguró el año judicial de 1956, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en ese entonces, se lamentó profundamente del estado de la judicatura, pues sus jueces, salvo alguno que otro voto singular, habían tenido que aplicar la Ley de Seguridad Interior de la República, que negaba a los ciudadanos los derechos que la Constitución de entonces, la de 1933, les reconocía. Pero se lamentaba de esto, pues los jueces no tenían más remedio

* Publicado en **Diálogo con la jurisprudencia**, Lima, núm. 16, enero 2000.

que aplicar la ley, por más injusta que ésta fuese. Y si la ley era inconstitucional, tenían que seguir aplicándola con terrible pena, pues ellos, los jueces, no podían preferir la Constitución a la ley. Esto fue dicho y defendido hace ya muchos años. Y si bien en esa época tal tesis era insostenible, podríamos eventualmente aceptarla y sobre todo, comprenderla, por la situación del país en aquel momento.

Pero desde entonces, ha pasado mucho tiempo. No sólo se sancionó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, que creó el proceso para la inaplicación de las leyes inconstitucionales, sino que además tuvimos la Constitución de 1979, que consagró, en forma, un original modelo de control de la constitucionalidad, y esto se repitió en la vigente Constitución de 1993.

Y eso no es todo. El Jurado Nacional de Elecciones, en 1985, al no haber sobrepasado ninguno de los candidatos a la presidencia el límite del 50% que establecía la Constitución, y frente a la renuncia del candidato que ocupaba el segundo lugar, Alfonso Barrantes Lingán, proclamó a Alan García Pérez como ganador, y en consecuencia, como Presidente de la República.

En esa oportunidad, el Jurado interpretó la Constitución, en el sentido que ella preveía una segunda vuelta con dos candidatos y no con uno. Esto es, la elección supone un mínimo de dos candidatos en competencia. Un candidato único no podía competir con nadie y al renunciante no se le podía obligar a participar en una segunda vuelta. Por tanto, la segunda vuelta tenía supuestos que no se daban y había que dejarla de lado. Fue, sin lugar a dudas, una decisión acertada y demostró que el Jurado Nacional de Elecciones, continuaba con una larga tradición que había mejorado notablemente en los últimos treinta años. Es cierto que algunos grupos políticos cuestionaron la decisión del Jurado, que por lo demás tenía tanta trascendencia, pero la sangre no llegó al río. Así, la decisión quedó legitimada y jamás fue cuestionada.

Pues bien, dentro de esta evolución, podría esperarse mucho más del Jurado, pero no fue así. Las cosas cambiaron notablemente en 1993, cuando la Constitución de ese año efectuó una tripartición innecesaria del Jurado Nacional de Elecciones, y creó en su lugar, el Sistema Electoral, sin beneficio para nadie. Y ahí fue cuando empezó el declive, que no ha hecho más que acentuarse, si bien cabe rescatar algunos momentos importantes de la actividad del Jurado, y con carácter excepcional, la Presidencia de Álvaro Chocano Marina.

Pero, ¿qué era lo que había que hacer? Se han planteado muchas salidas, que no me parecen contundentes. Veamos:

1) Se pidió al Jurado Nacional de Elecciones inaplicar la ley de interpretación auténtica. Esto era equivocado, pues la inaplicación es exclusividad del aparato jurisdiccional, y el Jurado no lo es. Se trata de un órgano autónomo del Estado, de naturaleza administrativa, con determinados atributos jurisdiccionales, pero que no está autorizado a tanto.

2) La ley de interpretación auténtica ni siquiera fue tomada en cuenta por el Jurado, motivo por el cual su invocación no tenía en realidad mayor importancia. Aún más, devino en superflua, desde el momento en que la Ley Orgánica de Elecciones acomodó todo para los fines reeleccionistas y no hizo mención alguna al impedimento que tenía el Presidente de la República, en conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Constitución del Estado.

3) La jurisprudencia recaída en la tacha formulada por Tito Ura Mendoza en 1994, mediante Resolución núm. 172-94-JNE, era un referente interesante, pero no decisivo. En nuestro país, la jurisprudencia no es vinculante ni obliga a los tribunales ni a los entes administrativos. Por cierto, hay sectores de la legislación que hacen referencia a la jurisprudencia y la invocan, pero no son vinculantes, como es el caso de los sistemas legales que nacen de la familia anglosajona. Aún más, la legislación aplicable había cambiado y no se le podía invocar por falta de identidad de sus componentes. Por cierto, era válida como referente histórico, con fines interpretativos, pero nada más.

4) Tampoco era dable invocar aquí las dos sentencias del Tribunal Constitucional en torno a la eventual reelección de Fujimori, porque ambas, si bien tienen el título de tales, no han sido más que documentos de buena voluntad, desprovistos de todo valor jurídico, y agravado por haber inaplicado una ley a un ausente procesal, con lo cual se demuestra que nuestro Tribunal Constitucional no tenía claros algunos conceptos. Por cierto, vino después la bochornosa destitución de tres magistrados del Tribunal, que volvió trágico lo que era sólo una comedia.

Existe un argumento adicional que han barajado mucho los defensores de la actual segunda reelección, y es lo que se conoce, en términos lógicos, como falacia *ad populum*. Este argumento es bastante sencillo y de ahí su simplicidad sofística. Y dice así: en la democracia, el pueblo es el que decide, y en consecuencia, será el pueblo, a través del voto, que decida si Fujimori puede ser presidente por tercera vez consecutiva. Y claro, así vendido el producto, tiene una apariencia devastadora. Pero sólo eso, pues esta argumentación, más que de teoría democrática, es populachera, sin ningún asidero doctrinario, ya que, además, no se compadece con lo que sucede en las democracias contemporáneas, en donde el pueblo no decide nada, sino los que deciden son los partidos políticos, y en general, la clase política, para utilizar la terminología

de Gaetano Mosca. ¿Y cómo es así? Pues la democracia tiene dirigentes que, como su nombre lo indica, dirigen. Lo que sucede es que lo que ellos proponen, debe ser aceptado, avalado o respaldado por el pueblo, bajo sanción de nulidad. Y en esto radica precisamente la diferencia entre las democracias y las dictaduras. En Estados Unidos, por ejemplo, frente al desastroso ejemplo de Franklin D. Roosevelt, los partidos políticos decidieron limitar a sólo una la reelección presidencial inmediata, lo que aprobaron con la solemnidad del caso. Tiempo después, siguiendo el complicado mecanismo de la democracia norteamericana, tal decisión fue aprobada por el pueblo y sus representantes a lo largo de todo el país. Y desde entonces, nadie ha dicho nada ni menos se han levantado voces en contrario.

Lo que ha pasado en el Perú y otros países de América Latina, es muy sencillo: los partidos y la clase política, legítimos representantes del pueblo, acordaron no aceptar la reelección inmediata, bajo modalidades diversas, y en el caso peruano, esto se aceptó en 1993 por una sola vez, por circunstancias especiales, válidas en aquel momento y quizá no en otro. Pero esa era la idea: dos períodos consecutivos y no tres, como algunos alabarderos ahora pretenden.

Pero volvamos al análisis de la dogmática electoral, que es lo que nos interesa.

¿Cuál era, pues, la solución? Es evidente, y así se desprende de los debates, de las declaraciones del oficialismo y de una interpretación adecuada de la Constitución, que ésta fue cambiada para permitir una reelección a Fujimori, y si bien no se dijo desde cuándo, lo cierto es que existía el consenso de que fuesen dos períodos consecutivos y no tres. Así lo han reconocido algunos de los miembros más conspicuos del oficialismo, quienes votaron en contra de la llamada “ley de interpretación auténtica”. Y lo mismo sostuvo el Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, Carlos Torres y Torres-Lara, en la sesión del 4 de agosto de 1993, si bien es cierto que con posterioridad ha intentado matizarlo y desmentirse a sí mismo, en su desmedido afán de defender lo indefendible. Y en esto lo han acompañado otros de la misma bancada, si bien lo han hecho con mayor discreción. Esto es, se alteró la tradición constitucional del Perú para permitir dos períodos consecutivos y no tres. Esa es la situación, por más que las voces del oficialismo se desgañen en contrario.

Pero, el código electoral había tendido una trampa, y por eso había que interpretarlo. Y esto consistía en ver en la persona que ejerce actualmente la Presidencia de la República, un impedimento adicional y complementario a los otros que figuran en el artículo 107 de la ley electoral, de manera tal que la

incompleta lista de impedimentos que dicho artículo señala, se integra con una que nació directamente de la Constitución, *lex superior*, que de esta suerte completaba la normativa electoral, y la hacía concordante consigo misma. De lo contrario, sería aceptar que la normativa electoral, que es infraconstitucional, prevalece sobre el mandato constitucional, lo que no tiene sentido.

La situación es clara: la ley se interpreta desde la Constitución y no la Constitución desde la ley. Si no se actúa de esta manera, lo que se hace es demoler la institucionalidad, como en efecto lo ha hecho el actual Gobierno. Una operación nada pulcra, que consiste en no tocar la Constitución en lo formal, pero desconocerla con legislación paralela y de rango inferior.

Y es que, siendo modernos en economía, han resultado tradicionales en política, utilizando los viejos métodos autoritarios que creíamos superados. Y por eso no es de extrañar que, un día de estos, retornemos a la política del pisco y de la butifarra.

Lima, 18 de enero de 2000.

ANEXO

RESOLUCION N° 2191-99-JNE

Lima, 31 de diciembre de 1999

VISTOS:

Los recursos de tacha contra la candidatura del ciudadano Alberto Fujimori Fujimori, integrante de la fórmula de la alianza electoral "Perú 2000" para Presidente de la República en las elecciones generales a realizarse el 9 de abril del año 2000, presentado con fecha 27 de diciembre de 1999, por los señores Ántero Flores-Araoz Esparza y otros; el 28 de diciembre de 1998 por los señores César Rodríguez Rabanal y otros, y Ana Elena Townsend Diez-Canseco; el 29 de diciembre de 1999 por el Personero Legal del Partido Aprista Peruano, por el Personero Legal de la agrupación independiente "Movimiento Independiente Somos Perú", por el Personero Legal del Partido Político Solidaridad Nacional; por el Decano del Colegio de Abogados de Lima; y el 30 de diciembre de 1999, por el representante del Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular, y el señor Fernando Olivera Vega;

Los recursos de nulidad contra la Resolución núm. 2144-99-JNE de fecha 27 de diciembre de 1999, solicitando se declare sin efecto la inscripción del señor Alberto Fujimori Fijumori como candidato a la presidencia de la República por la alianza electoral "Perú 2000", presentados el 28 de diciembre de 1999, por el Personero Legal del Partido Acción Popular; el 29 de diciembre de 1999 por los señores Ramón Ramírez Erazo y Mario Julián Chilo Quiroz; el 30 de

diciembre de 1999 por los señores Javier Diez Canseco Cisneros y otro, Juan Ubaldo Valdivia Gonzales y Julio Quintanilla Loaiza;

La solicitud presentada por el señor Tito Ura Mendoza, con fecha 30 de diciembre de 1999, pidiendo que se declare improcedente la tercera candidatura presidencial del señor Alberto Fujimori Fujimori, en razón de existir un supuesto fraude electoral; y las solicitudes presentadas en la misma fecha por los señores Manuel Aguirre Roca y Jesús Gutarra Carhuamaca en el sentido que no se convierta en definitiva la inscripción del candidato Alberto Fujimori Fujimori en la fórmula electoral de la alianza "Perú 2000";

Vistos, asimismo, los siguientes fundamentos en que se sustentan los mencionados recursos: a) Que el candidato Alberto Fujimori Fujimori fue elegido para ejercer el mandato presidencial para el período de cinco años comprendido entre el 28 de julio de 1990 y el 27 de julio de 1995, cuando se encontraba vigente la Constitución de 1979; y que fue Jefe Constitucional del Estado hasta el término de dicho período presidencial, pese a instaurarse el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional en abril de 1992; y que pese a prohibirlo la Constitución de 1979, se le permitió postular en las elecciones generales de 1995, resultando electo para un segundo período presidencial; b) Que la cuestión de la reelección presidencial inmediata quedó zanjada por el Jurado Nacional de elecciones mediante la Resolución núm. 172-92-JNE, al declarar que el ciudadano Alberto Fujimori estaba habilitado para postular a una reelección inmediata, dado que el artículo 112° de la Constitución de 1993, así lo permitía; c) Que la Ley No. 26657 que interpreta auténticamente el artículo 112° de la Constitución, resulta inaplicable al presente caso, porque así lo habría dispuesto el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 3 de enero de 1997; d) Que a través de una ley no se puede interpretar y menos modificar la Constitución y, que la Ley No. 26657 agrega un elemento que el artículo constitucional no tiene, con lo que transgrediría y rebasaría el texto y espíritu constitucional; y, e) Que el candidato Alberto Fujimori Fujimori estaría incurso en un proceso penal por delito de Traición a la Patria, en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y por tanto, estaría impedido de ser candidato;

Visto, también, el escrito presentado por el ciudadano Otto Eduardo Egúzquiza Roca, con fecha 29 de diciembre de 1999, adhiriéndose a la solicitud de inscripción de la mencionada candidatura presidencial; y, el escrito presentado el 31 de diciembre de 1999 por el Personero Legal de la alianza electoral antes citada, solicitando se declare improcedentes las tachas, nulidades y otras impugnaciones presentadas contra la candidatura que patrocina su representada;

Y oídos los informes orales;

CONSIDERANDO:

Que, en aplicación del principio de legalidad, los recursos de tacha contra la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República deben fundamentarse en el incumplimiento de los requisitos expresamente señalados en los Artículos 33° y 110° de la Constitución Política, concordantes con el Artículo 110° de la Ley Orgánica de Elecciones No. 26859 que señala que la tacha contra una candidatura a la Presidencia o Vicepresidencias de la República, debe fundarse en la infracción de los artículos 196°, 107° y 108° de la citada ley; observándose que ninguno de los recursos presentados se ampara en los citados artículos; por lo que deben declararse improcedentes;

Que, el pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones contenido en la Resolución núm. 172-94-JNE de fecha 26 de octubre de 1994, no constituye jurisprudencia obligatoria, por haberse expedido dentro de un marco legal distinto al que se ha configurado como consecuencia de la Ley No. 26657;

Que, la cosa juzgada aludida por los impugnantes sólo es aplicable a la causa resuelta, por no tener carácter vinculante, resultando que dentro de nuestro sistema jurídico es referencial e ilustrativa;

Que, respecto a la tacha sustentada en la presunta existencia de un proceso penal pendiente por traición a la patria, que se atribuye al candidato Alberto Fujimori Fujimori, debe precisarse que no obra en autos prueba idónea que acredite dicha causa penal y aun en el caso de dar validez a las fotocopias simples anexas, se desprende de ellas que la situación planteada no cumple los supuestos jurídicos de la Ley No. 27163; es decir, que se encuentre comprendido en proceso penal con acusación fiscal o mandato de detención, ni está incurso en los impedimentos previstos en el Artículo 33° de la Constitución Política del Estado;

Que, los recursos de nulidad interpuestos por el Personero Legal del Partido Acción Popular y los señores Ramón Ramírez Erazo, Mario Julián Chilo Quiroz, Javier Diez-Canseco Cisneros y otro, Juan Ubaldo Valdivia Gonzales y Julio Quintanilla Loaiza, así como las peticiones planteadas por los señores Tito Ura Mendoza, Manuel Aguirre Roca y Jesús Gutarra Carhuamaca debe entenderse como de tacha, por no constituir recursos impugnativos previstos por el ordenamiento jurídico electoral; y al no haber cancelado la tasa correspondiente, han incumplido con el requisito de procedibilidad previsto en el Artículo 110° de la Ley Orgánica de Elecciones No. 26859;

Que, por otra parte, la Ley Orgánica de Elecciones No. 26859 es una ley especial, por tanto sus disposiciones prevalecen sobre las de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en aplicación del Artículo 31° de la Constitución Política; por lo que los recursos referidos en el considerando anterior deben declararse improcedentes;

Que, el candidato Alberto Fujimori Fujimori cumple con los requisitos legales establecidos en el segundo párrafo del Artículo 110° de la Constitución Política de 1993 y el Artículo 106° de la Ley Orgánica de Elecciones, no estando incurso en los impedimentos para postular establecidos en los Artículos 107° y 108°;

Que, el Artículo 31° de la Constitución dispone que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos;

Que, por otro lado, el Artículo 363° y siguientes de la Ley No. 26859, contemplan la nulidad de las elecciones en concordancia con el Artículo 184° de la Constitución, que no es aplicable a las nulidades invocadas;

Que, las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables en sede judicial, en aplicación de los Artículos 142° y 181° de la Carta Magna;

Por tanto, en uso de las facultades y atribuciones, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, con criterio de conciencia que la ley autoriza, al amparo de los fundamentos constitucionales y legales expuestos y en uso de sus atribuciones;

RESUELVE POR UNANIMIDAD:

Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTES** las tachas interpuestas por los ciudadanos Ántero Flores-Araoz Esparza, Lourdes Flores Nano, Xavier Barrón Cebreros, Carlos Chipoco Cáceda, César Rodríguez Rabanal, Julio Cotler Dolberg, Víctor Delfín Ramírez, Héctor Gallegos Vargas, Eduardo Castillo Sánchez, Blanche Arévalo Fernald, Fernando Rospigliosi Capurro, Ana Elena Townsend Diez-Canseco, Genaro Ledesma Izquieta, Fernando Olivera Vega; por el Personero Legal del Partido Aprista Peruano, Ángel Romero Díaz, por el Personero Legal de la agrupación independiente "Movimiento Independiente Somos Perú", Natale Amprimo Pla; por el Personero Legal del Partido Político Solidaridad Nacional, Javier Torres Márquez; y por el doctor Vladimir Paz de la Barra, Decano del Colegio de Abogados de Lima, contra la candidatura del señor Alberto Fujimori Fujimori, integrante de la fórmula de la alianza electoral "Perú 2000" para Presidente de la República en las elecciones generales a realizarse el 9 de abril del año 2000; quien en consecuencia, se encuentra habilitado para postular como candidato al cargo de Presidente de la República, en los próximos comicios.

Y RESUELVE POR MAYORÍA:

Artículo Segundo.- Declarar **IMPROCEDENTES** los recursos de nulidad contra la Resolución No. 2144-99-JNE de fecha 27 de diciembre de 1999, que dispuso la inscripción de la fórmula de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, de la alianza electoral "Perú 2000", interpuestos por el Personero Legal del Partido Acción Popular, Javier Alva Orlandini, y los ciudadanos Ramón Ramírez Erazo, Mario Julián Chilo Quiroz, Javier Diez-Canseco Cisneros, Gustavo Mohme Llona, Juan Ubaldo Valdivia Gonzales y Julio Quintanilla Loaiza, así como las solicitudes presentadas por los ciudadanos Tito Ura Mendoza, Manuel Aguirre Roca y Jesús Gutarra Carhuamaca respecto de la no inscripción de la candidatura del ciudadano Alberto Fujimori Fujimori a la Presidencia de la República.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SS. MONTES DE OCA BEGAZO
BRINGAS VILLAR
MUÑOZ ARCE
HERNÁNDEZ CANELO
DE VALDIVIA CANO
TRUJILLANO, Secretario General

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR DE VALDIVIA CANO

Lima, diciembre 31 de 1999

VISTOS: Los recursos de tacha a la inscripción de don Alberto Fujimori Fujimori como candidato a la Presidencia de la República interpuestos por don Ántero Flores Araoz Esparza y otros;

Las solicitudes presentadas por don Javier Alva Orlandini y otros para que se declare la nulidad de la Resolución No. 2144-99-JNE y se deje sin efecto la inscripción de don Alberto Fujimori Fujimori como candidato a la Presidencia de la República;

Los petitorios presentados por don Manuel Aguirre-Roca y otros para que no se dé carácter definitivo a la inscripción de la candidatura de don Alberto Fujimori Fujimori;

CONSIDERANDO:

Que, en aplicación del principio de legalidad, los recursos de tacha contra la inscripción de candidatos a la Presidencia de la República deben fundamentarse en el incumplimiento de los requisitos expresamente señalados en los Artículos 33° y 110° de la Constitución Política, y en los Arts. 106°, 107° y 108° de la Ley No. 26859 y la Ley No. 27163;

Que, es de verse de autos que las tachas formuladas no hacen referencia al incumplimiento de tales requisitos, ni se ha probado la existencia de los extremos previstos en la Ley No. 27163 como requisitos para fundamentar tacha a candidatos a la Presidencia de la República o al Congreso;

Que, el Art. 112° de la Constitución Política establece que el Presidente de la República puede ser reelegido de inmediato para un período adicional;

Mi voto es que, en uso de las competencias del JNE de fiscalización de la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales; en aplicación del principio de jerarquía normativa;

SE RESUELVA.

Primero.- Declarar improcedentes los recursos de tacha interpuestos en contra de la candidatura de don Alberto Fujimori Fujimori a la Presidencia de la República en concordancia con lo dispuesto en el Art. 110° de la Constitución de la República y las Leyes Nos. 26859 y 27163.

Segundo.- Declarar fundados los petitorios y recursos de nulidad de la Resolución No. 2144-99-JNE en cuanto ésta contravenga el mandato contenido en el Art. 112 de la Constitución de la República.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

DE VALDIVIA CANO
TRUJILLANO, Secretario

XXII

¿EXISTE UN ESPACIO PÚBLICO LATINOAMERICANO?*

I

Me siento muy honrado de asistir a este evento celebrado en el *campus* de la Universidad de Bayreuth, para acompañar al profesor Peter Häberle, en un acto como éste, en donde por inexcusable mandato de la ley, pasa a la etapa de la jubilación, que estoy seguro significa para él seguir trabajando, pero bajo otra modalidad.

Cuando conocí a Häberle, hace algunos años, y luego lo traté más cercanamente y leí sus principales trabajos –felizmente traducidos, en su parte sustancial a otros idiomas–, me di cuenta que era un profesor, o mejor aún, un gran jurista, que a diferencia de otros no se había encerrado en una torre de marfil, es decir, en su propia casa, y tampoco lo había hecho en su propio país, sino que había pensado en otras realidades fuera de Alemania. Esto me llamó la atención, pues se trataba de una actitud poco común en un profesor alemán.

Sin embargo, los intereses de Häberle no sólo se proyectaban hacia el futuro, sino que trataba temas de plena actualidad, abriéndose paso más allá de las fronteras de su país, para abarcar, como era natural que lo fuese, el ámbito europeo. Por eso es que Francisco Balaguer, en una esclarecedora entrevista que hizo a nuestro eminente colega, lo calificó, con propiedad, como un jurista europeo nacido en Alemania.

Ahora bien, con respecto a la realidad europea, Häberle ha hablado de un espacio público, concepto que traduce muy aproximadamente el término alemán *öffentlichkeit* y que creo que es comprensible.

Para Häberle el término espacio público europeo está vinculado con dos temas que también son importantes:

- a) el Estado europeo, y,
- b) la Constitución europea.

Häberle es consciente de que estos dos conceptos, Estado y Constitución europeos, no existen o por lo menos no existen todavía, pero tampoco puede negar que se dan los elementos de base para que puedan existir

* Reconstrucción de la exposición llevada a cabo el 12 de julio de 2002, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bayreuth, en el coloquio sobre “Culturas jurídicas”, organizado con motivo de la jubilación del Prof. Peter Häberle.

en el futuro. Y en todo caso, se dan en una realidad primaria, embrionaria y en pequeña dimensión. Y nadie puede negar que Europa va hacia eso, y que tiene muchos de los elementos que configuran una constitución común y algunos de los que conforman un Estado. Esto demorará, pero al parecer están dados los elementos para que esto funcione.

El mismo Häberle ha insistido en forma adicional, en dos ideas básicas: la Constitución como proceso abierto y el pluralismo en el ámbito constitucional (o como él quiere llamarlo, la constitución del pluralismo). Ambas ideas no son autónomas, sino que en rigor se derivan de una inocultable premisa democrática, que el mismo Häberle se ha encargado de precisar.

En términos amplios, un “espacio público” como él lo concibe, incluye muchas cosas: transparencia, participación, la publicidad tanto de las normas como de los actos y de la gestión pública, la existencia de opinión pública, el funcionamiento de los partidos políticos. En fin, la participación del hombre común y corriente en la creación del Estado constitucional y democrático, el pluralismo y su desarrollo. Y sobre un transcurso histórico de una cultura europea y una cultura jurídica europea. Todo esto conectado, por cierto, con el Estado europeo y la Constitución europea.

Esto en apretada síntesis, que espero no sea infiel, el pensamiento häberliano en este tópico.

II

Indudablemente la idea de la existencia de un “espacio público europeo”, que contribuye decididamente a la existencia de un Estado constitucional, es tentadora. Häberle es consciente de las enormes dificultades que esto encierra y de las razones que existen para tener dudas al respecto. Pero en términos generales, la tesis se presenta sugestiva y con visos de realidad. No inmediata, pero sin lugar a dudas a largo plazo. Y al parecer, de cumplimiento inexorable.

Este es básicamente el punto sobre el que he querido reflexionar. Y lo que he pensado es si estas consideraciones –superficialmente borroneadas antes– pueden dar pie a pensar que también pueda existir un “espacio público latinoamericano”. Pero para esto es necesario tener en cuenta varios elementos y quizá un punto de partida distinto.

Lo primero que cabe preguntarse es qué es la América Latina y si ésta es una unidad tan compacta como lo es Europa. Y podemos decir que, salvo algunos territorios muy pequeños -costeros o islas-, la mayoría de estos países son los que en su tiempo fueron conquistados y luego colonizados por dos coronas europeas importantes en su tiempo: España y Portugal.

Pero a diferencia de la colonización inglesa, que dio como fruto el nacimiento de los Estados Unidos de América, la española fue distinta y manejada a la distancia, vista más como colonia que como parte del territorio ibérico. Claro que ésta es una visión esquemática de la realidad, pero así fue en términos generales y prácticos, aun cuando la intención original fuese otra.

El caso del Brasil es distinto. Invasión de la península ibérica por tropas napoleónicas, la casa real de Portugal se trasladó al Brasil en 1807, con Juan VI. En 1815 se creó el Reino Unido de Portugal y Brasil, pero la independencia se proclamó en 1822, dando nacimiento al Imperio del Brasil, que duró hasta 1889. Ese año, el Brasil advino en una república, gracias a una transición pacífica y casi por consenso. Es decir, prácticamente de mutuo acuerdo.

España no hizo lo mismo. Ante la invasión ordenada por Napoleón y la abdicación del rey Carlos IV, la Junta Central convocó a una gran asamblea legislativa, que fueron las Cortes de Cádiz, que instaladas en 1810, duraron hasta 1814. En el camino, se aprobó la llamada Constitución de 1812, votada no sólo por diputados españoles, sino por diputados americanos, representantes de los diversos Virreinos (en especial del Perú y de México), así como de otros territorios o capitanías generales.

La Constitución de 1812 fue el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*, que lamentablemente no llegó a nada. Con la vuelta al trono del rey Fernando VII, se derogó la Carta de 1812 y se volvió al absolutismo.

Esta actitud tan torpe del rey español, es lo que precipitó la independencia política de los países latinoamericanos dependientes de España, lo que ocurrió entre 1810 y 1824. Sólo quedaron prácticamente dos islas, Puerto Rico y Cuba, que cambiaron de *status* en 1898 con motivo de la guerra de España con los Estados Unidos. Ese fue el último lazo que quedó con la Monarquía española, y que se rompió definitivamente a fines del siglo XIX.

Por su lado, el Brasil, como ya se indicó, fue Imperio independiente con la casa real portuguesa, desde 1822 hasta 1889. Y luego se convirtió en república.

Por tanto, a fines del siglo XIX, prácticamente toda la América Latina estaba convertida en países independientes que habían adoptado la forma republicana de gobierno, y el sistema presidencial.

A mediados del siglo XIX, y más en concreto en el siglo XX, los países latinoamericanos empiezan una andadura política propia, con marchas y contramarchas, con inestabilidad política y con auges y caídas económicas, y

manteniendo entre sí no sólo guerras, sino también comercio e intercambio cultural, político, social. Y también las migratorias entre ellos.

III

Ahora bien, así considerada ¿cuál es la realidad de América Latina y en dónde podemos ubicarla?

Existe un primer problema con el nombre: y es que en un principio, sobre todo en el siglo XIX, se utiliza el nombre de “Hispanoamérica” o “Iberoamérica”, pero ya entrado el siglo XX se ensayaron otros nombres: Indoamérica o América Latina (este último nombre fue invención de Juan María Torres Caicedo, colombiano residente en París desde 1851, en donde empleó y divulgó el nombre, que tuvo fortuna tan sólo avanzado el siglo XX).

Y claro, hoy por hoy, para el conjunto total de países se prefiere utilizar Iberoamérica o Latinoamérica, aun siendo conscientes de las impropiedades o limitaciones que estos nombres conllevan.

Y por esa razón del nombre, muchos pensaron, y ello era válido en todo el siglo XIX, que América Latina era parte del mundo occidental, al igual que Europa y los Estados Unidos. Pero aun así esto era complicado. En efecto, tanto España como Portugal iniciaron un proceso de transculturación que duró más de tres siglos y por tanto puede decirse que tales imperios dejaron una fuerte impronta aquí, y además crearon una historia común. Trajeron lengua, tradiciones, costumbres, población, religión, etc. Pero todo esto no llegó a una tierra virgen -como fue el caso de los Estados Unidos- sino a un territorio que tenía una vieja historia y que había dado nacimiento a culturas muy avanzadas, como eran en el norte, las civilizaciones maya y azteca, y en el sur, la civilización inca. Todo esto contribuyó a iniciar un proceso de síntesis que duró siglos, y que además fue enriquecido con otros elementos menores, pero importantes (como son la presencia negra, japonesa y china, la primera desde tiempo atrás, y las dos últimas, desde el siglo XIX).

El resultado de este proceso ha sido algo nuevo en relación con sus orígenes. Los países de América Latina hablan castellano y portugués, se sienten vinculados con los países de origen, pero ellos mismos son frutos de una historia distinta, que los acerca entre sí y los aleja de los países europeos que les dieron sus elementos básicos.

Es indudable que en el concierto mundial, en términos amplios, los países de América Latina pueden considerarse parte o estar vinculados a Occidente, si por esto se entiende el mundo europeo, que le es más afín que el mundo asiático o africano.

Pero en sentido estricto, la América Latina debe considerarse como un bloque aparte, como una civilización distinta a la europea y a la norteamericana, aun cuando con ambas, más con la primera que con la segunda, tenga vínculos estrechos nacidos en la historia, y prolongados hasta nuestros días.

La cultura latinoamericana, y en consecuencia el Derecho constitucional latinoamericano -mucho más que el derecho privado-, tienen ciertos rasgos especiales que los hacen distintos de los demás sistemas o culturas, con los que no pueden igualarse. Evidentemente, no creo que pueda afirmarse que el constitucionalismo latinoamericano sea original, porque decididamente no lo es. Pero podemos decir que es peculiar, es decir, que no ha hecho una copia servil de lo que ha recibido, sino que lo ha adaptado, transformado y mejorado, de manera que con tales ingredientes, han creado algo distinto, no original, pero sí diferenciado de sus matrices europeas y de sus raíces vernáculas. Y además, con acentos propios.

IV

En el año 2000, con motivo de imponérsele el doctorado honoris causa en la Universidad de Granada, Peter Häberle disertó sobre el jurista europeo y la cultura europea. Un poco al margen, tocó el tema de la América Latina. Dijo allí textualmente lo siguiente:

“Desde el punto de vista positivo, hemos descrito las seis características de la cultura jurídica europea. Ahora corresponde, en una perspectiva negativa, delinear las fronteras. En ello desempeñan un papel tanto los aspectos espacio-territoriales, como los histórico-culturales. Toda frontera, toda vecindad, tiene siempre un doble carácter dialéctico: las fronteras separan, pero al mismo tiempo abren la posibilidad de crear puentes sobre la conciencia de la propia identidad. Sin duda, no es fácil ubicar a Latinoamérica en la cultura jurídica europea: es otro continente, la historia colonial, las diferencias del medio. Sin embargo, España, no sólo por la lengua, tiene singulares puentes con muchos países latinoamericanos. En lo referido al Estado constitucional, es amplio el proceso de recepción y no pocos alumnos de derecho estudian en la “madre patria”. El propio derecho constitucional español ofrece conexiones con Latinoamérica (art. 11.3 de la Constitución española), al igual que Portugal para su ultramar (art. 7.4 de la Constitución portuguesa); España ha de aceptar con orgullo su función mediadora –incluso indirectamente sirve a la cultura jurídica europea, ayudando a rechazar el pensamiento único de corte “eurocéntrico”-. Además, el Derecho constitucional de Latinoamérica posee normas constitucionales con carácter propio,

por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985 (el preámbulo, el art. 1.57-65 y el art. 72 (los derechos humanos como objetivo educativo) o en la (antigua) Constitución del Perú de 1979 (el preámbulo, “la sociedad abierta” o “la economía al servicio de cada persona” y no al revés).

El registro empírico España/Latinoamérica sería en sí mismo un proyecto científico: desde la reciprocidad en los textos jurídicos, jurisprudencia, bibliografía, hasta las relaciones personales debidas a estancias de investigación, programas de intercambio, etc. Siempre me ha maravillado cómo algunos juristas españoles encontraron refugio en Sudamérica durante el franquismo (García Pelayo), para volver más tarde (¡trayéndose en el equipaje de ultramar también algunas experiencias jurídicas!).”

Pues bien, creo que las impresiones que formula Häberle tienen que ser aceptadas y desarrolladas. América Latina tiene vínculos con Europa, especialmente con España y Portugal, pero como realidad geográfica y cultural, es otra cosa. En cierto sentido, Europa es la matriz, pero la América Latina es una realidad propia, con sus peculiaridades y características, que la diferencian de las demás.

Por eso, por ser otra realidad, es que es válido hacer la pregunta que inician estas líneas: ¿existe un espacio público latinoamericano. O mejor aún ¿es posible un espacio público latinoamericano?

Nuestra primera respuesta es negativa. Ese espacio público no existe, pero puede existir. Y eso depende de una serie de factores que lo pueden conducir a ello.

Veamos algunos datos de la realidad: todos los países latinoamericanos, al separarse de España y Portugal, si bien con algunos tropiezos, adoptaron la idea republicana de gobierno y el ideal de un Estado constitucional, respetuoso de los derechos del hombre y de la autonomía de los poderes.

Analicemos esto con calma: cuando la mayoría de los países de América Latina se independizan, esto es, entre 1810 y 1824, todos adoptan la forma republicana de gobierno, y dejaron de lado los proyectos monárquicos que existían (si bien Brasil, por distintas razones, lo hizo mucho más tarde).

Todos los países miraron con simpatía el modelo constitucional norteamericano pues era muy joven y muy novedoso y representaba la liberación de una joven colonia frente a un gran imperio como era el británico. Y también admiraron e imitaron a la Revolución francesa, a su Declaración de Derechos y sus cartas constitucionales.

Hubo, si se quiere, una opción o una **promesa republicana**, y por ende, constitucional. En cuanto a sistema de gobierno, optaron por el presidencial, que tomaron del norteamericano -con importantes modificaciones- pues el régimen parlamentario, recién en sus inicios, estaba unido a la monarquía de la que precisamente se estaba saliendo, y de la que todos querían alejarse.

Pero desde un primer momento, los pueblos de la América Latina apostaron por los principios del constitucionalismo, originados en los Estados Unidos y en Francia.

Lamentablemente, cuando los nuevos países accedieron a la independencia, se encontraron con un hecho nuevo: y es que nunca habían tenido experiencia de gobierno, jamás habían practicado el *self government* como sucedió en las colonias norteamericanas. Y no existía formada una clase política. Fruto de ello es que, salvando algunas personalidades y períodos destacados, todo o casi todo el siglo XIX es un período de sobresaltos, de militarismo y de continuas guerras, tanto civiles como internacionales (cf. James Bryce, **South America**, Mac Millan Co., New York 1912).

Puede, pues, decirse que el siglo XIX es el siglo del experimento político de las jóvenes naciones latinoamericanas, y además, el siglo de las recepciones de otras ideas europeas y norteamericanas.

Pero en esa época empiezan a iniciarse entre ellos contactos culturales, sociales y políticos, y se busca cierta uniformidad en la legislación, sobre todo de orden privado (en donde la influencia francesa es grande).

Ya a fines del siglo XX, pueden verse ciertos avances:

- i) movimientos políticos que afirman el respeto y la continuidad de los gobiernos democráticos,
- ii) mejora de los sistemas electorales, que permitan elecciones limpias y transparentes,
- iii) vigilancia para que la libertad de prensa o de expresión se ejerza sin amenazas ni censuras,
- iv) acuerdos de integración de áreas (Centroamérica, Comunidad Andina, los países del MERCOSUR)
- v) acuerdos regionales sobre protección de derechos humanos (la Declaración Americana de Derechos del Hombre es de abril de 1948, anterior a la Declaración Universal),

- vi) creación de acuerdos de libre comercio y libre tránsito de personas (en forma no completa todavía)
- vii) jurisdicciones especiales a nivel regional (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina)
- viii) jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos (la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su sede en San José).
- ix) Carta Democrática Interamericana, firmada en Lima el 11 de setiembre de 2001 y que compromete a todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos.

El pasado, como en todo, contribuye a unir, pero también a desunir. Pero el futuro tenderá a unir. Y todos los países van en ese sentido, con algunas excepciones o situaciones especiales (como es el caso de Cuba).

Ahora bien, con el retorno a las democracias en la década de 1980, se ha avanzado bastante. Existe un compromiso de las naciones latinoamericanas en respetar el orden constitucional, la alternancia en los cargos públicos, la transparencia en el gasto, el respeto de los derechos humanos, el control constitucional de la legislación, etc.

V

Volvamos ahora a la pregunta formulada por Häberle y que nosotros hemos trasladado a la América Latina ¿existe un espacio público latinoamericano?

La respuesta es que no existe. Definitivamente no. Pero sin lugar a dudas están dadas las condiciones para que exista. Todo ayuda: la lengua, la historia compartida, la religión (catolicismo y un gran fondo de cristianismo), la forma de gobierno, los derechos humanos, el pluralismo (como se observa en la tolerancia a otras lenguas), los lazos de dependencia económica, la cultura compartida, etc.

Y para que todo esto cuaje, pasarán muchos años. Pero ahí es a donde indudablemente se apunta.

El primero que vio esta posibilidad, fue el Libertador Simón Bolívar, sobre todo en sus proyectos del período 1820-1826, si bien no pudo tener éxito. Bolívar, como se sabe, convocó a un Congreso Anfictiónico en Panamá, y planeó una Federación de los Andes, como base para la unidad de los países

latinoamericanos. Se le considera, y con razón, como el precursor de la integración latinoamericana. Pero bien podría considerársele como el primero que intuyó la futura existencia de un “espacio público latinoamericano”.

Hay dos pasos siguientes que Häberle señala para Europa y que son más complicados: constitución y Estado común. O sea, en nuestro caso, constitución latinoamericana y Estado latinoamericano. En cuanto a lo primero, no lo imaginamos tan remoto, ya que en la actualidad:

- existen unidades económicas en diversas áreas de la región,
- existen similares órganos de control jurisdiccional de la legalidad y de la constitucionalidad, con instrumentos parecidos entre sí,
- existen documentos supranacionales en materia de derechos humanos que son comunes y que han desarrollado figuras propias de nuestro medio.

Pero estos son elementos y nada más que eso.

Lo segundo, que es conformar un Estado latinoamericano, es más complicado. Es cierto que existe un Parlamento Latinoamericano, pero que no toma decisiones vinculantes. Y además, falta mayor maduración en el campo político.

Y lo que complica mucho es la enorme extensión de la América Latina y la existencia de grandes espacios geográficos con poca o nula población. A diferencia de Europa, cuyos países están tan cerca unos de los otros, los países de América Latina están desperdigados en áreas inmensas, que siguen siendo inmensas aun hoy en día. Esto hace muy difícil, si no imposible, la idea de un Estado latinoamericano. Si bien como meta, es perfectamente posible soñarla.

Creo que el mejor homenaje que podemos hacer a Häberle en una oportunidad como ésta, es utilizar sus ideas en forma productiva. Esto es, no hacer una glosa servil, sino emplearla para intentar construcciones más audaces. Eso es lo que hoy día, muy modestamente, he intentado hacer.

XXIII

MISCELÁNEA

1. LA SEGUNDA VUELTA: UN ENIGMA*

Hasta ahora son muy pocos los que saben a ciencia cierta qué es la segunda vuelta, y nadie, en rigor, puede saber cómo funciona (por lo menos en el Perú). Advirtamos, por lo pronto, que todos los sistemas electorales son en principio técnicas adecuadas para reflejar la voluntad popular, y que más que en el orden teórico, lo que interesa en realidad es cómo funcionan en un caso concreto. La segunda vuelta en la Constitución peruana no tiene aún su prueba de fuego, y no sabemos cómo funcionará, pero ello no impide que *a priori* hagamos algunas consideraciones, todas ellas falsables por la futura experiencia electoral del 85.

Como hecho básico cabe anotar que la segunda vuelta es producto y hechura consustancial a la experiencia electoral francesa, y esto desde la Tercera República, aun cuando fuese resucitada por el General De Gaulle, para sus muy concretos intereses. Si bien es cierto que Francia es el principal país que lo aplica, y que la casi totalidad de los tratadistas –tanto franceses como europeos en general– la critican por ser propiciadora de la deshonestidad y de las componendas, lo cierto es que en Francia el sistema funciona, y al parecer bastante bien, pues no obstante los diversos vientos que han agitado la convulsionada vida francesa y sus diversos signos ideológicos, nadie ha pensado –hasta la fecha– en cambiarlo. De Francia ha saltado a ultramar, como es el caso de el Ecuador, El Salvador y el Perú.

Lo anterior es simplemente para dejar constancia que en cuanto sistema, la segunda vuelta no es precisamente de los que gozan de mayor predicamento, aun cuando ello no enerve su eventual bondad, y que incluso pueda ser buena para el Perú. Al sistema en cuanto tal, no tenemos en principio que hacer ninguna objeción de peso, pero sí podemos discutir la forma cómo se ha introducido en el texto constitucional, que más puede traer problemas que beneficios.

El primer problema serio de la segunda vuelta es que, en lugar de haberlo introducido como sistema total, ha sido recortado, desnaturalizándolo. En efecto, la segunda vuelta, que en Francia sirve para afianzar situaciones y mitigar en algo la dispersión multipartidaria, se aplica a todo nivel; no sólo Ejecutivo, sino Legislativo y municipios, si bien a ello se ha llegado paulatinamente. Es decir, a todo el espectro del poder. Aquí, por el contrario tiene vigencia sólo para el Presidente y los Vicepresidentes, esto es, para el Ejecutivo, que es en rigor, el único que sale de la segunda vuelta; no así el Legislativo, que queda firmemente instalado en la primera vuelta. Esto que aparentemente es tan inofensivo, puede traer serias consecuencias al momento de las elecciones, y mientras éstas terminan. Algunas de ellas, y no las menos

* Publicado en el **Suplemento Dominical** del diario "El Comercio", Lima, 13 de mayo de 1984.

importantes, son las relativas a la estabilidad política de este país, que no es precisamente de las mejores; lo que ocurrirá a partir de marzo, cuando en rigor nadie mande, ante el conflicto o dualidad de poderes (un ejecutivo que se va, con dos listas fijas que deberán ser definidas en una segunda vuelta, y un parlamento electo contra otro parlamento en funciones). Si a esto se agrega el factor distancia combinado con el tiempo, podríamos llegar al 28 de julio sin saber quién es quién.....

Un segundo punto, es el relativo a la composición de las Cámaras, pues bien podría aquí repetirse la triste experiencia del período 1963-1968, en la cual Acción Popular ganó el Ejecutivo, pero perdió el Parlamento, lo que dio pie a la creación de esa falacia que se llamó “el parlamento como primer poder del Estado”. Es decir, en la segunda vuelta podría salir favorecido el candidato que no alcanzó mayoría en las Cámaras, con lo cual tendremos *ad portas* un gobierno débil, con todas las consecuencias que ello significa en países como los nuestros.

Un tercer escollo, que en estos momentos está al parecer en vías de aclararse por ley expresa, es el seudo problema creado por Luis Alberto Sánchez, entre “votos válidos” y “votos válidamente emitidos”, que de acuerdo a nuestra tradición electoral son sinónimos y equivalentes, pues no debe confundirse la capacidad para el voto (la correspondiente habilitación, que hace posible que alguien se convierta en elector y acuda a la mesa del sufragio) del resultado del escrutinio, en donde estamos ante los votos válidos o válidamente emitidos, que son en rigor los votos afirmativos o los votos realmente expresados (como señala la legislación electoral francesa), y que no computa ni los votos en blanco ni los nulos, pues éstos no son válidos, esto es, no afirman nada, aun cuando hayan sido depositados en el ánfora por electores hábiles.

Estos no son por cierto los únicos problemas que deberá afrontar la segunda vuelta, pero sí los únicos que apuntamos dentro del espacio del que disponemos.

Nota de marzo de 2003: El defecto potencial de la segunda vuelta apareció en 1990, al ganar las elecciones presidenciales Alberto Fujimori, enemigo de las concertaciones, y autor del golpe de Estado de 5 de abril de 1992. La situación se repitió en las elecciones de 2001, con el Presidente Alejandro Toledo. Pero esta vez ha primado el sentido del diálogo, lo que no impide ciertos desentendimientos entre Ejecutivo y Legislativo, que felizmente no han llegado a mayores consecuencias.

2. HABEAS DATA: UN NUEVO INSTRUMENTO LEGAL*

Uno de los más serios problemas que se han planteado en los últimos tiempos, es el relativo al uso de la información por parte del Estado, cuando constituye una injerencia en la vida privada de las personas. Esta preocupación se ha traducido en los ordenamientos legales y, dentro de ellos, en los textos constitucionales más recientes.

Esto está relacionado con los derechos fundamentales que podrían entrar en conflicto. Por un lado, el “derecho a la información” –que algunos sectores prefieren llamar “derecho a las comunicaciones”–; por otro, el derecho y la reserva a la intimidad o a la privacidad, según quiera llamársele. La relación entre ambas prerrogativas ha dado origen a innumerables debates.

La inquietud en el orden legal es reciente. Cabe mencionar entre los primeros textos la *Freedom of Information Act*, en vigor en los Estados Unidos desde 1966, con sucesivas reformas, así como los textos de algunas constituciones europeas, en especial, la española de 1978, que abordan este tópico desde distintas perspectivas.

Pues bien, en el ámbito latinoamericano se ha planteado el problema al más alto nivel y, en cierto sentido, se le ha dado una solución que si bien no es global ni completa, por lo pronto acierta a conferirle un primer tratamiento que probablemente se ensanchará y perfeccionará en el futuro.

Nos referimos al *Habeas Data* que, como instituto protector de la intimidad o privacidad, ha sido introducido en la reciente Constitución brasileña de 1988, actualmente en vigor. En el Brasil, como se sabe, existe un sinnúmero de instrumentos procesales defensores de la constitucionalidad y de sus valores, los más conocidos de los cuales son el *habeas corpus*, adoptado en una fecha tan temprana como 1830, y el *mandato de seguridad*, que hace las veces del Amparo, y que funciona desde 1934 (en la actualidad, con el fin de proteger los intereses colectivos, se ha introducido una nueva modalidad denominada *Mandato de Seguridad Colectivo*).

Recientemente, entre otros varios procesos de orden constitucional, a propuesta del profesor paulista José Afonso Da Silva, se ha incorporado el denominado *habeas data*, un *nomem iuris* que ya circulaba en Italia, como bien anota Vittorio Frosini en su libro **Informática y Derecho**.

A semejanza del *habeas corpus*, que pide la exhibición del cuerpo, el *habeas data* hace lo mismo en relación con el dato, o sea, con la información. En

* Publicado en **Justicia**, Lima, núm. 3, agosto 1990.

sustancia, trata el problema del acceso a la información a través de una acción sumaria parecida al *habeas corpus*, y que se centra en dos puntos:

- 1) Tener acceso a informaciones que conciernen al recurrente en los bancos de datos de carácter público o gubernamental; y
- 2) Pedir la rectificación de los datos ahí consignados, cuando se considere que son erróneos, y tan sólo si previamente no se ha hecho uso de la vía administrativa.

Como se podrá apreciar en esta breve nota, se trata de un aspecto novedoso de cuyo desarrollo se puede esperar mucho, con independencia de la influencia que pueda ejercer el instituto brasileño más allá de sus fronteras (como es el caso de diversas propuestas legislativas para introducir el *habeas data* en la Argentina).

Nota de marzo de 2003: El *habeas data* como instrumento procesal, se incorporó a la Constitución peruana de 1993, y con posterioridad en la reforma constitucional argentina de 1994, con diversos matices. Y luego se ha extendido a otros ordenamientos latinoamericanos y cuenta con un amplio desarrollo jurisprudencial, como lo acredita los estudios de Oscar Puccinelli.

3. MIRANDO LEJOS*

En julio último, la Constitución de 1979 cumplió quince años de sancionada. Este hecho singular no ha merecido, lamentablemente, ningún homenaje ni recuerdo de sus más fervorosos defensores. Se imponía, precisamente, hacer un balance, destacando lo bueno y lo malo de dicho documento.

Parece que fuera ayer cuando Morales Bermúdez, en julio de 1977, anunció la convocatoria a una constituyente. Es cierto que el gobierno militar, en fecha tan temprana como 1969, había hecho grandes adelantos en ese sentido, y hasta se habían realizado estudios técnicos de muy diversa valía sobre la Carta de 1933, vista a la luz de más de tres décadas de experiencia. Pero ese anuncio despertó sospechas. En efecto, hubo muchos que ya por entonces creíamos que las Constituciones no solucionan nada, y son más bien puntos referenciales o de apoyo, pero no soluciones en sí mismas. Por eso esta convocatoria fue, por decirlo así, algo preocupante. La Izquierda fue forzada a asistir al evento, más aún cuando vio crecido su caudal electoral en más del treinta por ciento. Acción Popular rehusó participar; el Apra lo hizo a regañadientes, y sólo el PPC se unió jubiloso al coche. El proceso constituyente iniciado en julio del año siguiente, contó con figuras interesantes y de valía en la escena nacional contemporánea. La presencia y habilidad de Luis Alberto Sánchez, fueron decisivas. En cuanto a Haya mismo, casi no intervino en la Asamblea, por la enfermedad que pronto lo inhabilitó y llevó a la tumba.

Los debates al principio fueron estériles; diría más, insustanciales. Adicionalmente, los primeros proyectos publicados en los diarios en el primer trimestre de 1979, fueron francamente malos y denotaban un desconocimiento de temas elementales en materias jurídicas. Pero el primer proyecto publicado integralmente el 1º de abril, era algo más logrado. Y, finalmente, luego de la discusión en el Pleno en mayo y junio de 1979, fue saliendo algo mejor. Modificaciones hubo hasta último minuto. La crítica contra la Constituyente fue, en aquel momento, un cargamontón. Me encontraba entre éstos; sin embargo creo que gracias a nuestras críticas, las cosas mejoraron mucho. El fruto final era bien estructurado, bien redactado, y con cosas novedosas, pero a su interior habían algunas incongruencias, mucha utopía y excesivo reglamentismo. Las críticas tuvieron que dejarse de lado, cuando la transferencia del poder a los civiles amenazó con romperse. Fue un año tenso. Al principio, la Constitución empezó su camino a tientas. Las deficiencias del texto, la ambigüedad de algunas de sus disposiciones, fueron superándose o enmendándose en el camino. Fue por eso que pronto la Constitución de 1979 se fue legitimando al andar. Y por eso es que ha tenido tan larga como fructífera influencia. Pero en el

* Publicado en **Expreso**, Lima, 14 de diciembre de 1994.

fondo nadie se engañaba. En 1989, el oficialismo se aprestó a celebrar el décimo aniversario de la Constitución, y hubo grandes himnos a favor de ella, en sendas publicaciones oficiales. A ese coro me sumé entusiasta. Pero al mismo tiempo, en forma paralela, un espíritu sagaz como el de Enrique Bernal, nos convocó para un análisis de la Carta a los diez años de su existencia. De todo ello hay constancia en un volumen impreso. Existía la sensación de que la Carta funcionaba, pero que había que cambiarla en muchos de sus tramos. Recomendé incluso una metodología prudente y realista para llevarla a cabo. Esto fue en julio de 1989. Meses después, la victoria de Belmont nos puso a todos sobre aviso. Un improvisado llegó inopinadamente a la alcaldía capitalina. Fueron varios, desde fuera, los que percibieron el fenómeno. Pero aquí, los políticos no se dieron por aludidos. Lamentablemente, la Carta de 1979, sobre la cual había más de cien propuestas de reforma, y varios puntos que replantearse, no fue tocada por nadie (salvo en algo tan accesorio como la reunificación de las fuerzas policiales). Y así llegamos al 5 de abril de 1992, momento en el cual Fujimori le echa la culpa de todos nuestros males a la Constitución de 1979. La clase política dijo que estaba apresurándose en reformar la Carta para adecuarla a las nuevas necesidades del momento. La verdad, por cierto, no era ni la una ni la otra. El Perú se encontraba sumido en una seria crisis, que afectaba la representación de los partidos políticos. Y éstos, como de costumbre, fueron los últimos en darse cuenta. El detonante fue el desgobierno aprista, que puso todo al descubierto. Desde entonces, no obstante las reformas y logros alcanzados desde 1990, la crisis de legitimidad y de representatividad sigue abierta. Ella apresuró la innecesaria caída de la Constitución de 1979, que hubiera sobrevivido si los políticos no se hubieran olvidado de ella. Pero enervada la institucionalidad, el vacío ha sido cubierto por los recién llegados que, por más buena intención que tengan, carecen de la visión y de la organicidad de los políticos desplazados. Sobre ese contorno se ha construido la Constitución de 1993, deudora en un 65% de la anterior, y que ha resuelto algunos problemas, pero que ha creado otros mucho más serios. Con todo, su análisis definitivo puede esperar. Toda institución, todo instrumento, necesita no sólo ser mirado de cerca, sino también ser mirado de lejos. A veces al mirar de cerca nos falta objetividad, que sólo la da el tiempo transcurrido. Pero con la Constitución de 1979, hemos hecho ambas cosas: análisis cercano y análisis a la distancia. Y ya podemos sacar un balance, sin duda favorable. Sin embargo, no se han hecho los análisis puntuales, de nivel académico, que sin lugar a dudas confirmarán este aserto.

4. EL ETERNO PROBLEMA*

Así podemos calificar la cuestión del nombramiento de los magistrados, por lo menos en nuestra historia republicana. La frase puede ser exagerada; pero lo cierto es que desde el principio de nuestra vida independiente, la judicatura ha sido el dolor de cabeza de nuestros gobernantes. Salvo casos excepcionales como el de San Martín –que declaró que jamás interferiría en el funcionamiento de los asuntos judiciales– la historia política nos demuestra que las cosas han sido en sentido inverso. Es decir, el poder gubernamental, desde siempre, no ha hecho otra cosa que intentar someter al Poder Judicial.

Por tanto, echar la culpa de todos los males judiciales a la judicatura misma, es sólo una parte del problema. Responsabilidad grande la tienen los políticos de todos los tiempos que, salvo las excepciones que nunca faltan, no han querido hacer del Judicial un poder realmente autónomo. Por tanto, resulta poco menos que imposible pedir a los jueces que sean autónomos, eficientes y honrados, cuando se les niega todo: autonomía institucional, facilidades de infraestructura, presupuesto adecuado para satisfacer sus recursos humanos y materiales.

Claro está, santos y héroes se dan en todas las épocas, pero eso no es lo corriente. Lo normal es que el ser humano ceda ante las tentaciones, y ello es posible en la medida en que el entorno lo favorece. Caso contrario, y por más que nos rasguemos las vestiduras, tendremos siempre una judicatura dócil, sumisa y poco creadora. Esto en términos generales, pues las excepciones, como decía, no hacen más que confirmar la regla.

Todo esto viene a cuento a raíz del gran debate surgido con motivo del proyecto de Ley del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y del interesante planteo que al respecto presentó el Colegio de Abogados de Lima, sobre la base de una propuesta del Jurado de Honor de la Magistratura y de las contribuciones del vicedecano de la Orden, Alfredo Quispe Correa. Adicionalmente, al momento que escribo estas líneas, parece haber triunfado otra opción, mediante la cual tendríamos un Consejo de la Magistratura instalado a medias, con lo cual esta fórmula representa la superación de ciertos problemas, pero el surgimiento de otros.

En efecto, la propuesta formalizada por el Colegio de Abogados, si bien discutible, era práctica y políticamente más aceptable. Lo aprobado ahora, si bien más apegado a la norma, crea un Consejo incompleto, y podemos caer en inconstitucionalidad por omisión, al crear un Consejo raquítico.

* Publicado en **Expreso**, Lima, 29 de noviembre de 1994.

MAL DISEÑO

Pero en fin, el problema no radica ahí. El problema radica en que el Consejo Nacional de la Magistratura fue mal diseñado en la propia Carta de 1993, fundamentalmente porque los constituyentes no sabían nada de la problemática judicial, o se despreocuparon de ella, o porque fueron seducidos por las argumentaciones de un falaz canto de sirenas. Lo cierto es que si hubieran seguido, con cercanía, el proyecto que les alcanzó la Corte Suprema de Justicia en su momento, otra hubiera sido la situación ahora. Es lo que sucede muchas veces. Los políticos –y los constituyentes actúan o se desempeñan como políticos– se niegan a aceptar que en determinadas materias la decisión puede y debe ser política, pero sobre la base de propuestas técnicas. Y esto es lo que precisamente no se hizo. El Gobierno, con gran ligereza, maltrató a los magistrados en todos los tonos; recordemos que los llamó “chacales”, sin que nadie dijese nada. Pero el gobierno mismo no tenía la menor idea de cómo era el Poder Judicial y cuál su problemática. Tampoco sabía cuál era la solución a cada caso. Se limitó, sin más, a echarle la culpa al modelo creado por la Constitución de 1979, modelo ejemplar que, si falló, fue porque fallaron los hombres (y esto queda demostrado cuando comprobamos que la reforma argentina de agosto de 1994 no ha hecho más que incorporar un Consejo de la Magistratura en su vieja Carta de 1853, que precisamente repite las funciones que adoptamos en 1979).

SASTRE REMENDÓN

La problemática del Poder Judicial preocupa a los estudiosos desde hace muchos años. Propuestas para su reforma existen desde la década del diez, y luego abundan desde la década del treinta. El primer gran ensayo es, como se sabe, el Consejo Nacional de Justicia (1969) de tan triste recordación, pero que sin lugar a dudas marcó una época. El modelo fue perfeccionado en 1979, y reiterado, toscamente, por la Carta de 1993. En este punto, sin lugar a dudas, ha habido un retroceso. Y la solución adoptada por el CCD se parece a la que efectúa un sastre remendón. Lo que hay que hacer es replantear todo el título del Consejo Nacional de la Magistratura, para lo cual se necesita humildad, paciencia y ánimo de hacerlo. Pero, por ahora, es muy improbable que se haga. Habrá que esperar tiempos mejores.

5. LA LLAMADA "LEY SUSANA"*

Gran revuelo ha causado la norma introducida en la reciente ley electoral, en la cual se fijan prohibiciones relativas a los parientes cercanos del Presidente de la República, y que, según se ha visto, estaría destinada a impedir que la señora Susana Higuchi de Fujimori pueda ser candidata presidencial en el proceso electoral de 1995, eventualmente compitiendo con su esposo.

Los argumentos a favor y en contra han abundado e incluso el mismo Jurado Nacional de Elecciones, al momento de señalar que esa incompatibilidad era cosecha del propio Congreso y no factura del Jurado, indicaba que esa prohibición existía desde tiempo atrás, en ley expresa que databa de 1979. Por tanto, nada nuevo había bajo el Sol.

Por otro lado, se ha discutido en forma vehemente si la ley es inconstitucional o no y, llegado el caso, quiénes son los llamados a interpretarla o declararla inconstitucional. Son dos aspectos de sumo interés, que vale la pena analizarlos una vez más, pero desde una óptica algo distinta a la que generalmente circula.

En primer lugar, lo que hay que tener presente es qué criterios priman en el derecho para efectos de interpretarlo. Y decimos **interpretarlo**, porque la labor de interpretación es distinta y previa a la aplicación, y ella no es atributo exclusivo del Congreso, ya que la interpretación puede ser hecha desde varias instancias, dependiendo esto de las características de cada ordenamiento jurídico. En efecto, si bien es cierto que nuestra Constitución, repitiendo a todas las anteriores, señala que es facultad del Congreso de la República interpretar las leyes, lo concreto del caso es que esta tesis, viejísima y ya obsoleta, sin ser falsa, es decididamente equívoca, ya que la interpretación del Congreso no sólo es aislada y se da muy eventualmente, sino que existen otros órganos que interpretan más y con más trascendencia, como son el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y otros entes calificados.

Por tanto, repetir la muletilla de que sólo el Congreso puede interpretar las leyes, es estar a la moda del siglo XIX, pero ignorar totalmente los avances de la teoría jurídica y de la doctrina constitucional de los últimos sesenta años.

Pues bien, uno de esos criterios interpretativos, que no están escritos, pero que son lo que se denominan principios jurídicos, es que en el derecho privado prima la **autonomía de la voluntad**, mientras que en el derecho público lo es el **principio de legalidad**.

* Publicado en **Expresso**, Lima, 6 de octubre de 1994.

Así, en el ámbito de las relaciones privadas como es el campo civil o mercantil, podemos hacer todo lo que la ley no prohíbe, y de ahí el viejo principio de que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe ni obligado de hacer lo que ella no manda. Por cierto, la autonomía de la voluntad, desarrollada por la tratadística del siglo pasado, si bien sigue siendo vigente, no es del todo libre, pues el derecho moderno le ha impuesto ciertos límites provenientes de la vida en sociedad y sobre todo, de la complejidad del mundo actual (piénsese, por ejemplo, en los contratos de adhesión que a diario aceptamos cuando compramos un billete de avión).

Pero en el ámbito público –y la Constitución es el documento de Derecho público por excelencia– la cosa es precisamente al revés. Sólo se puede hacer lo que la ley faculta, sólo se puede prohibir lo que la ley prohíbe. Así como los reglamentos no pueden desnaturalizar ni transgredir las leyes, estas últimas no pueden transgredir ni desnaturalizar la Constitución. Por ejemplo, en Derecho tributario sólo hay tributo cuando la ley lo declara; en el Derecho penal, el delito nace de la ley; en ambos casos, respetando principios constitucionales. Por tanto, si la Constitución, ley de leyes, no ha establecido una prohibición, ésta no puede ser creada por una ley, pues al hacerlo, restringe un derecho fundamental: el derecho a elegir y ser elegido. Y si esta ley lo que hace es repetir una ley de 1979, pues esta última, ley preconstitucional, ha devenido en inconstitucional. Por tanto, la llamada "ley Susana" –o mejor, el respectivo artículo– es, a mi criterio, manifiestamente inconstitucional.

Pero ¿qué hacer con dicho artículo?

El tema amerita, sin lugar a dudas, un tratamiento en otra oportunidad.

6. ¿BURÓCRATAS O JUECES?*

Una de las grandes diferencias entre la Constitución de 1979 y la vigente de 1993, es que aquélla fue cumplida de inmediato, y luego inició un largo proceso de desarrollo, no perfecto, pero sí bien enrumado, a tal extremo que sus defectos fueron enmendándose en la práctica.

Por el contrario, la actual Carta, en su parte novedosa y hasta radical, ha tenido serias contrariedades. No sólo ha sido violada por sus propios autores en más de una oportunidad, sino que ni siquiera ha podido ser cumplida en sus grandes tramos. Para muestra basta un botón: el Jurado Nacional de Elecciones, destrozado en tres partes por el oficialismo que entendió mal las recomendaciones de la OEA, ha tenido que ser restablecido de conformidad con la Carta de 1979, para que pudiese funcionar. Curiosa manera de homenajear a una Carta difunta.

Como todos sabemos, el Jurado Nacional de Elecciones fue creado en 1931, como resultado de las labores realizadas por una comisión *ad hoc* compuesta por jóvenes que luego serían personalidades muy destacadas. Esta institución, que en realidad debería haber evolucionado hacia una Corte o Tribunal Electoral, funcionó con diversa suerte durante muchos años y, en todo caso, bastante bien desde 1963, época desde la cual ha tenido un desempeño altamente decoroso (por encima de yerros o contratiempos). Y en cuanto a su composición –hasta ahora mismo– es respetable.

CAMBIO DE GIRO

Pues bien, este Jurado Nacional fue creado para superar las impurezas electorales del pasado (los vicios inveterados de nuestra tradición electoral, que denunció Villarán en un vigoroso ensayo de 1918) y tuvo un carácter administrativo; es decir, era un ente que controlaba el sufragio, la inscripción y registro de los ciudadanos, los partidos políticos, etc. Pero este carácter administrativo fue variando poco a poco, y se hizo cada vez más jurisdiccional. Así en 1962, la ley 14250 (artículo 13º) señaló que contra las decisiones del Jurado, no procede recurso alguno, y en el mismo sentido, lo reiteró en 1985, la ley 24069. Finalmente, la vigente Constitución de 1993 ha señalado expresamente –en propuesta que le alcanzó la Corte Suprema– que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones no son revisables en sede judicial (artículo 142º). Es decir, si nadie revisa las decisiones del Jurado, es indudable que éste, aparte de ser un órgano administrativo, es también jurisdiccional, pues dice el derecho en definitiva e irrecusable instancia.

* Publicado en **Expreso**, Lima, 20 de octubre de 1994.

LEY Y PRAXIS

Al lado de esta legislación, está la práctica de los últimos años, tanto judicial como la del Jurado. Numerosos amparos interpuestos contra el Jurado Nacional de Elecciones han sido declarados improcedentes, en tal cantidad, que a tenor de la ley de la materia crean jurisprudencia obligatoria. Y para sólo citar un caso muy llamativo, está la decisión del Jurado de 1985 que, interpretando la Constitución, descartó la segunda vuelta –que muchos reclamaban– y proclamó como presidente a Alan García Pérez, en elección que nadie ha cuestionado desde entonces; aún más, la han confirmado sus detractores, al solicitar el antejuicio para él por haber sido, precisamente, presidente de la República. Tal resolución del Jurado, interpretadora y creadora, la firmaron, entre otros, Rómulo Muñoz Arce, actual integrante del Jurado, y el eminente jurista José León Barandiarán.

La cosa es, pues, clara. El Jurado Nacional de Elecciones tiene atributos jurisdiccionales y, en cuanto tal, puede y debe declarar inaplicable una ley en caso de ser inconstitucional, a pedido de parte y de alcance relativo, pero con consecuencias jurídicas trascendentales. Y esto, sólo cuando se presente una cuestión de dicha naturaleza, como por ejemplo, el caso de la llamada “Ley Susana”, a la cual nos referimos en anterior artículo.

7. ¡VIVA LA TRADICIÓN!*

Hace poco ha quedado sancionada la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en su totalidad todavía no ha entrado en vigencia. El problema es, fundamentalmente, que el Congreso no ha cumplido con nombrar la comisión evaluadora de los futuros candidatos al Tribunal, y al parecer no lo hará todavía, violando su propia ley.

En lo personal, no he logrado entender cómo la oposición ha batallado, ferozmente, para que se instale a la brevedad el Tribunal Constitucional. Se trata de una tesis teórica fascinante, pero prácticamente peligrosa. En efecto, hoy por hoy, el oficialismo y sus conmitones alcanzan los dos tercios del Congreso, y en principio, podrían nombrar como magistrados del Tribunal a cualquier títere con cabeza; de esta suerte, el Tribunal sería un apéndice del fujimorismo y por tanto, estaría destinado a fracasar (como fracasó el precedente Tribunal de Garantías Constitucionales).

Lo más práctico, en realidad, es esperar al próximo Congreso, en donde es más que probable que nadie, absolutamente nadie, disponga de los dos tercios de sus miembros para poder elegir libremente a magistrados del Tribunal, con lo cual negociará mejores candidatos.

Pero volvamos a la ley del Tribunal. En realidad, como fruto teórico, es bueno, diría muy bueno. Y lo es porque en el mundo jurídico las cosas se perfeccionan en el camino; se hacen al andar. La primera ley tuvo algunos vacíos, pero ésta los ha perfeccionado, y lo más probable es que otro tanto hagan las leyes futuras. Tendría tan sólo algunos reparos, de los que ahora señalaré sólo dos.

En primer lugar, el problema del número de votos necesarios para declarar una ley inconstitucional: seis votos de un total de siete miembros. Nos parece excesivo y no existe en todo el mundo un tribunal que tenga esta exigencia. Estamos pues ante una singular creación de nuestros congresistas, a ser incorporada al libro de *Guinness*.

En segundo lugar, la sede, que es Arequipa gracias a la deslumbrante observación presidencial en este punto. Pero ¿cómo se llegó a esto? La idea de que Arequipa fuese la sede nació en 1978, para balancear a Trujillo, sede del Congreso Económico Nacional propuesto por el Apra, y que al final no prosperó. Fue, si se quiere, un gesto simbólico: al norte el Congreso Económico, al centro la capital, y al sur el Tribunal de Garantías. Nadie pensó que con eso se descentralizaba el país, porque en esa época no eran tan ingenuos. Pero lo que

* Publicado en **Expreso**, Lima, 16 de febrero de 1995.

en 1979 era un planteo interesante, hoy es una concesión electoral de muy baja estofa.

NO DIO NI RECIBIO

En efecto, en 1978 podría pensarse que Arequipa sería un puente útil para el tráfico procesal de las acciones de garantía y para activar a la Ciudad Blanca. Pero después de todos estos años, ya sabemos qué pasó. Y el resultado es claro: Arequipa, en cuanto sede del Tribunal de Garantías Constitucionales, nada hizo, nada aportó y nada recibió del Tribunal. Dicho en otras palabras, el Tribunal de Garantías no hizo nada por Arequipa, no incentivó absolutamente nada, no sirvió para nada en lo cultural, agravado por el hecho de que los magistrados no vivían en Arequipa (salvo uno, que era arequipeño) y normalmente sesionaban en Lima (los magistrados, además, tenían problemas de salud por la altura).

En síntesis, sólo sirvió para alargar los procesos de amparo y *habeas corpus* y complicar a los litigantes. Aún más, ni siquiera contaban con una biblioteca mínima de Derecho; y libros de Derecho Constitucional no tuvieron ni uno solo (por lo menos, en la época en que yo lo visité). No digo que el Tribunal no haya tenido alguna actividad o pronunciamiento interesantes, sino que ni ellos hicieron nada por Arequipa ni Arequipa se mostró interesada en el Tribunal: fueron vidas paralelas.

Por eso es que considero un error muy grande haber puesto como sede del Tribunal a la ciudad de Arequipa, lo que nada añade ni mejora; a lo más, complica. Y al hacerlo, el Congreso Constituyente ha cedido a la observación presidencial que pedía precisamente que Arequipa fuese la sede. Dijo que Arequipa deberá ser la sede del Tribunal, porque esa era la tradición en el Perú. Amigo lector: agárrese usted de su asiento. Así como lo escucha. La tradición ha decidido que el Tribunal Constitucional tenga por sede a Arequipa. Todavía no alcanzamos a comprenderlo.

8. UN ABUSO FRECUENTE: LA DETENCIÓN ARBITRARIA*

Es materia de este comentario la sentencia de 17 de noviembre de 1993, expedida por la doctora Elba Greta Minaya Calle en primera instancia, y confirmada por la Corte Superior de Lima, el 7 de enero de 1994. El asunto que trata es de por sí interesante y cabe llamar la atención sobre la rigurosidad y precisión de la sentencia de primera instancia, base para la confirmación hecha por el superior. El problema de fondo es el frecuente y no suficientemente denunciado abuso y maltrato policial en las delegaciones policiales, en las cuales los oficiales, ignorando cuáles son sus deberes para con la comunidad, se coluden entre sí o con terceros, para obtener justicia rápida y fácil, pero atropellando los derechos fundamentales de las personas.

Sin que esto último haya sido probado a plenitud, pues los problemas sustantivos no son materia de probanza en el *habeas corpus*, en el presente caso la actora fue acusada por una tercera de haberle hecho una mala jugada atentatoria de su patrimonio, mediante alguna modalidad delictiva. Fuese esto cierto o falso, lo adecuado en estos casos era sentar la denuncia ante la Fiscalía correspondiente o, en su defecto, ante la Policía Nacional, la cual debía limitarse a hacer las investigaciones del caso y confeccionar el atestado correspondiente.

Pero la supuesta afectada no encontró expediente más fácil que recurrir a su esposo, que era oficial de policía en servicio en la delegación de San Isidro, y, utilizando a uno de sus compañeros de armas, citar a la supuesta inculpada y hacerla perder el tiempo en la delegación policial, privarla de toda defensa, ordenar su detención, negando incluso la presencia de su abogado e imposibilitando la presencia del representante del Ministerio Público. Levantado el atestado y habiendo tenido más de 24 horas de detención, la acusada fue remitida a la carceleta judicial con dicho simple documento, no sin antes haber sido maltratada de palabra en las dependencias policiales. Hasta aquí los hechos mencionados en la sentencia de primera instancia.

El razonamiento de la juez a través de su largo considerando es impecable. La policía no puede detener a nadie, salvo por mandato judicial o en caso de flagrante delito. Al ser increpados por la juez por este hecho y porque además retuvieron con pretextos varios a la actora por más de 24 horas, dejó en claro que las 24 horas, acorde con la Carta de 1979 entonces vigente, era un plazo máximo, pero en ningún momento era un plazo obligatorio: por tanto, si la diligencia de esclarecimiento acababa antes de dicho plazo, la persona debería ser liberada o remitida al juez competente sin que mediase detención.

Se dejó además establecido por la juez que los oficiales de la dependencia policial observaron malos modales, que no tuvieron el respeto

* Publicado en **El Comercio**, Lima, 20 de noviembre de 1995.

debido ni por la autoridad judicial ni por la detenida; que además no fueron claros en sus exposiciones y que con dilaciones inútiles retuvieron indebidamente a una persona acusada sin mandato judicial alguno. Aún más, cuando los oficiales de policía quisieron respaldar su conducta en normas legales propias de la Policía Nacional, la juez, con buen criterio, tuvo que señalar que los dispositivos de una ley, aun cuando sean de la Policía Nacional, no pueden colisionar con la Constitución del Estado, y si esto ocurre, pues simplemente no valen los primeros, esto es, se inaplican.

El caso es ilustrativo, ya que por un lado analiza uno de los típicos abusos policiales que hace que la ciudadanía tenga miedo de recurrir a la policía. Y por otro, la manera como una juez puede detectar los atropellos a los que a diario se ven expuestos los ciudadanos por parte de autoridades que, lamentablemente, aun cuando no siempre, olvidan cuáles son sus verdaderas funciones.

ANEXO

RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, 17 de noviembre de 1993.

AUTOS Y VISTOS: A fojas una doña A.A. interpone acción de habeas corpus por detención arbitraria contra los efectivos de la delegación policial de San Isidro que resulten responsables de su detención; Fundamenta su acción de garantía en el hecho de que se encuentra indebidamente detenida y por consiguiente privada de su libertad desde el día quince de los corrientes en la citada delegación, sin que exista mandato escrito de autoridad judicial en su contra que justifique tal medida, agregando que su detención es arbitraria toda vez que no ha sido detenida en flagrante delito sino en circunstancias en que había concurrido a la citada dependencia policial al haber sido citada por la misma, para un esclarecimiento a raíz de una denuncia presentada por doña B.B.; tomando conocimiento posteriormente que el esposo de la denunciante presta servicios como efectivo policial en la referida dependencia (...), refiere asimismo que su declaración se le ha tomado sin la presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado, no obstante haberlo solicitado así, comunicándosele que si quería la presencia del fiscal tendría que esperar hasta que éste viniera y que, a veces no concurría hasta en dos o tres días; que en cuanto a la asistencia de su abogado, este derecho le fue negado por parte del comandante C.C.; quien le manifestó que no era necesaria la presencia de un abogado, porque de todas maneras iba a quedar detenida porque así lo había decidido, notificación que le hizo en presencia del mayor D.D., el capitán E.E. y el efectivo de apellido F. (...), manifiesta asimismo que ha sido presionada para que llegue a un acuerdo con la denunciante, caso contrario se le traerán dos testigos para que le compliquen su situación (...). De lo actuado se ha llegado a establecer que la persona de la accionante ha permanecido detenida en la delegación policial de San Isidro desde las 10 horas del día 15 del mes en curso hasta las 12 horas del día 16 de los corrientes, esto es más de 24 horas (...). Asimismo se ha verificado por este despacho que a la detenida (...) se le ha

recortado el derecho de defensa al habersele negado la asistencia de su abogado defensor (...) que igualmente se ha establecido (...) que la accionante ha sido presionada por la policía para que admita las imputaciones formuladas por la denunciante e intimidada para que arregle con ésta (...) de otro lado resulta cuestionable que por un hecho no previsto en la ley (...) se le detenga sólo para favorecer a un efectivo policial que presta servicios en dicha dependencia y que curiosamente es esposo de la denunciante (...) que, en todo caso resulta oportuno señalar que la disposición constitucional (...) no establece para este tipo de investigaciones como plazo obligatorio de "detención preventiva policial" el de 24 horas, sino como el máximo de éste, salvo el caso expreso señalado en la misma norma en el párrafo siguiente para los delitos de narcotráfico, espionaje y terrorismo (...) no siendo cierto igualmente que la Ley Orgánica de la Policía Nacional, su Reglamento o Ley de Bases de la misma contengan una disposición, que las autorice a detener a una persona fuera de los casos previstos por la Constitución vigente, ya que esta última por imperio de la misma ley prevalece sobre cualquier otra ley de menor rango (...) Que, en consecuencia, es necesario dejar establecido que la Constitución (...) sólo admite dos formas de detención: cuando exista mandamiento escrito y motivado del juez, y, por las autoridades policiales "en flagrante delito", esto es, que solamente la policía puede privar de la libertad a una persona ante la comisión de un delito flagrante o de comisión inmediata, no siendo factible por tanto una tercera forma de detención para la investigación de un delito que no tenga ese carácter de flagrante (...) el Primer Juzgado en lo Penal de Lima administrando justicia a nombre de la Nación; **DECLARA: FUNDADA** la acción de habeas corpus interpuesta por doña A.A. contra el jefe de la delegación de San Isidro, comandante PNP C.C. (...) **ELBA GRETA MINAYA CALLE- Juez Suplente.**

RESOLUCION DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA

Lima, 7 de enero de 1994

VISTOS; (...) por sus propios fundamentos **CONFIRMARON**, la resolución (...) que declara fundada la acción de hábeas corpus interpuesta por doña A.A. (...) por detención arbitraria (...).

S.S. SANABRIA ORTIZ, AMAYA SALDARRIAGA, MOGROVEJO MOTTA.

9. UN *FUERO* MILITAR DESBORDADO*

Con verdadera preocupación hemos visto en días pasados cómo diversos militares en situación de retiro han sido puestos a disposición del *fuero* militar. Incluso algunos ignaros han dicho que éste es nada menos que un Poder Judicial Militar, como si algo parecido existiese en nuestra Constitución Política. Lo cierto es que la Constitución otorga un lugar especial al *fuero* militar, al cual le da, a nuestro criterio, facultades excesivas, como es el de juzgar a civiles, que es totalmente inusual en el mundo civilizado, y más aún, cuando establece que contra sus sentencias, salvo el caso de la pena de muerte, no cabe revisión alguna, lo cual es una verdadera espada de Damocles para nuestro sistema judicial. Sin embargo, admitiendo que esto es así, vemos muy claramente que en realidad los militares en situación de retiro ya no son militares, y gozan, en consecuencia, de acuerdo a la Ley de Situación Militar (Decreto Legislativo No. 752, art. 70), la plenitud de sus derechos de conformidad con la Constitución del Estado. Vistas así las cosas, desde un punto de vista estrictamente constitucional, los militares en situación de retiro son ciudadanos a secas, como cualquiera de nosotros. Por tanto, contra ellos no cabe, bajo ningún pretexto, decir que están sujetos al *fuero* militar, fuero de por sí sospechoso y nada fiable, como lo saben los que han tenido el infortunio de pasar por sus cauces. Entonces, la situación que estamos viendo en estos días no tiene nada de edificante y, muy por el contrario, parecería ser una *vendetta* más de las que vemos con tanta frecuencia. Dicho en otras palabras, un simple arreglo de cuentas, en el cual, al parecer, estarían interesados sobre todo los altos mandos castrenses, preocupados por el deslucido papel que hicieron en el reciente conflicto bélico del Norte. Sin embargo, es bueno hacer un balance, y ver también que el artículo 321 del Código de Justicia Militar, por su redacción ambigua, bien podría dar pie para extender el *fuero* privativo a los militares en situación de retiro. Pero dentro de un Estado de Derecho, lo que prima es la Constitución y las leyes acordes con ella, no los dispositivos legales preconstitucionales, que no pueden afectar los derechos que la Carta Magna establece.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿quién sale al frente de estos estropicios, verdaderos atropellos que está cometiendo el *fuero* privativo? Uno de los medios podría ser, sin lugar a dudas, el Habeas Corpus o el Amparo, que en su caso deberá cautelar el Poder Judicial.

* Publicado en **El Dominical**, suplemento de "El Comercio", Lima, 21 de mayo de 1995.

10. EL DERECHO DE DEFENSA Y LOS JUECES*

Uno de los más serios problemas que existe en lo relacionado con la administración de justicia es, sin lugar a dudas, el de la interpretación de las leyes. Para eso no hay más que criterio, sentido común y una buena cultura general, que lamentablemente no vemos frecuentemente en los estrados judiciales.

La vieja concepción de Montesquieu (para quien el juez no era más que un robot que pronunciaba las palabras de la ley), no obstante que se encuentra en retirada en Europa y por cierto en los países del *common law* –en donde esa tesis nunca fue tomada en serio–, tiene sin embargo gran predicamento entre nosotros.

En efecto, se dice por un lado que el juez es un fiel servidor de la ley. Por otro, que los jueces se limitan a aplicar la ley, y finalmente que la sentencia no es más que un silogismo jurídico. Todo esto es hoy, qué duda cabe, totalmente falso, o por lo menos totalmente inexacto. Es cierto que el juez es un servidor de la ley, pero no es un esclavo de ella.

La ley, como se sabe, es un marco abierto a varias posibilidades, y por lo general permite más de una interpretación. Todas ellas deben guardar entre sí cierta coherencia, cierta lógica interna, para no caer en la arbitrariedad. Pero debe haber por encima de todo un ánimo de servir a la justicia, antes que perjudicarla.

A lo anterior se une un defecto grande en la vida de los jueces: el culto al formalismo, esto es, el culto a las formas. Por cierto que esto no es malo, pues como bien decía Del Vecchio, las formas son sustanciales y hacen al Derecho, no necesariamente lo desfiguran.

En efecto, si una pareja vive junta pero no observa el formalismo, que es la partida de matrimonio, entonces no son marido y mujer, sino convivientes o compañeros afectuosos. En igual sentido puede decirse de un hijo nacido fuera de matrimonio: no será hijo matrimonial sino extramatrimonial. Pero si bien estas formas son necesarias, muchas veces los jueces recurren a ellas para evadir el fondo del asunto, o simplemente para no tocar un tema que disgusta.

Esto está relacionado con un tema reciente que ha provocado jurisprudencia contradictoria, incluso en la Corte Suprema, lo cual es grave. Me refiero al derecho de defensa que, como se sabe, ejercen los abogados en nuestro medio.

* Publicado en **Expreso**, Lima, 20 de junio de 1995.

En todos los países civilizados el abogado es el representante de la parte; incluso en algunos países son los que sacan la cara por el cliente, pues éste no se presenta ante el juez (como es el caso de España). Por tanto, el abogado no sólo es el defensor, sino el representante, el hombre de confianza que acude ante los tribunales en nombre de su patrocinado.

DEFENSORES ATENAZADOS

Y sucede que aquí, por una discutible y decididamente antojadiza interpretación, gran parte de jueces de diversas instancias han interpretado, no sé con qué criterios, que los abogados no pueden interponer recursos impugnativos. Esto es, los abogados no pueden hacer todo; pero si por un azar la sentencia sale desfavorable a la parte, ésta es la única que puede impugnar la sentencia. No lo puede hacer el abogado; y si éste lo hace, pues simplemente tal impugnación no vale, no tiene efectos, con lo cual se ha privado a una de las partes del elemental derecho de defensa y, muchas veces, de la instancia plural, ambos de rango constitucional. Más grave aún si viene perdiendo.

Esto, decididamente, no se condice con lo que es una moderna impartición de justicia, pues aquí los jueces aparecen como presos del más estrecho formalismo, que por la tangente eluden pronunciarse sobre el problema de fondo.

Lo grave del caso es que, como decíamos, hay jueces que están a favor de esta tesis –que a mi criterio es errada y enemiga del debido proceso- y otros que están en contra de ella; y esto en todas las instancias.

Es urgente, por tanto, que la Corte Suprema, en acuerdo de sala plena y mediante circular expresa, adopte un criterio final en torno a este punto. Pues peor que una mala decisión, es la incertidumbre en que se vive.

Nota de 2003: Este problema, o sea, la minusvalía procesal de los abogados, ya ha sido resuelto. Pero no por decisión o acción judicial, sino por ley expresa.

11. ACUSACION CONSTITUCIONAL*

En días pasados ha concluido el proceso parlamentario de acusación constitucional, en el cual se ha dejado de lado a determinados ex funcionarios y se ha expresado un voto afirmativo sobre el ex presidente García. Terminado ya este trámite parlamentario y en vista de la confusión existente en torno a ciertas ideas, me voy a permitir algunas precisiones sobre el particular.

La primera es, sin lugar a dudas, que la acusación constitucional es precisamente eso. Una acusación y nada más. O dicho de otra manera, es un juicio político en donde la palabra "juicio" tiene una connotación coloquial y no técnica. En realidad, el Congreso, por lo menos en nuestra tradición, no tiene ninguna facultad jurisdiccional: no absuelve ni condena a nadie, y sólo habilita el proceso que otro, el Poder Judicial, debe llevar a cabo.

El segundo aspecto que cabe resaltar, contra las afirmaciones y entusiasmos de algunos, es que, como quiera que el Congreso no condena a nadie, tampoco hace declaraciones de inocencia. Es decir, el Congreso sólo es filtro habilitante y no decide nada sobre nada, más aún si se tiene en cuenta que la inocencia se presume.

En esta reciente acusación, al ex ministro Camilo Carrillo, acusado de diversos delitos, se le dejó fuera de la acusación por considerarse que el eventual delito cometido habría prescrito. El informe de la Comisión dejó establecido que esto no significaba pronunciarse sobre el fondo del asunto, ni menos extender un manto de indemnidad.

Un tercer punto que hay que tener presente es que la acusación constitucional, tal como está en nuestro ordenamiento, es en el fondo un privilegio que, en principio, afecta o atenúa el principio de la igualdad ante la ley. En efecto, mientras que cualquier ciudadano está sujeto al fiscal y a los jueces de turno, los que gozan del antejuicio son juzgados directamente por la Corte Suprema. Para eso existen razones históricas y jurídicas que avalan este planteo, que aquí no vamos a desarrollar.

Un cuarto punto importante es que la acusación constitucional no es un proceso de carácter jurisdiccional, sino político, como ya se adelantó. Por tanto, el Congreso sólo ha habilitado el juzgamiento posterior, en el cual, sin lugar a dudas, puede pasar cualquier cosa. Más aún, la Corte Suprema puede declarar eventualmente prescrita la acción, o sin lugar el proceso, o la inexistencia de pruebas o elementos que acrediten el delito. Dicho en otras palabras, puede el máximo tribunal dejar libre de polvo y paja al acusado por el Congreso.

* Publicado en **Expreso**, Lima, 11 de julio de 1995.

LIBRE ARBITRIO DEL TRIBUNAL

En quinto lugar, destacar el acierto que ha tenido la actual Constitución de indicar que, en el caso de la acusación constitucional, el Ministerio Público debe acusar y la Corte Suprema abrir la instrucción correspondiente. El resto, o sea la decisión jurisdiccional, es libre arbitrio del supremo tribunal.

Decimos que esto es importante, pues siempre se entendió así, pero no lo fue en años pasados, en la primera acusación contra el ex-presidente García. Aquí, el Fiscal de la Nación, en actitud desconcertante y con una mala entendida noción de la autonomía de la acción penal, se dio el lujo de modificar el texto de la acusación del Congreso, y a su turno, el Vocal Instructor negó la apertura de instrucción. Esto, que en otras épocas de mayor sindéresis no hubiera sucedido, ha sido precisado por la actual Constitución, que se ha visto obligada a poner en blanco y negro lo que siempre se supo y lo que siempre se debió hacer.

Pensar que en materia de acusación constitucional existe la autonomía de la acción penal es un lirismo, porque aquí existe un mandato de la Carta Magna que no puede ser desconocido. En igual sentido es la negativa a abrir instrucción, porque es igual desacato al mandato constitucional y, peor aún, desconocimiento de lo que tímidamente denunció el entonces Fiscal de la Nación.

Este período de nuestra historia reciente, realmente desdorado, es evidente que no se volverá a repetir. Con todo, insistimos: el fallo jurisdiccional es, al final, libre arbitrio de los jueces.

En sexto lugar, destaquemos una novedad de la actual Constitución. Y es que señala ésta que el beneficio del antejuicio termina a los cinco años de cesado el alto funcionario en la respectiva función pública. Esta es una variante importante, por cuanto la Carta de 1979 establecía que este beneficio era de por vida; ahora se le ha puesto un límite máximo.

Pero este tema y otros que le son conexos, requieren mayor espacio para ser analizados. Los dejaremos para un desarrollo posterior en otro artículo.

12. MINISTROS QUE NO SON MINISTROS*

En mi anterior artículo toqué diversos aspectos de la acusación constitucional, que en mi personal punto de vista eran importantes, toda vez que alrededor de estos temas se había vertido una serie de opiniones que no estaban bien sustentadas. En efecto, en materia constitucional, como en cualquier otra materia jurídica, existen diversas opiniones y muchas veces interpretaciones distintas y, sobre todo, diversas corrientes en torno a los mismos temas. Para mencionar uno solo, vemos que en materia de distribución territorial del poder existen variantes, todas dentro del concepto amplio de Estado compuesto, que a su vez consagra formas de federación, confederación, regiones, etc.; todas ellas a su vez con diversas modalidades para distribuir competencias entre el centro y la periferia.

Pero si bien aquí, como en todo, existen diversos puntos de vista, no es menos cierto que tales interpretaciones o enfoques tienen que partir de los datos, de las realidades y de los parámetros mínimos de cada situación o de cada categoría conceptual. Por ejemplo, decir que alguien ha sido declarado inocente por el Congreso porque éste no logró aprobar la acusación constitucional en su contra, es una falsedad.

O, peor aún, una ignorancia mayúscula pues: a) el Congreso no tiene facultades jurisdiccionales para declarar la inocencia de nadie; b) el Congreso sólo acusa, habilitando la vía jurisdiccional; y c) todos gozan de la presunción de inocencia, mientras no se demuestre lo contrario. Por tanto, las discrepancias o las tendencias sólo caben desde la previa instalación en un modelo categorial preciso; en este caso, constitucional.

Algo de este desconocimiento venía ocurriendo en materia de acusación constitucional. Veamos dos puntos más que se quedaron en el tintero.

El primero es el relativo al plazo que los altos funcionarios gozan del beneficio del antejuicio. De acuerdo con la Carta de 1979, este plazo era indefinido: acompañaba de por vida al funcionario. Pero la nueva Constitución ha reducido este período a cinco años, con lo cual el privilegio queda recortado. Sin criticar la medida, veamos qué se ha dicho respecto a ella. Una primera opinión es que había que apurarse a como dé lugar para la acusación constitucional; porque ésta podía prescribir, es decir, agotarse por el transcurso del tiempo. Esto es un error de marca mayor, porque el período de cinco años es un privilegio que acompaña al alto funcionario para la acusación, pero nada tiene que ver con la prescripción de delitos, tipificados en el Código Penal. Una cosa es la prescripción penal, y muy otra es la extinción del plazo en el cual un alto funcionario (o ex funcionario) goza del privilegio del antejuicio. Vencidos los

* Publicado en **Expreso**, Lima, 26 de julio de 1995.

cinco años, al día siguiente dicho ex–funcionario podrá ser acusado por el fiscal de turno, si es que el delito que se le imputa no ha prescrito.

El otro punto, es la peculiar interpretación que alguien sostuvo en el caso del ex ministro Gonzales Posada, quien había dejado el cargo en 1989. Según esta interpretación, el plazo de cinco años había transcurrido en exceso y por eso, a la altura de 1995, pasados seis largos años, no era dable al Congreso hacer acusación alguna. De lo que muchos no se percataron, es que dicho ex ministro había jurado y ejercido el cargo bajo la Carta anterior de 1979, que establecía ese privilegio en forma indefinida y el plazo de cinco años operaba, en todo caso, a partir de la vigencia de la Carta de 1993, o sea, a partir del 31 de diciembre de 1993 y hacia adelante. En caso tan preciso no puede pensarse en la retroactividad de la norma.

Finalmente, cabe resaltar, por lo curiosa y desconcertante, la situación de Javier Tantaleán, ex–jefe del Instituto Nacional de Planificación. Como se sabe, este instituto, creado en la década del 60, tenía un jefe con categoría de ministro de Estado, con voz pero sin voto en el Consejo de Ministros. Esta modalidad fue creada durante la dictadura militar y fue buena como recurso administrativo. En algunos casos, a estos altos funcionarios con rango ministerial la ley expresamente les concedía el beneficio del antejuicio, en otros casos no. Es decir, tiene cierto parecido con los ministros de Estado, pero no son ministros. No tienen a su cargo ningún despacho de la Administración Central y, sobre todo, no tienen responsabilidad política ni son pasibles del control político que tienen los ministros. En realidad, ni siquiera son ministros sin cartera, sino que son altos funcionarios, a los cuales se les endosa ciertos beneficios que tienen los ministros.

En el caso del ex jefe del INP no existe ni he encontrado yo ninguna ley que expresamente le otorgue el beneficio del antejuicio, que aparentemente le correspondía de acuerdo con la Carta de 1979. Y si este beneficio no le fue concedido por ley alguna, es evidente entonces que toda la parafernalia montada en el Congreso en torno a este ex funcionario, ha sido fruto del desconocimiento y de la precipitación con que a veces obra nuestro Congreso. Resulta increíble que se den tales tratos y consideraciones en forma equívoca e indebida.

Por cierto, estas consideraciones, hechas sobre la base de hechos recientes, nada dicen ni menos aún prejuzgan sobre las personas involucradas. Quiero dejar simple constancia de los hechos y de las formas que a veces, por ignorancia o pragmatismo, no se observan.

13. CONFORMADO A REGAÑADIENTES*

En forma sorpresiva –el 15 de junio– ha quedado constituido el Tribunal Constitucional, después de que el oficialismo anunció que se iniciarían nuevas negociaciones y que esto duraría, por lo menos, unos seis u ocho meses. Pero las continuas largonas dadas a este asunto, con la aparición de algunas voces de otro siglo que recomendaban volver al control constitucional a cargo de la Corte Suprema, se vieron de pronto interrumpidas, como por ensalmo, por el nombramiento del Tribunal (siete en total, de los cuales dos lo habían sido el 16 de mayo último).

El juego en el cual se había empeñado el oficialismo, haciendo escarnio de las reglas del buen comportamiento parlamentario, al parecer llegó a su límite. La presión interna y externa no hacía más que aumentar. Hasta los más complacientes observadores extranjeros, veían toda esta parodia como una broma de mal gusto. Y aún más cuando, de por medio, se maltrataba a las personas, como si en nada ellas importasen.

Como se sabe, el oficialismo nunca quiso un Tribunal Constitucional. Aún más, se sumó a la especie, falsa de toda falsedad, de que el Tribunal Constitucional (antes de Garantías Constitucionales) había paralizado la reforma del Estado. Esto es claro indicio de que sus detractores ni siquiera se tomaron la molestia de estudiar el funcionamiento del Tribunal. Diez años de actividad, en lo que sólo conoció quince acciones de inconstitucionalidad, de las cuales una fue declarada inconstitucional en su totalidad y tres lo fueron sólo en parte, en algunos cuantos artículos.

El cuestionamiento de un Tribunal Constitucional, de la manera como se hizo, obedece simplemente a un desconocimiento de nuestra historia política y constitucional. Cuando fue creado en 1979 se hizo por consenso, frente al deficitario funcionamiento del Poder Judicial demostrado históricamente. Por eso se agregó un control concentrado al lado del control difuso. Las razones que se dieron entonces siguen siendo válidas hoy día. Por cierto, el Tribunal no funcionó como todos esperaban, pero ello debe entenderse explicado por la juventud de la institución, y sobre todo, por la ausencia entre nosotros de una formación en Derecho Público de los estudiantes de Derecho y de los abogados. Pero a nivel constitucional, el Tribunal de Garantías Constitucionales ha funcionado mejor en sus diez años de existencia que la Corte Suprema en ciento cincuenta años (por razones harto complejas, que aquí no es del caso señalar).

Nuestro sistema es fruto de un largo proceso histórico y político. No puede compararse con los Estados Unidos, que tiene otra trayectoria, otro tipo de formación ciudadana y, sobre todo, pertenece a otra familia jurídica. Aun así,

* Publicado en **Ideele**, Lima, núm. 88, julio de 1996.

en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos hay algunos manchones tan negros que ni siquiera se les podría borrar con un *liquid paper*. No idealicemos, pues, lo lejano, y menos aún cuando no lo conocemos.

La creación del Tribunal Constitucional en el reciente proceso constituyente de 1993, no se hizo por convencimiento, sino por interés. Aún más: a regañadientes. No por lo primero, porque el tema no se conocía al interior del CCD; peor aún, desconociéndolo, lo atacaban algunos. Fue por interés, es decir, como una concesión a la galería para lograr un respaldo a un proyecto de Constitución que ya para entonces (agosto de 1993) estaba muy cuestionado frente al futuro referendun.

Pero, al final, lo que interesa no son tanto los sistemas, sino los hombres. El nombramiento del nuevo Tribunal, integrado por muchos distinguidos colegas, algunos con sobresaliente actuación en otros campos, puede dar que pensar que el Tribunal puede funcionar, si es que seriamente se lo proponen sus miembros.

El desafío es difícil, toda vez que el poder, y más aún el poder desbordado, nunca ha sido amante de los controles. Y esta situación puede darse ahora. No viene a cuento que estigmaticemos la institución, ahora ya operativa, sino que hagamos votos para que no se doble frente al poder y mantenga altiva una conciencia democrática, que tanta falta hace entre nosotros.^(*)

(*) **Nota de 2003:** El Tribunal Constitucional fue prácticamente desactivado en 1997 por el oficialismo parlamentario, pero recompuesto democráticamente en 2001.

14. ¿QUIÉN INTERPRETA?*

En días pasados se ha dado un debate largo, tedioso y áspero por momentos, en torno a la interpretación del artículo 112 de la Constitución de 1993, a fin de permitir una nueva reelección del actual presidente de la República. El debate era relativamente nuevo, pues hemos tenido otros casos en nuestra historia republicana. Pero lo que se mostró en días pasados es un nivel bastante discreto en materia interpretativa, ya que además han aflorado tal cantidad de conceptos, que parece conveniente intentar decir algunas palabras sobre lo mismo, como una colaboración al debate.

Lo primero que hay que tener presente es que la Constitución del Estado, ésta y todas las demás, obedece siempre a un designio político; esto es, a una decisión que representa una opción determinada. A fines del siglo pasado, Gaetano Mosca acuñó el concepto de “fórmula política”, que en parte sirve para explicar lo que está detrás de toda Constitución. Por tanto, ese es el punto de partida.

Lo político, por cierto, no significa, como creen algunos, intrigas de Palacio, arrogancia en el decir o capacidad de maniobrar al interior del órgano legislativo. Tampoco significa hablar mucho, ni usar voz engolada. Es algo más que eso. Implica una decisión en mayores dimensiones, que afecta a la marcha del Estado. Así pasa en otras sociedades y en otros países.

Lamentablemente, no en el nuestro. Desde González Prada, y luego en Francisco García Calderón, se ha apuntado el carácter servil de nuestros parlamentarios y, sobre todo, el afán presentista de utilizar la coyuntura para resolver problemas que ameritarían una reflexión de largo plazo.

Es decir, estamos ante una alternativa política y no ante cubileteos más o menos ingeniosos que vemos en los políticos de turno. Entre nosotros, cuando se aprueba una decisión que persigue beneficiar a quien está en el poder, estamos ante un caso de política menuda y sin alcances. Por tanto, la discusión habida en días pasados no fue en realidad movida por intereses políticos, sino por conveniencias e intereses inmediatos, sin vinculación alguna con lo que quería el país. Dejemos, pues, eso en claro.

* Publicado en **Expreso**, Lima, 22 de setiembre de 1996.

El segundo punto importante es quién es el intérprete de la Constitución, y si, además, el Congreso puede interpretarla. Esto nos retrotrae, por cierto, al espinoso problema del titular de la interpretación y, a continuación, a cuál es el papel del Congreso en este punto.

En materia interpretativa han existido muchas variantes y escuelas. Hubo épocas, incluso, en las cuales se prohibió la interpretación, o en donde se alegó que los textos claros no se interpretan y los oscuros sí; lo cual es decididamente falso. Los textos siempre se interpretan, si por tal entendemos la labor de aprehender un significado, que puede ser, según los casos, más fácil o más difícil. Por tanto, toda norma, en mayor o menor medida, necesita ser interpretada, y por eso algunos autores han calificado al Derecho como ciencia hermenéutica; esto es, ciencia que sólo existe en función de la interpretación.

En el siglo pasado –y en gran parte del presente–, subsumido o deslumbrado por la tesis de la soberanía del Parlamento (que en la actualidad está en retirada), se sostuvo que sólo el Parlamento era capaz de interpretar las leyes y, en consecuencia, la Constitución. Por eso se creó la Corte de Casación francesa que, curiosamente, dependía del órgano legislativo. Por eso hoy se admite, en forma pacífica, que el Congreso puede interpretar la Constitución. Aún más, lo ha hecho en varias oportunidades en los últimos años; en algunos casos en forma acertada, en otros no tanto.

Quede, pues, aclarado que el Congreso sí puede interpretar la Constitución. Pero cuidado: no es el único que interpreta. Hay otros órganos que también lo pueden hacer.

15. ¿INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA?*

En mi anterior artículo, dije que en la actualidad se acepta, casi sin discusión, que el Congreso puede interpretar la Constitución, y que así lo ha hecho en diversas oportunidades. Y que tampoco es el único que interpreta. Pero precisemos esto aún más.

Durante el siglo pasado, surgió la teoría de que la interpretación, según el sujeto que la hacía, podía ser auténtica (el propio legislador), jurisprudencial (que tenía como punto de partida una sentencia final, consentida y ejecutoriada) y doctrinaria (que es la que hacían los profesores, los académicos y en general gente vinculada al mundo intelectual).

De acuerdo a esta clasificación tripartita, que todavía circula en muchos manuales de Introducción al Derecho, la interpretación doctrinal es la más valiosa, pero la menos importante. En efecto, lo que hacen los profesores o los tratadistas es útil, porque desbroza el campo y hace atingencias interesantes, pero a la larga no sirve; esto es, no compromete a los actores en el mundo cotidiano del Derecho: nadie duda de la validez de la doctrina como orientadora y válida para toda interpretación, pero eso es harina de otro costal. Por cierto, todo abogado utiliza la doctrina y se sirve de ella, pero a la larga es meramente ilustrativa; se usará unas veces, y otras no.

En cuanto a la interpretación judicial, es la que hacen los jueces. Puede ser interesante, pero sólo obliga a las partes involucradas en el litigio; es decir, a quienes ganaron o perdieron un pleito. Pero no es definitiva; no vale frente a terceros. Otro juicio, otra sentencia, y los resultados pueden ser distintos. Por eso la interpretación judicial, si bien es obligatoria, tiene alcances restringidos. Es respetable, pero no es de cuidado.

Otra cosa sucede con la interpretación dada por el órgano legislativo. Ésta es “auténtica”, porque es la que vale, la que se aplica *urbi et orbi* y, en consecuencia, la que sirve para todos. Por tanto, es la que cuenta; las demás son referencias útiles, pero nada más. Pero detrás de toda disquisición, existen diversas premisas que han recogido gran número de constituciones. Y son las siguientes:

- a) El Congreso es el único que interpreta las leyes, los demás no pueden hacerlo;
- b) La Constitución es una ley; por tanto, interpreta también la Constitución;

* Publicado en **Expreso**, Lima, 9 de octubre de 1996.

- c) Esta interpretación es “auténtica”; o sea, es verdadera; las demás no son verdaderas; y
- d) Esta interpretación obliga a todos, las demás no obligan u obligan a muy pocos.

Este es, pues, el fondo de la llamada interpretación auténtica. Y como tal es falsa de toda falsedad. El término se sigue usando por convencionalismo, pero deberá desterrarse por inapropiado.

Pienso que el primero que llamó la atención sobre este punto fue Kelsen, en un famoso ensayo sobre la interpretación, que publicó por vez primera en 1934. Según Kelsen, lo que existe en la interpretación es una gama amplia de sentidos, que puede darse en cualquier contexto. Ahora bien, ella no es verdadera ni falsa, y en consecuencia no puede decirse que sea auténtica, ya que decir que una es auténtica, significa aceptar que las demás son inauténticas. Según Kelsen, ese no es el punto. Podemos seguir hablando de interpretación “auténtica”, pero aceptando que:

- a) El intérprete no es sólo el Congreso;
- b) Hay varias posibilidades en la interpretación;
- c) Lo que vale en la interpretación es que sea vinculante, o sea, obligatoria y exigible jurídicamente;
- d) La “autenticidad” nada tiene que ver con el intérprete ni con la interpretación.

El Parlamento como intérprete único es realmente un auténtico mito. Existen, en realidad, varios intérpretes, en sus respectivos campos de acción. Y lo que vale en estos casos es si ellos vinculan o no; que sean verdaderos o falsos es otro problema. Y en cuanto a sus alcances, ello depende de cada ordenamiento estatal. En el Perú, por ejemplo, no sólo el Parlamento interpreta; también lo ha hecho el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en determinados casos.

En síntesis, no existe un único intérprete. Y lo que existe no es una interpretación auténtica, sino una interpretación vinculante. Esto es lo que en realidad interesa, más allá de etiquetas desfasadas.

16. LA LETRA MANDA*

Hace más de un siglo, un célebre jurista, Savigny, indicó que el elemento literal (o gramatical) era totalmente insuficiente para interpretar una norma; o sea, para indagar sobre su significado. El ilustre jurista había señalado que para llegar al sentido de la norma, había que tomar en cuenta varios elementos que, en forma conjunta, podían dar una idea de lo que buscábamos. Así, al lado de la letra había que considerar los antecedentes, la sistemática del conjunto normativo, el ambiente ideológico y el elemento histórico. Todos ellos, juntos y no separados. Así fue dicho hace más de cien años, pero todavía hay muchos que no se han dado cuenta del aserto.

Otra tendencia que se derrumbó hace cien años es la famosa Escuela de la Exégesis, que imperó a plenitud en la Europa postnapoleónica y que tiene todavía discípulos aprovechados en nuestro continente latinoamericano. Según esta escuela, lo que importa es lo que se lee, y para entenderlo no hay más alternativa que ir a las fuentes; o sea, a lo que dijo el legislador, a lo que precisó y señaló su creador histórico.

Desde este punto de vista, era muy fácil buscar lo que se dijo en los debates, en los antecedentes, y con eso se llegaba, casi como por encanto, al real significado de la norma. En la práctica, la exégesis no se atuvo a tal imperativo, sino que fue evolucionando.

En efecto, saber qué dijo el legislador o qué pensó en medio de ausencias, vacilaciones y dudas, era casi imposible. La voluntad del legislador, real o presunta, pasó a ser un elemento del conjunto, y cada vez menos importante. El célebre Gény, en obra clásica de fin de siglo, le asestó a la Escuela el golpe definitivo. Aquí, sin embargo, muchos siguen invocando esa tesis ya superada.

En realidad, hoy por hoy, lo que dijo o quiso decir el legislador no tiene mayor importancia. Es, sin duda, un aspecto significativo, pero, cuando la ley se aprueba, empieza a tener vida propia y llega a significar mucho más o quizá algo diferente de lo que quiso el proponente. En efecto, cualquiera que tenga experiencia en la confección de proyectos de leyes llega a la conclusión de que un texto clarísimo, con el paso del tiempo, llega a significar algo distinto de lo que quisieron sus autores. Decir, como muchos han hecho, que este artículo significa tal cosa porque él, en cuanto autor, así lo pensó y dijo, es una ingenuidad.

La ley, como señaló aquí hace muchos años Jiménez de Asúa, no sólo se independiza del legislador, sino que tiene una voluntad propia, que es independiente de su hacedor. La referencia y los antecedentes son importantes

* Publicado en **Expreso**, Lima, 15 de octubre de 1996.

como elementos de juicio, pero no como interpretación definitiva. A lo más, nos pueden mostrar las incoherencias de las personas, que antes pensaban blanco y hoy piensan negro. Pero esto es para el anecdotario político.

Para interpretar hay que tener muchos factores en cuenta. En primer lugar, el ambiente en el cual se discutió y aprobó. En segundo lugar, ver qué es lo que se quiso y qué es lo que se buscaba. En tercer lugar, revisar los valores en juego, ya que en política cuentan éstos y la tradición de cada país. En cuarto lugar, ver qué es lo que quedó plasmado en el artículo en cuestión. Y, finalmente, ver cómo lo engarzamos con el resto del ordenamiento para hacerlo entendible (ya que no tiene sentido que existan dentro de la Constitución normas opuestas entre sí, ya que no pueden anularse, pues todas son de igual rango).

Una operación de tal naturaleza no es fácil, y tampoco nos conduce a conclusiones definitivas. Pero, indudablemente, mucho se puede lograr si buscamos razonabilidad y coherencia en el sistema normativo.

Utilizando estos elementos como orientadores, creo que podemos ver los alcances del artículo 112 de la Constitución, sobre la controvertida reelección presidencial, y la ley que la ha “interpretado” (sic).

17. ¿QUÉ REELECCIÓN?*

El problema fundamental es el de la interpretación del artículo 112 constitucional, que trata precisamente sobre la reelección presidencial. Ahora resulta que este artículo, de acuerdo con la interpretación surgida de la Ley 26657 del 23 de agosto de 1996, va a permitir a Fujimori la permanencia continuada en el cargo durante tres períodos, o sea, durante quince años. El primer período es el correspondiente a 1990-1995, el segundo es 1995-2000, y el eventual tercero puede ser el 2000-2005.

Pero para interpretar hay que recurrir inevitablemente a varios criterios, tratando de que todos ellos coincidan entre sí, ya que una contradicción puede invalidar la interpretación, motivo por el cual los distintos enfoques deben ser concurrentes. En este orden de ideas, anotemos algunos hechos.

El primero, sin duda el más importante, es que Fujimori fue elegido en 1990 para culminar su período en 1995, según la Constitución de 1979. De acuerdo a este texto, la reelección inmediata está prohibida, y sólo cabía pasado un período gubernamental. Por tanto, la partida de nacimiento de Fujimori es la Carta de 1979.

Posteriormente, el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 rompe la legalidad y altera el orden constitucional. Esto está demostrado porque el nuevo gobierno *de facto* licenció o despachó a los miembros del Congreso, a la mayoría de jueces y fiscales, a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, Consejo Nacional de la Magistratura, etc. Esto es, la Constitución de 1979 acabó y dejó de existir para todos ellos.

Sin embargo, en el punto relativo al presidente de la República, no lo tocó en absoluto; tanto es así, que Fujimori no sólo continuó su mandato hasta 1995, sino que con posterioridad una ley constitucional dada por el CCD, así como la Ley 26430 del 5 de enero de 1995, confirmaron que precisamente ese, el de 1990-1995, era el primer período gubernamental de Fujimori.

Si por otro lado analizamos las declaraciones oficiales de los líderes de aquel momento, con lo expuesto por los observadores internacionales, los analistas políticos y los propios constituyentes en el CCD, se desprende en forma meridiana que quizá el motivo fundamental del golpe de 1992, fue obtener la reelección inmediata. Eso se dijo, se pensó y se hizo. Y sobre eso no hay vuelta de hoja.

Lo que sucede es que el artículo 112 de la Carta, si bien necesita interpretarse (entendido esto como aprehensión de lo que ella contiene), puede

* Publicado en **Expreso**, Lima, 22 de octubre de 1996.

dar más de una interpretación, ya que le falta una “norma de enlace” con la realidad, que no existe en el articulado.

Cuando en 1994, previo acuerdo y consenso, el presidente Menem fue beneficiado por la reforma que ese año se hizo a la centenaria Constitución argentina de 1853, todavía vigente, se añadió una disposición transitoria (la novena) que establecía que la reelección alcanzaba al actual jefe de Estado, con lo cual se precisaba con toda claridad qué es lo que se pensaba.

Esto, lamentablemente, no se hizo en el Perú. Esta conexión con la situación política presente fue olvidada y trajo como consecuencia un hecho ineludible: que el presidente Fujimori, a quien le era aplicable por una suerte de ultraactividad la Carta del 79 en ese punto, no pudiese postular el año 1995. Esto es, por la manera como se aprobó la Carta en su artículo 112, era claro que la reelección inmediata sólo podía aplicarse a aquel que sin impedimento alguno fuese elegido en 1995. Pero, como decimos, Fujimori estaba impedido de postular el 95, precisamente por este cabo suelto dejado por los constituyentes, pues él estaba terminando un período gubernamental regido por la Carta de 1979.

Pero los hechos a veces toman otros caminos. Fujimori decidió postular, y contra él se presentó una tacha ante el Jurado Nacional de Elecciones. Pero en aquel momento el Jurado, teniendo en cuenta lo que había pasado en el pleno del CCD y los antecedentes existentes, interpretó que la reelección era la de 1995, y no la del año 2000. Con lo cual, ante la doble posibilidad interpretativa, el Jurado optó por una, con lo que el período 1995-2000 era la reelección, y por tanto en el año 2000 no cabía reelección alguna.

En suma, el artículo 112, muy nítido pero incompleto, daba lugar a dos interpretaciones: la primera era que Fujimori no podría reelegirse en 1995, sino tenía que esperar hasta el año 2000, en donde recién operaría a plenitud la reelección presidencial para él. La otra interpretación era que la reelección era inmediata, o sea, hasta el año 2000, con lo que el período 1990-1995 era el primer período y el 1995-2000 era el segundo. Pero que quede claro: una u otra interpretación, no las dos al mismo tiempo.

La decisión política, el entorno del momento, forzaron una interpretación: la reelección inmediata es la de 1995; por tanto, descartaron la otra. De no aceptar esto, llegaríamos al absurdo de que, existiendo una sola reelección en el texto, se permiten dos reelecciones seguidas. Y esto, como lo sabe cualquiera, no resiste las leyes de la lógica. Esto es, 1 más 1, más 1, son tres y no dos, como algunos sostienen.

18. SUMA Y SIGUE*

En mis anteriores artículos, he hecho una disquisición sobre lo que entendemos por interpretación, y por qué no existe interpretación que pueda calificarse, en puridad, como auténtica. Además, que el tan mentado artículo 112 de la Constitución no es ambiguo sino, en todo caso, incompleto, y que esta incompletitud puede dar origen a dos interpretaciones, contrarias y excluyentes entre sí. La interpretación que surgió en 1995 era que precisamente esa elección era la reelección que todos habían buscado y deseado, y ese es, en realidad, el sentido de la norma.

Creo que con estas consideraciones, en las cuales hay lamentablemente mucho de interés político, podemos llegar a la conclusión de que una interpretación razonablemente adecuada del artículo 112, viendo antecedentes, circunstancias políticas, referencias de los actores, decisiones de órganos estatales y marco doctrinario, es que la Ley 26657, que ha interpretado el artículo 112 de la Carta de 1993, va a contrapelo de toda su sistemática y de lo que se dijo, quiso y pensó. Por tanto, estamos ante una ley manifiestamente inconstitucional, que una vez más aprueba el oficialismo con grave desdoro de la decencia nacional.

Pero aparte de las consideraciones precedentes, en medio del fragor del debate, ha salido a flote el problema personal, sobre lo que dijo o no dijo tal o cual congresista. Es el caso, por ejemplo, de uno de los juristas del régimen, Carlos Torres y Torres-Lara, quien sostuvo lo insostenible. Es decir, que no dijo lo que dijo. Al decir esto –es decir, que no dijo lo que dijo– se ha visto sometido a severa refutación por sus mismos compañeros de bancada, quienes no sólo le han dicho que dijo lo que dijo, sino que, además, esto representa un cambio de opinión sobre lo que se dijo y pensó en 1993.

El argumento en cuestión es simple: el 4 de agosto de 1993 se sostuvo en una ponencia lo que debía decir el futuro artículo que permitía la reelección por una sola vez. Pero resulta que ese escueto texto fue considerado, por la oposición, como insuficiente. Esto obligó a que se procediera a una redacción nueva, más cuidadosa, que en realidad decía lo mismo, pero lograba apaciguar a la oposición. Así las cosas, el 3 de setiembre de 1993 se aprobó un texto en algo diferente al propuesto un mes antes. Pero de la simple lectura de ambos se deduce que, desde el punto de vista conceptual, son idénticos.

Hay diferencias, es cierto, de fraseo. Las palabras y el orden no son los mismos, pero significan lo mismo. Las palabras son la envoltura de las ideas: aquellas han cambiado en algo, pero éstas se mantienen. Por tanto, decir, como

* Publicado en **Expreso**, Lima, 10 de noviembre de 1996.

se ha dicho, que ambas propuestas son distintas, y que el hoy reeleccionista por segunda vez no lo fue antes, no pasa de ser un manido juego de palabras.

Con más lucidez, y sobre todo con más coherencia, otros líderes de la misma bancada han votado en contra de este pernicioso artículo, o simplemente han admitido el cambio operado, o lo han aceptado por disciplina partidaria (que, dicho sea de paso, es un argumento válido en nuestra democracia participativa). Se cuenta que en plena Tercera República francesa, un viejo parlamentario, cuyo nombre se me escapa, llegó a afirmar ante un grupo de amigos, que durante los debates, en vista de la elocuencia de los convencionales, muchas veces había cambiado de idea, pero nunca de voto.

Si lo que se quiere es una tercera elección, o sea, una segunda reelección, más vale decirlo claramente y sin ambages. De esta manera, el insobornable veredicto de la historia podrá, al menos, rescatar la honestidad de los servidores del poder.

19. EL FUERO Y SUS DESAFUEROS*

Las dos recientes leyes de amnistía (26699 y 27600), aprobadas apresuradamente por el Congreso de la República a instancias del Ejecutivo, han contribuido a solucionar un serio impasse surgido a raíz del secuestro frustrado (o detención indebida) del general Robles. Es cierto que el problema ha sido resuelto, pero tan sólo por ahora. Aún más, se ha tratado de un remedio casero, de muy mala factura, que no servirá para casos futuros. Más aún, ha consagrado lo que precisamente todos condenaban. Analicemos pues, las cosas con calma.

El fuero militar, o justicia militar o jurisdicción militar, existe en todas partes. Y tiene como fin principal mantener la disciplina de la Fuerza Armada. Tiene, por tanto, un carácter fundamentalmente punitivo, represivo y sancionador. En realidad, es amedrentador. Y aún más: así se acepta que sea.

Pero este fuero está pensado en función de los militares en actividad. Nunca se pensó, o por lo menos no se estila, que éste alcance a los que ya no pertenecen a sus filas. Por tanto, quien dejó de ser militar, y pasa a engrosar la larga lista de los que están en situación de retiro, no puede ser considerado militar y menos sometido a una disciplina que ya no le corresponde. Por tanto, el primer y serio problema que hay que esclarecer es que los militares en situación de retiro, no tienen por qué estar sometidos a sus reglas.

El hecho, intrascendente por cierto, de que mantengan el rango y la pensión, es algo que no los traslada a la actividad; tienen una razón de ser y son de naturaleza personal, que no pueden ser obviados. Quien salió del servicio, está fuera de él y es un ciudadano más. Como un jubilado cualquiera.

Por cierto que un militar que ya no está en servicio sale del ámbito de la jurisdicción militar. Pero ello no significa que no tenga cierta relación con la institución, con la cual debe tener ciertos deberes.

Uno de ellos, y quizá el más importante, es guardar reserva sobre aquella información que conoció con motivo del ejercicio de sus funciones. Algo así como el secreto profesional que alcanza a médicos, sacerdotes y abogados. Si éstos últimos están obligados de por vida a no revelar detalles de su patrocinio

* Publicado en **Expreso**, Lima, 7 de febrero de 1997.

profesional, ni actuar en contra de sus antiguos clientes, con el mismo criterio, un militar retirado no puede hablar libremente sobre esta información. Y así en algunos otros puntos. Pero en lo demás, y por cierto en su actuación política, es un ciudadano más. Y así debe ser considerado.

El problema de nuestra justicia militar es que el modelo está mal conformado. Es cierto, en honor a la verdad, que se han introducido en ella algunas mejoras, como aumentar el número de letrados. Pero también es cierto que el modelo sigue, en sustancia, cerrado. Y esto es grave, pues la absoluta independencia del fuero militar y, en consecuencia, la consagración de sus eventuales estropicios, está consagrada por el artículo 173 de la Constitución – iniciativa, propuesta y aprobación del fujimorismo–, mediante el cual nadie revisa lo resuelto por la justicia militar, salvo en el caso de la pena de muerte. Pero como la pena de muerte no se aplica en el Perú ni se aplicará en el futuro, el fuero militar resulta así un poder judicial militar autónomo; con lo cual existen en nuestro país dos jurisdicciones: la militar, que no la controla nadie, y la común, a cargo de jueces profesionales y controlado por diversos órganos y por sus usuarios (litigantes y abogados).

Vistas así las cosas, con un poder civil sometido al poder militar, a través de una justicia militar autónoma, libre de toda atadura, no es de extrañar que la situación creada por el caso del general Robles se vuelva a repetir. Esto es, las aplaudidas leyes de amnistía no han resuelto el fondo del asunto; son tan sólo un paliativo y nada más. Y mientras esto no cambie, las cosas podrán repetirse.

20. MÁS SOBRE EL FUERO*

Los problemas que afronta la jurisdicción en nuestro país son varios. Algunos de ellos los tocamos en nuestro último artículo. Queda ahora tocar dos o tres más, dentro de los límites de que disponemos.

Un primer punto, ya anotado, es sobre la naturaleza del fuero militar. Para algunos, el fuero militar es tan sólo un tribunal administrativo, que se limita a aplicar sanciones y nada más. Desde este punto de vista, cada vez que el fuero aplique sanciones, como lo hace el Tribunal Fiscal o el Indecopi, sus actos podrían ser revisados en la vía contenciosa administrativa, regulada por el Código Procesal Civil u otra equivalente en la vía penal (teniendo en cuenta el asunto en cuestión).

Sin embargo, me inclino por conceder al fuero carácter jurisdiccional. Como se sabe, la jurisdicción es una sola y está centrada, en lo fundamental, en un órgano especial *ad hoc*, que discierne los conflictos de las partes y salvaguarda el honor, la vida, la libertad y los bienes de las personas. Y éste es el Poder Judicial.

Nada impide, que el trabajo pesado sea encargado a una parte de la administración, a la cual se le reconozcan facultades jurisdiccionales, como es el caso concreto de la jurisdicción militar. Pero por lo mismo que la jurisdicción militar, por su propia naturaleza, es una excepción, ella debe ser objeto de revisión, en todo lo que no sea leve, por una alta corte, por el principio de la unidad jurisdiccional y de la supervisión del poder civil sobre el militar. Y, por qué no decirlo, para evitar los excesos que pueda cometer la justicia militar (por las limitaciones que dicho fuero tiene, como todos sabemos).

Pero esto no sucede en el Perú. Aquí, el modelo consagrado por el pomposo CCD fue el de un fuero autónomo que no dependía de nadie, lo cual es un error y un sometimiento a la vez. El modelo peruano, tan original, no es otra cosa, en este punto, que un retorno a los oscuros tiempos previos a las revoluciones liberales del siglo XVIII. Si existe fuero, éste tiene libertad dentro de

* Publicado en **Expreso**, Lima, 10 de febrero de 1997.

la ley, y sus decisiones deben ser sometidas, en última instancia, a una revisión por parte de un alto tribunal, como puede ser la Corte Suprema. Y así sucede en todas las democracias avanzadas de la actualidad.

El segundo punto que hay que precisar es el de los militares en situación de retiro, a los cuales, como hemos visto, se les maltrata en la vía pública, se les golpea y luego se les somete a un fuero que no ofrece seguridad para nadie, ni siquiera para ellos mismos. He leído con atención el alegato que muchos hacen invocando la ley de situación militar y sobre todo el Código de Justicia Militar. Ninguna parte de esta legislación, anticonstitucional o preconstitucional, puede ser válidamente invocada a estas alturas. Que unos cuantos artículos, mediante una construcción artificiosa, nos enseñen que un general de División ofende a un superior que es menos antiguo o de grado inferior a él, es algo que no cabe dentro de las leyes de la lógica y peca de absurdo.

Si existen esas leyes –lo cual es discutible– y si existe esa interpretación, pues sencillamente hay que dejarlas de lado. La esclavitud no existe en el mundo moderno. Quien dejó un instituto armado le debe lealtad, reserva de lo que supo en funciones, pero nada más. El uso de los derechos que la Constitución le franquea no puede permitir que se le abra un juicio sumario, en el cual se le condena de antemano, sin actuar pruebas ni tener abogado defensor, como parece que muchas veces ha sucedido.

Veamos finalmente el *habeas corpus* interpuesto a favor del general Robles, y que diera lugar a tantas movidas sospechosas. Es claro que el *habeas corpus* procede contra cualquier detención indebida y arbitraria. Y procede también, qué duda cabe, contra los excesos de las autoridades militares. Así nació el *habeas corpus* en Inglaterra y así pasó a los Estados Unidos y demás países que lo han acogido. Por tanto, no veo por qué aquí no deba ser igual.

Muchos son los temas que se quedan en el tintero. Todos ellos vinculados a nuestro modelo de jurisdicción militar. Que no debe ser eliminado, sino al contrario, reajustado y afinado y, sobre todo, democratizado.

21. EL ESTADO PROMETIDO*

El Gobierno se ha propuesto reformar el Estado. La verdad es que, desde que elaboró una nueva Constitución en 1993, evidenció esta finalidad, porque en dicho documento se lee con claridad qué tipo de Estado cree que es el más adecuado. Para que nos manifieste su opinión al respecto, acerca de las ventajas y desventajas del Estado prometido, entrevistamos al constitucionalista Domingo García Belaunde (Claudio Cano Paredes).

- ¿Qué se entiende por reforma del Estado?

En el Perú, y en casi todos los países del mundo, se entiende por reforma del Estado, la reducción del aparato estatal en el campo económico. Es decir, privatizar las empresas públicas, reducir los subsidios y los costos innecesarios.

- ¿Cómo debería entenderse?

En forma integral, que además de lo económico, abarque lo educativo, lo administrativo, lo legislativo, lo judicial y los órganos jurisdiccionales, entre otros. Pero si queremos reformar todo el Estado, tendríamos que empezar por hacer una nueva Constitución.

- La propuesta del Estado se circunscribe a la economía.

Ha empezado por ahí, porque es la parte más sensible. Cuando el Estado crece exageradamente y se da cuenta que su capacidad de atender es mínima, no le queda más remedio que reducirse.

- ¿Qué tipo de Estado es el más adecuado para el país?

No creo que exista un tipo de estado ideal, al cual debamos ceñirnos. Los Estados son resultados de procesos históricos. Nosotros hemos ido modelando nuestro Estado en los últimos 50 años. Obviamente, tenemos que mejorarlo. Eliminar lo que no funciona y perfeccionar lo que merezca permanecer.

* Publicado en **El Comercio**, Lima, 16 de febrero de 1997.

- *La concepción de Estado es ideológica.*

Entre nosotros está primando lo pragmático. A la larga, el pragmatismo lleva a los fundamentos ideológicos. Pero, cuidado, el pragmatismo puede ser errático, porque podemos apegarnos a la coyuntura y empezamos a dar vueltas, sin reparar en lo sustancial.

- *¿No es neoliberalismo?*

El neoliberalismo es lo único que hay en la vitrina. El problema es que privilegia demasiado el mercado, devoción en la que no cayeron los liberales clásicos, porque le daban más importancia a las personas, a los derechos y al papel tuitivo del Estado. El Estado liberal clásico era distinto. El neoliberalismo recoge el liberalismo clásico, pero privilegia en exceso el mercado. Lamentablemente, en el Perú, se le está dando demasiado espacio, manejado por la inversión extranjera. Esto puede ser bueno después de haber tenido espantado al capital extranjero, pero llega a ser malo, cuando crea un desequilibrio entre la inversión extranjera y el capital nacional, que hay que evitar.

- *¿Cuál sería la función más importante del Estado?*

Guardar el orden, garantizar la vida y la propiedad de los ciudadanos, y tener ciertos cuidados básicos en relación a la población.

- *¿Existe una relación directa entre eficiencia y tamaño del Estado?*

El tamaño del Estado está en función del país.

- *Aquí se dice que si se reduce su tamaño, el Estado será más eficiente.*

Puede ser más eficiente. Sin embargo, mi impresión es que la reducción del Estado no ha significado, en el Perú, una mayor eficiencia.

- *¿Qué piensa del Estado benefactor?*

Creo que sigue siendo útil. En el Perú se le estiró demasiado y se convirtió en una beneficencia. Se desbordó a partir de los años 80. En todos los países hay empresas públicas, pero aquí, había demasiadas y generaban pérdidas excesivas.

- ¿Usted apuesta por un Estado mínimo?

Tiene que ser razonable. El estado mínimo es un eslogan. En los Estados Unidos de Norteamérica no hay un estado mínimo, sino todo lo contrario; grande y fuerte.

- ¿Cuáles deberían ser las reformas políticas?

En sustancia están planteadas en la Constitución del 93. No creo que se deba cambiar mucho. Evidentemente, hay que afinar algunas áreas. Por ejemplo, en el Poder Judicial se tiene que distinguir la judicatura –dar justicia– con la administración –cómo se maneja el Poder Judicial–. Algo semejante tendrá que hacerse con el Congreso. Nuestro congreso unicameral es pequeño e imperfecto, porque no tiene ninguna manera de controlarse. Con este tipo de instituciones suceden dos cosas: son fácilmente manejables por el Ejecutivo y pueden desbordarse y hacer una locura, como lo que ha pasado en Ecuador, que han destituido a Bucaram. Que las encuestas vayan en sentido contrario, no significa que se bote al Presidente. En todo caso, se cambian los ministros. Insisto, el congreso unicameral, pequeño y sin control, puede caer en un gran sometimiento al Ejecutivo o en el desgobierno total.

- ¿Debería ser bicameral?

Si, pero replanteado. O, en su defecto, una unicameralidad mucho más representativa, y con mecanismos de control, como la aprobación de leyes por dos tercios o la doble lectura; es decir, que toda norma aprobada requiera ser ratificada a los tres o cuatro días subsiguientes, por la misma cantidad de votos, como mínimo. Esto evitaría la aprobación de leyes sorpresa, como está ocurriendo ahora. Las normas que han favorecido a determinadas coyunturas o circunstancias, se enviaban a las nueve de la noche al Congreso, a las diez eran leyes, a las once se promulgaban y a la medianoche se estaban imprimiendo en el diario oficial.

- ¿Con relación al sistema electoral?

Han hecho un desastre. Han partido en tres lo que era una sola cosa. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil no tiene sentido, porque su labor la estaban llevando las municipalidades y muy bien. El RENIEC está trabajando en base al registro municipal. Luego vienen la ONPE y el JNE, que deben estar unidos. Por separar sus funciones, ya han habido problemas.

- ¿Con el Ejecutivo?

En términos generales, está bien. No hay mucho que hacer. Se habla de reducir los ministerios, mas no la administración. En este aspecto, también la coyuntura está ganando la partida. Acaban de crear el Ministerio de la Mujer, que es ridículo. Mañana, con igual criterio, crearemos al Ministerio del Anciano.

- ¿Usted es partidario del régimen presidencialista o del parlamentario?

Nuestra tradición histórica demuestra que hemos asumido e internalizado el presidencialista. Y que cada vez que nos acercamos al parlamentarismo, nos va mal. No hay que olvidar que nuestro presidencialismo, tiene algunas figuras parlamentarias. Hay que mantenerlo, pero con controles.

- ¿Qué propondría para realizar, de una vez por todas, la descentralización del poder político?

Es un problema muy serio el del centralismo. La Constitución del 93, es antidescentralista y el gobierno tremendamente centralista. Esto tiene que replantearse. No se debe volver a las regiones, porque esa experiencia acabó muy mal. El reto del descentralismo se supera estableciendo los ámbitos territoriales, las competencias de sus órganos y definiendo qué organismos, elegidos popularmente, ejercen dichas competencias. Yo percibo que este gobierno no tiene deseos de descentralizar el país, ni trasladar competencias, ni elegir democráticamente a los representantes de los organismos de descentralización. Para demostrar si este Gobierno tiene realmente intenciones de descentralizar, tendría que eliminar el Ministerio de la Presidencia.

- ¿Las reformas del Estado deberían someterse a consulta popular?

No, porque es un tema muy técnico. No creo que se deba consultar a la población si prefiere ocho o doce ministerios.

22. A REGLAMENTAR SE HA DICHO*

En los círculos que no son estrictamente forenses, existe cierta desaprensión a las formas, a observarlas, a seguirlas, y, por tanto, se propicia o, en todo caso, se incrementa la informalidad que es, precisamente, uno de los fenómenos más graves que acontece en nuestro país en los últimos años. Por cierto, la informalidad tiene una ineludible raíz sociológica, y no se trata de quitarle mérito ni mucho menos desconocer que, a veces, tiene también utilidad.

Pero la informalidad siempre es un punto de partida, nunca es un punto de llegada. Hay, sin embargo, quienes sostienen que hay que alejarse de los formalismos, pues ellos son tediosos e inconducentes. Por cierto, todo *ismo* es peligroso, pero no por eso hay que descartar el uso de las formas en el Derecho. Y esto por una sencilla razón: y es que en el derecho las formas son sustanciales. Crean cosas, por así decirlo. Un papel que contiene un acta de matrimonio civil convierte a una mujer de conviviente en cónyuge y a un hijo extramatrimonial en hijo legítimo; así de simple. Por tanto, hay que evitar este desapego a las formas, más aún cuando ellas son sustanciales.

Volvamos a la informalidad que, como decíamos, está tan extendida en nuestro medio. La labor del Estado, por cierto, consiste en combatir esa informalidad y sobre todo atacar sus raíces, para que ellas no se repitan y se subsanen fácilmente.

Pero éste no es el único problema. Lo grave de la informalidad es cuando ataca a la entraña misma del Estado, cuando no solamente los particulares sino incluso el mismo Estado se vuelve informal; y cultiva lo que se denomina “cultura chicha”. Esto último es lo que, lamentablemente, estamos viendo entre nosotros.

En este rubro de informalidad, lo más grave es la inobservancia de lo que podemos llamar “fuentes del Derecho”. Cuando –por ejemplo- mediante un decreto legislativo se modifica una ley orgánica, como lo hicimos notar en otra oportunidad. O peor, cuando utilizamos el decreto de urgencia como cajón de sastre para curar todo como por ensalmo. Esto es realmente preocupante, y si bien en este Gobierno se han acentuado estas informalidades, tampoco ha sido el inventor de ellas. En 1981, recordamos que mediante fe de erratas se legislaba profusamente en medio del asombro de todos. Pero mal de muchos, consuelo de tontos.

Todo esto viene a colación de una reciente resolución núm. 013-98-EF-93.01, publicada en el diario oficial “El Peruano” de 23 de julio último y emanada del Consejo Normativo de Contabilidad (ente de cuya existencia acabo de tomar

* Publicado en **Síntesis**, Lima, 7 de agosto de 1998.

nota). Pues bien, este pomposo Consejo Normativo se ha dado el lujo de interpretar el artículo 223 de la Ley General de Sociedades, en relación con lo que denomina “principios de contabilidad generalmente aceptados” en un alcance que realmente me parece estupendo.

Lo que me parece atroz es que sea este Consejo Normativo el que haga esa precisión, pues para ello es totalmente incompetente.

Pues bien, ¿qué ha hecho este Consejo Normativo de Contabilidad? Lo que ha hecho es precisar qué se entiende por principios de contabilidad generalmente aceptados. Sin embargo, esto no es una interpretación que devela lo que la norma oculta. Lo que ha hecho esta resolución es reglamentar una ley, y esto hay que señalarlo. Pero las leyes las reglamenta el Poder Ejecutivo, no una entidad burocrática de segundo nivel; esto es, las leyes se reglamentan mediante decreto supremo firmado por el Presidente de la República y el o los ministros correspondientes.

Recuérdese que, por ejemplo, el Indecopi hace diversas precisiones acerca de la ley de reestructuración empresarial sobre la base de un caso concreto y dentro de una jurisprudencia administrativa. No puede hacer más. Tampoco lo podría hacer el IPSS o entidades análogas.

Estoy seguro que este ente normativo de contabilidad ha incurrido en ese gazapo, por evidente ignorancia o descuido. Pues bien, hay que corregirlo de inmediato, ya que no podemos permitir que la informalidad siga invadiendo el aparato del Estado.

23. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS*

Es frecuente que todos, incluso los más avezados, proclamen los derechos que les tocan o corresponden. Lo cual, decididamente está bien, pues este siglo se ha caracterizado por una clara conciencia de los derechos que tenemos y de los que nos corresponde. Lamentablemente, los que más gritan no son siempre los que más derecho tienen; es curioso: los que aparecen clamando por su inocencia, generalmente o muchas veces, aparecen descubiertos en forma irremediable. Son los riesgos de la democracia.

Por otro lado, existe el problema de los deberes, que es, como se sabe, la contrapartida de los derechos. Recuerdo que hace muchos años, pasando un fin de semana en un cómodo hotel de Miami Beach, mis vecinos –unos jovencitos bullangueros– decidieron armar en su cuarto de hotel una fiesta con gran escándalo. Por cierto, era sábado y cerca de media noche, motivo por el cual se creían con derecho a hacer lo que mejor les parecía en aquel momento.

Como la noche avanzaba y los ruidos aumentaban, estimé necesario –antes de llamar a la administración del hotel– hablar con el que podría ser el más responsable de esa mesnada. Le expliqué mi posición y un muchacho veinteañero me respondió muy suelto de huesos que estaba en su derecho, y que estando dentro del recinto de su inmensa habitación, podía hacer lo que quería.

Le contesté que tenía razón, pero que su derecho tenía un límite, que era el mío, y que por tanto, no podía hacer algo libremente que afectara los derechos de los demás. La cara de sorpresa fue irreprimible, pero al fin y al cabo, hijo de una democracia tolerante, terminó por acatar mis argumentos.

Esto viene a cuento por cuanto todos se consideran que tienen derecho a todo; y aún más, si los derechos tienen un rango constitucional, las cosas que se hacen son más firmes.

Recordemos: hay derechos estatutarios (los que están en los estatutos de mi club, por ejemplo, o los que están en cada empresa); hay derechos legales, y por cierto, hay derechos constitucionales, que en rigor, son los menos. Si bien al parecer nadie cree que tienen límites, en realidad, los tienen.

La doctrina alemana –con aceptación general en Europa– ha acuñado el término “contenido esencial de los derechos humanos”. Esto quiere decir que los derechos tienen un contorno difuso, en el cual caben límites y restricciones, y tienen además un núcleo duro que llaman contenido esencial, que es invariable, y sin el cual los derechos dejarían de serlo.

* Publicado en **Síntesis**, Lima, 11 de setiembre de 1998.

Por ejemplo, para salir del país necesito un pasaporte, tengo que comprar un billete aéreo, tengo que pasar por el control migratorio, y además debo pagar una tasa por el uso del aeropuerto. Todo esto, por cierto, no afecta el libre tránsito hacia el exterior. Si como entidad bancaria tengo límites en cuanto a préstamos y encajes, tampoco eso afecta la libertad de comercio, industria, etc., ni menos la propiedad privada. Cabe por cierto, que tales derechos humanos sean restringidos, reglamentados o limitados. Lo importante es que tales restricciones no constituyan una negación del derecho, y que por tanto no lo afecten en sustancia. Esto sería el contenido esencial.

Igual podríamos decir de las importaciones que se hacen al amparo del derecho fundamental de la libertad de comercio. Todos podemos importar todo, incluso comida para perros. Pero nada impide que el Estado pueda hacer ciertas prohibiciones a la importación, por razones ambientales, de no gastar mayores divisas, por protección al parque industrial, por razones de salud, etc.

Esto lo hacen todos los Estados del mundo. Lo importante es que, salvando estas excepciones, el universo arancelario esté abierto en su mayoría, esto es, en la mayor parte de sus partidas y que sustancialmente se pueda importar todo.

Esta nueva doctrina, que es pacífica en el constitucionalismo europeo, es bueno ir divulgándola acá. Porque en el fondo, lo que ha hecho es dar una nueva fórmula a lo que todos sabíamos: que los derechos humanos no son absolutos, que ellos mismos tienen límites, y que además, son susceptibles de ser reglamentados, observando su contenido esencial.

24. EL AMPARO Y LA COSA JUZGADA FRAUDULENTA*

Hay tradiciones buenas y tradiciones malas; buenas son, por cierto, las de Ricardo Palma (para hablar del género literario), y buenas también saludar, respetar al prójimo, etc. Malas tradiciones son aquellas que siendo malas subsisten. Por eso hablar de tradicionalismo y de tradiciones a secas, no es siempre un buen expediente. El mismo Mariátegui, que tanto fustigó a los tradicionalistas, dedicó todo un ensayo para defender las buenas tradiciones y criticar a las malas.

Las tradiciones, por cierto, no son un atributo exclusivo de las personas. Le pertenecen también a las instituciones, y por ende, al Estado. Este Estado, el nuestro, se ha modernizado, lo cual significa que mantiene buenas tradiciones, pero ha reforzado también las malas, como es fácil detectarlo. Una de esas malas tradiciones que tiene el actual Estado peruano, y que gozoso ha heredado del pasado, es la costumbre del “perro muerto”; digámoslo en buen romance: la de no pagar. Claro, si alguien lo fuerza mucho, termina pagando, como es el caso de la expropiación de la IPC o de los equipos de Lufthansa; pero generalmente no paga, porque no le da la gana. No sólo a la izquierda no le gusta pagar, tampoco paga la derecha y el centro.

Pero, ¿cómo se refleja todo esto en el asunto que nos trae sobre el amparo? La razón es muy sencilla: el Estado, como sabemos, no cumple lo que ofrece y muchas veces no respeta lo que firma. Una de ellas son las leyes de estabilidad, de incentivos o los convenios de estabilidad tributaria. Se los salta a la garrocha, alegremente. Y si lo hacen los burócratas, el salto tiene un mejor estilo y un encanto impredecible. Frente a eso, los particulares han recurrido al amparo para, precisamente, defenderse de los atropellos del Estado. Y normalmente ganan estas acciones de amparo, porque sencillamente tienen razón; no podía ser de otra manera.

Pero el Estado, como decimos, no sólo no paga ni desea pagar, sino que, además, no le gusta perder. Entonces, frente a un amparo ganado en toda línea, los Procuradores, siempre tan solícitos, han inventado un recurso muy ingenioso: interponer, previa autorización del sector, un proceso de cosa juzgada fraudulenta contra ese amparo que el Estado ha perdido. Y así han empezado las cosas. Sin embargo, lo que no se han percatado es que, contrariamente a lo que piensan los Procuradores, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta nada tiene que ver con el extinto juicio contradictorio que existía en el antiguo Código de Procedimientos Civiles, y que al parecer quieren resucitar. No se ve cómo se podría en un proceso sumarísimo, como el amparo, cometer dolo, fraude, colusión o afectación de un debido proceso: no sólo por sus especiales

* Publicado en **Síntesis**, Lima, 16 de octubre de 1998.

características, sino porque hay situaciones que no pueden darse en un amparo, en donde lo que se ve fraudulentamente es un aspecto de interpretación jurídica frente a un agravio que tiene que ser evidente. Por otro lado, si bien el Código Procesal Civil se aplica, supletoriamente, en las acciones de garantía, ello se hace, como es obvio, respetando la propia peculiaridad del proceso constitucional.

Esta práctica, que al parecer ha sido avalada recientemente por el Tribunal Constitucional, y que merecía un serio replanteo, es de por sí perniciosa. Con independencia a cómo funcionan realmente los jueces del área de Derecho Público, es evidente que para estos efectos, son jueces constitucionales, y los demás son jueces comunes; esto viene, por cierto, determinado por la materia o área a la cual se avocan. Aún más, no tiene sentido que en un proceso de conocimiento, o sea, en un proceso simple, se revise un proceso brevísimo de naturaleza constitucional, y todo esto, a la luz del proceso civil, lo cual, realmente, es un sinsentido.

La cosa se agrava si vamos más lejos. La propia Constitución señala que, en principio, las acciones de garantía pueden terminar en el Tribunal Constitucional, que no sólo constituye “última instancia”, sino además agota la vía doméstica. Peor aún, ¿qué pasaría con un amparo terminado favorablemente en el Tribunal Constitucional y al cual se impugnase mediante la vía de cosa juzgada fraudulenta? Teóricamente, en este último supuesto, si esta acción terminaba favorablemente en la Corte Suprema, tendríamos el absurdo de que una sentencia de la Corte Suprema anularía una sentencia del Tribunal Constitucional. Como éste es un absurdo que ni siquiera se le ocurrió a Lewis Carroll al escribir sus famosos cuentos sobre Alicia, es indudable que para no caer en el dislate, y por las demás razones señaladas, un proceso constitucional terminado, vale en sus términos. Esto es, no pueden contra él interponerse este tipo de procesos sobre cosa juzgada fraudulenta, que en el fondo no son otra cosa que un fraude.

25. ¿OLVIDO CONSTITUCIONAL?*

Muchas veces las pequeñas cosas de la vida son importantes, y a veces de consecuencias imprevisibles. Aquí nos interesa una de ellas, un poco a manera de **divertimento**: llamar la atención sobre un pequeño problema técnico al momento de promulgar la Constitución de 1993, que nos lo ha sugerido nuestra colega la doctora Rosario Blanco. Y es lo siguiente:

La Decimosexta Disposición Transitoria de la Constitución de 1993 señala que promulgada ésta, sustituye a la de 1979. Para esto, debemos recordar las tres fases de la entrada en vigencia de una norma. Y ellas son: la **sanción**, que es el acto de conformidad, que lo da el ente Legislativo o el Ejecutivo o ambos; la **promulgación**, que es el *placet* o conformidad que da la autoridad competente, generalmente y casi siempre el Ejecutivo; y la **publicación**, que es el dar a conocer, *urbe et orbi*, la existencia de la nueva norma.

Pues bien, la Constitución de 1979 tuvo vigencia y existió incluso durante el período de facto (1992-1993) y hasta que fue reemplazada. Pero es el caso que la nueva Carta se promulga en 29 de diciembre de 1993, se publica el 30 de diciembre y entra en vigencia el 31 de diciembre de 1993.

Hay que destacar que la Carta se promulga el 29 de diciembre, y por aplicación inmediata de la Decimosexta Disposición Transitoria, queda sin efecto la Constitución de 1979. El día 29 pues, suceden dos hechos simultáneos: se promulga la nueva Carta y queda sin efecto la antigua. Al día siguiente, 30, se publica la Constitución, pero sólo entra en vigencia el 31.

Esto quiere decir que entre una Constitución y otra, existen dos días en blanco: los días 29 y 30 de diciembre de 1993, en los cuales el Perú no tiene Constitución. Claro, podría argüirse que el desplazamiento de la vieja Constitución por la nueva, se produce el 29, pero sólo surte efectos el 30. Pero aun así, quedaría este día sin normatividad fundamental alguna. Esto es, el 29 habría una coexistencia pacífica de dos Constituciones; el 31 estaría en la vigencia la de 1993, pero el día 30 quedaría en el limbo. Habría, pues, en el mejor de los casos, un día en blanco, sin Constitución alguna. Ahora bien, ¿qué pasó ese día? Y ¿qué con los hechos que sucedieron? ¿Por cuál de las Constituciones se regirán?

Creo que una respuesta práctica, creativa, sería decir que si bien la del '79 había sido desplazada, sus efectos se extendieron hasta el día 30, por la conocida tesis del *horror vacui*, es decir, el terror al vacío, pues el derecho no soporta lagunas: si las hay, tenemos que llenarlas.

* Publicado en **Síntesis**, Lima, 21 de mayo de 1999.

El problema es pequeño y casi un juego de artilugio, y además, ya pasó y todo transcurrió sin percance alguno. Pero las cosas pequeñas también tienen su encanto, aun cuando no sea más que para estimularnos en el ejercicio académico.