

DOMINGO
GARCÍA
BELAUNDE



LA CONSTITUCIÓN EN EL PÉNDULO



AREQUIPA
1996

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

**LA CONSTITUCIÓN
EN EL PÉNDULO**

**Editorial UNSA
Arequipa 1996**

**A Jorge Carpizo,
a quien tanto debe
el constitucionalismo
latinoamericano.**

- © Derechos de autor
reservados - Decreto Lesglativo núm. 822
- © Editorial UNSA
Universidad Nacional de San Agustín
(Arequipa, Perú).
- © Domingo García Belaunde
Primera edición: Arequipa 1996

Carátula :
Patio interno del Complejo Chávez de la Rosa
Universidad de San Agustín de Arequipa

Edición al cuidado de :
Alfredo Alpiste Bazalar
Calderón de la Barca 131
Lima 32
Telf.: 463-2934

Diagramación :
Ana Mariela Soto Alpiste
Telf.: 4624171

SUMARIO

DEDICATORIA	V
PRESENTACIÓN	VII
A MANERA DE PRÓLOGO	IX
I. El constitucionalismo peruano en la presente centuria	1
II. Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979	35
III. Forma de gobierno en la Constitución peruana	71
IV. Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano	89
V. El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú	109
VI. ¿Reforma constitucional?	119
VII. Nota sobre las garantías constitucionales en el Perú	141
VIII. Sobre el movimiento constitucional peruano	147

IX. Derecho económico y constitución económica	157
X. La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho comparado	161
XI. Garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en el Perú	175
XII. El referéndum constitucional	185
XIII. Miscelánea	193
1) El precio de pelear	195
2) De los políticos, libranos Señor	200
3) Profesores de Derecho Constitucional se pronuncian contra el golpe de Estado	204
4) El plebiscito posible	206
5) Debe modificarse sólo una parte de la Constitución	210
6) Sobre el proyecto de nueva Constitución	214
7) El liberalismo como frenesí	220
8) Rescatar la Constitución	223
9) Los sistemas constitucionales iberoamericanos	225
10) Declaración a favor del “no”	228
11) ¿Qué Constitución?	230

Presentación

Con la satisfacción del admirador y del amigo -no de la autoridad- dejo constancia, en estas pocas líneas, de las calidades intelectuales, morales, profesionales del doctor Domingo García Belaunde, Profesor Honorario y docente de la Maestría de Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional de nuestra Universidad.

Se conoce a Domingo García Belaunde como uno de nuestros más distinguidos constitucionalistas, que combina sus calidades teóricas, con un ejercicio profesional de gran dignidad y eficiencia.

Para lograr un mundo cada vez más seguro para el ser humano, son indispensables el imperio de la ley, el respeto a los derechos fundamentales y la supremacía de las Constituciones. A estas tareas se ha comprometido vital y doctrinalmente Domingo García Belaunde.

Desde el siglo XIX, Arequipa, desde nuestra Universidad, produjo notables aportes a la ciencia jurídica nacional. Abogados, jurisconsultos de nota y juristas egregios desfilaron por nuestro claustro, y pusieron las bases del derecho patrio. Como simple ejemplo, y sin que esto agote una lista de por sí extensa, son ejemplares las obras de Francisco García Calderón,

autor de un célebre "Diccionario de la Legislación Peruana", en dos tomos que, según Basadre, es la obra más representativa del siglo XIX. Y la de Toribio Pacheco, quien puso las bases del derecho civil peruano y de nuestra historia constitucional.

En el empeño de rescatar nuestras tradiciones y, como tarea ineludible, de fundar nuevas y superiores, para el futuro, incluimos la publicación de los trabajos de juristas nacionales que, desde diversos campos, realizan valiosas contribuciones, y que nos han honrado, en más de una oportunidad, con una visita a nuestro centro de estudios.

Entre ellos, el doctor Domingo García Belaunde ha sido uno de los más constantes y cordiales para nuestra Universidad, con la cual, además, está vinculado familiarmente.

Expresamos, por ello, nuestra complacencia por contribuir a la publicación de este texto suyo, que recoge ensayos de plena actualidad.

Arequipa, 1996 noviembre

JUAN MANUEL GUILLÉN BENAVIDES
Rector de la Universidad Nacional de San Agustín

A manera de prólogo

Como casi todos mis libros, éste es, en lo esencial, un fruto de la coyuntura. Obedece al requerimiento de buenos amigos, para que publique algunos de mis ensayos, lo que me ha obligado a la búsqueda de diversos textos, algunos escritos hace algunos años, para ver cuáles eran rescatables y cuáles no. Con ese criterio, he escogido los que creo son los más significativos y he dejado de lado otros que no lo son tanto, o que tienen ya su propia difusión, o simplemente, porque son demasiado puntuales para una compilación como la presente, o porque considero que no debo reproducirlos por ahora. Dentro de estos parámetros, hay varios que he tenido en cuenta. Lo más importante es que, en los momentos actuales, rige una nueva Constitución, que es la de 1993, cuyo futuro, por lo menos en cuanto totalidad, es aún incierto. Hoy en día están claras dos cosas: por un lado, que la Carta de 1993 era en realidad innecesaria, pues lo mismo -y mejor- hubiera quedado hecho en una reforma de consenso, en un ambiente más propicio y sobre todo con una mejor asesoría. Y en segundo lugar que, repitiendo viejas prácticas, el oficialismo ha empezado por violar su propia Constitución, o por incumplirla ante la imposibilidad de ponerla en práctica o alentando y promoviendo reformas a un texto tan reciente. Por estas razones es que, por ahora, sólo se pueden hacer aproximaciones generales y necesariamente provisionales del texto vigente, sobre el cual existen diversas obras panorámicas, de las que me permito recomendar especialmente, el colectivo

editado por la Comisión Andina de Juristas, que es excelente (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*). Ello explica por qué no he tenido inconveniente en publicar aquí varios textos que tienen relación con la Carta de 1979, no sólo porque sus grandes temas persisten en la nueva Constitución, sino porque en ellos se encierra doctrina, tanto nacional y extranjera, que es de actualidad.

Quiero con todo, hacer algunas advertencias sobre esta compilación y son las siguientes:

a) Como siempre sucede en estos afanes editoriales, los textos han sido nuevamente revisados y corregidos, normalmente en cuestiones accesorias, sin afectar el contenido de los artículos y respetando la fecha en la que fueron redactados. Con todo, si mi opinión hubiese variado desde entonces, debe tener presente el lector que cada uno va acompañado de la ficha respectiva, en donde podrá apreciar la fecha de cada ensayo.

b) Dentro de lo expuesto en el anterior acápite, en alguna ocasión el lector encontrará párrafos que no aparecen en los originales: eso se debe a que así estaban pensados y escritos, pero por culpa del editor -alegando generalmente falta de espacio- no los publicó y apareció mutilado. Aquí lo que he hecho es rescatar la integridad del texto y darle la versión definitiva; no en el sentido de que sea perfecta, sino de que es la que realmente corresponde, dentro de ese contexto y a ese momento.

c) Como los textos tienen fecha precisa, debe tenerse esto en cuenta, pues en muchos casos ha salido con posterioridad, bibliografía calificada o se han sucedido cambios legislativos importantes. Poner notas de actualización en cada punto, es algo que demandaría demasiado trabajo y por lo demás, es poco frecuente que así se haga. Comprendo que ellas son útiles, pero tengo el consuelo de que el lector medio sabrá reconocer en cada caso la actualización que corresponda, que, por lo demás, es fácil encontrar en la bibliografía especializada.

d) Tratándose de textos escritos en diversas épocas, es posible que existan superposiciones y quizá, como ya adelanté, algún cambio de opinión. Esto es inevitable y creo que es legítimo dejar constancia de ello, cuando así sucede.

e) Finalmente, una sección titulada "miscelánea" al final del libro, encierra diversos trabajos breves relacionados con la Constitución de 1993 y su entorno, y que merecen un comentario aparte.

* * *

Cuando se produjo el golpe de Estado del 05 de abril de 1992 -hasta ahora sin justificativo alguno- renuncié de inmediato a la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores, único nombramiento oficial que tenía en aquel momento (cf. "El Comercio", de 10 de abril de 1992). Marqué así, como los hechos lo demostraron después, mis distancias con el régimen de facto que una vez más se inauguraba en nuestra historia. Después vinieron dos periodos largos, pero interesantes. El primero fue lo que formalmente podríamos llamar la "dictadura" que se extiende a todo el año 1992, y en el que se busca, tanto a nivel interno, como a nivel internacional, volver a los cauces democráticos lo más pronto posible. Ese año fue intenso, no sólo para los políticos, sino para los técnicos y en especial para los constitucionalistas, pues fueron meses en donde se barajaron diversas posibilidades, no muchas de las cuales eran viables o siéndolo en algún momento, se volvieron luego inviables. En este período, fui un invitado permanente de los medios de expresión y dejé sentada mi opinión de mil maneras, tanto en la prensa hablada como escrita y televisada. De todo ese material -lamentablemente no siempre bien recogido por los medios- he escogido aquellos que me parecen hoy los más relevantes y que además son fieles, ya que no puedo responder de la fidelidad de todo lo que bajo mi nombre publicaron los medios (que por lo general no siempre son respetuosos de las opiniones vertidas o muchas veces no las entienden o las ponen en un contexto distinto). Esta selección, a la cual acompaño textos complementarios, denota en algo el ambiente de esos días.

El segundo momento corresponde a 1993. En él se discute la nueva Constitución que será finalmente sancionada en septiembre, aprobada en apretado referéndum en octubre y promulgada a fines de diciembre. Si bien en esta oportunidad hice una labor crítica semejante a la que realicé en 1978-79 -época en la cual fui quizá demasiado severo en mis juicios, que luego maticé y rectifiqué en publicaciones posteriores- la ventaja de la Carta de 1979 era que nos permitía ingresar a la democracia pluralista, mientras que la del 93 se preludiva más bien como el ingreso a la dictadura, con legitimidad formal, pero con una legitimidad política y sociológica muy debatibles. Por eso, durante 1993 critiqué frontalmente el proceso constituyente y publiqué una selección de las crónicas que contenían mi punto de vista en un libro conjunto con Pedro Planas, bajo el título de *La Constitución traicionada*, Seglusa editores, Lima 1993. Pasado el tiempo y en unos cuantos meses, los frutos saltan a la vista. La Carta de 1993 es copia y calco de la del 79 en más del 65%; y contiene retrocesos notables, sobre todo en materia de derechos humanos,

tratados, sistema electoral, descentralización, etc. Aún más, gracias a críticos como nosotros, es que la Constitución de 1993, aun cuando mala copia de la de 1979, se presenta como un documento aceptable en sus grandes tramos y eventualmente útil en un contexto político distinto. Pero si esta crítica externa no hubiera existido y hubiéramos dejado todo en manos de los "juristas" del oficialismo, el resultado hubiera sido un ente deforme e irreconocible (como lo demuestran las sucesivas versiones y modificaciones, que sufrió el proyecto constitucional a lo largo de dichos meses).

Por tanto, no viene al caso que repita aquí lo que ya dije antes, debiendo lamentar únicamente que por la premura de la editorial, aquel libro polémico no saliese en forma más cuidada. Con posterioridad, me he enterado que el título que pusimos a la obra, de clara raíz trotskista -y que nos pareció adecuado como título de batalla y en cierto sentido subversivo- no era nuevo en el campo constitucional. Un eminente constitucionalista italiano, Vezio Crisafulli, editó un libro con el mismo título: *La Costituzione tradita*, edit. Rinascità, 1951. El dato lo he tomado de los estudios que en su honor ha publicado la editorial Cedam en 1985, pero lamentablemente no he podido obtener la obra hasta el momento, aun cuando deduzco que obedecía a alguna intención similar. Sin embargo, en aquella compilación nuestra faltaron muchas cosas, en parte por ser reiterativas, en parte porque no eran fieles a mis declaraciones y porque al final el tiempo nos ganó y el editor limitó nuestro espacio disponible. Aquí se incluyen algunos de esos textos omitidos, con otros que le son conexos y que incluso son posteriores. En fin, he querido dar una panorámica sobre estos dos grandes momentos que completan, en cierto sentido, lo publicado anteriormente, pero que por la unidad de sus temas, pueden ser leídos independientemente.

* * *

El título puesto a la obra es comprensivo y remite a lo que en ella se debate. Al denominarla "La Constitución en el péndulo", hago referencia a lo que es una constitución en sí misma, en su mejor significado político y jurídico, y como instrumento de vida civilizada. A lo que se añade que todo esto ha sido puesto en cuestión en estos años, y a su compás se mueven casi todos los textos aquí recogidos. Por un lado, los estudios más largos han rescatado y debatido ciertos aspectos históricos y problemáticos de nuestra vida constitucional, con sus continuos ajetresos. Y en la parte final, va el gran debate sobre lo que debe ser una Constitución y cuáles son sus verdaderos fines. Es cierto que todos son trabajos que han aparecido en épocas y publicaciones diferentes, pero obedecen a la misma vocación que

el autor mantiene tercamente hace ya varios lustros. En cierto modo, estar en el péndulo es la sensación que siempre he sentido en países como el nuestro, sin tradición constitucional y sin cultura cívica.

* * *

Volviendo a la Carta de 1993, reconozco en ella dos novedades radicales, que es necesario sopesar. La primera, es haber reintroducido la cámara única, tesis con la cual inicialmente estuve de acuerdo y que defendí en diversos textos desde la década del setenta. Pero debo reconocer que esta tesis inicial mía se ha debilitado en algo, y durante el debate tuve más de una vacilación que todavía no logró disipar del todo. Más aún, cuando nuestro unicameralismo no tiene, en principio, control alguno y permite que se apruebe cualquier cosa en un santiamén (pues no existe la doble lectura, que es propia de todo unicameralismo). Además, tiene una composición muy pequeña en proporción con la población electoral, agravada con el distrito electoral único, que termina creando un parlamento que a la larga no representa a nadie. Pienso, por eso, que es un tema que debe ser objeto de mayores reflexiones con miras al futuro.

El segundo aspecto novedoso en la nueva Constitución, es su inequívoca definición ideológica en lo relacionado con los límites de la acción del Estado, que ha concretado en el texto un Estado mínimo, en sintonía con lo que pasa en el mundo actualmente. Por cierto que, para llegar a eso, no era necesario cambiar una Constitución (véanse, si no, las reformas llevadas a cabo en México y la Argentina) sino tan sólo unos cuantos artículos. Pero es indudable que este matiz es importante, pues a la larga influye en la concepción que tengamos sobre el Estado. El tema, sin embargo, nos limitamos a apuntarlo, pues su complejidad reclama un tratamiento más detenido, que dejamos para otra oportunidad.

Lima, octubre de 1994

Domingo García Belaunde

P.D. : Por razones ajenas al autor, este libro estuvo listo para su impresión durante un largo período (más de un año), y sólo ahora se publica y se pone en circulación. Por cierto, nada tengo que añadir ni quitar a los originales así preparados. Por el contrario, podría incluir nuevos textos que, mientras tanto, he ido publicando sobre otros temas (generales y de actualidad). Pero ellos, por su volumen, deben ser juntados en un libro posterior.

Lima, febrero de 1996.

I

EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO EN LA PRESENTE CENTURIA ¹⁻²

1. *Preliminar*

El proceso del constitucionalismo peruano empieza, como se sabe, en 1821, cuando es formalmente declarada la independencia del Perú, por el General José de San Martín, aun cuando recién en 1824 en los campos de Ayacucho, la selló en definitiva el Libertador Simón Bolívar. Desde entonces, se han sucedido, a veces con velocidad de vértigo, acontecimientos políticos, sociales y económicos, acompañados en mayor o menor medida, por la dación

-
- 1 En 1987 se cumplieron setenta años de vigencia de la Constitución mexicana de 1917. Con tal motivo, la Universidad Nacional Autónoma de México realizó diversos homenajes por dicho aniversario, y entre ellos, incluyó una publicación colectiva, con colaboradores a nivel mundial, con el título genérico de "El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX", programada en seis volúmenes, de los cuales tres se encuentran actualmente en circulación. El texto que aquí publicamos, concluido en junio de 1987, fue especialmente preparado para esa edición conmemorativa y aquí se le han hecho algunas adiciones y afinamientos, respetando el período cronológico al que se circunscribe (D.G.B.)
 - 2 Publicado en **Derecho**, Lima, núm. 43-44, 1989-1990; en AA.VV. **El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX**, UNAM, tomo IV, México 1989; en AA.VV. **Doctrina constitucional**, INDEJUC, Trujillo 1992 y como folleto en la colección "Temas de Derecho Público" núm 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1990.

de textos y normas legales fundamentales, que conviene tener presente. Pero como quiera que la promulgación de las constituciones no coincide necesariamente con los grandes acontecimientos políticos y sociales, quizá sea conveniente hacer un pequeño recuento histórico-político, antes de entrar al tema que es objeto del presente trabajo.

2. Ojeada panorámica

Como ha quedado dicho, el Perú proclama su independencia de España en 1821, en forma bastante tardía si la comparamos con los hechos similares que se produjeron en otras partes del continente, explicable no sólo por haber sido la Ciudad de los Reyes la sede del poder central virreinato en la América Meridional, sino por la ausencia de verdaderas élites que buscaran una separación de la metrópoli, aun cuando las individualidades y las gestas aisladas, no faltaron tampoco en nuestro país. Uno de los más preclaros precursores, que no llegó a ser del todo separatista, fue Túpac Amaru II, ejecutado bárbaramente en 1781, momento en que puede decirse que se inicia en el ámbito peruano la chispa independentista, que sólo cuajaría lustros más tarde. En fin, lo cierto es que con la presencia de San Martín en nuestro suelo, se dan los primeros documentos institucionales, y así tenemos el Reglamento Provisional por él expedido en Huaura el 12 de febrero de 1821; al que sigue el Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821, a su vez continuado por la aprobación por el Congreso Constituyente de las "Bases de la Constitución Política de la República Peruana", que es, si se quiere, el documento fundacional del nuevo estado constitucional peruano, pues aquí se sentaron, por vez primera, los principios relacionados con la organización de los poderes del Estado y la defensa de los derechos individuales, acorde con la filosofía liberal e iluminista predominante entonces.

La primera constitución, sin embargo, es la de 1823³, que prácticamente tuvo que suspender su vigencia, cuando fueron entregados poderes omnímodos al Libertador Bolívar, quien fue llamado al Perú para consumar la independencia nacional. A aquélla siguió el texto bolivariano de 1826, destinado por el Libertador a orientar y gobernar todos los países por él liberados, pero que tuvo vigencia efímera.

A estos dos primeros documentos constitucionales, que casi no se

3 La Constitución de 1812, si bien jurada y aplicada en el Virreinato del Perú y valiosa como antecedente, forma parte, en rigor, de nuestra pre-historia constitucional, más que de nuestra historia constitucional propiamente dicha.

aplicaron, sucede la Constitución de 1828, que sienta las bases, a nivel prescriptivo, del nuevo país; primacía del Ejecutivo, coordinación de poderes, autonomía del órgano judicial, presencia de dos Cámaras, derechos individuales clásicos, derecho al sufragio, etc. Esta Carta de 1828, no fue sin embargo de larga duración, pues fue sustituida por otra, la de 1834, a la que sigue el *interregno* de tres años que significó la experiencia de la Confederación Perú-boliviana (1836-1839) que agrupa a Bolivia, al Estado Nor-peruano y al Estado Sud-peruano. Fracasado este movimiento iniciado desde Bolivia por el General Santa Cruz, se sanciona la Constitución de 1839, que vuelve por los fueros de la República Peruana anterior al intento confederado; Constitución que dura hasta 1856, aun cuando por breve tiempo, pues es reemplazada por la de 1860. En 1867 se promulga una nueva Constitución, de signo político contrario a la anterior, pero es derogada al poco tiempo, y la Carta de 1860 recupera su imperio hasta 1919, o más en concreto, 1920, en que se promulga una nueva Carta, la primera del presente siglo, la que es sucedida por dos más; la de 1933 y la vigente de 1979.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que a todo lo largo de su vida republicana, el Perú ha tenido varios Estatutos y normas fundamentales que regularon la actividad del Estado, pero sus textos constitucionales formales, son tan sólo 11: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979.

3. Una clasificación de las épocas históricas

A fin de entender la evolución, o mejor aún, el proceso de nuestro constitucionalismo en la presente centuria, es conveniente hacer una caracterización de la época, no sólo constitucional, sino histórica, y para ello nada mejor que tomar alguna clasificación que nos pueda servir de referencia. Claro está, que las clasificaciones son muchas y muy variadas, y siempre tienen algo de convencional. Así a la altura de 1945, nuestro eminente historiador Jorge Basadre, intentaba varias clasificaciones de nuestra historia republicana, según criterios sociales, políticos, internacionales, etc., en el que podían partirse nuestros diversos períodos, lo que demuestra que es difícil atribuir validez a una sola de ellas, sino que por el contrario, todas tienen algo de verdad y de convencional (una más reciente clasificación efectuada por el historiador Pablo Macera, divide nuestra historia en dos grandes períodos; uno independiente, que va desde los más lejanos tiempos hasta el siglo XVI, y otro posterior, que sería dependiente, que se inicia con la conquista hispánica y que dura hasta nuestros días). En fin, y para no entrar en mayores honduras, veamos *grosso modo*, una clasificación de orden genérica, adoptada por el mismo Basadre, en la póstuma edición de su *Historia de la República del Perú* (1983)

y es la siguiente:

- i) La época fundacional de la república (1822-1842);
- ii) La falaz prosperidad del guano (1842-1866);
- iii) La crisis económica y hacendaria anterior a la guerra con Chile (1864-1878);
- iv) La guerra con Chile (1879-1883);
- v) El comienzo de la reconstrucción (1884-1895);
- vi) La república aristocrática (1895-1919);
- vii) El oncenio (1919-1930); y
- viii) El comienzo de la irrupción de las masas organizadas en la política (1930-1933).

La clasificación de Basadre es la más completa y minuciosa de las que existen hasta la fecha, motivo por el cual es digna de tomarse en cuenta. No obstante, pueden hacerse algunos reproches a esta clasificación e incluso anotar algunas de sus insuficiencias, que aquí señalamos brevemente:

- a)** Utiliza criterios distintos para cada período; así, para el segundo período emplea un elemento económico; para el cuarto un criterio bélico, para el octavo un criterio político, etc.
- b)** Fija períodos que no son independientes de los que vendrían después; por ejemplo los períodos quinto y sexto están íntimamente unidos y deberían ser uno solo; por otro lado, no cabe hacer todo un período autónomo sobre el oncenio, por el simple hecho de que durante esos once años gobernase al Perú un solo Presidente, el señor Leguía.
- c)** La clasificación de Basadre concluye el año de 1933, año que él mismo se fijó como final de su investigación histórica, pues no quiso, expresamente, prolongarla más allá, aunque en ensayos y artículos dispersos trató aspectos sobresalientes de épocas posteriores (esta limitación, por cierto, hay que respetarla, aun cuando no es definitiva, ya que obedece a un propósito metodológico que se impuso el propio historiador).

Con ánimo exhaustivo, y siguiendo las huellas de Basadre, podríamos tentativamente reducir ese esquema a sus rasgos más generales y ampliarlos, y tendríamos otro que aquí enunciamos de manera provisional:

- i) Determinación de la nacionalidad (1820-1842);
- ii) Auge y crisis (1843-1883);
- iii) Reconstrucción y progreso (1884-1919);
- iv) Dictadura y modernización (1920-1968); y
- v) Populismo y democratización (1969-....)

La pregunta que surge de inmediato es cuál es la relación entre esta periodificación y los ciclos de nuestra evolución constitucional, ya que los hechos políticos, sociales y económicos son los elementos definitorios de cualquier periodificación histórica.

Si repasamos brevemente los períodos históricos que hemos mencionado, con los diversos textos constitucionales, vemos a primera vista que ellos no coinciden, lo cual, en términos generales, comprueba la existencia de un cierto grado de autonomía que tiene lo jurídico, con respecto a lo político y esto último con respecto a lo económico.

4. Los períodos de nuestra historia constitucional

Si analizamos nuestros textos constitucionales, es factible que sobre la base de su análisis, en un primer momento formal, podamos extraer alguna periodificación para los fines de nuestro bosquejo histórico-constitucional.

Así, y si dejamos de lado los Estatutos o Reglamentos de carácter provisorio, podemos constatar que el primer documento constitucional -aun cuando no constitución en estricto sentido- es el llamado *Bases de la Constitución Política* de 1822. Estas fueron en realidad las Bases para la Constitución de 1823, pero no lo fueron para las futuras constituciones. Ellas dieron el golpe de gracia a los intentos monarquistas de San Martín al proclamar la República (o sea, la democracia representativa), y los derechos individuales en boga en la época. Garantizaron, además, su adhesión a la Iglesia Católica en forma excluyente de las demás religiones (que luego otras Cartas dejaron de lado) y los jurados en materia criminal (que no se llegó a aplicar). La primera Constitución en sentido estricto es la de 1823, pero no tuvo ninguna influencia y murió al nacer, pues su vigencia era incompatible con la presencia de Bolívar y los amplios poderes que se le dieron. La segunda Constitución es la de 1826, también conocida como constitución boliviana o bolivariana, que creó un congreso con tres cámaras y una presidencia vitalicia, que tuvo vida fugaz. Más bien, fue la Carta de 1828 la que moldeó, en definitiva, el modelo estructural del Estado peruano, que ha durado más de cien años. Analizando este texto de 1828, Manuel V. Villarán ha dicho de ella, que bien puede llamarse la madre de todas nuestras constituciones. Y agrega: "Todas las posteriores dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 (y agregaríamos nosotros la de 1933) son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original". Y concluye: "Esta Constitución puso los durables cimientos de nuestro hogar político". Según Villarán, sus rasgos característicos son: a) reafirmó la forma unitaria del Estado; b) propició la descentralización departamental y

administrativa; c) al igual que el modelo norteamericano, previó un presidente con fuerza suficiente para mandar; d) consagró el principio de la bicameralidad; e) estableció el refrendo ministerial, y f) fijó las garantías constitucionales básicas.

Aun cuando las Constituciones que la siguieron, cambiaron en detalles según la ideología liberal o conservadora que les impusieron las respectivas asambleas constituyentes que las sancionaron, las estructuras básicas duraron por largo tiempo. Las muy liberales, como las de 1856 y 1867, tuvieron vida breve. Un texto moderado y sensato como el de 1860 fue, salvo ligeras interrupciones, el más largo de nuestra historia: sesenta años en total, que van de 1860 a 1920. Cuando en 1919 un gobierno *de facto* quiso justificarse mediante reformas constitucionales, en lugar de reformar la de 1860, se dio una nueva Constitución: la de 1920, que inaugura el largo período dictatorial de Leguía, terminado mediante una revuelta en 1930. Sin embargo, las diferencias entre las constituciones de 1860 y la de 1920, son muy escasas, como lo han señalado los estudiosos de aquel período, aun cuando apunta en la de 1920 un tímido enfoque social, del que carecen las anteriores. Al caer Leguía en 1930, las fuerzas políticas se proponen crear una nueva constitución, no porque la de 1920 no fuese buena en la letra, sino porque representaba la voluntad y el designio de una dictadura que se había derrocado. Esto explica la Carta de 1933, que es prácticamente igual a la de 1920. Esta Constitución de 1933, será reemplazada posteriormente por la vigente de 1979, que sí representa un cambio sustancial (en lo formal), con respecto a las anteriores. Algunas de estas diferencias son: a) amplia protección de los derechos humanos, acorde con los nuevos vientos de doctrina que soplaban desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial; b) afinamiento de la función e integración de los poderes del Estado; c) creación de nuevos órganos constitucionales, en lugar de los tres clásicos, como son el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, etc; d) incorporación de lo que la moderna doctrina llama la "Constitución económica", que está ausente en todas las anteriores constituciones; e) introducción del papel benefactor y empresarial del Estado; f) consagración de la llamada jurisdicción constitucional, en su triple aspecto: el de las libertades, el control de los poderes del Estado que se excedan en la normatividad que expidan, y el reconocimiento de la jurisdicción supranacional.

Si analizamos estos once textos, y sobre esta base intentáramos hacer una división por períodos de nuestra historia constitucional, ellos podrían ser a lo sumo dos:

- a) el que se inicia con la Constitución de 1828, y que pone las bases

- estructurales del Estado peruano, que continuarán todas las constituciones siguientes, hasta la de 1933 inclusive; y
- b) el iniciado con la vigente Constitución de 1979, que reformula, replantea y moderniza la estructura formal del Estado.

Ahora bien, la clasificación antes expuesta tiene el defecto de destacar tan sólo el aspecto normativo, y si bien no llega a ser falsa, sin lugar a dudas es incompleta, y deja muchos sucesos o acontecimientos en la penumbra. Si combinamos la originalidad (relativa por cierto) de nuestras Constituciones, con su vigencia real y efectiva, con los movimientos sociales y políticos que trató de conducir, podríamos hacer una clasificación algo más amplia. Tomando estos elementos, y siguiendo libremente el esquema propuesto por Ricardo Bustamante Cisneros, tendríamos lo siguiente:

- a) **Primer período:** de formación y consolidación institucional (1820 a 1860). Las bases se sientan en 1828, y la experiencia acumulada en estos años difíciles se condensa en la Constitución de 1860, fruto del consenso de diversas fuerzas y que pudo mantenerse sin problemas hasta 1919.
- b) **Segundo período:** (1860 a 1920). Desde fines del siglo pasado, hasta el fin de nuestra *belle époque*. Bonanzas, guerra exterior, periodo de reconstrucción y asomo, desde 1912, de inquietudes sociales con la instauración de un gobierno populista, continuado en 1917 y 1918 cuando empezaron, en forma ostensible, las primeras agitaciones universitarias, obreras y campesinas.
- c) **Tercer período:** De 1920 a 1979. Este período, que inicia lo que algunos han llamado nuestro “constitucionalismo social”, dura en rigor hasta 1979. La Carta de 1920 es reemplazada por la de 1933, que es réplica, y al mismo tiempo copia de los principales enunciados de la Carta de 1920. Virtudes de esta última son haber incorporado al indio y a las tierras indígenas y campesinas bajo la protección del Estado, haber constitucionalizado el *Habeas Corpus* (existente por ley especial desde 1897), haber introducido el arbitraje del Estado en materia laboral, entre otros asertos, que desarrollaremos más adelante.
- d) **Cuarto período:** desde 1979 en adelante. Se parte de esta fecha, si bien el origen de la Carta de este año se encuentra en la revolución militar instaurada en 1968, y que culminó doce años después. Esta Constitución es continuación y negación, al mismo tiempo, del gobierno militar, y representa un cambio de lo existente con anterioridad.

Esta cuádruple periodificación, si bien no es perfecta, sin lugar a dudas tiene un mayor alcance explicativo que las anteriores y es conveniente utilizarla mientras no encontremos otra mejor.

5. *Los inicios del siglo XX*

La presente centuria se inaugura, para el Perú, en 1919, fecha en que acaba, según consagrada expresión del historiador Basadre, la República Aristocrática. Durante los primeros años, e incluso hasta después de concluida la Gran Guerra, vivíamos en pleno siglo XIX. Auge en lo económico: usos señoriales y aristocráticos, ausencia del indio y del obrero en el escenario político del país, predominio de la población rural sobre la urbana, persistencia de varios “perúes”, el Perú oficial al lado del Perú real, clasificación que divulgó en el ámbito hispano Costa primero, y luego Ortega y Gasset (la diferencia que en el siglo XIX hicieron escritores franceses entre *le pays légal* y *le pays réel*, que entre nosotros introdujo Víctor Andrés Belaunde en 1918 y Basadre reformula en 1947). Lo que caracterizaría luego al siglo XX nace en realidad durante la década de 1910: preocupación por el problema indígena, protección del Estado a la clase obrera y a la población indígena; desplazamiento de la influencia inglesa por la penetración capitalista norteamericana; irrupción de las masas en la vida política del país; renovación de la pintura, la música, la historia, la literatura, el derecho, la filosofía. Todo esto se prepara durante la década del diez y empezó a surgir, en ebullición, recién a partir de 1919, coincidiendo con el régimen de Leguía, modernizante y contemporizador, que ayudó a los nuevos cambios para liberarse de la vieja oligarquía que le había impedido el acceso al poder, y que más tarde, iría más lejos de lo que él mismo se lo propuso. Por eso es que puede decirse, como ya se ha anotado, que nuestro siglo XX nace en realidad en 1919, del cual es un pálido reflejo la Constitución sancionada ese año y promulgada en 1920.

6. *Un esquema sobre el siglo veinte*

Desde un punto de vista político y constitucional, hemos dividido el siglo XX en dos grandes períodos: el que se inicia en 1920, con el régimen dictatorial de Leguía y culmina en 1979; y el que parte de este año, aun cuando sus antecedentes más cercanos se encuentran en el gobierno militar instaurado en 1968.

Desde un punto de vista cronológico estricto, podemos advertir en este siglo, a los gobernantes siguientes:

- i) Eduardo López de Romaña (1899-1903),
- ii) Manuel Candamo (1903-1904),
- iii) Serapio Calderón (1904),
- iv) José Pardo (1904-1908),
- v) Augusto B. Leguía (1908-1912),
- vi) Guillermo Billinghurst (1912-1914),

- vii) Oscar R. Benavides (1914-1915),
- viii) José Pardo (1915-1919),
- ix) Augusto B. Leguía (1919-1930),
- x) Sánchez Cerro (1930-1933, con interinazgos de terceros),
- xi) Oscar R. Benavides (1933-1939),
- xii) Manuel Prado (1939-1945),
- xiii) José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948),
- xiv) Manuel A. Odría (1948-1956),
- xv) Manuel Prado (1956-1962),
- xvi) Pérez Godoy-Lindley (1962-1963),
- xvii) Fernando Belaunde Terry (1963-1968),
- xviii) Juan Velasco Alvarado (1968-1975),
- xix) Francisco Morales Bermúdez (1975-1980),
- xx) Fernando Belaunde Terry (1980-1985),
- xxi) Alan García Pérez (1985-1990).

De toda esta relación de veintiún períodos gubernamentales, pueden ser considerados constitucionales por la forma y por el fondo tan sólo trece: López de Romaña, Candamo, Calderón, Pardo (dos periodos), Leguía (primer periodo), Billinghurst, Sánchez Cerro, Bustamante, Manuel Prado (sólo su segundo periodo), Belaunde (en sus dos periodos) y Alan García Pérez. De todos éstos, más del 50% son anteriores a 1919.

Desde un punto de vista del desarrollo económico, podríamos señalar esquemáticamente las siguientes épocas:

- i) de auge : hasta 1929, con altibajos,
- ii) de crisis : 1930 a 1939;
- iii) de estabilidad : 1940 a 1950
- iv) de auge, con intermitencias : 1950 a 1966
- v) de estabilidad : 1967 a 1973
- vi) crisis, con altibajos : desde 1973

Es importante destacar ciertos hechos como son el auge proveniente de las exportaciones, con que se inicia nuestro siglo; posteriormente, con el *crac* de la Bolsa de Valores de Nueva York se desencadena la gran crisis que se arrastrará durante toda la década del 30, época en la cual no sólo se estableció la moratoria de la deuda externa, sino que incluso en varios establecimientos públicos ni siquiera se pagaban los sueldos. La Segunda Guerra Mundial trae cierta prosperidad; aumentan las exportaciones tradicionales como son los minerales, gran sustento de la industria de guerra, que luego por factores políticos bajan hasta la década del cincuenta en que vuelven a subir gracias a la guerra de Corea. Luego, viene el *boom* de la industria pesquera, cuyos efectos duran hasta fines de la década del

sesenta. Posteriormente, entramos en una nueva crisis, cuya solución parece muy lejana, y con su punto de partida en la crisis energética, que empalma con una prosperidad aparente, que luego se derrumba con la presencia de los acreedores que exigen el retorno de una deuda prácticamente impagable. En este estado se encuentra actualmente el Perú y gran parte de los países de la región.

A nivel de influencias constitucionales en este período, podríamos señalar que, aparte de las clásicas influencias norteamericana y francesa que campearon en todo el siglo XIX, en el Perú contemporáneo se hicieron presentes, sobre todo, textos como el mexicano de 1917 (esto para la Carta de 1920), el alemán de 1919 y el español de 1931 (para la Constitución de 1933). En la vigente Constitución de 1979 primaron sobre todo las influencias europeas, especialmente la Constitución española (1978), la italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949); aparte de los textos internacionales y regionales sobre derechos humanos y algunos latinoamericanos (la Constitución de Venezuela de 1961).

En lo ideológico-político, se pasó paulatinamente de un Estado oligárquico existente hasta 1919, a un Estado de carácter mesocrático y asistencialista, y por cierto, dominador. Durante años este Estado se mantuvo inalterado, aun cuando algo influyeron en mediatizarlo, los movimientos de masas (las fuerzas aprista y comunista). El clima empieza a cambiar a partir de la década de 1950, y se refleja constitucionalmente recién en 1964, cuando la Constitución de 1933 es modificada para posibilitar la reforma agraria y permitir a los latifundistas expropiados ser pagados en bonos de alcance largo. En 1968 el experimento militar monta un Estado monopólico, intervencionista, reformista, distributivo de arriba a abajo; de corte populista, que marca un estilo en la vida política del país. La Carta vigente de 1979 no puede escapar a ese influjo, como una atenta lectura de la misma lo puede corroborar.

En lo relativo a lo económico-social, en la década del treinta se gesta una ebullición desde abajo, que saltará recién en la década del 60, con las invasiones de tierras por parte de campesinos desposeídos, la guerrilla desatada en 1965 y otras reivindicaciones populares y nacionalistas (para hacer del Estado el gran dispensador y administrador de los recursos naturales). Una verdadera eclosión social se anuncia en la década del sesenta, que el gobierno civil, primero, y el militar, después, tratan de encauzar. Como producto de esto, viene el desfase del Estado, el reclamo de los más necesitados; la constatación de la desigual distribución de la riqueza, entre otros factores. La articulación trata de ser salvada con una Constitución de compromiso, como es la vigente de 1979, y con ella empieza a discurrir el país desde hace algunos años. Sus frutos podrán observarse

sólo cuando se tenga una mejor perspectiva de los tiempos actuales. En todo caso, historiadores, sociólogos y políticos, han coincidido en señalar, ya desde fines del siglo pasado con Manuel González Prada, que el Perú está lejos de ser una nación. En fecha reciente, un conocido antropólogo, José Matos Mar, ha precisado que todavía el Perú no ha soldado su doble herencia, la incásica y la hispánica, que será la base de una verdadera nación, y que es la tarea que tiene por delante el Perú de cara ya al siglo XXI.

7. La historia política desde 1900 a la actualidad

El inicio del siglo XX coincide con la presidencia de Eduardo López de Romaña, elegido en 1899 y con un mandato de cuatro años, que concluye el 8 de setiembre de 1903. A caballo entre dos siglos, y fruto de la unión política de los dos partidos principales de la época (Partido Civil y Partido Demócrata), Romaña tuvo un período sin incidencias; continuó la obra material iniciada por su predecesor, y prosiguió en el arreglo de ciertos problemas limítrofes que tenía pendiente el país, y que todavía darían qué hacer a sus sucesores.

A partir de entonces, el Partido Civil, conocido en la jerga política como "civilismo" (fundado por los grandes intereses guaneros y agro-exportadores) se haría del poder casi sin excepciones, hasta 1919, cubriendo un período bastante largo (1899 a 1919).

El año 1903, al terminar Romaña su período, se parte en dos, como ya hemos dicho, la alianza civil-demócrata. Don Manuel Candamo, elegido ex-presidente en 1903, es víctima de una enfermedad imprevista y mal tratada que puso fin a sus días, pocos meses después (diciembre de 1904). A la muerte de Candamo, se hizo cargo del mando el segundo vice Presidente de la República, don Serapio Calderón (el primer vice Presidente, Lino Alarco, había fallecido antes que Candamo).

Las elecciones convocadas poco después, dieron la victoria a José Pardo y Barreda, quien cumplió su período de 1904 a 1908. Pardo era hijo del Presidente Manuel Pardo (1872-1876) y volvería más tarde a la presidencia, como veremos luego. Aspectos importantes de la gestión de Pardo, es su preocupación por los problemas limítrofes que nos agobiaron toda la pasada centuria y gran parte de la presente, así como haber impulsado en forma eficaz la instrucción pública, aumentando el control, la reglamentación y construcción de escuelas supervisadas por el Estado. Dio también impulso a la expansión de las líneas del ferrocarril.

A Pardo sucedió Augusto B. Leguía, quien gobernó de 1908 a 1912, en medio de no pocos problemas y contradicciones. En 1909 tuvo que sofocar

un golpe de Estado, que hubiera roto la normalidad institucional existente desde 1895. Los hechos son los siguientes: el 29 de mayo de 1909, Leguía fue sacado de Palacio de Gobierno por una multitud que lo paseó por toda la ciudad, y que lo maltrató, exigiéndole su renuncia. Éste se resistió con valentía, lo que dio pie para que la custodia presidencial llegase a tiempo a rescatar al Jefe de Estado. Si bien la intentona fue más obra de la audacia que de una intervención premeditada, es indudable que el hecho marcó al período, y sirvió luego a su protagonista para volver años más tarde, otra vez, a la presidencia. Afrontó Leguía problemas de política interna, como los ya referidos, así como de orden externo, pues incluso hubo conflictos en la frontera colombiana (La Pedrera), y al tener problemas con la oposición, aplicó medidas represivas que desprestigiaron al régimen.

Las elecciones fueron agitadas en 1912, cuando Leguía terminó su período, y al no existir los márgenes necesarios para proclamar vencedor de las elecciones, el Congreso, de acuerdo con la Constitución de 1860, entonces vigente, proclamó como Presidente a don Guillermo Billinghurst, quien es el primer presidente, con apoyo popular y que sanciona medidas sociales y proteccionistas de nuevo cuño. Aun cuando tímidamente, asomaron en este período algunas protestas sociales, y como consecuencia de ellas, se dictaron las primeras normas sobre protección de los accidentes de trabajo y la jornada de las 8 horas. Sin embargo, el manejo de los problemas internacionales no fue bien llevado, y ocasionó un ambiente hostil contra el mandatario, a lo que hay que añadir sus malas relaciones con el Congreso, todo lo cual preparó un ambiente golpista con apoyo parlamentario, que se concretó el 4 de febrero de 1914, a cargo del coronel Oscar R. Benavides, quien se hizo de la presidencia durante un año, al cabo del cual, mediante justas electorales, fue electo Presidente José Pardo, esta vez en su segundo período (1915-1919).

Iniciada la Primera Guerra Mundial, afrontó el país dificultades de diverso orden, en relación con los depósitos en la banca y las reservas internacionales, que hicieron difícil la administración gubernamental y que sólo al finalizar el gobierno de Pardo, empezó a superarse. A diferencia de su anterior gestión, en su segunda administración, Pardo vivió con bonanza, pero no hubo mayor preocupación por hacer obras o arreglar problemas externos.

Al finalizar su mandato, Pardo convocó a elecciones generales. En ellas participó Leguía, obteniendo amplia mayoría sobre sus adversarios, la cual debería ser confirmada por el Congreso, de acuerdo a la legislación de la época. Sin embargo, temiendo una eventual maniobra fraudulenta, Leguía dio un golpe de Estado, e inauguró una nueva etapa que tendría larga

duración. En lo personal, Leguía se perpetuó en el poder un total de casi once años, promulgó una nueva Constitución en enero de 1920, que si bien con pocas diferencias con respecto a las anteriores, tuvo sin embargo importante repercusión política, como lo veremos más adelante.

En lo político, Leguía significó la cancelación de los partidos históricos (es decir, el Civil, el Demócrata, el Constitucional) que habían gobernado prácticamente sin interrupción desde fines del siglo XIX. Leguía debió concluir su mandato en 1924, pero mediante expresa reforma constitucional, se hizo reelegir por un período más, que culminó en 1929, año en que nuevamente se hizo reelegir. Se convirtió pues, de facto, en un dictador, que violó continuamente la misma Constitución que había promulgado. Cayó, como veremos, en agosto de 1930. Los aspectos centrales de su administración, pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Conculcación de las libertades públicas, en especial de la libertad de expresión, que llegó al extremo de imponer censura a los medios de expresión, y a la incautación de uno de ellos, el diario "La Prensa", que sólo años más tarde fue devuelto a sus propietarios legítimos.
- b) Excesivo centralismo, no obstante haber propiciado la creación de Congresos Regionales, que prácticamente no funcionaron. Se eliminó la elección popular de los municipios, y se la reemplazó por Juntas de Notables.
- c) Solución de nuestros problemas limítrofes, en fórmulas sujetas a discusión, pero que han dado tranquilidad al país desde entonces. Quedó pendiente el problema limítrofe con el Ecuador, que se zanjó tan sólo en 1942, pero que todavía permanece abierto, por no haberse terminado el proceso de colocación de hitos en 78 kilómetros de fronteras.
- d) Creación del Banco de Reserva.
- e) Vasto desarrollo de obras públicas, en especial en la ciudad de Lima, a la que transformó por entero, rompiendo moldes urbanos que tenían más de un siglo.
- f) Implantación de medidas sociales, que son acompañadas por nuevas manifestaciones artísticas y culturales. En ese período de once años floreció lo que caracterizaría al país durante las décadas siguientes, como es el indigenismo en la literatura y en el arte; así como las nuevas interpretaciones de la realidad nacional (Mariátegui y Haya de la Torre); la literatura (Luis A. Sánchez), la historia (Basadre y Porras), etc.
- g) Política caminera.
- h) Política de empréstitos para compensar déficit internos.

Leguía cambió al país. Tras su caída en agosto de 1930, vendrán

agitados períodos. Sánchez Cerro forma una Junta Militar, que dura poco tiempo, hasta febrero de 1931. A este gobernante suceden el Arzobispo de Lima, Monseñor Holguín, y luego el Presidente de la Corte Suprema, don Ricardo Leoncio Elías, que a la semana es reemplazado por el Comandante Gustavo Jiménez, quien es echado por una Junta presidida por David Samanez Ocampo; y todo esto, en un solo mes; marzo de 1931. La Junta de Samanez va a marcar época. Intenta la reorganización política del país; para lo cual nombra sendas comisiones, una para que presente un proyecto de Constitución que será presidida por el jurista Manuel Vicente Villarán y otra de reforma de la Ley Electoral. Al mismo tiempo, convoca a elecciones generales en octubre de ese año, en las cuales es elegido Sánchez Cerro, quien instala su gobierno en diciembre de 1931, y dura hasta abril de 1933, en que cae asesinado. A partir de la toma del poder por Sánchez Cerro, hasta fines de 1945, vive el país en medio de grandes incertidumbres, y con seria crisis económica y total apagamiento de las libertades públicas. Es la época también de elecciones dirigidas, de escasez, de falta de crédito en el exterior, de problemas limítrofes y de leyes de emergencia que controlan la actividad política y los medios, con gran número de deportados.

En 1933, al caer asesinado Sánchez Cerro, es elegido para sucederle el general Oscar R. Benavides, quien había desempeñado anteriormente la presidencia de facto, como ya hemos visto (1914-1915). Benavides es muy sagaz como gobernante, actúa como un dictador, pero deja tras de sí una obra laudable.

Benavides es elegido por el Congreso de ese año, por cuanto en esa época, no existía en la Constitución de 1933 la figura de la vice presidencia, que sólo sería reincorporada años más tarde. El período de Benavides debió terminar en 1936, fecha en que finalizaba el período para el cual fue designado. Pero el Congreso Constituyente anuló las elecciones de 1936, y prorrogó el mandato de Benavides hasta 1939. En el haber de Benavides encontramos una amplia política caminera, la implantación del seguro social, una vasta obra construida (barrios obreros, incluyendo edificios públicos como el local del Palacio de Justicia, actualmente en funciones); la concreción de la carretera Panamericana, la promulgación de importantes dispositivos legales, como el Código Civil de 1936, más tarde reemplazado por el vigente sancionado en 1984, etc.

A Benavides sucede en el poder Manuel Prado (1939-1945) período que coincide con el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. En este período se zanja, a nivel formal, el último problema limítrofe que mantenía el Perú, al fijarse los límites con el Ecuador en 1942. Prado hizo también obra pública, tecnificó el Ejército, tuvo un sano manejo de la administración pública, pero no obstante los moldes constitucionales en los cuales se

desempeñó, no fue precisamente un defensor de las libertades ciudadanas.

En 1945 se restauran las libertades políticas en el país, luego que éstas decayeron notablemente desde 1932. Si hacemos un análisis de lo que va de siglo, podemos comprobar que la democracia política impera desde fines del siglo pasado, y con algunas intermitencias dura hasta 1920; luego viene un largo período de oscurecimiento de dichas libertades hasta 1930; año en que hay un renacer que sucumbe nuevamente en 1932 y sólo reaparece en 1945, cuando todas las fuerzas políticas actuantes y en vigencia en aquel momento, deciden optar por un solo candidato auspiciado por el recién constituido Frente Democrático Nacional, que lleva a la presidencia a José Luis Bustamante y Rivero. No obstante, este limpio proceso iniciado con tantos auspicios, empieza a naufragar a los dos años (cuando el Presidente se queda sin Cámaras). Un año más tarde, en 1948, es derrocado por la presión de grandes intereses agro-exportadores afectados. Entre las obras de este gobierno, que por lo demás tuvo tan poca oportunidad de actuar; está la política de viviendas para la clase media, en grandes conjuntos residenciales, completando las viviendas obreras que inició en la década anterior el gobierno del general Benavides; así como otras inversiones y el apoyo a la educación.

En 1948, se instaura un gobierno de facto que dura hasta 1950, año en el cual es elegido Presidente Manuel A. Odría, el mismo que había dado el golpe de Estado y que presidió la Junta en 1948. Por eso es que para efectos prácticos, al gobierno de Odría se le sindicaba como el "ochenio", o sea, el período que corre de 1948 a 1956. Considerándolo hasta esa fecha, el de Odría puede ser el más eficaz de los gobiernos en este siglo, pues fue fecundo en la construcción no sólo de carreteras, sino de edificios públicos, escuelas, viviendas, etc. Como contrapartida, desde el punto de vista político, el régimen fue una dictadura, pues tuvo presos, perseguidos o deportados a los miembros de la oposición.

Las elecciones de 1956 permitieron la aparición de nuevas fuerzas políticas que iban a tener más tarde un desarrollo espectacular, pero representó al mismo tiempo, el retorno por segunda vez, de Manuel Prado a la Presidencia de la República. Su período transcurrió apaciblemente y desarrolló la labor rutinaria que tiene todo gobierno, pero lo más importante es que instauró un perfecto ambiente de convivencia política, que permitió el libre desarrollo de la prensa y de los partidos políticos, tanto de los que apoyaban al régimen, como de los que se encontraban en la oposición. A diferencia de su primer gobierno, en el cual Prado fue más bien un dictador encubierto, en el segundo existió un ambiente democrático, y preparó a la ciudadanía para mejores logros. Prado significó además el retorno a las libertades políticas, que se habían oscurecido después de 1948, así como la

derogación de las leyes de emergencia que habían afectado la normalidad institucional y política del país desde 1932 (con la excepción del trienio 1945-1948).

El 18 de julio de 1962, faltando escasos diez días para que Manuel Prado culminara su período, es derrocado por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, inaugurando así un nuevo tipo de militarismo. En realidad, el golpe de Estado fue dado no contra Prado, que terminaba su período, sino contra la posible elección de Haya de la Torre a la Presidencia (una tradicional disputa del Apra con el Ejército había arrancado en 1932, y sólo desaparecería definitivamente en 1979, con la muerte de Haya de la Torre, fundador y líder de ese partido). La Junta Militar de Gobierno, verdaderamente institucional, se queda en el poder tan sólo un año y convoca a elecciones en 1963. Este año es elegido Presidente Fernando Belaunde Terry, quien debió terminar su período en 1969, pero cae derrocado en 1968. Su administración se caracteriza por haber ejecutado o iniciado grandes obras de infraestructura con sentido de futuro; así la denominada Carretera Marginal de la Selva, y un vasto plan de viviendas, puentes, carreteras y escuelas. Desde el punto de vista político, continuó la huella de Prado, ahondándola y con mucho mayor mérito, pues por el cambio del sistema electoral y la alianza de sus adversarios, se quedó sin mayoría en el Congreso, lo cual debilitó enormemente su gobierno. Sentó las bases del futuro Estado-empresario, e incluso de la solución que luego se dio a la controversia con la International Petroleum Company (IPC) así como la reforma agraria, que fue matizada en el parlamento por la oposición (Apra y Odriismo). En todo caso, la excesiva fragilidad del gobierno lo hizo tan vulnerable, que un golpe de Estado presidido por el general Juan Velasco Alvarado, le puso término el 3 de octubre de 1968.

El gobierno militar de 1968 se presentó desde un principio como revolucionario e hizo vastas obras que lo pueden calificar como tal. Algunas de ellas son: i) reestructuración del aparato del Estado; ii) continuación y profundización de la reforma agraria; iii) creación en forma del Estado empresario, reservándose para sí importantes sectores en exclusividad, como es el caso de los servicios de luz, la explotación del petróleo, etc.; iv) reestructuración de la comunidad indígena en la sierra; v) reestructuración del régimen de propiedad en la actividad manufacturera; vi) rediseño de la política exterior del Estado, en reemplazo de la que imperaba desde fines del siglo pasado, que fue montada para defender las cuestiones limitrofes no saldadas; vii) reestructuración del régimen educativo. Estas y otras reformas atraviesan y condicionan todo el período militar que va desde 1968 hasta 1980, aun cuando a partir de 1975, tales enfoques quedan matizados, disminuidos o redimensionados, con la llegada al poder del general Francisco Morales Bermúdez, que derroca al general Velasco, acusado de

autoritarismo y personalismo. Entre los aspectos francamente censurables de este largo período, deben señalarse fundamentalmente dos: haber eliminado la democracia política que vivía el país y haber suprimido toda forma de libertad de expresión, lo cual culminó con la incautación de los diarios de circulación nacional en julio de 1974, devueltos a sus propietarios tan sólo en julio de 1980, cuando volvió el país al régimen constitucional.

Desde un punto de vista institucional y político, el gobierno militar es simplemente una dictadura: clausura diarios, hasta que los confisca a todos; apresa, deporta a la oposición; persigue todo conato opositor. Pero, por otro lado, al iniciar grandes cambios despierta simpatías en diversos sectores, y ellos, sin lugar a dudas, quedarán, aun cuando hayan sido reformulados o replanteados. El gobierno militar se enfrenta con la oposición y sobre todo a una crisis muy seria, iniciada en 1973 con la crisis energética, y que sumada a la deuda externa, agobia al país desde entonces. Es importante también esta etapa, porque en julio de 1977 se convocan elecciones para una Asamblea Constituyente, que se instala el 28 de julio de 1978, y que durará en funciones exactamente un año. La nueva Constitución es aprobada y sancionada en 1979; pero sólo entrará en vigor en 1980, cuando se instala el nuevo gobierno constitucional, por un período de cinco años, presidido por Fernando Belaunde Terry, esta vez en su segunda administración.

La instauración del nuevo régimen en 1980 significó varios aspectos positivos; el primero de ellos devolver a sus legítimos propietarios los medios de expresión escrita, después de seis largos años de dictadura y mordaza, lo que es continuado por el libre juego de las instituciones, tanto públicas como privadas. A diferencia de su primera administración, en que el programa reformista de Belaunde es enervado por una mayoría (el Partido Aprista más la Unión Nacional Odríista); en esta oportunidad el gobierno tiene mayoría en las Cámaras, motivo por el cual no hay bloqueos que frenen el desarrollo del régimen. Pero, si bien con mayoría parlamentaria, el gobierno se esmera en ser un gobierno de transición, sin hacer nada nuevo ni espectacular. Continúan las obras de orden eléctrico, sanitario, la construcción de escuelas, puentes, carreteras, etc. dentro de un tono moderado y respetuoso del orden jurídico. Sin embargo, asoman dos problemas que hasta ahora afligen al país: la subversión desatada por el grupo terrorista, escindido del Partido Comunista, conocido simplemente como "Sendero Luminoso", y la seria crisis económica, tanto interna como externa, que lleva a una parálisis de la economía, y posteriormente a una situación delicada con los acreedores extranjeros, que se agudizará a partir de 1985.

El período de cinco años (1980-1985) lo culmina Belaunde satisfactoriamente. Las elecciones generales son convocadas a fines de 1984, y se llevan a cabo en el mes de abril de 1985. Pero sucede lo previsto: ninguno de los candidatos ha alcanzado más de la mitad de los votos, y es necesario recurrir, en principio, a la segunda vuelta, institución novísima, prevista en la Constitución de 1979. Tras un agitado debate, la segunda fuerza política, Izquierda Unida (IU) con su candidato Alfonso Barrantes Lingán, declina participar en una segunda elección, y el Jurado Nacional de Elecciones proclama a Alan García Pérez, candidato del Partido Aprista, como ganador de la contienda, y por un período de cinco años (1985-1990).

El nuevo gobierno, aprista, llegado al poder después de más de cincuenta años de participación en la vida política del país, trajo nuevos ímpetus. Se mostró decidido a combatir la acción subversiva, a dar un sentido de autoridad al aparato del Estado, a frenar la inflación y a promover el desarrollo interno, a limitar el pago de la deuda externa al 10% de las exportaciones y a inaugurar una nueva política exterior, acercándose a los pueblos del Tercer Mundo, lo que incluye un apoyo al régimen sandinista. Igualmente agiliza los pasos para poner en ejecución el proceso de regionalización previsto en la Constitución y a favorecer a las zonas más deprimidas del país, calificadas a partir de entonces con el nombre algo caprichoso de «trapezio andino». Este empeño dio sus frutos; en dos años ha crecido el producto bruto interno, las libertades públicas se han mantenido, pero en el gobierno se ha acentuado la tendencia a copar los principales puestos y departamentos públicos, con la idea de que el partido gobernante maneje el aparato del Estado sin interferencias y a veces con excesos (matanza en los penales en junio de 1986). A fines de 1986, se inicia una campaña, promovida desde el poder, para modificar la Constitución y permitir la reelección inmediata, que a la postre fracasó. Los primeros dos años de gobierno encierran una gestión exitosa a nivel de manejo de la economía interna, aumentando la demanda, pero sin ninguna garantía de que esta reactivación económica tenga larga duración. En mayo de 1987 el modelo da síntomas de deterioro. En las actuales circunstancias el panorama todavía es promisorio, aun cuando el futuro no deja de despertar incógnitas, que el tiempo se encargará de despejar.⁴

8. Algunos problemas y algunas situaciones no resueltas

Haciendo un balance de lo que ha sucedido en la presente centuria,

⁴ Téngase presente que este trabajo alcanza sólo hasta 1987, en razón del homenaje al cual está destinado (Nota de 1994).

podemos extraer una conclusión general a nivel político: el sistema que funcionó a nivel de élites en el siglo pasado y que así continuó hasta 1919, ha visto aparecer los grandes partidos que a su vez representan la inserción de las masas en la vida política del país. Por un lado, los problemas han aumentado, pero por otro ha habido mejoras sensibles. Se ha ensanchado el nivel de productores y consumidores, los órganos constitucionales funcionan con mayor regularidad y consistencia. El sistema electoral empezó una nueva etapa en 1931, después de varias décadas de procesos impuros, y se sentaron entonces bases duraderas, que lamentablemente tuvieron un eclipse largo, que llega, en términos generales hasta 1956. Desde este año existe una mayor pureza electoral y desde 1963, no hay un solo proceso que haya podido ser calificado como fraudulento o vicioso.

El movimiento sindical, campesino, gremial, ha aumentado su participación en la vida del país. Ha sido extendida la red de comunicaciones; el país se ha modernizado, como lo demuestran los medios masivos de comunicación, la marea creciente de industrias manufactureras y el auge de las exportaciones no tradicionales; el aumento de la producción y la productividad, y también una mayor intensidad de la vida cultural. Por cierto, todo esto no es un desarrollo lineal, sino con altas y bajas. De hecho, en algunos sectores hay un franco retroceso, pero en términos generales se ha adelantado, lo cual no significa que todos los problemas hayan sido resueltos. Finalmente, hay que mencionar que el afianzamiento constitucional, ha traído dos aspectos importantes: el respeto a la legitimidad constitucional y el alejamiento del fantasma "golpista". Esto se comprueba en dos hechos recientes: la reorganización de las Fuerzas Policiales, y su unificación paulatina en una sola (Policía Nacional), y la creación del Ministerio de Defensa (abril de 1987), en lugar de los tres ministerios existentes durante años. Ambas medidas se han llevado a cabo públicamente, con grandes debates, pero sin erosionar el sistema.

9. Las tres constituciones del presente siglo

Hemos ya adelantado que el siglo se inicia con la Carta de 1860, la cual fue reemplazada por la de 1920. Pero en rigor, la Carta de 1920 no era necesaria. Como veremos más adelante, y salvo algunas modificaciones menores, la Constitución de 1860 casi no difiere de la de 1920, por lo que no puede menos que concluirse que la de 1920 no era imprescindible. Esta última fue promulgada en forma *ad hoc* por el nuevo gobierno del señor Augusto B. Leguía, quien permaneció dictatorialmente en el poder durante once años. Cuando cae derrocado en 1930, su Constitución sigue igual suerte. En consecuencia, se discutirá y aprobará una nueva Constitución, la de 1933. Si analizamos este texto y lo comparamos con el de 1920, vemos

también muy pocas diferencias, y cabría preguntarse si valía la pena desde el punto de vista formal, sustituir la Carta de 1920 por la de 1933. Pero lo que no era lógico desde un punto de vista jurídico, sí lo era desde una lógica de la política. Tuvo que darse pues una Constitución. que en sí misma era innecesaria, pero que políticamente sí lo era. Por fin adviene la vigente Constitución de 1979, que rompe todos los esquemas previos, tanto a nivel de Estado como de regulaciones, procesos y garantías. Si bien recoge en esencia lo más positivo e importante de la tradición política del Perú, en otros puntos es totalmente innovadora. Esta Constitución es pues, en cierto sentido, tradición, y en otro, ruptura. Es en rigor, en este siglo, la única Constitución verdaderamente necesaria, innovadora y representativa de las necesidades del país. Es de esperar que sea también la última de esta centuria.

10. La Constitución de 1920

El 4 de julio de 1919 se instala el gobierno provisional de Augusto B. Leguía, llegado al poder mediante un golpe de Estado civil, apoyado por elementos castrenses. Acto seguido convoca a una Asamblea Nacional para reformar la Constitución (de 1860). En forma paralela, somete a la ciudadanía mediante plebiscito, 19 puntos para una reforma constitucional. Tales puntos eran los siguientes:

- i)** La renovación del Poder Legislativo será total y coincidirá necesariamente con la renovación del Poder Ejecutivo. El mandato de ambos poderes durará cinco años.
- ii)** El Poder Legislativo constará de un Senado compuesto de 35 senadores y de una Cámara compuesta por 110 diputados, cifra que no podrá modificarse sino por expresa reforma constitucional.
- iii)** Los senadores y diputados serán elegidos por voto popular directo.
- iv)** El Congreso ordinario funcionará cuando menos noventa días al año y ciento veinte cuando más.
- v)** Las Cámaras se reunirán únicamente para instalar sus sesiones, sancionar los tratados internacionales, y cumplir las atribuciones electorales que la Constitución asigna al Congreso.
- vi)** Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y todo empleo público.
- vii)** Los ministros diplomáticos serán nombrados por el Gobierno, con aprobación del Senado.
- viii)** Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.
- ix)** Los nombramientos judiciales de primera y segunda instancia. serán ratificados por la Corte Suprema, cada cinco años.
- x)** La contribución sobre la renta será progresiva.
- xi)** Los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos al arbitraje obligatorio del Estado.

- xii)** El Congreso no podrá otorgar gracias personales ni aumentar el sueldo de los funcionarios públicos sino por iniciativa del Gobierno.
- xiii)** No podrá crearse moneda fiduciaria de curso forzoso, salvo en el caso de guerra nacional.
- xiv)** Habrá tres legislaturas regionales, al norte, centro y sur de la República, con diputados elegidos por las provincias al mismo tiempo que los representantes nacionales. Estas legislaturas tendrán todos los años una sesión que durará treinta días improrrogables. Sus resoluciones serán comunicadas al Poder Ejecutivo para su cumplimiento.
- xv)** Los concejos provinciales son autónomos en el manejo de los intereses que les están confiados.
- xvi)** Habrá un Consejo de Estado compuesto por seis miembros.
- xvii)** Sólo el gobierno podrá conceder, conforme a ley, pensiones de jubilación, cesantía y montepío.
- xviii)** Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado.
- xix)** El próximo Congreso se instalará el 15 de setiembre de este año (1919) presidido por el Presidente del Senado y funcionará durante treinta días como Asamblea Nacional, para promulgar las reformas que resulten aprobadas por el voto plebiscitario.

Estos puntos fueron analizados por una Comisión presidida por Javier Prado, quien propuso un texto reformado de la Constitución de 1860, al cual se habían insertado diversas normas y de manera especial los puntos sancionados plebiscitariamente. Tal proyecto fue remitido a la Asamblea Nacional, en donde ocasionó un serio *impasse*. Mientras que unos sostenían la necesidad de reformar la Constitución de acuerdo al mandato popular, otros argumentaban que había que hacer una Constitución nueva, que recogiese esos y otros puntos más. En los ardorosos debates de esos días, se afirmó que la Asamblea no tenía poderes constituyentes, o que si los tenía eran sólo para introducir las reformas votadas popularmente, pero no para ir a una nueva Constitución. El nuevo gobierno sin embargo, que representaba una fuerza distinta a las fuerzas en pugna, quiso distinguirse por dar una nueva Constitución, y eso lo consiguió a través de sus partidarios en las cámaras. Tras largos debates, se arribó a la conclusión de que el plebiscito era «irrevocable», esto es, no podía dejarse de lado, pero no era «intangible». Fruto de ello fue la sanción de la nueva Constitución Política del Estado, que más tarde promulgó el Presidente Leguía el 18 de enero de 1920.

¿Cuáles son las características de la Constitución de 1920? Desde un punto de vista formal, es un texto sobrio, bien construido, con 161 artículos. Su división es la siguiente: diecinueve títulos dedicados a: i) la Nación y el Estado; ii) garantías nacionales, iii) garantías individuales, iv) garantías

sociales, v) de los peruanos, vi) de la ciudadanía y del derecho y garantías electorales, vii) de la forma de gobierno, viii) del Poder Legislativo, ix) de las Cámaras Legislativas, x) de la formación y promulgación de las leyes, xi) Poder Ejecutivo, xii) de los Ministros de Estado, xiii) del Consejo de Estado, xiv) del régimen interior de la República, xv) Congresos Regionales, xvi) Administración Municipal, xvii) Fuerza Pública, xviii) Poder Judicial y xix) Disposiciones Transitorias.

Salvo una mejor sistemática (por ejemplo haber distinguido por vez primera las garantías individuales de las garantías sociales) la Carta en mucho se asemeja a la anterior Constitución de 1860, como lo ha demostrado en un conocido paralelo Manuel Vicente Villarán y otras voces autorizadas. Con todo, hubo algunas diferencias que son:

- a) La contribución progresiva sobre la renta,
- b) Prohibición de gozar más de un sueldo o emolumento por parte del Estado,
- c) Libertad de creencia y de conciencia,
- d) Consagración constitucional del *Habeas Corpus*,
- e) Reconocimiento de las Comunidades Indígenas e intangibilidad de sus tierras,
- f) Incorporación de la cláusula Calvo,
- g) Consagración del derecho a las nacionalizaciones por parte del Estado, para tomar a su cargo bienes o servicios.
- h) Proteccionismo laboral y arbitraje estatal en los conflictos entre el capital y el trabajo,
- i) Prohibición de monopolios,
- j) Voto popular directo,
- k) Fijación del período gubernamental en 5 años,
- l) Ratificación de los magistrados por la Corte Suprema cada cinco años, y
- m) Congresos regionales (afán descentralista).

Lo anterior demuestra cuáles fueron las principales novedades del texto de 1920, en relación con el que lo precedió de 1860, y además que, en sus lineamientos generales, no tuvo mayores innovaciones, aun cuando tímidamente apuntó un cierto interés social y una actitud interventora del Estado, no sólo por razones de interés general, sino de protección a los sectores menos favorecidos de la sociedad. Tuvo mayor sensibilidad social que los textos constitucionales anteriores, tributo obligado a las inquietudes de la época.

Lo que pasó con esta Constitución, que tuvo poquísimas modificaciones durante el tiempo de su vigencia, es que no fue respetada ni por sus propios autores. Es sabido que las sucesivas reelecciones del

Presidente Leguía y sus principales colaboradores, el silenciamiento de la opinión pública y la obsecuencia del Poder Judicial que no protegía a los ciudadanos que interponían recursos de *habeas corpus* contra excesos del poder central, el continuo divorcio entre lo escrito y lo vivido, el mentís político de una norma tan continuamente violada, hizo que ésta cayese en total descrédito, si bien muchos de sus asertos se recogieron en la siguiente Constitución de 1933, y otros permanecen hasta ahora o han vuelto a tomarse en cuenta. Fue, en conclusión, un hermoso experimento de laboratorio, que no pudo ser aplicado al organismo político y social, como hubiera sido deseable.

11. La Constitución de 1933

Producida la defenestración de Leguía, esto trajo, como ha sido señalado, la caída de su Constitución, la de 1920. Largos y desordenados meses siguieron a este derrocamiento. hasta que en 1931 fueron convocadas, simultáneamente, elecciones presidenciales y de Congreso Constituyente, con funciones tanto legislativas como constituyentes. El Congreso se instaló, oficialmente, en diciembre de 1931, con un Poder Ejecutivo presidido por el teniente coronel Luis M. Sánchez Cerro. Los debates parlamentarios fueron mezclados -sobre todo durante el año de 1932- con otros asuntos de carácter nacional e internacional, y el texto fue finalmente promulgado en abril de 1933.

Los debates se iniciaron, como dijimos, en diciembre de 1931, y tuvieron como referencia el anteproyecto preparado por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, que presentó una extensa exposición de motivos y un anteproyecto que lamentablemente no fue tenido en cuenta por los convencionales. Si bien es cierto que en 1920 existió también una comisión *ad hoc* presidida por Javier Prado, el documento emanado de la comisión presidida por Villarán, es el documento constitucional más importante de este siglo, pues encierra no sólo sabias lecciones de prudencia e historia política. sino de asertos y recomendaciones que todavía hoy pueden ser leídas con provecho. Ellas también influenciaron en los debates de la década de 1970, cuando una reforma constitucional fue anunciada y dio como fruto la vigente Carta de 1979.

Entre otros aspectos que vale la pena destacar en este período, hay que mencionar que a diferencia de la Asamblea Nacional de 1919, fue el de 1931 un Congreso movido, con continuas tensiones y fricciones, que vivió un ambiente nacional e internacional caldeado, y contó en su seno con una oposición alerta y denodada que emprendió una lucha sin cuartel, contra la mayoría gobiernista que dominaba la Asamblea; además se cometieron gruesos excesos que sin lugar a dudas empañaron la labor constituyente.

Entre los excesos que vale la pena mencionar, el más grave consiste en haber mutilado el Congreso, cuando el propio Gobierno irrumpió en el recinto parlamentario (febrero de 1932) y defenestró a 27 de sus miembros, la mayoría de los cuales pertenecía a las filas del Partido Aprista, con lo cual aplicó un desafuero *de facto* que la Asamblea convalidó *a posteriori*, en forma por demás vergonzosa.

Otro aspecto que es importante en este Congreso, fue la presencia de representantes de partidos de masas, con una ideología altamente radical. Así, al lado de los socialistas y los descentralistas que representaban fuerzas nuevas, y un grupo menor de independientes, existía un quinto de la asamblea compuesta por el Partido Aprista, que es el primer gran partido de masas que aparece en nuestra historia republicana, y que, adicionalmente, en aquel entonces, estaba afiliado a una filosofía marxista, si bien atemperada por perspectivas iberoamericanas, que eran reclamadas por la realidad. Es importante destacar además, que, en su momento, fue una asamblea plural y polémica, a despecho de la anterior de 1919 que fue monocrorde y que discurrió sin mayores enfrentamientos. Como cosa curiosa, vale la pena anotar que en medio de tanto pacifismo y talento, la Carta de 1920 no tuvo prácticamente vida efectiva, ni siquiera para sus propios autores, a diferencia de la de 1933, con larga vida, tanto formal como efectiva, y que sólo sería reemplazada, en su totalidad, en 1980, es decir, casi cincuenta años después. Claro está, que al lado de la vigencia formal, hay que señalar las largas "vacaciones" a la que la sometieron los diversos regímenes dictatoriales que se sucedieron en tan dilatado lapso, pero lo cierto es que existen también períodos en los cuales funcionó regularmente, como lo fue el de Bustamante (1945-1948), el segundo período de Prado (1956-1962) y el primer período de Belaunde (1963-1968). Por paradójico que parezca, debemos señalar que hasta el momento y en este siglo, la Carta de 1933 es la que más experiencia y efectividad ha tenido hasta ahora, pero esperamos que sea superada en el futuro por el vigente texto de 1979.

Formalmente, el texto de 1933 es más extenso que el de 1920, como el de 1979 lo es más que el de 1933, como si existiese, con el transcurso del tiempo una tendencia a promulgar textos cada vez más frondosos. La Carta del 33 tiene en total 236 artículos y nueve disposiciones transitorias. En su larga vida formal tuvo muy pocas reformas y todas ellas de mínima importancia, salvo la que fue realizada en 1964, para permitir la reforma agraria, como veremos más adelante.

El texto está repartido en 236 artículos, como ya ha sido señalado, y distribuido, a su vez, en 16 títulos, que son los siguientes: i) Estado, territorio y nacionalidad, ii) garantías constitucionales (nacionales, sociales e

individuales), iii) educación, iv) ciudadanía y sufragio, v) Poder Legislativo, vi) formación y promulgación de las leyes, vii) Poder Ejecutivo (incluye Presidente de la República, Ministros de Estado, comisiones consultivas y consejos técnicos), viii) Consejo de Economía Nacional, ix) régimen interior de la República, x) administración departamental y municipal, Concejos Departamentales, Concejos Municipales, xi) Comunidades de Indígenas, xii) Fuerza Armada, xiii) Poder Judicial, xiv) Religión, xv) Reforma de la Constitución; y xvi) Disposiciones transitorias.

Los grandes temas objeto de agudas polémicas en el seno de la constituyente fueron, entre otros, el voto de los analfabetos y el de las mujeres (que fue admitido sólo para las elecciones municipales); las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República (que fueron remodeladas, creando una gran fuerza en el parlamento, lo cual permitió pensar en un régimen semiparlamentario entre nosotros, y que en la práctica tuvo efectos lamentables); la composición del Poder Legislativo, que consagró la existencia de una cámara (el Senado Funcional) con composición corporativa, muy a tono con las tendencias dominantes en aquel entonces, pero que nunca llegó a instalarse; la consagración teórica del Estado descentralizado con la instauración de los Concejos Departamentales (que nunca funcionaron) y los Concejos Municipales (que sólo en 1963 fueron elegidos por el voto directo); el problema del veto presidencial (que fue eliminado aun cuando usado en la práctica en todo el período); la sanción y proscripción de todos los partidos de organización internacional (aplicadas, durante años, para perseguir al Partido Comunista y al Partido Aprista, lo que se hizo, con variantes, hasta 1962).

En comparación con el texto de 1920, el de 1933 contiene indudables novedades (como la descentralización, o el mayor perfeccionamiento de las entonces llamadas garantías sociales), pero en sustancia, sigue las huellas de la Carta anterior, sin aportar nada sustantivo, y siendo además, desde un punto de vista de estructura formal, inferior a la que la precedió.

La reforma más importante que sufrió la Carta de 1933, fue en 1964, y que aquí debe ser recordada por su trascendencia. El problema era el siguiente: dentro del gran proceso de renovación de las conciencias y del inquieto marco social de la década del sesenta -que es común a toda la América Latina- el gobierno recién llegado al poder en 1963, envió al Congreso un proyecto de reforma agraria, que buscaba, entre otros puntos, expropiar tierras para darlas a los campesinos que carecían de ellas. Pero la Constitución en su artículo 29, al igual que todas las anteriores, había establecido la inviolabilidad del derecho de propiedad y que la expropiación sólo podía darse mediando previo pago de su valor justipreciado. Esto chocaba con el proyecto de ley que establecía el pago en armadas anuales de larga redención (que por lo demás era la única

manera de hacerlo). El gran debate que vivió el país en el período 1963-1964, entre los llamados por la opinión pública "los barones de la tierra", y las organizaciones populares y el partido de gobierno, demostró por vez primera no sólo la libre actuación de los grupos de poder en relación con un trascendental paso histórico, sino cómo una Carta podía oponerse a una reforma social largamente sentida y auspiciada por la colectividad. Todo ello llevó, por la propia dinámica del régimen constitucional, a la reforma consecuente, de manera tal que a partir de aquel momento se permitió, y para muy contados casos (guerra, remodelación de poblaciones y reforma agraria) la expropiación con pago diferido. Este importantísimo precepto incorporado en 1964 a la Carta de 1933, y que perfeccionado, ha sido repetido en la vigente Carta de 1979, representó, desde el punto de vista constitucional, quizá la más audaz reforma que se había realizado hasta ese momento, en el presente siglo.

En conjunto, la Constitución de 1933, nacida en medio de tantas fragilidades, acicateada por presiones externas e internas, vapuleada por varios golpes de Estado y leyes de emergencia, cubrió, sin quererlo, un largo período que ha sido un laboratorio viviente de lo más interesante de la política y del proceso constitucional en lo que va del siglo.

12. La Constitución de 1979

En 1968 se dio un nuevo golpe de Estado en el país; en esta oportunidad no era un golpe más o un golpe menos; tampoco la expresión monda y lironda de la ambición de un caudillo. Se trataba de un golpe institucional de las Fuerzas Armadas, jefaturadas por el general Juan Velasco Alvarado, que estaba decidido a dar la batalla por las grandes reformas sociales anunciadas desde 1963 por el régimen de Belaunde, pero que el Apra, aliada con el odriísmo, bloqueó desde el Parlamento. En un momento, parece que el movimiento insurreccional fue parcial y sólo del Ejército, pero al final, por acción u omisión, las demás fuerzas se plegaron. Comienza así un largo período militar, el más largo de nuestra historia, que dura doce años, y que culminará en julio de 1980. El gobierno militar conoce dos etapas, la primera es de 1968-1975; presidida por el general Velasco que se caracteriza por cambios estructurales muy radicales, presencia del Estado en la economía de manera sobresaliente, agresiva política exterior, pero también errores económicos e intransigencia con la oposición; la segunda se inicia en 1975 y culmina en 1980. Pretende reordenar las reformas, matizar algunas de ellas, y preparar la transferencia del poder a los civiles en 1980, previa convocatoria a una Asamblea Constituyente. Esta se instala el 28 de julio de 1978 y finaliza sus sesiones el 13 de julio de 1979. Un año después, en julio de 1980, se restaura la normalidad constitucional, que continúa hasta la fecha.

Las características que tiene esta Asamblea, y que la distinguen de las anteriores, son las siguientes: i) goza del plazo de un año para discutir y aprobar el nuevo texto, a diferencia de los brevísimos periodos que gozaron constituyentes anteriores; ii) actúa junto a un gobierno de facto que le es ajeno y hasta hostil, el cual empero, respetó sus decisiones; esto contrasta con asambleas anteriores, que actuaron conjuntamente con un régimen constitucional o constitucionalizado, iii) no cuenta, a diferencia de otras constituciones, con un anteproyecto con el cual trabajar y que oriente sus labores, lo cual explica la falta de tecnicismo, las redundancias, lagunas e incorrecciones que tiene el texto, no obstante sus aspectos positivos, iv) tuvo tras de sí una larguísima y agitada experiencia política que le servirá para extraer del pasado lo mejor de sus experiencias políticas; v) fue una Asamblea que sólo tuvo actividades constituyentes y no legislativas, a diferencia de lo que sucedió en anteriores ocasiones y en otros países; vi) no existieron representantes del poder constituido en aquel momento (los militares), como sí sucedió, por ejemplo, en la España de 1978; vii) se rebajó la edad del voto a los 18 años, pero se negó la participación del analfabeto, que consagró meses después la nueva Constitución, viii) la dación de una nueva Constitución fue la *conditio sine qua non* para la convocatoria a las elecciones generales en 1980; es decir, era el camino obligado para llegar a ellas, impuesto por el gobierno militar y que a la larga, todos aceptaron, ix) a diferencia de lo sucedido en anteriores oportunidades, hubo esta vez total y absoluta participación de todos los segmentos ideológicos del mapa electoral (aun cuando se abstuvo un partido político, Acción Popular, cuya ideología sin embargo estuvo defendida al interior de la Asamblea por otros grupos afines); x) a diferencia de lo que sucedió en épocas anteriores, todos sus miembros, sin excepción, fueron respetados durante el año que duraron sus labores; xi) ninguna de las fuerzas políticas actuantes tuvo, sobre un total de 100 representantes, más del 50% de sus miembros; esto hizo indispensable el entendimiento y las mutuas concesiones entre ellas (así, el texto actual es realmente plural y amplio, toda vez que fue fruto de un consenso entre sus miembros, consenso que no lo fue de las ideas sino de los intereses, ya que todos eran conscientes de que sin la Constitución lista en un año, no habría elecciones y la dictadura continuaría).

Desde el punto de vista formal, la Carta de 1979 se aparta de todas las anteriores por dos notas: su excesiva extensión y su afán reglamentarista. Son exactamente 307 artículos y dieciocho disposiciones generales y transitorias (dedicadas sobre todo a fijar pautas sobre la transferencia del poder a los civiles, que estaba ofrecida para 1980, y que en sus lineamientos generales fue respetada).

Hay que llamar la atención sobre el aspecto externo de este texto, pues a diferencia de las cartas anteriores que consagraron expresa y

concretamente dos partes marcadas, una dogmática y otra orgánica, la actual tiene una tercera parte, que podemos llamar por comodidad la parte económica o constitución económica, en donde aparecen sendos capítulos dedicados a la propiedad, a la banca, a la reforma agraria, a la utilización de los recursos naturales, entre otros tópicos.

Su esquema es el siguiente: i) derechos y deberes fundamentales de la persona (que incluye la persona, la familia, la seguridad social, la salud y el bienestar, la educación, la ciencia y la cultura, el trabajo, la función pública, los derechos políticos, los deberes), ii) el Estado y la Nación (la nacionalidad, el territorio, la integración, los tratados), iii) el régimen económico (los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la banca, el régimen agrario, las comunidades campesinas y nativas); iv) la estructura del Estado (Poder Legislativo, la función legislativa, la formación y promulgación de las leyes, el presupuesto y la cuenta general, el Poder Ejecutivo, el Consejo de Ministros, el régimen de excepción, el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, la descentralización, gobiernos locales y regionales, la defensa nacional y del orden interno, el Jurado Nacional de Elecciones); v) las Garantías Constitucionales; vi) la reforma de la Constitución; vii) disposición final, y viii) disposiciones generales y transitorias.

Las principales innovaciones que consagra este texto son las siguientes: i) amplísimo respaldo y reconocimiento a los derechos humanos en todas sus gamas, lo que fue posible no sólo como respuesta a los excesos de la dictadura que entonces se vivía, sino por el ambiente internacional a favor de los derechos humanos, ii) introducción o ratificación de un conjunto de mecanismos procesales para la defensa de la persona y del sistema democrático, como son el *Habeas Corpus*, el Amparo, la Acción Popular, y la Acción de Inconstitucionalidad, iii) consagración de un explícito sistema económico del Estado, que se caracteriza por su flexibilidad, pluralismo y economía de mercado, a la cual sin embargo se califica de "social", lo que dará lugar a pensar que estamos frente a un "liberalismo social", iv) introducción de nuevos órganos constitucionales, con plena y total autonomía, que participan en las más altas funciones del Estado (como es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público (a cuyo frente se encuentra el Fiscal de la Nación), el Jurado Nacional de Elecciones (existente desde 1931), etc., v) reconocimiento de la jurisdicción supranacional para la defensa de los derechos humanos, y expreso reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vi) redefinición de la estructura del Estado peruano, con la diferenciación de la composición del Parlamento, en el cual el Senado será representativo tan sólo de las regiones, y al cual se confían además funciones no políticas, que sí tiene la Cámara de Diputados; vii) consagración de un

modelo regional, que todavía no ha sido implementado, pero que se encuentra en proceso; viii) separación amistosa con la Iglesia Católica, siguiendo los lineamientos de un nuevo acuerdo con la Santa Sede, que significa la superación del patronato clásico que tuvieron nuestras repúblicas hasta bien avanzada la mitad del siglo; ix) refuerza la investidura del Jefe del Estado creando un gobierno con una marcada tendencia presidencial, que supera el enfoque semi-parlamentario de la Carta de 1933, y, x) se elimina la capacidad y la iniciativa del Parlamento para generar el gasto público (que fue siempre motivo de déficit presupuestales en las últimas décadas).

Esta Constitución, como fácilmente puede verse, rompe toda una tradición e inaugura una nueva. Recoge de lo antiguo lo más valioso, crea mecanismos para resolver conflictos y evitar que se repitan las experiencias negativas del pasado; y a su vez, siendo amplia y generosa en sus enunciados, se proyecta con firmeza hacia el siglo XXI, como lo quiso Haya de la Torre, en el discurso inaugural que leyó el 28 de julio de 1978, en su calidad de Presidente de la Asamblea Constituyente.

Sancionada la Carta en 1979, fue remitida al Poder Ejecutivo de facto, presumiblemente con fines de publicidad. La Asamblea había sostenido que ella misma había promulgado la Constitución, motivo por el cual no se explica por qué la envió al Ejecutivo. En todo caso, el gobernante de facto la devolvió con observaciones, que son rechazadas por la Asamblea en pleno, el 13 de julio de 1979. Las observaciones del gobierno estaban referidas no al contenido de la Carta, que en rigor no le compete, sino a un aspecto procesal que si le interesa: no puede admitir lo que ha hecho la Asamblea, o sea, establecer que ciertos artículos constitucionales entren en vigencia de inmediato, cuando el compromiso es que la Carta entre en vigencia recién en 1980, con la restauración del orden constitucional. Lo cierto es que la Asamblea rechaza el veto del Ejecutivo, y se disuelve. Promulgada o no (más no que sí), lo cierto es que la Constitución durante todo un año no es publicada oficialmente ni observada en cuanto tal. Meses después, se convocan elecciones generales, y es elegido por amplia mayoría Fernando Belaunde Terry, que esta vez vuelve al poder con mayoría en las cámaras. La misma noche del 28 de julio de 1980, el Presidente Belaunde pone el cúmplase a la Constitución y ordena su publicación oficial, lo que efectivamente sucede.

Desde entonces, han pasado algunos, pocos años. La Constitución ha sido puesta a prueba, se han reglamentado varios de sus apartados, se han instalado varias de las instituciones por ella creadas. En términos generales, el nuevo texto funciona, es respetado. Aun más, se han notado algunos de sus vacíos y deficiencias y se han propuesto varias reformas que en todo caso deben ser sopesadas y analizadas con calma. Mientras tanto,

el país discurre por su vida institucional con los sobresaltos y tropiezos propios de nuestras repúblicas.

13. Recapitulación y consideraciones conclusivas

El nuevo siglo se inició en nuestro país sin estridencias. Por un lado, un juego tradicional reducido en la práctica a un solo partido, el Partido Civil, fundado en 1872, y de tanta gravitación desde esa época, hasta mediados de 1930. Todos o casi todos los Presidentes desde aquel año, pertenecieron al Partido Civil, o simpatizaron con él, o en todo caso, tuvieron que aceptar sus condiciones. Piérola (1895-1899), el más destacado gobernante de ese periodo, tuvo que someter a su partido, el Demócrata, a una alianza con el Partido Civil. El mundo avanza, decían los optimistas, y esto se reflejaba en el quehacer de todos los días. En lo normativo, el Estado seguía siendo el gendarme necesario y el gobierno era bueno porque casi no gobernaba. En lo social, existía una pequeña minoría dirigente y una gran masa de población que vivía al margen del sistema formal; al medio, una finísima capa, muy delgada, de elementos mesocráticos, que pugnaban por subir o a veces por no descender. La fiebre del caucho y del progreso, invadía todos los ámbitos. En el orden constitucional, y salvo una ligera quiebra en 1914, que se resolvió en pocos meses, hubo continuidad constitucional, y todo auguraba que así seguirían las cosas.

El siglo XIX, para nosotros, acabó en realidad en 1919. *La belle époque* se esfumó. Los nuevos vientos los trajo Leguía, quien reflejó y a su vez encarnó los cambios que venían o que eran necesarios. Su ingreso representó la muerte de los partidos tradicionales; la puesta de lado de la legalidad existente, la aprobación de una nueva Constitución, y la aparición de una nueva generación en todo orden de cosas: tanto en lo político como en lo cultural y lo económico. Significó también la modernización del país, la ruptura de nuestra dependencia con Inglaterra y los nuevos lazos con el nuevo coloso: los Estados Unidos; así como varias innovaciones en lo social: el ingreso de una nueva clase media en el escenario nacional y su participación en el mundo de las letras y de la política. Sin embargo, no hubo grandes movilizaciones populares sino a partir de 1930, en que desaparecieron para volver a irrumpir en la década del cincuenta, esta vez con más decisión y protagonismo. De 1919 a 1930, que es el periodo de Leguía, está en vigencia la Constitución de 1920, que ha reemplazado a la carta moderada y realista de 1860, pero en la práctica sus disposiciones quedan en letra muerta. No obstante, hacen su aparición, al más alto nivel normativo, instituciones nuevas y defensa de viejas ideas: el *Habeas Corpus*, la intangibilidad de las tierras comunales; el reconocimiento de las comunidades indígenas, la intervención del Estado en los conflictos laborales.

De 1933 a 1945, existe un largo periodo de dictadura o guerra civil,

formalmente no declarada. Las instituciones funcionan en apariencia, por encima del respeto externo a la Constitución y algunas modificaciones efectuadas por la vía del plebiscito (1939) que durarán poco. En 1945, se inicia, acorde con la nueva época de reconstrucción de las democracias y la derrota de los fascismos, un periodo con grandes interrogantes, presidido por José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948). El experimento, sin embargo, naufraga. En 1948 volvemos a la dictadura, y esto hasta 1956. En esta época aparecen por segunda vez las masas en la escena política en lo que va del siglo. Son pocos los cambios institucionales que se reclaman; más lo son los cambios sociales, entre ellos, la reforma agraria, que conlleva la modificación constitucional correspondiente, que permite pagar en bonos (1964).

Un nuevo golpe militar en 1968 inicia grandes cambios, que se cierran prácticamente una década después. La Carta de 1979 pretende recoger las grandes lecciones de la historia reciente, y además, las reformas estructurales realizadas, en cuanto tengan permanencia o principios válidos. Se prepara así, una nueva Constitución, que es la que está actualmente en vigencia,

La Constitución de 1979, si bien careció de asesoría y proyectos previos (lo cual explica muchos de sus yerros y carencias), tuvo la ventaja sobre sus predecesoras, de nutrirse de un nuevo estado de cosas que estuvo ausente en épocas pasadas: por un lado el avance arrollador de los derechos humanos (que se inicia, en realidad, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial y, más en concreto, con la Declaración Universal de 1948), y por otro, el nuevo rostro del país después de varios años de cambios y modificaciones sustanciales. Al haberse purificado el sistema electoral y renovado el registro correspondiente, la votación es realmente representativa. En el seno de la Asamblea Constituyente, hubo una pluralidad de partidos, grupos y facciones, que hicieron el texto, a veces ambiguo, pero decididamente pluralista. Lo que no impide reconocer la existencia de algunas lagunas e imperfecciones, que podrán subsanarse en una futura reforma constitucional.

La actual Constitución sancionada en 1979, pero puesta en vigor recién en 1980, ha soportado la prueba de los últimos años, que no es mucho, tratándose de textos constitucionales. La sociedad ha crecido, el aparato del Estado ha sido desbordado, el flagelo de la crisis económica y la acción terrorista golpean la institucionalidad. Es difícil saber qué puede pasar en estas circunstancias, pero es evidente que la élite política tiene interés en mantener el sistema, respetar sus cauces, y observar el pluralismo político y económico que ha consagrado la Carta. Es de esperar, por tal motivo, que la institucionalidad sea conservada y que esta Constitución sea la que oriente la vida política de los próximos años.

14. *Bibliografía fundamental*

La historia del derecho constitucional peruano es un género que prácticamente no ha sido cultivado. El primer intento en hacerlo se debe a Toribio Pacheco (Cf. *Cuestiones constitucionales*, Arequipa 1854) al que siguió Manuel Atanasio Fuentes con su *Derecho constitucional universal e historia pública peruana*, 2 vols., Imprenta del Estado, Lima 1874. Más recientemente puede señalarse a José Pareja Paz-Soldán (Cf. *Historia de las constituciones nacionales*, Lima 1944), que luego ha incluido en su *Derecho constitucional peruano*, Lima 1966. Pareja por otro lado ha juntado toda la parte histórica con una excelente compilación de todos nuestros textos en su libro *Las constituciones del Perú*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954 (con prólogo de M. Fraga Iribarne) que sigue siendo hasta ahora el mejor tratamiento integral de nuestro proceso constitucional, aun cuando incompleto, pues los últimos años no los cubre, y cuando lo hace en la última edición de su *Derecho constitucional peruano*, es demasiado sumario. Esquemáticos, pero de interés, son los trabajos de Lizardo Alzamora, en especial *Evolución política y constitucional del Perú independiente*, Lib. e Imp. Gil, Lima 1942 y *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú (Historia constitucional del Perú)* Imp. Gil, Lima 1944. En fecha más reciente Juan Vicente Ugarte del Pino ha publicado una *Historia de las constituciones del Perú*, Editorial Andina, Lima 1978, que es previa a la actual constitución, y que más que historia (trae tan sólo apuntes o ligeros comentarios para cada época) es una valiosa compilación documental que contiene todos los textos constitucionales, incluyendo el de Cádiz. No obstante el valor de estos antecedentes, no se cuenta todavía con un panorama global de todo nuestro proceso, que alcance incluso a la constitución actual; dentro de esta escasez lo más rescatable son los trabajos de Pareja Paz-Soldán.

En cuanto a las fuentes mismas, debemos mencionar las publicaciones oficiales de los textos; la más completa, aun cuando atrasada, es la realizada por Juan Olivo y publicada por la Cámara de Diputados (Cf. *Constituciones políticas del Perú*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1922) que puede ser completada con la edición oficial de la Carta de 1920 (edic. de la Cámara de Diputados, Lima 1930) así como las correspondientes a las constituciones de 1933 (Cámara de Diputados, Lima 1967) y 1979 (edición del Ministerio de Justicia, Lima 1981).

En lo referente a los debates, cf. para la de 1920, *Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*. 2 vols. Lima 1920; para la Constitución de 1933, el *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*, varios volúmenes, en especial los tomos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, y 10; la Carta de 1979, cf. *Diario de los Debates de la Asamblea*

Constituyente de 1978, 8 vols, Lima 1979-80; a los que hay que agregar los dos volúmenes de la *Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente* (actas de las sesiones y anexos y ponencias).

Para un trasfondo histórico, resulta inapreciable la *Historia de la República del Perú* de Jorge Basadre (séptima edición, póstuma, 11 tomos, Lima 1983); la obra sin embargo sólo cubre hasta 1933. Con posterioridad a esta fecha existen trabajos parciales sin la unidad de conjunto, salvo algunos enfoques globales de orden político o sociológico, como pueden ser F. Bourricaud, *Poder y sociedad en el Perú contemporáneo*, Buenos Aires 1967; F. Pike *The modern history of Peru*, London 1967; Felipe de la Barra, *Objetivo: Palacio de Gobierno*, Lima 1967; Julio Cotler, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Lima 1978; Enrique Chirinos Soto, *Historia de la República*, 2 vols, Lima 1986; Raúl Rivera Serna, *Historia del Perú; República (1822-1968)*, Lima, 1974; así como la obra colectiva *Historia del Perú*, Editorial Mejía Baca, 12 tomos, Lima 1980 (interesante, pero muy desigual).

Algunos trabajos sobre este período son los siguientes: para la Carta de 1860, puede verse, en cuanto a su génesis, Javier Vargas, *La Constitución de 1860*, Lima 1961; tratamiento sobre ella, José Silva Santisteban, *Curso de Derecho Constitucional*, París 1914; Luis Felipe Villarán, *La Constitución peruana comentada*, Lima 1899; sobre la Carta de 1920, cf. Toribio Alayza y Paz-Soldán, *Derecho constitucional general y del Perú*, Lima 1928; Graham H. Stuart, *The governmental system of Peru*, Washington 1925; sobre la Carta de 1933, cf. Toribio Alayza y Paz-Soldán, *Derecho constitucional del Perú y leyes orgánicas de la República*, Lima 1934 y José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano*, 4ta. Edición, Lima 1966. Sobre la Constitución de 1979, cf. Marcial Rubio y Enrique Bernales, *Constitución y sociedad política*, Lima 1983, José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3era. edición revisada, Lima 1984 y Francisco Eguiguren P. (Coordinador) *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima 1987.

Bibliografía y periodificación pueden verse en Ricardo Bustamante Cisneros, *Constitución y Habeas Corpus*, en *Anales Judiciales*, Lima 1959; Domingo García Belaunde, *Guía bibliográfica de Derecho constitucional peruano*, en *Derecho* (Lima), núm.29, 1971; ib. *Cuarenta años de constitucionalismo peruano* en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (San Marcos) Lima 1-2-3, enero-diciembre de 1977; C. Herbold y Steve Stein, *Guía bibliográfica para la historia social y política del Perú en el siglo XX*, Lima 1971 y Augusto Pérez-Rosas Cárdenas, *Fuentes bibliográficas peruanas en las ciencias sociales (1879-1979)*, Lima 1981.

II

SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 ¹

1. Preliminares

Los conceptos de sanción, promulgación y publicación, están presentes en el derecho constitucional occidental, desde los tiempos de la Revolución Francesa,² y desde entonces no han hecho más que extenderse y afianzarse en todo nuestro entorno cultural, los que, no obstante, distan mucho de estar definitivamente aclarados. Las dudas, ambigüedades y equívocos se encuentran desde el inicio, y si bien existen vacilaciones en cuanto a determinados contornos teóricos, hay un núcleo invariante que nos permite, para los presentes fines, hacer algunas precisiones.

En cuanto a la literatura existente, ella es en realidad muy reducida. Si bien en el continente europeo, sobre todo en Alemania y Francia, el tema ha sido prolijamente estudiado desde el siglo XIX (Laband, Jellinek, Carré de Malberg, Duguit, etc), lo publicado es muy parco en las últimas décadas, lo que se agrava en el mundo de habla castellana, en donde es casi inexistente (Cf. Jorge Rodríguez-Zapata, *Sanción, promulgación y*

1 Publicado en **Lecturas sobre temas constitucionales**, Lima, núm. 4, abril de 1990.

2 El origen de toda la problemática se encuentra en las prácticas políticas del constitucionalismo inglés, las que fueron trasplantadas, imperfectamente, por Bentham a Francia. Sin embargo, a Francia se debe su sistematización y universal difusión.

publicación de las leyes, Edit. Tecnos, Madrid 1987) aun cuando todo manual o tratado de la materia, abordan el problema, no siempre con la misma extensión ni coherencia conceptual. En materia de derecho comparado el panorama es más sombrío: son muy pocas las monografías o los libros dedicados a ello, abundando por el contrario los estudios que están centrados en determinados países (excepción notable es el colectivo coordinado por Herzog y Vlachos, *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en Droit Comparé*, Paris 1961).

Cabe al mismo tiempo anotar que este tríptico, tal como se estudia, está referido fundamentalmente a las leyes; esto es, se habla de sanción, promulgación y publicación de leyes, toda vez que éste es el género formal por excelencia y en pureza el que más importa por su alcance y significado. Pero es indudable -y así lo entiende la sana doctrina-, que la misma puede extenderse a las constituciones, con la salvedad que presenta toda Carta Política, que no sólo es una ley más, sino que es, sobre todo, la ley de leyes (*lex legum*). En consecuencia, utilizaremos los conceptos acuñados y desarrollados para las leyes, con las peculiaridades que todo texto constitucional por su naturaleza comporta. Así, en un primer momento haremos una pequeña introducción teórica, para luego abordar con mayor detenimiento el caso de la vigente Constitución peruana de 1979, que es materia del presente trabajo.

2. Las etapas del iter legislativo

La doctrina distingue varias etapas en el proceso o *iter* legislativo, si bien no existe unanimidad sobre cuántas deban ser éstas. Así, Pietro Virga distingue la a) fase de iniciativa, b) fase de consulta y estudio, c) fase constitutiva, d) fase de control y e) fase de comunicación (cf. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 1979, pág. 261). Por su lado, Alessandro Pizzorusso (cf. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, tomo II, pág. 232) resume dicho proceso en tres: a) de iniciativa o introductoria, b) constitutiva o decisoria, y c) de integración y eficacia. En fin, por encima de los diferentes criterios existentes, es evidente que a la larga, todas, en mayor o menor medida, apuntan a lo mismo, aun cuando hay cierta tendencia que se inclina por un criterio tripartito, como el que indica Pizzorusso. En este autor, la fase final se llama «de integración y eficacia», y aquí se incluye la «sanción, la promulgación y la publicación», esto es, la parte final de la ley, que en términos estrictos es no sólo la parte final, sino adicionalmente -y en forma genérica- la que se produce fuera del recinto legislativo.

En cierto sentido, estas fases pueden también predicarse del proceso constituyente, toda vez que en él hay una iniciativa, un debate y decisión y

una posterior fase de integración, enmarcados, por cierto, dentro de las peculiaridades de este proceso. Pero en lo que se refiere a la última de ellas, existe una mayor afinidad que con las anteriores, que han sido pensadas y estructuradas sobre todo para las leyes. Es decir, la referida a la sanción, promulgación y publicación se dan, de por sí, en toda ley, cualquiera que sea su nivel, sea el más alto, como lo es la Constitución, o el más bajo, como lo puede ser la resolución administrativa del nivel más elemental.

3. La sanción como concepto

La sanción tiene un doble significado; por un lado, está su aspecto *positivo*, mediante el cual se conceptúa que es una operación integradora en la hechura de la ley y mediante la cual se perfecciona el acto legislativo. Pontes de Miranda nos recuerda al respecto que sanción viene de «consagrar», y ésta a su vez de *sancire*, que equivale a santo, a santificar. La sanción en su sentido positivo es pues elevar algo por encima de lo que es, darle una categoría superior o perfecta; convertirla en lo que es; si es ley, en ley perfecta y así sucesivamente³. Pero existe además el concepto *negativo* de sanción, que es el usual, sobre todo, en ciertas ramas del derecho, como es la penal, en donde por el contrario, lo que se quita precisamente es lo «santo» o lo «santificado» que tiene; aquí se «desantifica», opera una cierta nulidad. La sanción, en estos casos, tiene el equivalente de rechazo, repudio, nulidad o castigo. En la actualidad, la sanción en su sentido positivo tiene plena aceptación en el marco del derecho constitucional; la sanción en su aspecto negativo, por el contrario, está más difundida en las demás ramas del derecho, tanto público como privado.

Para nuestros propósitos, nos detendremos tan sólo en el aspecto positivo de la sanción, que es el que interesa más al Derecho Constitucional. Este, en cuanto tal, tiene un antecedente muy remoto en el constitucionalismo británico, pero que se concreta, como queda dicho, en los días de la Revolución Francesa. Como se recuerda, en la antigüedad, los reyes absolutos reunían en una mano todos los poderes del Estado; ellos eran los que tenían la iniciativa de las leyes, los que las aprobaban, sancionaban la norma (o sea, la hacían perfecta), promulgaban y finalmente, ellos mismos se encargaban de publicarla, de acuerdo a los medios propios de la época (*à son de trompe ou de tambour*). Con el

3 En sentido técnico cabe distinguir entre «aprobación» y «sanción». La aprobación es un acto reglamentario que requiere mayoría, control de la votación, etc. La sanción, por el contrario, es un ritualismo de carácter trascendente y de alcance constitutivo. Aquí nos limitamos a la última.

advenimiento del constitucionalismo, esto fue superado. Surgió el dogma de la soberanía popular, con lo cual las leyes eran iniciativa y privilegio de los representantes del pueblo. Eran ellos los que tenían en sus manos el monopolio de la ley. Pero el Rey mantenía todavía ciertos privilegios. A éste le fue encomendada la llamada fase de integración de la ley, es decir, el Rey sancionaba, le daba su asentimiento y aprobación, y luego mandaba promulgarla (orden a sus súbditos y a la administración para que la cumpliera), al que seguía finalmente la fase de publicación. Así concebida, y dentro del esquema democrático instaurado entonces -que hasta ahora se conserva en sus líneas generales- el poder de dar leyes se otorgó a los representantes del pueblo, pero la sanción, o sea, la facultad de «consagrar» la ley, fue dada al monarca. Es un poco difícil explicar en breves líneas toda esta concepción, detrás de la cual existe una teoría democrática y de división de los poderes -así como de colaboración entre los mismos con sus mutuos contrapesos y controles- pero basta decir para tales fines que así operó históricamente. Es decir, la *sanción* perfeccionaba la ley, era el acto mediante el cual el monarca daba su asentimiento con su firma a un texto legislativo, y a su vez podía, en ese momento, hacer sobre el mismo las consideraciones que pudiera tener.

Este esquema se ha mantenido sin matices, sobre todo en los países con régimen monárquico. Lo tuvo Italia, con el Estatuto Albertino, en el cual la sanción la ejercía el Monarca -y así fue hasta que advino la República tras la Segunda Guerra Mundial- y existe hoy en España y también en Inglaterra, en donde incluso está en vigor una norma especial que regula este instituto (el *Royal Assent Act* de 1967).

Cabe preguntarse qué es lo que ha pasado en los regímenes republicanos. En el caso de Francia, el órgano legislativo se limita a «aprobar» la ley y el Presidente a promulgarla (cf. Marcel Prélot, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris 1984). En Italia, Virga nos recuerda que el Rey gozó de la «sanción regia», pero que en la actualidad ella ha sido suprimida (op. cit. pág. 271). Es decir, parecería que la sanción como tal ha desaparecido o simplemente ha quedado subsumida dentro de la facultad promulgatoria del presidente de la República.

En cuanto a la América Latina encontramos tres posiciones distintas. Una primera postura es la que presentan aquellos países como México, que no se hacen cargo de la cuestión; o en su defecto la ignoran o la tocan de pasada (cf. Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, Edit. Porrúa, México 1977, pág. 323 y ss.). Un segundo grupo de países lo conforman aquellos que han otorgado, con cierta lógica y consistencia, el derecho de sanción al presidente de la República (así por ejemplo, el Brasil, cf. Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, Edit. Forense, 10a

edición, Río de Janeiro 1987, quien dice que la sanción es el acto por el cual el Presidente de la República da su aquiescencia al proyecto aprobado por el Congreso y se convierte en ley, pág. 263). Finalmente, hay un tercer grupo de países que han trasladado el poder sancionatorio al órgano legislativo (así Argentina y Venezuela.). Con referencia a este último país, Orlando Tovar (cf. *Derecho Parlamentario*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1973, pág. 134) señala que la sanción es el acto por medio del cual la Cámara toma decisión final acerca del proceso legislativo iniciado, la que recuerda, agrega, a la sanción real en ciertas monarquías.

Evidentemente que, el planteamiento latinoamericano, no tiene nada de incoherente. Es simplemente fruto del trasplante de otras experiencias, adaptadas a nuestras cambiantes necesidades políticas. Es cierto que la sanción era prerrogativa de los monarcas, pero no es menos cierto que al desaparecer las monarquías, la sanción se trasladó al Poder Ejecutivo. A. Esmein (cf. *Eléments de Droit Constitutionnel*. Edit. Sirey, octava edición, Paris 1928, tomo II, pp. 68-76) afirma que la sanción, donde existe, constituye una de las prerrogativas más fuertes del Poder Ejecutivo, y que consiste en que luego de aprobada la ley por las Cámaras, debe serlo también por el Ejecutivo, agregando que este sistema rigió en las cartas francesas de 1814, 1830, 1852 y 1870. Por otro lado, la sanción por parte del órgano legislativo tampoco es algo novedoso: aparece por vez primera en la Constitución francesa del año VIII (1799); se repite en la Constitución gaditana de 1812, y luego lo será igualmente en las Cartas españolas de 1837, 1869 y 1931, acompañado, en forma paralela, por importante doctrina (Laband) (cf. Juan José Solazábal, *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Edit. Tecnos, Madrid 1987).

Lo que importa es distinguir qué pasa con la sanción parlamentaria. En el caso concreto de Venezuela, la cosa es muy clara: su propia Constitución dice que el Congreso sanciona; en consecuencia, estando perfecta la ley, el Presidente se limita a promulgarla y mandarla publicar. Pero si el Presidente quiere objetar la ley, entonces tiene que pedir al Parlamento que levante la sanción, a fin de poder analizar lo que eventualmente objete el Presidente, en lo que se conoce generalmente como *veto*, que en el viejo absolutismo era *absoluto* y que en las modernas constituciones -en donde existe- es siempre *relativo* o *suspensivo*. Pero en la Argentina, en donde también existe sanción legislativa, la cosa es paradójica.

En efecto, como bien señala el texto constitucional y la doctrina (cf. Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires 1986, tomo II, pág. 156) lo que aprueba el Congreso es un *proyecto de ley*, y sólo se convierte en *ley* cuando el

Presidente la promulga. En consecuencia, la intervención del Presidente sirve, qué duda cabe, para perfeccionar lo aprobado por el órgano legislativo, operando una suerte de transformación que convierte el *proyecto de ley* en *ley*. Sin embargo, Argentina, como otros países, reclama una sanción parlamentaria.

En el caso de la sanción presidencial, como es el referido a otro grupo de países encabezado por el Brasil, ellos no importan ningún problema y se trata de una posición coherente, explicable quizá por el antecedente monárquico del Brasil en el siglo XIX.

Ahora bien: dentro de estos tres grupos ¿dónde puede ubicarse el Perú? Analicemos esta situación.

4. La sanción en el ordenamiento peruano

La Constitución de 1860, de tan larga vida en nuestro accidentado periplo republicano, daba a entender (art. 69) que lo que el Congreso aprobaba era una ley. Similar articulado repitió la subsiguiente Carta de 1920 (art. 104) y la posterior de 1933 (art. 128). A nivel doctrinario el problema no suscitó demasiadas controversias. Tanto es así que los principales textos que circularon a fines de la pasada centuria, prácticamente ni la mencionan (cf. Francisco García Calderón, *Diccionario de la legislación peruana*, 2da edición, París 1879, 2 tomos; Luis Felipe Villarán, *La Constitución peruana comentada*, E. Moreno editor, Lima 1899; José Silva Santisteban *Curso de Derecho Peruano*, Imp. del autor, 3ra. edición, Lima 1860; *ib.* *Curso de Derecho Constitucional*, Lib. A. Bouret e hijo, París 1874). Sin embargo, Manuel Atanasio Fuentes señala que «La sanción es un acto del Poder Legislativo. Una vez sancionada, la ley existe, pero no puede ser cumplida si no es promulgada...» (cf. *Derecho Constitucional filosófico*, Imprenta del Estado, Lima 1873, pág. 248). Y un acreditado jurista, Toribio Pacheco, en su *Tratado de Derecho Civil*, 2da. edición, póstuma de 1872, acota que la adopción por las Cámaras basta para formar una ley y que «entre nosotros, la ley sale del cuerpo legislativo adoptada y sancionada...» (Cf. la selección de textos y notas publicada por José F. Palomino Manchego en *Ius et Praxis*, julio de 1988, núm. 11, pág. 181).

De lo antes indicado, parece claro concluir que en nuestra tradición, la sanción era efectivamente un acto legislativo y, en consecuencia, nuestro país podía perfectamente enrolarse en la lista de los que así la practicaban.

Ahora bien, en la vigente Constitución de 1979 la cosa cambia. Así el artículo 193 indica, en contra de lo dispuesto en textos anteriores, que el Congreso aprueba un *proyecto de ley*, luego de lo cual éste es enviado al

Poder Ejecutivo para su promulgación. Como quiera que en ningún momento se indica que la facultad sancionadora existe en el Poder Ejecutivo, habrá que concluir que la sanción no existe o, en su defecto, que está encubierta o sobreentendida dentro de la promulgación, toda vez que el Ejecutivo, como se sabe, goza además de la potestad de observar los proyectos de ley enviados por el Congreso, con la obligación de un nuevo estudio del mismo, con lo cual, en cierto sentido, se admite que la remisión al Ejecutivo no es sólo para que lo promulgue, sino para que le otorgue su sanción.

De lo expuesto, se desprende que en la actualidad la sanción, como instituto constitucional, no existe en el derecho constitucional peruano, o si ésta existe (hipótesis que tampoco hay que descartar), está subsumida y unida dentro del acto promulgatorio, sobre cuyo detalle entraremos en análisis más adelante.

Aclarado el caso peruano ¿qué conclusión podemos extraer de la experiencia latinoamericana? Evidentemente que de los tres grupos, hay dos que se presentan muy nítidos y uno muy confuso. Los dos primeros son los que otorgan la sanción al Presidente de la República y a las Cámaras legislativas. Pero el tercer grupo, como el mexicano y el peruano, no son claros: no consagran expresamente la sanción, la que aparentemente no existe, pero en el fondo existen trazos de ella, ya que no sólo envían proyectos (y no leyes) al gobierno, sino permiten (como en casi toda Latinoamérica) el veto parcial a los textos aprobados por el Congreso.

Con todo, y volviendo al caso peruano, admitamos que existe un uso, bastante generalizado, de utilizar la palabra “sancionar” cuando se hace referencia a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, lo que se hace en un sentido coloquial, familiar y no necesariamente técnico.

5. La promulgación

Este concepto, al igual que el anterior, también tiene una larga tradición doctrinaria e institucional. Pero a diferencia de aquél, se encuentra más nítido y más preciso en sus contornos teóricos. No hace falta, pues, entrar en honduras ni detenernos mucho en este punto, pues existe una tendencia que podríamos llamar mayoritaria o dominante -y quizá hasta unánime- que establece que la promulgación es acto estricto del jefe del Poder Ejecutivo, sea un Presidente de la República, sea el Rey dentro de una monarquía. Estamos hablando, por cierto, de la promulgación como norma general y no necesariamente de los casos especiales, como son aquellos en los cuales, ante la negativa del Ejecutivo, lo hace el representante o presidente de la rama legislativa.

La promulgación, hay que insistir en ello, es un acto muy importante y se remonta a fines del siglo XVIII. En efecto, la promulgación, dentro de la teoría democrática constitucional, tiene varias funciones: en primer lugar es la certificación, diríamos casi notarial, de la autenticidad de la norma, de que realmente ha seguido los pasos indicados por el ordenamiento vigente para ser convertida en ley y, adicionalmente, es una orden para que los ciudadanos la cumplan y las autoridades que dependen del Ejecutivo (pues del Legislativo no depende ningún órgano ni menos la administración) la cumplan. Es, dicho en síntesis, darle el cúmplase y el visto bueno para que una ley entre en vigor.

Esmein indica que la promulgación es el acto del jefe del Poder Ejecutivo y Virga agrega que "con la aprobación del texto por parte de las dos Cámaras, la ley es perfecta... pero no es exigible; lo es tan sólo con el acto de promulgación del Presidente de la República» (cit. pág. 271). Y en forma contundente y con maestría lo expone León Duguit con estas palabras:

«la promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República afirma, por la fórmula consagrada, que la ley ha sido reglamentariamente votada por las Cámaras, La fórmula de la promulgación demuestra que ésta es el complemento necesario de la ley: que en tanto no hay promulgación, no hay en rigor ley ni puede hablarse propiamente de ley; que nadie está obligado a obedecer esta supuesta ley mientras no se promulgue, y que los tribunales y demás autoridades, no solamente no están obligadas a aplicar una ley no promulgada, sino que ni aplicarla pueden. En una palabra: por la promulgación, el Presidente de la República se halla directa y verdaderamente asociado a la confección de la ley» (cf. *Manuel de Droit Constitutionnel*, E. de Bocard edit, 4ta edición, Paris 1923, pág. 516: hay versión castellana de esta obra, en 1921 y 1926, pero que proviene de la tercera edición francesa de 1918).

En el resto de los países, incluidos los de América Latina, la situación es la misma, con mínimas variantes, aun cuando todos ellos adoptan la fórmula del veto suspensivo que heredamos del constitucionalismo norteamericano, y que existe también en países europeos, como es el caso de Italia, si bien con el nombre de "reenvío" (cf. Costantino Mortati; *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova 1976, tomo II, pág. 751 y ss).

6. Publicación

Esta es la fase final del *iter* legislativo, y, como el anterior, tampoco reviste mayores problemas. Es cierto que sólo en los tiempos modernos, con la difusión de la imprenta y los modernos medios de comunicación masiva,

es cada vez más difícil ignorar una ley, pero durante mucho tiempo, cuando aparte de la imprenta, se usaban medios humanos o mecánicos para difundir un texto o cuando gran parte de la población era analfabeta, la cosa era más difícil. En fin, el problema de la publicación cae por su peso: ¿cómo se puede obligar a terceros por algo que no conocen?. En consecuencia, lo que vuelve obligatoria una ley es, finalmente, su publicación, aspecto que hoy nadie discute, más aún, cuando es práctica común en los Estados modernos contar con una gaceta o periódico oficial.

La problemática de la publicación está muy bien expresada en el siguiente párrafo que transcribimos de Toribio Pacheco: «La publicación de la ley es, por decirlo así, la base y el fundamento del precepto social en ella contenido, porque sólo ella puede hacer real y jurídica la obediencia de los asociados. Para que la ley sea obedecida, es necesario que se la conozca y nada sería más tiránico ni más cruel, según la observación de un jurisconsulto moderno, que castigar a un hombre por haber desobedecido una ley que no conoce ni ha podido conocer. Si, pues, la publicación es la que reviste a la ley de carácter obligatoria, se hace preciso emplear todos los medios conducentes para dar a la ley el mayor grado de publicidad» (cit. Pág. 183).

Entre nosotros, si bien existe el diario oficial *El Peruano* desde 1825, nunca fue considerado -sino hasta fecha muy reciente- como lugar en donde *obligatoriamente* se publicaban las leyes. En efecto, en su *Diccionario*, García Calderón se lamenta de que no se haya establecido un boletín especial de leyes (tomo II, voz «Ley») y de este criterio, participa también Toribio Pacheco (cit. pág. 186). Por su lado Luis Felipe Villarán (cf. *Derecho constitucional positivo*, Imp. de J. Francisco Solís, 2da edición, Lima 1882. pág. 130 y ss) afirma que en Lima se publican las leyes en el diario oficial «El Peruano» y en provincias lo hacen los «Registros oficiales» y cita en su apoyo decretos y resoluciones de 1831, 1835 y 1855, que sin lugar a dudas no debieron ser muy eficaces. Todo esto se confirma cuando revisando las constituciones peruanas, no encontramos referencia expresa al lugar de publicación. La Constitución de 1933, por ejemplo (art. 132) estipula la obligatoriedad de publicar la ley (sin decir dónde), y el artículo 129 precisa que si el Presidente de la República no promulga la ley dentro de 10 días, la promulgará el Presidente del Congreso, quien ordenará su publicación en cualquier periódico (sic). Estos antecedentes pueden explicar la promulgación en febrero de 1941 de la ley 9311, que obliga a «El Peruano» la publicación de las leyes y resoluciones legislativas, así como los decretos y resoluciones supremas... Finalmente, el artículo 195 de la Constitución vigente de 1979 señala que la ley es obligatoria, a partir de su publicación en el diario oficial (o sea, en «El Peruano»).

7. Sanción, promulgación y publicación de las constituciones

Las tres etapas que hemos analizado del *iter* legislativo, se cumplen, como norma general, tratándose de Constituciones, toda vez que ellas son, como ya hemos indicado, leyes al igual que las demás, pero con una jerarquía normativa superior, por su calidad de fundantes de todo el orden jurídico. En términos generales se da la sanción, expresa o tácita, por el Ejecutivo o el Legislativo, cuando corresponde; la promulgación es acto característico del Poder Ejecutivo, y la publicación corresponde también a éste, por evidentes razones administrativas.

En el caso concreto de la promulgación, cabe anotar que ésta opera, aun tratándose de Ejecutivos *de facto*, lo que es frecuente, toda vez que una nueva Constitución no es obra del poder constituido, sino de un movimiento constituyente, cualquiera que sea su origen. En el Perú ha sucedido siempre esto: todas las Constituciones del Perú, desde la de 1823 hasta la de 1933, han sido promulgadas por el Ejecutivo, sea éste *de jure* o *de facto*.

Cabe aquí hacer una salvedad, y es el caso del Brasil, en donde por razones históricas, las constituciones y sus reformas son siempre promulgadas por las mesas directivas de las Cámaras (cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1988, pp. 87-88), y esto tiene sus antecedentes históricos (cf. Pontes de Miranda, *Comentários à constituição* de 1967, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1967, Tomo III, pág. 139). Y así ha sucedido recientemente con la Constitución de 1988, sancionada y promulgada por la Asamblea Constituyente, y jurada cumplir por el Presidente Sarney (cf. Elcías Ferreira da Costa, *Comentários breves à Constituição Federal*, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre 1989; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2 vols, Editora Saraiva, São Paulo 1989; Celso Ribeiro Bastos-Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2 vols, Edit. Saraiva, São Paulo 1988-89).

En el caso del Brasil, la edición oficial de la nueva Constitución, sin errores ni enmendaduras posteriores, estuvo a cargo del Centro Gráfico del Senado Federal (Brasilia, octubre de 1988, edición con índice analítico, 292, pp).

Se trata, por cierto, de un caso singular (como en cierto sentido lo es Guatemala), que, constituye una excepción que no hace más que confirmar la regla y que no sólo obedece a una tradición histórica, sino a expreso mandato constitucional.

8. Lo que pasó en la Constituyente 1978-79

En su mensaje anual y conmemorativo de las fiestas patrias de julio de 1977, el general Francisco Morales Bermúdez, presidente de la República durante el régimen militar, anunció al país la transferencia del poder a los civiles, la que se realizaría en 1980, previa convocatoria a elecciones generales y a una Asamblea Constituyente que dictaría una nueva Constitución para el Perú en reemplazo de la Carta de 1933. Así consta en el Decreto Ley 21949 que convocó a elecciones para el 4 de junio de 1978 (la que fue aplazada para el 18 del mismo mes por Decreto Ley 22191), a fin de elegir cien (100) representantes a una Asamblea Constituyente, la cual tendría como único propósito redactar y aprobar una nueva Constitución Política del Perú, en el plazo improrrogable de un año. La Asamblea se instalaría el 28 de julio de 1978 y levantaría sus sesiones doce meses más tarde, esto es, a más tardar el 28 de julio de 1979. Terminada la Constitución, se convocaría a elecciones generales los primeros meses de 1980, a fin de que un nuevo gobierno constitucional se instalase en Palacio de Gobierno el 28 de julio de 1980.

La Asamblea Constituyente tras sus Juntas Preparatorias, se instaló solemnemente el 28 de julio de 1978, bajo la presidencia del viejo líder aprista Víctor Raúl Haya de la Torre. Las labores de la Asamblea duraron algo menos de un año, y en medio de no pocos contratiempos cumplió a cabalidad las labores que se le encomendaron (para el desarrollo de la Asamblea, cf. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Justo Valenzuela editor, 3ra. edición, Lima 1984, pp. 162-187). Lo concreto del caso es que luego de los trabajos realizados por las Comisiones Especiales y su posterior revisión por la Comisión Principal, y la corrección gramatical final que corrió a cargo del Director de la Academia Peruana de la Lengua, José Jiménez Borja (cf. Luis Alberto Sánchez, *José Jiménez Borja*, en «Expreso», 28 de agosto de 1982), el texto fue finalmente aprobado el 12 de julio de 1979. Se iniciaba, contrariando una arraigada tradición nuestra, con un preámbulo, el cual termina con estas palabras: «Hemos venido en sancionar y promulgar, como en efecto sancionamos y promulgamos, la presente CONSTITUCION POLITICA DEL PERU». A continuación seguían 307 extensos artículos y un título final dedicado a «Disposiciones Generales y Transitorias» en número de dieciocho (18), tras lo cual fue firmada por la mayoría de los constituyentes (como se expresará más adelante). Así aprobado, el texto fue enviado al Poder Ejecutivo, esto es, al Presidente Morales Bermúdez, a través del Oficial Mayor del Congreso, Luis Chacón Saavedra. Con posterioridad, el texto de la Constitución fue devuelto por el Ejecutivo con observaciones, que eran las siguientes:

“Considerando que la Asamblea Constituyente ha excedido la función específica que le señaló el Decreto ley 21949, al haber incorporado en la Constitución Política del Perú determinadas Disposiciones Generales y Transitorias que son actos de gobierno, que inclusive varios de ellos ya han sido ejecutados por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, formula observación a la Decimocuarta, a la Decimoquinta, a la Decimosexta y a la Decimosétima Disposiciones contenidas en el Título VIII. Así mismo, observa la puesta en vigencia del Capítulo I del Título I por no contener la correlativa puesta en vigencia del Capítulo VIII del Título IV y la de los artículos 87, 235, 236 y 282, porque el anticipo de su vigencia no es posible debido a que su aplicación tiene que estar necesariamente referida a la vigencia integral del texto constitucional. Por tanto con las observaciones precedentes, se devuelve a la Asamblea Constituyente. Lima, 12 de julio de 1979.
(fdo) Francisco Morales Bermúdez C. Pdte. de la República.

Pedro Ritcher Prada Presidente del Consejo de
Ministros y Ministro de Guerra.

Este texto (en cuya redacción participaron José Pareja Paz-Soldán y Oswaldo Corpancho, entonces asesores del gobierno militar, según versión no desmentida que recoge la revista *Caretas* núm. 562, 23 de julio de 1979), estuvo precedido y continuado de sucesos de gran interés (*vid* un relato ágil, exacto en lo sustancial, en Luis Alberto Sánchez, *Testimonio Personal*, tomo VI, Adió a las armas, Mosca Azul editores, Lima 1988) y provocó reacciones airadas. Antes que nada, vale la pena preguntarse: ¿a qué se debieron estas observaciones, que cabe calificar como insólitas?

La primera de las disposiciones generales y transitorias señala que «*La Constitución es promulgada por la Asamblea Constituyente. Entra en vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional, con excepción de los preceptos que rigen a partir del día siguiente de su promulgación y sanción, y que son: Capítulos I y VII del Título I y Capítulo VII del Título III, artículos 87, 235, 236 y 282, y las demás disposiciones electorales y las generales y transitorias*».

En realidad, estas disposiciones generales y transitorias, que fueron las únicas que causaron problemas en este proceso de transferencia, no todas estaban originalmente pensadas como tales; fueron incluidas a última hora, tan sólo con un afán presentista y electoral y sobre todo garantizar -en la medida que esto era posible- que los militares cumplieren ciertos aspectos que interesaba a la Asamblea, y que además respetasen el cronograma electoral de acuerdo a pautas mínimas. Sin embargo, en un proceso de transferencia negociado entre el gobierno militar y los

principales partidos políticos, sobre la base de un pacto de caballeros, era innecesario poner estas disposiciones en el tono en que lo fueron, porque en rigor no ayudaban a la mejor transferencia del poder, porque significaba además una desconfianza en el gobierno militar, y adicionalmente, porque en rigor se trataba -en muchas de ellas- de disposiciones de gobierno de carácter inmediato que no era necesario ponerlas; bastaba para ello una recomendación, una norma general prospectiva o simplemente esperar el retorno a la constitucionalidad, lo que sucedería doce meses más tarde. Pero no obstante esto, y sólo por razones políticas y desconfianza de ciertos sectores, es que se colocaron en tan grande y variado número, lo que era sin lugar a dudas, totalmente desacertado. Esto a su vez originó una torpeza mayor aún: que el gobierno militar se diese el lujo de observarlas y hacer caso omiso de ellas, o simplemente seguir las cuando interesaba al régimen o servía para sus fines. Además, muchas de esas disposiciones finales de la Carta tenían una buena dosis de ingenuidad, toda vez que no tenía ningún sentido disponer de actos de gobierno, cuando el gobierno lo ejercía la Fuerza Armada; menos aún, poner en vigencia determinados artículos que estaban en clara oposición con los fines del régimen, olvidando que durante todo ese tiempo -mientras duró la Asamblea y hasta el 28 de julio de 1980-, existió, en forma irrefragable, un gobierno militar, que no tuvo otro norte que el de sus propias políticas e intereses. Era pues, para decirlo en pocas palabras, un himno lírico, que sólo perseguía crear un ambiente favorable en la opinión pública sobre el nuevo texto aprobado. Veamos ahora exactamente lo puesto en «vigencia» por la Asamblea en su Primera Disposición General y Transitoria:

- i)** Capítulos I y VII del Título 1: se refiere a los derechos fundamentales de la persona y a los derechos políticos,
- ii)** Capítulo VII del Título III: referido al régimen agrario,
- iii)** Art. 87: establece la supremacía de la Constitución sobre las leyes y de éstas sobre las demás normas.
- iv)** Art. 235: señala que no hay pena de muerte, salvo por traición a la patria en caso de guerra exterior.
- v)** Art. 236: establece la facultad de los jueces para preferir la Constitución a la ley, y así en forma descendente sobre el resto del ordenamiento jurídico, y
- vi)** Art. 282: establece que el fuero militar no es extensivo a los civiles.

Como ya se ha indicado, esta puesta en «vigencia» fue observada por el gobierno militar, por motivos que consideramos atendibles, debiendo agregar que:

- i)** varios actos de gobierno que el Ejecutivo criticaba a la Constituyente

- por haberlas incluido entre sus disposiciones finales, tenían su propio fundamento. Así por ejemplo, la Decimosexta Disposición final ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que ya habían sido incorporados al derecho peruano por el mismo gobierno militar (Decretos-leyes números 22128 y 22231) y porque además, de acuerdo a la práctica y a la doctrina generalmente aceptada la *ratificación* de los instrumentos internacionales corresponden siempre al Ejecutivo y no al órgano legislativo (aun cuando sea constituyente conforme lo señaló Aramburú Menchaca en su momento). Con todo, cabe advertir que en términos generales, en estos actos de gobierno que el régimen militar criticaba, no había discordancia esencial con lo que se había hecho o estaba por hacerse: se trataba, más bien, de una observación motivada por lo que podríamos llamar una invasión de funciones. Además, los hechos mostraron, más tarde, que el gobierno, hasta donde pudo, siguió los grandes lineamientos esbozados o sugeridos por la Constituyente.
- ii)** También el gobierno observa las disposiciones finales Decimocuarta (que declara la libre transferencia de los bonos de la deuda agraria, estableciendo que es obligatoria su recepción cuando se ofrecen en garantía ante los bancos del Estado para la financiación de proyectos); Decimoquinta (condonando la deuda agraria cuando se acredita el trabajo directo de la tierra); Decimosexta (ratificación constitucional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo facultativo de NN.UU. y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969); y la Decimosétima (ratificación del Convenio 151 de la OIT).
- iii)** Observa la puesta en vigencia del capítulo I del Título I (derechos fundamentales de la persona) por no tener la correlativa puesta en vigencia del Capítulo VIII del Título IV (o sea, los regímenes de excepción de la Carta de 1979). Esta observación tiene un indiscutido peso, ya que no se puede poner en vigencia un sistema de respeto a los derechos fundamentales, sin que por otro lado el Ejecutivo, como sucede siempre, pueda recurrir a los regímenes de excepción; es decir, o se ponían en vigencia los dos capítulos, o no se tocaba ninguno.
- iv)** Finalmente se observa la puesta en vigencia de los artículos 87, 235, 236 y 282 ya mencionados, porque el anticipo de su vigencia no es posible, debido a que su aplicación tiene que hacerse necesariamente referida a la vigencia integral del texto constitucional. Nos parece igualmente acertado el contenido de esta observación. En efecto, no puede pedirse a los jueces que observen la Constitución por encima del resto del ordenamiento jurídico, cuando aquélla está «vigente» sólo en un diez por ciento y nada más.

Las observaciones efectuadas por el gobierno militar a la Constituyente eran rigurosas desde un punto de vista conceptual, y además reflejaban un realismo y un pragmatismo acorde con la situación del momento. El único error del gobierno fue dejar por escrito tales observaciones, toda vez que empezar la vida institucional, o mejor aún, el proceso de retorno a la democracia, observando el texto que lo posibilitaba, era de muy mal gusto. Lo sensato hubiera sido hacérselo saber a la Asamblea por otros medios, pero no insertar tales observaciones, que si bien, repetimos, eran sensatas, no era dable hacerlo a un texto como la Constitución, que precisamente por serlo no admite observaciones, pues como tal había sido aprobada por los legítimos representantes del pueblo.

Vuelto el texto a la Asamblea con las observaciones del Ejecutivo, se produjo un gran alboroto y se desencadenó una reacción adversa al gobierno, que sólo sirvió para unir a todos los constituyentes contra lo que se consideraba un atropello del régimen (y en realidad lo era). Al día siguiente, 13 de julio, se reunió la Asamblea por última vez y rechazó las observaciones del Ejecutivo, reafirmando solemnemente que la Constitución había sido sancionada y promulgada por la Constituyente y que sólo podía ser objeto de modificaciones por el especial procedimiento que la misma Carta establece. En su acuerdo de rechazo, el mismo día 13, la Asamblea reafirma que ella está animada por el propósito de facilitar la transferencia del poder a la civilidad, que por su naturaleza, la Constitución no puede ser observada; que las disposiciones finales (generales y transitorias) números 14, 15, 16 y 17 están referidas a las medidas reglamentarias y complementarias que corresponde dictar al Poder Ejecutivo para su aplicación; que mientras no entre en vigencia el «Régimen de Excepción» previsto en la Carta de 1979, deberá tenerse como referencia para su aplicación la «suspensión de garantías» prevista en el artículo 70 de la Constitución de 1933; y finalmente que los artículos 87, 235, 236 y 282 consagran derechos esenciales de carácter jurídico y moral, cuya vigencia es impostergable para el proceso de transferencia del poder. Finalmente, la Asamblea acuerda que la Constitución ha quedado «sancionada y promulgada el 12 de julio de 1979, y sólo puede ser reformada por el procedimiento prescrito en el art. 306 de la misma». El texto de rechazo fue aprobado por unanimidad (a diferencia de la Constitución, que no lo fue; cf. *Firmantes y no firmantes de la Constitución peruana de 1979* por Carlos Neuhaus R.P. en «El Comercio», 1 de junio de 1989).

El rechazo de la Asamblea a las observaciones hechas por el Ejecutivo era inevitable y estuvo muy articulado. Era evidente que la Asamblea no podía aceptar observaciones de ninguna naturaleza, pero también se cuidó de no cerrar todas las puertas: por un lado afirmó la necesidad de respetar ciertos principios básicos (en lo que fue seguido por el gobierno) pero por

otro, dio la salida al régimen *de facto*: precisó que determinadas disposiciones para ser aplicadas, deberían ser materia de reglamentación por el gobierno (con lo cual daba a éste el tiempo que reclamaba) y en cuanto a la no vigencia del «Régimen de Excepción», la Asamblea también señaló el camino: el gobierno podía utilizar la «suspensión de garantías» prevista en el artículo 70 de la Carta de 1933; con lo cual también creó una incoherencia puesto que, a) no todas las «garantías» de la Carta de 1979 se encuentran en la de 1933, pues ésta es más parca que aquella, y b) creó un elemento de confusión, pues reconoció, paladinamente, la vigencia de la Carta de 1933, aun cuando sólo lo fuese en alguna de sus partes, lo que motivó una polémica posterior, sobre la que volveremos más adelante.

En fin, con este incidente, se cerró el período constituyente, y empezó el siguiente: el proceso de transferencia que culminó el 28 de julio de 1980.

9. La Constitución peruana dentro del contexto de los años setenta

No hace falta mucha perspicacia para darse cuenta que nuestro proceso constituyente fue sin lugar a dudas «singular», y por eso es que ha dado origen al denominado «modelo peruano» de transferencia, que tanto ha dado que hablar en el extranjero, y que ha inspirado directamente la reciente transferencia democrática del Brasil. En fin, lo que sucedió en ese período (por estar tan alejado de los precedentes y de los convencionalismos al uso) es difícil ubicarlo y perfilar sus características, y en todo caso, es un estímulo para los analistas y estudiosos de ese proceso.

De acuerdo a información proporcionada por el profesor Albert P. Blaustein, editor de la más importante colección de textos constitucionales en el mundo, en 1980, al momento de entrar en vigencia nuestra Constitución, en el mundo existían 155 constituciones, sin contar a siete países que no tenían constitución (Israel, Gran Bretaña, Nueva Zelandia, Omán, Arabia Saudita, Kampuchea y Uganda). De este total, 122 habían sido aprobadas a partir de 1960; (27 desde 1978) y sólo 18 provenían de la década del cuarenta al cincuenta de este siglo. Desde el siglo pasado existían en vigencia tan sólo unas pocas; ocho países: Estados Unidos, Noruega, Liberia, Argentina, Canadá, Luxemburgo, Andorra y Suiza a los que habría que agregar Colombia, con su carta de 1886. De acuerdo a esta información, confiable en sus grandes términos, aun cuando necesite de afinamiento en algunos detalles, la «marea constitucional» se ha desencadenado a mediados del siglo XX, más en concreto a partir de la década de los años sesenta de este siglo, coincidiendo, sin lugar a dudas, con el proceso de descolonización del llamado «tercer mundo». Dentro de este gran contexto, con una expansión explosiva, quedó sancionada la Constitución peruana de 1979, obedeciendo sin embargo a propósitos y fines diversos.

10. ¿Quién sancionó la constitución?

En el Perú, como ya hemos visto, tenemos una doble tradición, por un lado la sanción parlamentaria, vigente con matizaciones, y por otro, la sanción del Ejecutivo, encubierta, tácita o simplemente inexistente, que se nota cuando las Cámaras aprueban *proyectos de ley* y no *leyes*. Pero, sin lugar a dudas, si bien ambas válidas dentro de nuestra tradición, la Asamblea Constituyente acordó expresamente «sancionar» la Constitución y así lo dijo con todas sus letras. Para tal efecto, tengamos presente que la Constitución en su primera versión fue aprobada en abril de 1979, y luego sucesivamente fue afinando y perfilando su texto, que aprobó el Pleno, hasta que finalmente, y tras la necesaria labor de redacción y pulimento, fue formal y solemnemente aprobada en la sesión del 12 de julio de 1979. Es decir, se ratificó expresamente, y en acto solemne, lo que anteriormente había sido objeto de acuerdo por los constituyentes. Además, tal texto, en su forma actual, salió del Plenario y no fue objeto de retoques ni aditamentos y la Asamblea misma dejó precisado que su objeto había sido precisamente sancionar el texto. En consecuencia, no tenemos ningún inconveniente en aceptar que, efectivamente, la Constitución fue sancionada expresamente por la Asamblea. Esto es, existe a nivel constitucional -como lo ha sido en anteriores procesos constituyentes- la institución de la sanción, que hace, por así decirlo, que el texto sea intangible e intocado.

11. ¿Fue publicado el texto constitucional?

Días antes de la sesión solemne del 12 de julio, y a iniciativa del primer secretario de la Asamblea, Jorge Lozada Stambury, se mandó imprimir el texto constitucional en la imprenta del Ministerio de Economía y Finanzas, con un tiraje corto: 500 ejemplares, a fin de poder ser obsequiado a los constituyentes y a las personalidades asistentes al acto. Tal edición fue lamentablemente muy descuidada y por lo demás no llegó al grueso público. En ella no sólo se deslizaron gran cantidad de errores, sino adicionalmente se incurrieron en inexactitudes, como por ejemplo considerar firmante y presente a Víctor Raúl Haya de la Torre, como Presidente de la Asamblea, cuando en realidad Haya se encontraba hacia meses con licencia y atravesando una grave enfermedad que finalmente lo llevaría a la muerte (2 de agosto de 1979). Además, dicho texto fue editado mucho antes de que se diese la sanción de la Asamblea y, adicionalmente, no circuló: tan sólo fue entregado a los asistentes al acto del 12 de julio: constituyentes, invitados oficiales y periodistas. De este texto se hizo una tirada aparte en el diario *Expreso* (13 de julio de 1979); los demás diarios, en ese entonces en poder del gobierno que los había expropiado, se abstuvieron de publicar el texto, acatando órdenes que aparentemente habrían provenido de las altas esferas gubernamentales. Lo cierto es que, aparte de esta publicación en el

diario *Expreso*, no se hizo ninguna publicación más. El diario oficial *El Peruano*, en donde se deberían publicar todas las normas legales de alcance general, no lo publicó ni lo hizo ningún otro ente estatal en los meses siguientes. Es decir, para efectos prácticos, no hubo publicación oficial, lo que sólo sucedió meses más tarde, como lo explicaremos más adelante. Lo que existió fue difusión extra-oficial de la Constitución, porque a partir de la edición del diario *Expreso*, incompleta y con errores, se hicieron gran cantidad de ediciones que podemos llamar clandestinas, no sólo porque muchas de ellas no tenían editor conocido, sino porque adicionalmente se trataba de una edición que no era fiel.

12 ¿Fue promulgada la Constitución de 1979?

Como hemos visto, la Asamblea declaró que no sólo había sancionado la Constitución -lo que conceptuamos correcto- sino que además la había promulgado. Sobre esto último tenemos un criterio discrepante, que en su momento lo hicimos notar, aun cuando nuestra tesis no tuvo acogida en la opinión pública. Pero las cosas son lo que son y no lo que quieren sus autores.

En efecto, como ha quedado demostrado, la norma general es que la promulgación es un acto ejecutivo, es decir, una prerrogativa del Jefe de Estado, sea constitucional o *de facto*. Esta consiste en un registro, diríamos casi notarial, que atestigua la veracidad de un acto, la conformidad de este acto con los trámites preestablecidos y, además, la orden para que tanto la administración como los particulares conozcan, cumplan y hagan cumplir el texto así aprobado. Se trata, como se ve, de un acto de naturaleza ejecutiva y no legislativa. Y así ha sido siempre en todas partes, con las ligeras excepciones que hemos anotado, y que tienen su propio sustento doctrinario, normativo e histórico. Así, en el Perú y en la mayoría de los procesos constituyentes contemporáneos, la promulgación es un acto del Ejecutivo y no del Legislativo. Todas las constituciones peruanas sin excepción -desde la de 1823 hasta la de 1933- fueron promulgadas en su momento, por el Poder Ejecutivo. Así lo establece nuestra historia y nuestra práctica constitucionales del siglo pasado y del actual. Aun más, al discutir y aprobar el nuevo texto, en ningún momento el constituyente pensó que la promulgación competía al órgano legislativo, sino al ejecutivo (salvo que éste renunciase a ello, en cuyo caso lo hacía el Congreso). Pero lo que sucedió finalmente fue muy singular: la Asamblea expresó que había «promulgado» el texto constitucional; pero, sin embargo, lo remitió oficialmente al Poder Ejecutivo, lo que en rigor no era necesario, toda vez que si se trataba de un texto perfecto, no había necesidad de enviar la autógrafa al Presidente de la República y esperar que éste se pronunciase sobre ella. Vuelto el texto con las observaciones, la Asamblea las rechaza y

se disuelve, pero sin que en ningún momento hiciese uso de la fórmula ritual de la promulgación. Aun más, pudo haber intentado esto en otra sesión, para la cual todavía tenía tiempo (pues su labor era de un año y concluía recién el 28 de julio de 1979). Sin embargo, optó por recesarse el mismo 13 de julio, cuando tenía todavía varios días para perfeccionar tal acto. En consecuencia, es nuestro criterio que no sólo la promulgación no era procedente ni existían antecedentes para ello, sino que además formalmente no se hizo; sólo se limitó la Asamblea a rechazar las observaciones, ratificando el texto mismo. Como bien dice Duguit (op. cit. pág. 516) la promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República afirma, por la fórmula consagrada, que la ley (o la Constitución) ha sido reglamentariamente votada por las Cámaras. Y este criterio lo comparte, en forma unánime, toda la doctrina peruana (desde el siglo XIX en adelante).

Ahora bien, esta situación creó una problemática inédita, ya que nunca en nuestro pasado histórico una Asamblea (o Congreso) Constituyente se había arrogado la potestad de promulgar. Evidentemente, los primeros que salieron en tal defensa fueron los mismos constituyentes, y en forma más enérgica, el Presidente de la Asamblea en ejercicio, Luis Alberto Sánchez (vid. su *Testimonio personal*, tomo VI cit); igual lo hace Luis Bedoya Reyes, Andrés Aramburú Menchaca (cf. *Las peripecias de la Constitución* en «El Comercio» 26 de julio de 1980); Enrique Chirinos Soto (cf. *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima 1979) y Alberto Ruiz-Eldregde (cf. *La Constitución comentada*, Lima 1980), todos ellos constituyentes. Singular es la postura de otro constituyente, Javier Valle-Riestra, que si bien acepta que la Constitución ha sido expresamente promulgada por la Constituyente, declara que al no haber sido publicada oficialmente, no obliga, en consecuencia no es oponible a terceros (cf. *La Constitución inédita* en «La Prensa», 18 de setiembre, de 1983). El mismo criterio han repetido los voceros oficiales en los actos conmemorativos del décimo aniversario de la Constitución (12 de julio de 1989), al expresar que la promulgación la realizó la Asamblea Constituyente. No obstante, hay que anotar como dato revelador, que en dicho acto oficial de aniversario, el ex-constituyente y actual Presidente de la República, Alan García Pérez al recordar, en el mismo hemiciclo, la tarea de la Constituyente, resaltó el papel que le cupo en dicha labor a Víctor Raúl Haya de la Torre, y sobre todo, el reconocimiento a Fernando Belaunde Terry por “promulgar la Constitución al iniciar su gobierno” (cf. *El Peruano*, 13 de julio de 1989).

Los más autorizados comentaristas de la Carta del 79, coinciden también en señalar que la promulgación la realizó la Asamblea Constituyente (cf. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, cit. y Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal Ballesteros, *Constitución y sociedad política*, 2da. edición, Mesa Redonda editores, Lima 1983).

No obstante la impresionante acumulación de opiniones adversas, reiteramos que en nuestro criterio, la Asamblea no realizó ningún acto promulgatorio, no sólo porque no le correspondía, sino porque adicionalmente no estaba en capacidad política de hacerlo; esto es, no podía ordenar a nadie que la cumpliera, porque de la Asamblea no dependía nadie. Ni siquiera pudo lograr su inserción en el diario oficial, lo cual es buena muestra de su incapacidad fáctica, aun cuando fuese inmensa su capacidad jurídica para diseñar el nuevo modelo normativo del país.

Nuestro punto de vista, expresado en anteriores oportunidades (*vid.* mis declaraciones en la revista *Equis*, N° 152, agosto de 1979) es que quien promulgó el texto constitucional fue el Presidente Fernando Belaunde Terry, el primer día de su segundo período constitucional, el 28 de julio de 1980.

13. La promulgación en forma

Como hemos venido señalando, no existió promulgación oficial de la Constitución, por lo menos en la forma que corresponde: no se dio tal acto ni tampoco existieron las consecuencias de tal acto, como sucede siempre en estos casos. Nuestra tesis es que la promulgación sólo ocurrió un año más tarde, cuando advino la democracia.

El 28 de julio de 1980, ascendió al poder, luego de justas electorales, el arquitecto Fernando Belaunde Terry, quien juró el cargo en sesión solemne realizada en el recinto del Congreso ese día. La transferencia había concluido, y se había realizado de acuerdo a un cronograma trazado originalmente por los militares, y que en cierto sentido coincidía con el prescrito por los constituyentes.

Ahora bien ¿cómo fue la promulgación real y efectiva? De acuerdo a la narración de L.A. Sánchez, confrontada con la versión periodística aparecida en esos días, así como con el testimonio de Víctor Andrés García Belaunde, Secretario del Consejo de Ministros y testigo de dicho acto, esa noche en Palacio de Gobierno, el Presidente Belaunde decidió promulgar la Constitución que había estado en el invernadero durante un año, y que además no había sido publicada en forma. Para tal efecto, ordenó buscar la autógrafa de la Constitución y no fue encontrada. Al respecto cabe aclarar que existen dos autógrafas de la Constitución; esto es, dos originales, uno de los cuales se quedó en el Congreso y otro de ellos en Palacio de Gobierno, en manos del entonces Presidente Morales Bermúdez. El asunto es que el general Morales Bermúdez se había llevado un ejemplar autógrafo a su domicilio, (cf. Javier Silva Ruete, *Yo asumí el activo y el pasivo de la Revolución*, CDI, Lima 1981; pp. 285-294), y el otro no era habido (las dos autógrafas, que contienen ambas las firmas de Haya

y las de los constituyentes, son un texto de 103 folios, y es el primero en nuestra tradición republicana que es mecanografiado, pues todos los anteriores son manuscritos). Ante tal emergencia, L. A. Sánchez ofreció proporcionar una fotocopia (de las dos que había obtenido de los originales), y sobre esa fotocopia, Belaunde y sus Ministros estamparon la promulgación. Como quiera que el término “promulgación» había sido utilizado anteriormente, la habilidad y tacto político de Belaunde lo apercibió de este hecho, y la redacción final quedó de la siguiente manera:

“En virtud de la promulgación efectuada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979 y de acuerdo con la Primera Disposición Transitoria de esta Constitución, mando se publique y cumpla. Dado en la Casa de Gobierno. en Lima, a los veintiocho días del mes de julio de mil novecientos ochenta”.

Acto seguido firmó el Presidente Belaunde, al que siguieron sus Ministros de Estado (cf. Felipe Osterling P. *En Justicia* C.D.I. Lima 1983).

Este cúmplase dado por el gobierno constitucional, fue efectuado, como ya se indicó, en un ejemplar fotocopiado proporcionado por el senador Luis Alberto Sánchez, ex-Presidente en ejercicio de la Asamblea Constituyente. Testigos autorizados han manifestado que luego de la ceremonia, el senador Sánchez (que tenía la fotocopia en un cartapacio de cuero), cerró el ejemplar que había proporcionado y que contenía la promulgación, y se retiró a su domicilio, sin que hasta la fecha haya devuelto tal documento. Esto creó un serio problema al Ministerio de Justicia, al momento de preparar la edición oficial completa que realizó en 1981 (a la cual nos referimos más adelante). En efecto, no se tenía a la mano el ejemplar destinado al Congreso, y sólo se contaba en ese momento con la autógrafa que con posterioridad había devuelto el General Morales Bermúdez, y que como era evidente, no contenía el texto promulgatorio.

Con este ejemplar, el secretario del Consejo de Ministros, Víctor A. García Belaunde, volvió a sacar las firmas tanto del Presidente Belaunde como de sus Ministros presentes en este acto, y este ejemplar, completo, es el que luego sirvió de base para la edición oficial, y que ha tenido tan amplia circulación.

La reflexión final que se impone es la siguiente: ¿por qué el Presidente Belaunde puso un cúmplase a un texto constitucional que ya estaba promulgado? ¿O es que acaso el cúmplase, no es, en puridad, la promulgación? Promulgar es certificar y ordenar; y eso es lo que hizo.

La conclusión que extraemos de toda esta peripecia constitucional es que aquellos que -seguramente con buena fe- sostuvieron que la Asamblea había promulgado la Constitución -lo cual no se realizó y era imposible que así lo hiciese, por el contorno fáctico- tuvieron un criterio más político que jurídico, ya que en todo momento lo que se quiso fue utilizar el pretexto de la «promulgación» para hacer una labor activista y opositora al gobierno (lo que no es censurable, aun cuando sí lo sea, que se desplieguen tantos argumentos en forma intonsa y sin ningún sustento doctrinario ni histórico).

14. ¿Fue Haya de la Torre firmante de la constitución?

Todo un intenso debate hubo sobre si Haya de la Torre había firmado o no la Constitución. En realidad se armó todo un problema, en donde en realidad no existía. Haya, como se sabe, estaba en su lecho de enfermo en Villa Mercedes, y se encontraba con licencia desde meses atrás. En consecuencia, ni su presencia, ni su voto, ni menos aún su firma, eran en rigor necesarias. Quien hacía las veces de Haya, era Sánchez, que a su calidad de Presidente de la Comisión Principal, añadía la de Presidente en ejercicio de la Asamblea Constituyente. Además, la firma o no firma de Haya no tenía ningún trasfondo ni importancia jurídicas. De acuerdo al artículo 46 del Reglamento de la Asamblea Constituyente, los artículos constitucionales se aprobaban por la mitad más uno del número legal de miembros de la Asamblea. En consecuencia, la mayoría era la que decidía y nadie más. Debe además señalarse que la Constitución fue votada por partes y en tramos diversos. La última vez que se votó fue en mayo de 1979, y ratificada en el mes siguiente. Algunos títulos lo fueron por mayoría, otros por unanimidad, pero el conjunto del texto constitucional fue votado y aprobado por una gran mayoría; en consecuencia, a tenor de las normas reglamentarias, existía una mayoría que era suficiente. Que al momento solemne de la sanción el día 12 de julio de 1979, algunos constituyentes se negaran a firmar (cf. *La Prensa*, 13 de julio de 1979; en donde se sustenta el rechazo de diversas fuerzas políticas, en especial de todas las gamas posibles de la izquierda) es algo totalmente intrascendente, más aún si lo comparamos con las votaciones que se sucedieron en el hemiciclo cuando fueron aprobados los títulos respectivos. En consecuencia, haber laborado varios meses en la Constituyente, y haber aprobado la mayoría de sus partes era lo importante: no tenía efecto alguno que unos cuantos no firmasen (la minoría), que contradictoria e incoherentemente se apresuraron a firmar el día siguiente 13, sin darse cuenta de su inconsecuencia. Por tales motivos, si una importante mayoría de los constituyentes firmaron, era irrelevante que una minoría, e incluso que el Presidente titular no firmase, más aún teniéndose en cuenta que se hallaba con licencia por motivo de enfermedad.

Sin embargo, los apristas tenían sumo interés en que Haya firmase la Constitución, no obstante encontrarse enfermo y prácticamente agónico. Ello fue objeto de arduas negociaciones, por la tenaz posición del Partido Popular Cristiano (PPC) que quería la firma en acto público, o en todo caso, con un público calificado. Todo se zanjó en una pequeña ceremonia celebrada en Villa Mercedes, en la cual Haya firmó ante el Oficial Mayor Luis Chacón Saavedra, quien actuó como fedatario del acto. Haya aparece tan sólo como firmante, porque la sanción es efectuada líneas más abajo por L. A. Sánchez, quien firma como Presidente en ejercicio, lo cual da a entender que la firma de Haya fue tan sólo un ceremonial y un acto de trascendencia partidaria e histórica.

La firma de Haya lo fue en las dos autógrafas (cf. *El Comercio*, 13 de julio de 1979), y como quiera que ya ha sido reproducida la página de la autógrafa que la contiene (cf. *Caretas*, números 973 de 21 de setiembre de 1987 y 978 de 26 de octubre de 1987) y recientemente en el álbum conmemorativo *Asamblea Constituyente*, (editado por la Cámara de Diputados en el Décimo Aniversario de la Constitución, Lima 1989), es dable afirmar que la firma que ahí aparece es indudablemente la de Haya, aun cuando debilitado por el cáncer pulmonar que lo aquejaba (cf. Wilbert Bendezú Carpio, *Los últimos días de Víctor Raúl*, Editora Tempus, Lima 1986). A favor de la firma de Haya hay que anotar también, aparte del testimonio de los apristas y del Oficial Mayor de la Cámara, el de Ernesto Alayza Grundy (en carta dirigida a Sánchez y que éste reproduce en su *Testimonio personal*, tomo VI citado, pp. 138-140) así como la versión que sobre la misma ofreció Luis Bedoya Reyes (cf. *La Prensa*, 16 de marzo de 1980).⁴

15. Realce y homenajes a la Carta

Aparte de la importancia histórica y política que significó la aprobación de la nueva Constitución, importa destacar algunos hechos en torno a la indicada Carta, que han contribuido a su realce y que merecen tenerse en consideración.

En primer lugar, destacar que con motivo de la sanción de la Constitución, se pusieron en circulación dos medallas acuñadas, una en plata y otra en bronce, que tuvieron gran acogida, con el escudo nacional en un lado y una paloma volando sobre un atardecer en el reverso; en el primero se leía «Constitución Política del Perú sancionada por la Asamblea

4 El texto original de la Constitución, incluyendo la firma de Haya y de los demás constituyentes, está ahora en exhibición al público, en la Sala de las Constituciones de la Cámara de Diputados, en lugar prominente y central.

Constituyente»; en el segundo está la siguiente leyenda: «Jurada por los pueblos el 12 de julio de 1979» (Vid. una fotografía de ellas en *El Dominical*, Suplemento de «El Comercio», 10 de julio de: 1983). Cabe anotar, como mero comentario lo siguiente: se indica en uno de sus lados que la Carta ha sido sancionada (se omite toda referencia a la promulgación), y en otro se añade que la Carta ha sido jurada por los pueblos (lo que sucedía antiguamente, pero no lo fue en esta oportunidad). Se trata, por cierto, de un mensaje simbólico y conmemorativo, y así hay que tomarlo, porque adicionalmente continúa una tradición histórica, pues cada vez que se juraba una Constitución, era frecuente que se acuñaran medallas con tal motivo (cf. Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima, 1978, en donde se reproducen gran parte de ellas). Aparte de esto, circularon varias estampillas de correo alusivas a la Constitución, a Haya de la Torre y a la vuelta a la constitucionalidad.

En el aspecto normativo, conviene tener presente lo siguiente:

- i) La ley 24964 manda que los originales de todas las Constituciones Políticas que ha tenido el Perú, sean conservadas en el Congreso de la República.
- ii) La ley 24669, y su posterior complemento la ley 24688, establece que cada ciudadano, al recabar su Libreta Electoral, recibirá un ejemplar de la Constitución y jurará cumplirla, y
- iii) La ley 23661 declara que el día 12 de julio de cada año es el día de la Constitución; entendiéndose que se trata, por cierto, de la Constitución vigente.

Otros dispositivos legales se han dado en los últimos años con referencia a la difusión, enseñanza y protección de la Constitución, que no es del caso reseñar en esta oportunidad.

16. ¿Qué constitución estuvo vigente en el período 1979-80?

El concepto de «vigencia» es uno de los más debatidos en el ámbito del derecho, y sobre él existen diversas acepciones. En tal sentido, y a fin de no enmarañarnos en una selva de conceptos dispares, creemos conveniente partir de ciertas ideas básicas que las asumimos como válidas para los fines que nos proponemos.

Así, cuando hablamos de vigencia, estamos haciendo referencia al «derecho vigente». Y por tal entendemos a lo que es positivo y obligatorio en un determinado lugar. Derecho vigente se opone así al no vigente, esto es, al derecho histórico. Diremos de esta suerte que el Código Civil de 1984 está vigente, y que por el contrario el Código Civil de 1936 no lo está. Con vigencia hacemos referencia a lo existente, a lo que aquí y ahora es vinculante y

obligatorio. Para tal efecto es necesario que la norma de la cual predicamos vigencia no haya sido derogada o reemplazada por otra, y que asimismo esté formalmente sancionada y promulgada, siguiendo los patrones o cánones generalmente aceptados. Vinculado con la vigencia, se encuentra el concepto de «eficacia», que tiene una connotación sociológica, y que está referida, por el contrario, al seguimiento, observancia o aplicación que tiene una determinada norma. De esta suerte, puede darse una norma vigente que no es eficaz, así como una norma vigente que es eficaz. Por cierto, la eficacia condiciona a la larga la vigencia, pues la inobservancia total de la norma puede traer su decaimiento por desuso (*desuetud*) y para efectos prácticos volverla no vigente. Teniendo presente estas ideas preliminares, que utilizamos como hipótesis de trabajo -avaladas por cierto por los usos que le otorga nuestra comunidad jurídica- veamos cómo las aplicamos a la Constitución de 1979.

En su Primera Disposición de las Generales y Transitorias, la Constitución declara enfáticamente que ella entra en vigencia al instalarse el gobierno constitucional. Esto es, la vigencia operaba, en términos generales, el 28 de julio de 1980, fecha en la cual estaba previsto el retorno a la constitucionalidad, con la asunción al mando de autoridades legítimamente elegidas por el pueblo en elecciones libres. El problema es que, a continuación, como ya ha sido indicado, la Constitución adelantó la «vigencia» de determinados artículos (precisamente materia de observación por parte del gobierno militar) a partir del día siguiente de su «promulgación y sanción». Esto es, el *corpus* constitucional entraba en vigencia el 28 de julio de 1980, salvo aquellos pocos artículos que debían entrar en «vigencia» el 13 de julio de 1979.

La primera observación que surge es la relacionada con la procedencia de esa puesta en vigencia. En efecto, la constituyente, que coexistió con un gobierno *de facto*, tenía por cometido principal aprobar y dar al país una nueva Constitución, en el entendido de que sólo el gobierno constitucional siguiente la pondría en vigencia. En consecuencia, desde el punto de vista de los objetivos y sus posibilidades, ello no era posible. Pero el constituyente, como ha pasado en casos similares, fue más allá de estas previsiones, y decidió establecer una vigencia parcial.

¿Era esto posible? La vigencia proviene normalmente de dos hechos: por un lado la conformidad con un orden superior -que en este caso no existía, pues se trataba de la Constitución- y por otro de que como tal hubiese sido promulgada y publicada (lo último, evidentemente, no ocurrió). Es decir, no era suficiente decir que un texto -aun cuando sólo fuese parcialmente- estuviese vigente, para que lo esté. No hubo promulgación en forma ni tampoco publicación del texto, requisitos básicos para su puesta en vigencia.

Por lo demás, tampoco esta supuesta vigencia estuvo acompañada de la «eficacia», complemento de aquélla, como lo veremos más adelante, lo que confirma que no existió tal vigencia, ni en teoría ni en la práctica.

No obstante lo indicado, la Asamblea sostuvo la vigencia de parte del articulado constitucional, y esto originó más de un debate. Así, Luis Alberto Sánchez (cf. *¿Qué Constitución está vigente?* en «La Prensa», 23 de marzo de 1980) dice que se puso en vigencia tan sólo parte de la Carta de 1979, pero que es evidente que el accionar del gobierno y de las autoridades no puede ir contra el espíritu de su articulado; en otro lugar Sánchez había lamentado la inconsecuencia de que la Asamblea Constituyente el día 13 de julio, al rechazar las observaciones del gobierno militar había declarado que estaba vigente la Carta de 1933 en lo referente a la «suspensión de garantías». Jorge Lozada Stambury, primer secretario de la Asamblea, afirmó que coexisten dos Constituciones, la del 33 y la del 79; de esta última sólo lo que la Asamblea puso en vigencia; en lo demás, la de 1933 (cf. declaraciones a *El Comercio*, 15 de julio de 1979). El Presidente *de facto*, General Morales Bermúdez señaló que el Gobierno Revolucionario seguía regido por el Estatuto Revolucionario de octubre de 1968 y en lo que no se opusiese a éste, la Constitución de 1933, ya que la Constitución de 1979 entraría en vigor tan sólo en 1980, con el advenimiento del nuevo régimen constitucional. En cuanto al proceso de transferencia, aclaró que éste se haría siguiendo las disposiciones finales de la Constitución de 1979, no porque tuvieran efecto mandatorio, sino porque ellas coincidían con los objetivos políticos del Gobierno, y en consecuencia le pedían servir de inspiración (cf. *El Peruano*, 20 de julio de 1979). José Pareja Paz-Soldán declaró que las disposiciones finales de la Carta, tenían una clara intención política y electorera, que habían creado roces innecesarios con el gobierno militar, y que en su opinión lo vigente era tan sólo la Carta de 1933 (cf. *La Prensa*, 19 de julio de 1979). Esta aseveración de Pareja fue replicada por Andrés Aramburú Menchaca (cf. *El Comercio*, 20 de julio de 1979) quien acotó que estaba vigente la Constitución de 1933, en lo que no se oponga a los artículos puestos en vigencia por la Carta de 1979; es decir, coexistían ambas.

¿Cuál de todas estas versiones es la más adecuada? En realidad, como hemos visto, la «vigencia» como categoría, como atributo real de una norma, es algo que no sólo no se dio en la Constitución de 1979, sino que tampoco podía operar parcialmente, como fue pensado por los constituyentes. La Constitución no fue promulgada ni publicada; mal podía en consecuencia estar en vigencia, más aún, cuando dentro del contexto socio-político en que se dio, no tenía la menor perspectiva de estar vigente, y menos de ser eficaz. Se olvidó aquí la trayectoria peruana en materia de gobiernos de facto y es la siguiente: cuando éstos existen, la Constitución vigente pasa a segundo

lugar, después del Estatuto del Gobierno Revolucionario o Junta de Gobierno, como se llamaba antes. Así fue siempre y así lo fue en el período militar que va de 1968 a 1980. Pretender algo distinto, era simplemente hacer un juego político -como se hizo con la constituyente y con la Constitución- para sacar dividendos electorales para 1980. Era pues pedir lo imposible, sabiendo la manera cómo reaccionaría el gobierno militar. En consecuencia, por razones históricas, doctrinarias y de orden sociológico, no tiene sentido alguno hablar de la vigencia de la Carta de 1979, ni siquiera en el reducido articulado que pretendió la Constituyente, porque se trataba además de un imposible jurídico. Lo que existió hasta 1980 fue sencillamente la Carta de 1933, que de esta suerte vivió 47 años de existencia formal, en cierta manera recortada por la supremacía del Estatuto del gobierno militar (como sucedió siempre en anteriores oportunidades), hasta que en 1980 entró en vigencia, esta vez sí, la Carta de 1979. Con la promulgación y publicación, vino la vigencia, y con ésta, la eficacia.

17. ¿Tuvo alguna influencia la Constitución de 1979 en el período 1979-1980?

Admitido que la Constitución de 1979 no estuvo vigente, en ninguna de sus partes durante este periodo, se desprende que tampoco tuvo eficacia. Es decir, los preceptos dotados de aparente vigencia, no tuvieron su correlato: es decir, no tuvieron seguimiento en el mundo de la realidad política; no tuvieron carácter vinculante: dicho en otras palabras; no hubo eficacia. En consecuencia, y como quiera que la eficacia es el condicionante de la vigencia, punto sostenido por la doctrina que parte de Kelsen, cabe deducir que si no hubo eficacia, aun cuando hubiera habido vigencia, ésta resulta desarticulada e inexistente, por no haber impreso orientación alguna en el mundo de la *praxis*. Su no aplicación, su no seguimiento, su no orientación de las conductas intersubjetivas de los hombres, en síntesis, su no eficacia, comprometen la hipotética vigencia que eventualmente pudiera haber tenido.

Pero no obstante lo anterior, había dos hechos que fueron importantes y que hay que destacar; por un lado, que tan pronto la Constituyente clausuró sus sesiones, se inició un período electoral para la programada transferencia; esto es, el gobierno militar entraba en la etapa final de su permanencia en el poder, y cuando esto sucede, es inevitable una pérdida de autoridad, lo que permite un mayor campo de acción a la oposición; y por otro, que si bien el texto constitucional no fue publicado, éste circuló profusamente en ediciones informales y hasta clandestinas, y se hizo mucha campaña en la opinión pública, a través de los medios, sobre la importancia de aquellos preceptos que la Constituyente había «puesto en vigencia». Estos factores, y otros más, fueron precisamente los que crearon

el clima favorable para ciertos actos que demostraban, sin lugar a dudas, una influencia de la Carta, aun cuando oficialmente inédita. Adicionalmente, todo el accionar del Gobierno militar estuvo encaminado a preparar la transferencia, para lo cual inició la sanción de diversos instrumentos legales que la preparaban. El primero de todos ellos fue el Decreto Ley 22615, que creó el Pliego del Poder Legislativo en el Presupuesto General de la República, y que fue sancionado el 25 de julio de 1979, con ese expreso propósito; al que siguieron otros más. Luego, todo el proceso electoral fue puesto en marcha: en primer lugar el Decreto Ley 22622 convocó a elecciones generales para mayo de 1980, y posteriormente los Decretos Leyes 22652 y 22766 diseñaron el esquema electoral que se aplicaría al año siguiente. En general, y ya de salida, tampoco el gobierno militar hizo nada por dar marcha atrás, sino que por el contrario, manifestó en todo momento su voluntad y decisión de llevar adelante el proceso de transferencia democrática, como ya se ha indicado.

Aspecto importante que cabe resaltar, es que la pena de muerte ya no fue aplicada durante ese período, lo cual demuestra una evidente influencia del dispositivo constitucional de la nueva Carta y que estaba entre los «vigentes»; comentando este hecho, Aramburú Menchaca afirma que Zanabria salvó del paredón gracias a este texto (cf. *El Comercio*, 26 de julio de 1980).

En medio de diversos pronunciamientos, los Decanos de los Colegios de Abogados de Lima y del Callao, así como de las respectivas Facultades de Derecho de las universidades de San Marcos, Villarreal, San Martín de Porres y La Católica (cf. *El Comercio* de 12 de agosto de 1979) hicieron una invocación a los Tribunales a fin de que no aplicasen la pena de muerte, pues ésta había sido abolida por la Constitución «vigente». Entre otros hechos similares, cabe rescatar una resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema que declaró que el Código de Justicia Militar no es aplicable para los delitos comunes de militares que no estuvieron en funciones (cf. *La Prensa*, 1 de setiembre de 1979; véase también el dato que consigna Ruiz Eldredge, *La Constitución comentada*, cit. pág. 337).

Pero en fin, se trata de aspectos aislados, muy concretos, que están referidos tan sólo a algunos de los artículos declarados «vigentes» por los constituyentes: tan sólo los más saltantes o notorios, como era el caso de la pena de muerte o de la transferencia (comprometida de antemano por el mismo gobierno militar). Ha habido pues una influencia, pero restringida, y en sustancia compartida por el régimen militar, que preparó la transferencia con toda anticipación.

Un dato aparte, y que está fuera de todo el contexto reseñado, es lo dispuesto en el artículo 2114 del Código Civil en vigor, aprobado en 1984, es

decir, en pleno régimen constitucional. Establece dicha norma que las disposiciones relativas a los «derechos civiles» consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, se aplicarán a partir del 13 de julio de 1979. Es decir, en forma expresa, el legislador de 1984, revestido de plena autoridad, otorgó vigencia, aun cuando con carácter retroactivo, a determinadas disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Constitución, pero sólo de aquellas partes que tenían carácter civil (como podían ser el nombre, el domicilio, la imagen, etc.). Esto no puede considerarse como una consagración de la «vigencia» dispuesta por la Constituyente, porque representa sólo una porción mínima de lo que aquélla dispuso, y porque además está vinculada estrictamente al ámbito civil. Por otro lado, lo hace en forma retroactiva, lo cual es desconcertante e inusual. Este hecho, por cierto aislado, podría más bien considerarse como una eventual legitimación de determinadas situaciones pre-existentes que el legislador civil quiso reforzar en 1984 (por lo demás, de las actas y ponencias publicadas hasta la fecha, no se desprende nada que pudiera dar mayores luces sobre este artículo que fue introducido a última hora por la Comisión Revisora del Código, y que no tiene ninguna consecuencia a nivel constitucional, ni la pudo tener, porque la sanción de ésta se produjo en 1979, mientras que el Código Civil lo fue tan sólo años después, en 1984). Cabe pues preguntarse ¿cuál ha sido en realidad la vigencia de la Constitución de 1979? Aprobada formalmente en 1979, promulgada en rigor en 1980, ha tenido vigencia, es decir, ha sido texto vigente recién desde 1980, y lo es hasta la actualidad. En cuanto a su eficacia, concepto distinto pero complementario de aquel, ha acompañado también a la «vigencia» desde 1980; es decir, han corrido parejas y han otorgado así un sello de mayor solemnidad y firmeza a nuestra Carta Magna. No se trata, por cierto, de afirmar que la Carta es eficaz en un ciento por ciento, pues eso no sucede ni siquiera en los países más avanzados. Violaciones, interrupciones, desconocimientos e inaplicación suceden en todas partes, y más aún en países subdesarrollados como los nuestros. Lo importante no es tanto esto, sino que nuestro *corpus*, globalmente, en forma significativa, sea eficaz, despierte seguimientos, sea observado, tenga fuerza vinculante y así sea sentido por autoridades y ciudadanos. Y esto en realidad es lo que ha acontecido y esperamos que siga aconteciendo. Se trata, por cierto, de muy poco tiempo, pero como dice el verso famoso, se hace camino al andar. La fecha de partida, es pues, 1980. Por eso, cuando en julio de 1989 se celebraron los diez años de la actual Constitución, se insistió, por tirios y troyanos, que se celebraba el decenio de su promulgación, y otros más audaces, agregaron el de su vigencia real y efectiva. Ni lo uno ni lo otro. Ambos se dan tan sólo a partir de 1980 y no antes. Más bien, lo que celebramos en 1989, y con todo entusiasmo, fue el décimo aniversario de la aprobación, y sanción de la Carta. Aspecto muy importante, por cierto, y que es el punto de partida y el supuesto de lo que vino después.

18. La publicación oficial de la constitución

Como ha quedado indicado líneas arriba, no existió en rigor, edición oficial de la Constitución, y tampoco fue publicada en el diario oficial. Tan sólo se contaba, en julio de 1979, con una edición especialmente preparada por la Asamblea Constituyente, y con anterioridad al acto solemne de la sanción, y que tenía como único objeto circularla entre los asambleístas y el público invitado, para que sirviese como recuerdo de tan importante acontecimiento. Era, si se quiere, un documento previo que luego de los afinamientos del caso, sería enviado para su posterior publicación, que era lo que habían programado los constituyentes. Lamentablemente, por los desencuentros que hubo entre la Mesa Directiva de la Asamblea y la cúpula del gobierno militar, no sólo se hicieron observaciones a la Carta (que aun cuando nos pese son parte de ella), sino que hubo un rechazo a la misma, que se manifestó no sólo en el desentendimiento que hizo el gobierno militar de la nueva Constitución (salvo en aquello que estaba en la mira de sus intereses) sino en la orden, para que ella no fuese publicada en ningún medio y menos aún en el diario oficial. Al parecer, dicha orden no llegó oportunamente a todos los medios, que en ese momento estaban en poder del gobierno, lo que explica que el diario *Expreso* la publicara en tirada aparte. Esta no era por cierto una edición oficial, y además se trataba de una edición no perfeccionada, porque tenía un sinnúmero de errores, como lo ha reconocido posteriormente L.A. Sánchez. Pero ella sirvió para hacer conocer la Constitución, y sobre todo para que circularan versiones, no siempre bien cuidadas, del nuevo texto. Pero en forma rigurosa, cuidada y oficial no hubo nada, y así fue durante varios meses. Es decir, estábamos ante una constitución inédita, como señaló más tarde el constituyente Valle-Riestra.

Ahora bien, en las postrimerías del régimen militar, éste ordena su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y así es publicada los días 25 y 26 de julio de 1980, y ya en el nuevo gobierno constitucional, tras la promulgación efectuada por el Presidente Belaunde, éste ordena su publicación, la que aparece en *El Peruano* los días 30 y 31 de julio de 1980; posteriormente se publican los anexos los días 13 y 17 de agosto de 1980, con lo cual el texto final, con todos sus adjuntos, queda perfeccionado. De esta edición, saldrán a su vez las ediciones corregidas y completadas, que serán efectuadas por particulares primero y luego por el Estado, a través del recientemente reconstituido Ministerio de Justicia (Sin comentarios, mencionamos que en una entrevista periodística, Gonzalo Ortiz de Zevallos, Decano del Colegio de Abogados de Lima, sostuvo que la Constitución había sido publicada oficialmente en el diario *Expreso*, toda vez que éste integraba en aquel momento, el Sistema Nacional de Información; cf. *Vía Expresa*, número 1, 6 de setiembre de 1979).

19. Ediciones oficiales de la constitución

La primera edición de la Constitución fue hecha, como ya ha sido señalado, por la Asamblea Constituyente. Si bien en rigor ésta no es una edición oficial -fue, como dijimos, una edición de trabajo, y además está llena de errores-, partimos de ella, por el valor histórico que encierra, y porque además sirvió como importante documento de difusión durante el año que transcurre entre la finalización de las labores de la Constituyente y el advenimiento del nuevo régimen constitucional. Luego, hacemos una reseña de las que siguieron, haciendo énfasis en sus características e importancia.

- I. Editada por la Asamblea Constituyente. La ficha es la siguiente:
Año de nuestros héroes de la Guerra del Pacífico
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
Promulgada el 12 de julio de 1979
Edición oficial/(Escudo nacional)
Asamblea Constituyente/
Dimensiones: 15 por 21 cms
Páginas: 100
Se inserta "Fe de erratas», color rosado, en número de 40.
Imprenta del Ministerio de Economía y Finanzas.
Tiraje: 500 ejemplares
Impresa en junio de 1979 y distribuida el 12 de julio de 1979.
Carátula blanca (120 gramos) y papel obra.
Aparece la lista completa de todos los constituyentes. Haya de la Torre figura como presente y firmante de la Asamblea.
- Esta fue la versión que circuló ampliamente, gracias a la labor difusora del diario *Expreso*, como ya se señaló y es la que se conoció en el exterior. Se reprodujo, con traducción al inglés, en la obra *Constitutions of the countries of the world*, Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz editors, 20 vols. Oceana Publications Inc. Dobbs Ferry, New York 1980; la traducción al inglés corrió a cargo de Peter B. Heller. El mismo texto fue reproducido en México, cf. Domingo García Belaunde, *La nueva Constitución peruana* en "Boletín mexicano de Derecho políticas del Perú» (1822-1979), Cámara de Diputados, Lima 1989.
- II. (Escudo nacional)
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
28 de julio de 1980
Dimensiones: 13.5 por 19 cms
Páginas: 88
Carátula blanca, enmarcada en rojo (120 gramos) y papel obra.
Impreso en Editora Perú

Valor: Cien soles oro

Circuló a partir de agosto de 1980.

Es más completa que la anterior. Aparece Haya firmando en Villa Mercedes y se insertan las observaciones del gobierno militar, la promulgación del Presidente Belaunde y como anexo las declaraciones de la Asamblea Constituyente relacionadas con la Antártida y con los Fondos Marinos (3 de mayo de 1979).

- III. Es igual que la anterior. Se distingue de ésta por cuanto en la parte posterior dice «Empresa Editora Perú».

El contenido es el mismo. Al parecer se utilizaron las mismas planchas y circula a fines de agosto de 1980.

- IV. Es igual que las dos anteriores. Tiene como dimensiones 15 por 21 cms. Es el mismo tipo de imprenta.

Impreso en papel bond, en la parte posterior indica "Impreso en Editora Perú" y señala como su precio: Soles 470.00. Circula en marzo de 1981.

- V. (Escudo Oficial)

Constitución Política del Perú

Edición oficial

Ministerio de Justicia

Lima 1981, 112 pp.

Sale a la circulación en mayo de 1981; se imprimen 6.000 ejemplares, debidamente autenticados por el Director General de Coordinación y Difusión Legislativa, confrontado -según indica-, con el texto autógrafa y con el publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de julio de 1980.

Es hecha en la imprenta del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio y sus dimensiones son 15 por 21 cms. Es de papel bond y con carátula blanca (180 gramos). Incluye todo el texto, observaciones del gobierno militar y promulgación del Presidente Belaunde y sus Ministros de Estado (en fotocopia). Omite el anexo sobre los Fondos Marinos (que sí salió publicado en *El Peruano*) y transcribe íntegra la lista de los constituyentes (sin distinguir entre los firmantes y los no firmantes).

A partir de esta edición oficial, se han multiplicado las ediciones, tanto las hechas especialmente por el Ministerio de Justicia, como las auspiciadas por éste. Señalemos algunas:

- a) Texto comentado e ilustrado, publicado por el diario *Expreso*, por acuerdo entre éste y el Ministerio de Justicia. Se editaron 15 fascículos semanales, el primero de los cuales se publica el miércoles 20 de julio de 1983.
- b) Ejemplares preparados para el Jurado Nacional de Elecciones, a fin de entregarlos a todos los que obtengan por vez primera su Libreta Electoral, en cumplimiento de la Ley 24669. La primera entrega al

Jurado fue de 312,000 ejemplares.

- c) Biblioteca Jurídica Popular, tomo 1, Lima 1986; con reimpressiones.
- d) Edición en las guías telefónicas de Lima y provincias, por convenio celebrado entre el Ministerio de Justicia, Compañía Peruana de Teléfonos y ENTEL. El acuerdo estipula la publicación del texto oficial íntegro de la Constitución en las guías telefónicas durante el período 1986-1990, inclusive.

La edición oficial de 1981 fue a su vez reproducida y traducida al inglés en la obra ya referida, *Constitutions of the countries of the world*. El prof. G. Flanz, uno de los editores, y que pidió mi colaboración para la publicación del texto, tuvo la inmensa gentileza de incluir, en el Suplemento editado en setiembre de 1986, la nota preliminar siguiente: «We would like to express our appreciation to profesor Domingo García Belaunde for calling our attention to the corrected text of the Constitution of Perú... we are also indebted to him for recent bibliographical contributions»⁵

Esta edición oficial del Ministerio de Justicia es en realidad la primera que tiene importancia en cuanto tal, y la que ha servido de referencia para todas las que han venido después, tanto públicas como privadas. Por eso es que L. A. Sánchez (cf. *Constitución: primera edición*, en «*La Prensa*» 21 de junio de 1981) comentando este texto, dice que en realidad debe éste ser considerado como la primera edición oficial, pues el que realizó la Asamblea no sólo tuvo errores y omisiones, sino que no recogió todos los afinamientos de redacción de última hora.

VI.- Constitución Política del Perú

Cámara de Diputados, Edición oficial conmemorativa del décimo aniversario de la Constitución,
Lima, julio de 1989.

Esta edición es parte del homenaje que realizó el Congreso de la República, con motivo del décimo aniversario de la Constitución, a través de una comisión especial presidida por el diputado Enrique Chipoco Tovar. Es un texto sobrio, con omisiones, pero que tiene la ventaja de haber incorporado las recientes modificaciones constitucionales que unifican las fuerzas policiales en una única Policía Nacional (Ley 24949). Junto con este ejemplar, la misma Comisión editó una compilación conteniendo las once constituciones peruanas; cf. *Constituciones políticas del Perú (1822-1979)*, así como un álbum

5 ("Deseamos expresar nuestro aprecio al profesor Domingo García Belaunde por llamarnos la atención sobre el texto correcto de la Constitución del Perú... También estamos en deuda con él por su ayuda en relación a bibliografía reciente").

conmemorativo: *Asamblea Constituyente*. Se trata de una importante edición de homenaje, pero que no ha tenido circulación masiva. Cabe mencionar que con anterioridad, la Cámara de Diputados ha editado la Constitución hasta en dos oportunidades. La primera en julio de 1985 (141 pp.); la segunda en abril de 1988 (130 pp.) Se trata de textos ágiles, para uso interno, pero que presentan prácticamente las mismas omisiones que la edición realizada en 1979 por la Asamblea Constituyente.

20. Algunas ediciones no oficiales

La publicación de normas legales ha estado confiada, en los últimos tiempos, a determinadas reparticiones públicas; más en concreto, al Ministerio de Justicia, con independencia de la labor que compete al diario oficial *El Peruano*. Pero lo que sucede con frecuencia es que los editores e impresores particulares acometen esas tareas con mucha más rapidez, con más técnica y sobre todo con mayor sentido empresarial. Esto es, no empece el mérito de las ediciones oficiales, a la larga el usuario prefiere la edición hecha por particulares, sea porque es más completa, sea porque está más a la mano, sea porque ella está mejor presentada y preparada. Esta es una realidad que hay que aceptarla como tal, no sólo porque corresponde a los hechos, sino porque adicionalmente no hay visos de que la situación cambie en los próximos años. De allí la importancia de señalar aquellas publicaciones privadas, o mejor aún, editadas e impresas por particulares, sean personas naturales o jurídicas, que han circulado en los últimos tiempos. Evidentemente, que un catálogo exhaustivo es imposible hacerlo, y si bien no tenemos un registro completo de ellas, tenemos la impresión de que con independencia de los textos reproducidos por medios fotomecánicos o mimeográficos y aun de aquellas reproducciones que acompañan a los libros de comentarios a la Carta, y aún incluso dejando de lado las llamadas ediciones populares, las ediciones hechas por particulares que destacan, son en realidad en número muy grande como para poder detenernos aquí en todas ellas. Por tal motivo, es que vamos a hacer una selección de las ediciones que a nuestro criterio no sólo son las más confiables y seguras, sino que adicionalmente han sido tomadas de textos oficiales y en la mayoría de los casos van más allá de ellos, para hacer más útil la respectiva edición. Con estas precauciones, señalemos las que a nuestro criterio son las más recomendables:

I.- Constitución Política del Perú

Editorial Desarrollo, S.A.

Lima 1980, 242 pp.

Está tomada del diario oficial *El Peruano*, con textos completos, pues recoge incluso las dos declaraciones de la Asamblea (Antártida y Fondos

Marinos). Añade además los Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y el Convenio 151 de la OIT; viene acompañada de un extenso índice temático. Es en realidad la primera edición importante y útil hecha por particulares.

II.- Gustavo Bacacorzo

Constitución Política del Perú

(Antecedencia, concordancia, indicación)

Editorial Universo S.A.

Lima 1981, 348 pp.

Trae el texto de la Constitución con numerosas concordancias legales e insertos de interés (como por ejemplo, el Reglamento de la Asamblea Constituyente). Tiene además un índice alfabético muy completo.

III.- Jorge Power Manchego-Muñoz

Índice analítico de la Constitución Política del Perú de 1979

Editorial Andina, Lima 1981, 370 pp.

Entre todas las ediciones efectuadas por particulares, ésta es sin lugar a dudas la más cuidada y completa. No sólo incluye un índice alfabético y temático que es casi exhaustivo, sino que reproduce fielmente el texto de la Constitución tomándolo de la edición preparada por el Ministerio de Justicia, pero completándola y agregándole la Declaración sobre Fondos Marinos que ésta omite (y que Power rescata directamente de *El Peruano*). Tiene además como característica tener abundantes insertos que son útiles para el estudiante y el estudioso, pues todos están referidos al manejo directo de la Constitución (como es el caso de los pactos y documentos sobre derechos humanos a nivel internacional y regional, el acuerdo 151 de la OIT, el acuerdo entre la Santa Sede y el Estado peruano, etc.) Aparte de esto, incluye en fotocopia la parte final de la Constitución con la firma de los constituyentes, las observaciones del gobierno militar, el rechazo de la Asamblea y la final promulgación de la Carta por el Presidente Belaunde (falta tan sólo la firma de Haya, por error en la preparación del libro, pero que ha sido publicada en otros textos). Carece, por la fecha de su impresión, de algunas leyes importantes (como son las del Tribunal de Garantías Constitucionales y la de *Habeas Corpus* y Amparo), explicables por evidentes razones cronológicas. No obstante esto, sigue siendo, hasta ahora, la mejor edición de la Constitución, que supera no sólo las efectuadas por los particulares, sino incluso a la misma edición oficial, que tuvo algunos descuidos, como ya lo hemos señalado.

IV.- **Constitución Política del Perú**

Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

(EDDILI), Lima 1982, 156 pp.

Reproduce el texto del Ministerio de Justicia con algunos apéndices. Hay numerosas reimpresiones (en 1983, 1985 y 1988). Por su fácil manejo,

precio cómodo y cuidado de los textos, así como su gran tiraje, es la que más ha circulado entre el gran público y es la mejor dentro de las de su género. Esta misma editorial ha hecho lo mismo con los códigos (civil, penal, etc.), que tienen gran aceptación.

21. A manera de conclusión

El proceso constituyente peruano fue, sin lugar a dudas, singular: fuera de moldes y cartabones. Se dio en momentos de tensión, de incertidumbre y en el fondo, de desconfianza. Durante su curso -desde 1977 a 1980- muchos fueron los que dudaron de que se llevase realmente a la práctica. La Constituyente era, sin lugar a dudas, un puente hacia la democracia, pero uno de los voceros del régimen señaló en alguna oportunidad que el puente se podía romper. Sin embargo, el proceso, largo, difícil, contradictorio, se llevó a cabo y dentro de lo previsto. Fue, eso sí, de rasgos singulares. Y por eso, fue también singular la parte integradora o de eficacia que le siguió; esto es, su sanción, su promulgación y su publicación.

En las páginas que preceden, hemos tratado de hacer un seguimiento, lo más fiel posible, de todos los hechos y situaciones, recogiendo las opiniones más calificadas emitidas en cada momento, debidamente compulsadas con la realidad y con otros criterios. Al final, creemos haber señalado en forma clara, cuáles han sido nuestras tesis. Y creemos que ellas ofrecen, sin lugar a dudas, un planteo orgánico, muy alejado de las versiones divulgadas en forma intensa y, al mismo tiempo, despreocupada por los actores políticos. Al lector corresponde evaluarlas y sacar sus propias conclusiones.

Finalmente cabe resaltar que, con sus altas y bajas, con adelantos y atrasos, diez años después de estos sucesos nos encontramos con los hechos consumados: sanción real y efectiva, promulgación en forma, y ediciones amplias y variadas para todos los gustos. Esto es quizá lo que más importa en los actuales momentos, más allá de tecnicismos, omitidos o no. Proceso accidentado, sin lugar a dudas, con esquemas fuera de lo normal o, mejor aún, ausencia de esquemas, con conceptos dejados de lado, pero con resultados idénticos al fin y al cabo. Experiencia interesante la nuestra, que aquí, aun cuando sólo sea en un aspecto minúsculo y poco importante, hemos querido rescatar para nuestra historia constitucional.

Lima, noviembre de 1989.

III

FORMA DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA ¹⁻²

1. *Precisiones terminológicas*

Los conceptos “formas de Estado” y “formas de Gobierno” son de reciente data; en realidad, no más allá del siglo XIX. Pero es indudable que los contenidos que ellos encierran, tienen una historia larga. De hecho, la primera literatura occidental -la homérica- y el pensamiento griego clásico que culmina en Aristóteles, las han conocido, no obstante que, como reiteramos, su conceptualización rigurosa y armazón teórica, es de fecha relativamente cercana. Es evidente que ambos vocablos están íntimamente vinculados entre sí, y en cierta manera son interdependientes, ya que todo Estado implica un tipo de

-
- 1 El presente trabajo me fue especialmente solicitado por mi dilecto amigo el profesor Manuel Alcántara, para un número monográfico de la **Revista de Estudios Políticos**, dedicado a la América Latina. El artículo, terminado en marzo de 1991, fue publicado en el número 74 de dicha revista, correspondiente a octubre-diciembre de 1991. En forma paralela, fue entregado para su publicación a la revista **Notarius**, editada por el Colegio de Notarios de Lima (año II, núm. 2, 1991). En esta oportunidad, se publica nuevamente, pero revisado y corregido y manteniendo el límite cronológico dentro del cual fue escrito. Lo ocurrido el 5 de abril de 1992, sin descartar nuestra censura al golpe de Estado, no hace más que confirmar lo que presentíamos en estas líneas y criticábamos desde años atrás y merece un análisis detallado en otra oportunidad. (D.G.B.)
 - 2 Publicado en **Ius et Praxis**, Lima, núm. 19-20, 1992; traducido al italiano en **Diritto e Società**, núm. 4, 1993.

gobierno y viceversa. Esta mutua dependencia e interrelación, se aprecia con mucha mayor facilidad en el Estado contemporáneo.

Lo anterior no significa que se trate de categorías que estén claramente definidas y diferenciadas, y que sobre ellas exista una literatura pacífica. Así, por sólo citar un caso, la literatura juspublicista francesa, sin desconocer tales acepciones, prefiere, por lo menos en forma mayoritaria, la utilización del concepto algo más englobante de «régimen político», que aparece en el magistral *Tratado* de Burdeau, y que ha divulgado ampliamente el conocido manual de Duverger, habiendo tenido un favorable eco en un sector de la doctrina española (Jiménez de Parga, Álvarez Conde). Incluso, se distingue entre las diversas formas de Estado y las modalidades de las formas de Gobierno (dentro de éstas, algunos autores ubican a los “sistemas de Gobierno”). Un breve análisis de las diversas concepciones existentes en la actualidad, no sólo nos confirma la enorme diversidad de criterios que existe en la doctrina, sino la necesidad de ordenarlos para un uso personal, a fin de que se conviertan en categorías útiles de estudio (un panorama de la cuestión puede verse en Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2da. edición, Edic. Plus Ultra, Bs. Aires 1985, tomo VII, y en Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires 1971, tomo II). Hecha esta salvedad, podemos hacer las precisiones correspondientes.

En primer lugar, el vocablo “formas de Estado”. Por tal se entiende la relación que tiene un determinado Estado con uno de los elementos de éste, cual es el territorio (ámbito espacial). Esto, por cierto, dentro de la denominada como teoría clásica del Estado. Con esta óptica, se ha hablado tradicionalmente de Estados unitarios y de Estados complejos; y dentro de estos últimos, una gama muy variada, de los cuales el prototipo de Estado complejo es el llamado Estado federal. Cierta tendencia de la doctrina se inclina a destacar que en la actualidad, las formas de Estado son sólo tres: el Estado unitario, el federal y el Estado regional (del cual sería ejemplo sobresaliente el modelo italiano y algunos que le siguen de cerca, como es el caso de España; cf. Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*. Edic. Tecnos, Madrid 1978), aun cuando el modelo llamado “regional” ha sido cuestionado como categoría autónoma (G. de Vergottini). Para tales efectos, y como quiera que los Estados adquieren también otro tipo de configuraciones que no se agotan en la relación con el elemento territorial, es que las formas de Estado antes aludidas tienden a conocerse como *formas jurídicas de Estado*, al lado de las cuales se acostumbra colocar las llamadas *formas políticas de Estado*, en donde se resalta la orientación política que tiene cada Estado con independencia de su estructura formal. Así, los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas son ambas, formas complejas de Estado,

más en concreto, son Estados federales; pero indudablemente que en sus aspectos políticos, son totalmente opuestos, entendiendo, por lo demás, que esta configuración política encierra no sólo una opción ideológica, sino una clara orientación en la vida pública y en el sistema económico en vigor. En tal sentido, nos parece correcto hablar de *formas políticas de Estado*, no tanto porque las formas jurídicas sean una clasificación insuficiente u obsoleta, sino porque no reflejan la realidad sino tan sólo un aspecto de ella. En consecuencia, un adecuado manejo del aparato normativo nos obliga necesariamente a conocer la distribución formal que tiene cada Estado (unitario o federal), pero nuestro conocimiento sería incompleto si dejáramos de lado las *formas políticas de Estado*, que nos permiten ver con más claridad su funcionamiento. Este aspecto político, que es desarrollado preferentemente por los cultores de la Ciencia Política o por quienes se hallan en sus linderos, es algo que en los últimos tiempos están considerando los juristas y los que practican el método comparativo (o Derecho Comparado, según la terminología al uso), para mejor comprender cada objeto de estudio. Por lo mismo que lo político es mudable y cambiante, es que las formas políticas han sido varias y muy diversas en el decurso histórico, pero en términos amplios se acostumbra ubicar a los Estados modernos (o del presente siglo) dentro de la siguiente clasificación de las formas políticas de Estado: a) Estado liberal o de derivación liberal, con todas sus variantes, dentro de las cuales es menester colocar, en términos generales a los Estados de América Latina; b) Estado autoritario, del cual son ejemplo sobresaliente las dictaduras que surgieron en la Europa de entreguerras (nazismo, fascismo) y que han tenido larga duración (franquismo, salazarismo) y c) Estado marxista o de derivación marxista, modelo que, como se sabe, ha empezado a ser objeto de revisión desde el inicio de la *perestroika*. Vinculado con el concepto de formas de Estado, la literatura jurídica francesa, como ya hemos señalado, prefiere hablar de regímenes políticos (así Duverger, Prélot, Aron, Hauriou, etc.) concepto bajo el cual se engloba todo un modelo dentro de sus grandes coordenadas políticas, jurídicas, económicas e históricas, útiles para ver el manejo y el desarrollo del aparato jurídico. Este esquema, muy usado en Francia, ha empezado a ser cuestionado (M. Troper), no sólo porque el término es demasiado amplio e impreciso, sino por cuanto a la larga dice poco o nada al jurista, aun cuando puede ser útil como punto de referencia.

Al lado de las formas de Estado (tanto las jurídicas como las políticas) se colocan las formas de Gobierno. A diferencia de las formas de Estado, que tratan la relación del poder con uno de sus elementos (el territorio), o con la orientación general del Estado (ubicación política y doctrinaria), las formas de Gobierno están vinculadas con la titularidad y la forma como se maneja el aparato del estado, y son las que más amplia trayectoria tienen en el pensamiento político (cf. Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de*

gobierno en la historia del pensamiento político FCE, México 1987). En tal sentido, es modélica la clásica tripartición efectuada por Aristóteles entre monarquía (gobierno de uno), aristocracia (gobierno de pocos) y política (democracia) (gobierno de todos), conjuntamente con sus formas degeneradas o corruptas; tiranía, oligarquía y demagogia (cf. *Política*, III, 7; y sus antecedentes en Platón, *Político*, 297c). Estos esquemas han cambiado muy poco y, más bien se han dado numerosos afinamientos en torno a las formas de Gobierno, generalmente vinculadas a la forma de elección o a la forma como se accede al poder. Hoy, por lo general, se acepta que los dos grandes modelos lo constituyen la monarquía y la república; la primera es caracterizada por la sucesión y la segunda por la elección. Dentro de ellas existen, por cierto, gran cantidad de variantes. Sin embargo, esta formulación clásica, que atiende tan sólo al titular, ha sido cuestionada modernamente, pues ahora se insiste de manera especial en cómo se organiza y ejerce el poder en el interior del Estado, y la forma como los órganos estatales orientan la política general y coordinan entre ellos. En este orden de ideas, se puede hablar de formas de Gobierno en *sentido restringido*, vinculadas tan sólo a la titularidad del poder (monarca, presidente), y de otras, centradas en la ubicación y preponderancia de un órgano estatal dentro de la estructura del Estado, que sería un enfoque de forma de Gobierno en *sentido amplio*. Dicho en otras palabras: existirían dos formas de Gobierno, la clásica, vinculada al titular o titulares del poder, y la moderna, relacionada con la ubicación de los órganos al interior del Estado. La primera sería una forma de Gobierno en sentido estricto, la segunda lo sería en sentido amplio. Muchos autores prefieren hablar, para el último supuesto (moderno y más amplio) de *sistemas de Gobierno*. Si resumimos todo lo antes dicho, tendríamos: por un lado, formas de Estado (tanto las jurídicas como las políticas), y por otro, las formas de Gobierno: la clásica y la moderna (esta última llamada también sistemas de Gobierno).

Ahora bien, entre las formas de Gobierno en sentido amplio o moderno, se acostumbra considerar actualmente a las siguientes: presidencial, parlamentaria y de asamblea (o directoral o convencional). A estas formas de Gobierno modernas, es a las que dirigiremos nuestra atención, y sobre éstas existe cierto sector de la doctrina que prefiere denominarlo "sistemas de Gobierno" (cf. Pablo Lucas Verdú, *Principios de Ciencia Política*, Ed. Tecnos, Madrid 1973, tomo II), para diferenciar esta tripartición moderna, del criterio clásico que arranca de la antigüedad. En tal sentido, preferimos el concepto de *sistemas de gobierno*, pues nos parece más conveniente, y terminológicamente más preciso que el de formas de Gobierno en sentido amplio. Pero como quiera que el uso privilegia la expresión *formas de Gobierno*, es que aquí la utilizamos, dejando no obstante precisados los alcances que tales términos encierran

(cf. Constantino Mortati, *Le forme di governo*, Padova 1973).

Debemos finalmente mencionar que en su sentido coloquial, muchos autores utilizan los términos *modelo*, *régimen* o *sistema* sin vinculación con las formas de Estado o formas de Gobierno, y en un sentido no técnico, que se emplea indistintamente para calificar a cualesquiera de ellas, lo que se aprecia fácilmente por el contexto dentro del cual se emplean. Nosotros también haremos uso de tales licencias cuando el fraseo así lo aconseje, sin dejar de reconocer que dichos vocablos encierran o pueden encerrar -según los autores o los enfoques- un significado especial en otros contextos.

2. Presidencialismo y parlamentarismo

Como ha quedado indicado, se acepta como norma general que son tres los sistemas de Gobierno, o mejor, las formas de Gobierno en sentido amplio, en el panorama comparativo contemporáneo. De ellos, el llamado régimen de asamblea, convencional o directorial (que aquí empleamos como sinónimos), oriundo, como se sabe, de la Revolución Francesa, sólo ha prosperado y echado raíces en la Confederación Helvética (Suiza) y tuvo una extensión *sui generis* en el Uruguay, conocido durante muchos años como la Suiza de América, pero que en la actualidad ya no existe, y además, duró muy poco (1919-1966, con intermitencias), motivo por el cual no nos extenderemos aquí en este tópico, bastante conocido y divulgado por la manualística contemporánea (cf. Héctor Gros Espiell, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo 1966). Digamos, en consecuencia, algunas palabras sobre los otros modelos: el presidencial y el parlamentario.

El sistema o forma parlamentaria de Gobierno nace en Europa, y consiste en trasladar al Parlamento o sede legislativa, el eje y el poder decisorio y central en la marcha del Estado. Está basado en una estrecha vinculación de los poderes clásicos del Estado, o sea, el Ejecutivo y el Parlamento en donde, por lo general, el jefe de Estado es elegido por el Parlamento; existe un Ejecutivo dualista (jefe de Estado, por un lado, y jefe de Gobierno, por otro); opera un control político que implica la necesidad no sólo de la llamada "investidura parlamentaria", sino además, de la permanencia en el cargo cuando se goza de la confianza del Parlamento; y como contrapartida de ello, la disolución de la cámara política, con la inmediata convocatoria a elecciones para que sea el pueblo en última instancia quien dirima eventuales conflictos. Por otro lado, el presidencialismo consiste en entregar el centro de decisiones al jefe de Estado quien, al mismo tiempo, es jefe de Gobierno, dentro de un esquema en el cual hay un sistema rígido de separación de poderes (no hay

ministros que refrenden actos del Presidente, ni tampoco controles políticos, del Parlamento sobre el Ejecutivo). El Ejecutivo no debe su elección al Congreso, sino al pueblo.

Naturalmente, las características antes señaladas pueden ser consideradas como tales sólo en sus rasgos generales, ya que la aplicación de tales esquemas a las realidades políticas cambiantes de cada país, pueden acusar diferencias con el modelo. En tal sentido, no puede decirse que tales características se cumplan en todos los casos, pues los diversos sistemas políticos pueden demostrar excepciones y matices. Pero sí puede decirse que, en grandes términos, la forma de Gobierno presidencial se caracteriza por dar al Presidente un poder de decisión autónomo; mientras que en la forma parlamentaria la gravedad del sistema reposa en el Parlamento (aun cuando este poder se ha trasladado paulatinamente al gabinete y al jefe de Gobierno).

A los dos esquemas antes mencionados, se ha sumado en tiempos recientes, una nueva forma de Gobierno llamada "semi-presidencial", en término empleado por Duverger en la década del sesenta, y ampliamente difundido después, y teniendo como referencia a la Constitución francesa de 1958. Pues bien, lo que pasó en la experiencia constitucional francesa, que tiene en De Gaulle su inspiración y punto de partida, fue buscar la consolidación del sistema, que por su pasado parlamentario, era campo frecuente de crisis e inestabilidad. Es decir, sin abandonar el parlamentarismo, la Constitución de 1958 introdujo un Presidente de la República con amplios poderes, y, posteriormente, en 1962, mediando el correspondiente referéndum, se modificó la Constitución incorporando la elección popular y directa del Presidente, con lo cual introdujo una variante típica del modelo presidencial, distanciándose de este punto esencial del modelo parlamentario, en el cual el Presidente se debe, en principio, a la asamblea legislativa. De esta suerte, el modelo o forma semi-presidencial tendría como características fundamentales: a) elección del Presidente por sufragio universal, b) atribuciones propias y significativas del Presidente de la República y c) existencia paralela de un gobierno (gabinete y Primer Ministro), que tiene actividades y poderes propios e independientes del Presidente y que además responde ante el Parlamento. Señala Duverger, que estos elementos deben ir acompañados unos de otros, para que la categoría por él creada pueda ser empleada con propiedad. Más recientemente, y simplificando el modelo, ha llegado éste a sostener como elementos básicos: a) elección popular del Presidente de la República y b) responsabilidad parlamentaria del Gobierno y del Primer Ministro.

Es decir, en ambos casos, aparte de la elección popular del

Presidente, queda consagrado un Ejecutivo dualista, con un Gobierno que responde ante el Parlamento. El mismo Duverger ha logrado, en análisis posteriores, extender este modelo a otros países europeos, y si bien el término es discutible, es sin lugar a dudas uno de los tópicos en la materia que estamos tratando (señalemos, no obstante, que algunos autores no aceptan esta categoría para el caso francés, cf. Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ed. Montchrestien. 10ma. edic., Paris 1989, pp. 578-588).

3. El caso de América Latina

Si bien es cierto que lo que ha existido en América Latina es la forma presidencial de Gobierno, no podemos soslayar algunas experiencias que, aunque excepcionales, son interesantes. Así, aparte del modelo uruguayo (inspirado en Suiza, y al que ya nos hemos referido) el Continente ha tenido dos experiencias parlamentarias no muy felices: la de Brasil, que cubre un largo período: 1838-1889 y 1961 y 1963 (cf. Levi Carneiro, *Uma experiência de parlamentarismo*, Martins editôra, São Paulo 1965) y la de Chile: 1891-1925 (cf. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1963, tomo II). Pero salvando estas excepciones, la tendencia dominante en la América Latina, desde que sus países alcanzaron su independencia en los inicios del siglo XIX, ha sido la forma de Gobierno presidencial, no sólo en los textos, sino en la realidad. Incluso se ha hablado de un desborde del modelo o forma de Gobierno Presidencial, que ha llevado a algunos, desde hace décadas, a hablar de un modelo o forma *presidencialista* propia de Latinoamérica, o mejor aún, de la existencia de un *presidencialismo* y no sólo de una forma *presidencial*, en la cual el *ismo* representa una exageración e hipertrofia del modelo. Es decir, una autoridad ejecutiva con excesivos poderes, ejercidos en forma abusiva y sin control alguno. La literatura constitucional, tanto latinoamericana como europea y norteamericana, es pródiga en señalar que ése ha sido el derrotero político de nuestra América, desde el siglo XIX a nuestros días; observación dominante que, sin embargo, admite numerosos matices, que no desfiguran la idea central (cf. Salvador Valencia Carmona, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, UNAM, México 1979; Carlos Restrepo Piedrahíta, *Imagen del presidencialismo latinoamericano*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá 1983). Observadores imparciales y viajeros de nuestro Continente, han podido comprobar este hecho tan notorio. Así, podemos mencionar tan sólo a nombres autorizados, como lo son James Bryce (cf. *South America*, Mac Millan, London 1912) y Francisco García Calderón (cf. *Las démocraties latines de l'Amérique*, Paris 1912, hay traducción castellana).

Un eminente viajero y sociólogo francés, André Siegfried, escribió un

importante libro en la década del treinta (cf. *Amérique Latine*, 2da edición, París 1934, hay traducción castellana), en donde, al constatar la realización política de nuestros pueblos, decía que en realidad, el presidencialismo era una planta nativa de nuestro suelo, y que aquí la ley era la simple expresión de lo que quería el Presidente. Y agregaba: “a diferencia de Europa, en donde los presidentes sólo presiden, América ha inventado la figura del Presidente, que realmente gobierna”. En la misma línea pueden colocarse los comentarios de Waldo Frank, sobre la inevitabilidad de las dictaduras en nuestro proceso histórico (cf. *América Hispana*, Buenos Aires 1950). Numerosos investigadores de nuestro proceso político-jurídico y observadores atentos (Cecil Jane, Manuel Fraga Iribarne, Xifra Heras, Jacques Lambert, Karl Löwenstein, Theo Stammen, Giuseppe de Vergottini, Colomer Viadel, Manuel Alcántara S., Dieter Nohlen), son coincidentes en afirmar que, por encima de matices y excepciones, lo que impera en nuestros pueblos es, en realidad, la forma presidencial de Gobierno en su estructura más descarnada, aun cuando atemperada, sobre todo en los últimos años, por otros factores de la política reciente. En ese sentido, es muy significativo que el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en México la última semana de agosto de 1975, dedicara una de sus secciones al Poder Ejecutivo en la América Latina, y sus conclusiones fueran unánimes en el sentido del predominio de este poder en nuestro continente (cf. las ponencias publicadas en AA.VV. *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México 1977).

A lo anterior debe agregarse algo más; y es que este predominio no sólo ha sido objeto de constatación y comprobación, sino incluso un sector del pensamiento político se ha dedicado a justificarlo y exhibirlo como necesario para nuestros pueblos, aun en sus versiones más audaces. Así lo vemos, por ejemplo, en la teoría del “gendarme necesario” que elabora el venezolano Laureano Vallenilla Lanz (cf. *Cesarismo democrático*, 2da edición, Caracas 1929) o en las afirmaciones del peruano Francisco García Calderón, quien al prologar el libro de Enrique Pérez, *Vicios políticos de América*, París s/f (¿1913?), escribe lo siguiente:

“La dictadura me parece el único régimen apto para las inciertas situaciones actuales. El buen tirano es el ideal para los pueblos del trópico; esto es, el civilizador enérgico, que impone el orden, previene la desintegración social, desarrolla la industria y el comercio. Los reyes europeos, imponiéndose a la anarquía feudal y al conflicto de razas con mano fuerte, formaron naciones. Nuestros dictadores, cuando no han sido exponentes de un analfabetismo bárbarico, han realizado una labor semejante. Nadie que analice la historia americana puede negar el hecho de que hombres como Rosas, Portales, García Moreno, Castilla y Santa

Cruz, fueron bastos instrumentos de progreso y de paz”.

Estos hechos han llegado como era de esperarse, a la literatura, que ha encontrado en la figura del hombre fuerte latinoamericano, un filón para una extensa obra narrativa, que tiene su punto de partida en la novela de Ramón del Valle Inclán, *Tirano Banderas* (1926) y que se prolonga hasta nuestros días, como puede apreciarse en dos célebres obras de dos ganadores del Premio Nobel de Literatura: *El señor Presidente*, de Miguel Angel Asturias y *El otoño del patriarca*, de Gabriel García Márquez.

Frente a esta realidad y a este pasado, en los últimos tiempos, sobre todo en los países del llamado Cono Sur, se ha despertado la inquietud de introducir el modelo parlamentario, sea en su totalidad o en parte, como modo de frenar los excesos presidenciales, lo que está en plena discusión; motivo por el cual no es posible apuntar por el momento mayores precisiones (cf. AA.VV., *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, EUDEBA. Buenos Aires 1988; Juan F. López-Aguilar, *Aproximación al proceso constituyente en Brasil: presidencialismo vs. parlamentarismo* en “Revista Parlamentaria Iberoamericana”, núm. 4, 1988; Dieter Nohlen, *Presidencialismo vs. parlamentarismo en América Latina* en “Boletín electoral latinoamericano”, núm IV, 1990).

4. El caso del Perú

Al igual que el resto de la América Latina, el Perú siguió el modelo presidencial creado por los Estados Unidos. Pero al modelo norteamericano se le adicionaron diversos elementos de control, que fueron tomados del modelo parlamentario. En efecto, la sola experiencia revolucionaria de la joven ex-colonia británica no era suficiente; si ella fructificó, fue porque cayó en tierra fértil. Una tradición autoritaria y personalista que venía desde atrás, así como la necesidad de un poder democrático, pero ágil y eficiente, hicieron aceptable el modelo norteamericano. Dicho en otras palabras, el modelo presidencial no sólo caizaba con los hechos, sino que en cierto modo era una necesidad del momento. Pero, al mismo tiempo que se consagró el modelo presidencial, y como consecuencia de los excesos del período virreinal, los legisladores trataron de introducir controles a la voluntad del presidente. Así, en el caso peruano, la Constitución de 1828 (considerada como la madre de todas nuestras constituciones, y que ha tenido tan larga como fructífera influencia), introdujo la figura de los Ministros de Estado y el refrendo ministerial, típica figura parlamentaria. Desde esa época, se fueron introduciendo paulatinamente diversos resortes parlamentarios, como lo

demuestra la creación, en la Carta de 1856, del Consejo de Ministros, al que posteriormente se adicionaría la figura del Primer Ministro, todo lo cual fue ampliamente reglamentado por las leyes de Ministros de 1862 y 1863, que consagraron además el voto de censura. Ya en pleno siglo XX, y como consecuencia de este continuo limitar los excesivos poderes del Presidente, se sancionó la Carta de 1933, que instituyó prácticamente sobre el papel, un gobierno tendencialmente parlamentario, pues perfeccionó y amplió considerablemente los poderes del Parlamento sobre el Ejecutivo. Esta Constitución representa la culminación de una serie de reformas constitucionales, que significaron dar cada vez mayor fuerza al Parlamento, que en teoría hacían de éste el rector de la vida política nacional. No obstante, y salvo algunas experiencias breves, pero fallidas (como son el período gubernamental de Bustamante y Rivero, 1945-48, y el primer período de Belaunde Terry, 1963-68), el manejo político fue fundamentalmente presidencial o, si se quiere, presidencialista. Esto es, con ligeras excepciones y por breves períodos, el poder estuvo siempre, en lo fundamental, en manos del Presidente de la República.

Comentando este texto de 1933, Boris Mirkin-Guetzevicht saludaba, en un comentario breve publicado en 1934, el acercamiento del Perú al modelo parlamentario que, siendo cierto en teoría, iba a resultar desmentido por los hechos.

En efecto, si bien el Perú aceptó desde un principio el modelo presidencial de gobierno, fue introduciendo diversos elementos de control al Presidente, que venían de la tradición parlamentaria, todo lo cual empezó a mediados del siglo XIX y culminó, como ya se indicó, con la Carta de 1933.

Pero, ¿cómo veían los analistas y observadores el modelo político peruano? Para todo el siglo XIX, es quizá válido mencionar la opinión de Ernst W. Middendorff, un científico y viajero alemán que vivió más de 25 años en el Perú, en épocas diversas, y que publicó una obra sobre el Perú, en tres tomos, en Berlín y en el período 1893-1895. En esa obra, dice Middendorff:

«Según la Constitución, cuyos principales artículos acabamos de esbozar, el centro de gravedad de la República reside en el Poder legislativo y el Presidente debe ser sólo el cumplidor de la voluntad de la representación popular. En realidad, ocurre de otra manera, y pocos de los llamados monarcas absolutos podrían ejercer un dominio tan ilimitado en su reino, como un Presidente peruano durante su mandato». (cf. *Perú*, Univ. Nacional de San Marcos, Lima 1973, tomo 1, pág. 250)

El mismo criterio encontramos, por ejemplo, en Manuel González Prada (*Horas de lucha*, 1908), Francisco García Calderón (*Le Pérou contemporain*, 1907), Víctor Andrés Belaunde (*La crisis presente*, 1914 y *La realidad nacional*, 1931) y más recientemente en Luis Alberto Sánchez (*El Perú, retrato de un país adolescente*, 1958), F. Bourricaud (*Poder y sociedad en el Perú contemporáneo*, 1967), entre otros.

En 1931, la Comisión Villarán, en su *Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado* (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931), señalaba lo siguiente:

«Lo que ha faltado en el Perú para dar vida al parlamentarismo no son textos escritos, sino una redistribución de valores políticos entre el Congreso y la Presidencia de la República, cuyo resultado fuese romper definitivamente el equilibrio de fuerzas hacia el lado del Congreso. Hasta ahora, la balanza se ha inclinado del lado del presidente, y la observación de nuestra historia, de nuestra psicología y costumbres políticas, conducen a la creencia de que, en el próximo porvenir, las mayorías de los Congresos carecerán de aquella popularidad, cohesión y disciplina, de aquella inflexible y agresiva voluntad de poder, que serían necesarias para colocar al presidente bajo su tutela, imponerle Gabinetes parlamentarios y gobernar por medio de ellos».

«La institución del Presidente con facultades propias y extensas de gobernante efectivo, está sustentada en el Perú y en la América toda por una fortísima tradición y por hábitos populares incoercibles. Responde a un estado social y económico que impone sus leyes inflexibles a la evolución política. No podemos imaginar la abolición del régimen presidencial, sino como resultado de un cambio de cosas profundo, precedido tal vez de una revolución» (pág. 21).

La doctrina nacional, no obstante constatar la presencia de estos elementos parlamentarios en la Constitución de 1933, admitía la existencia en el Perú de un modelo presidencial, el que además se ponderaba como necesario para el país. Sin embargo, en la década del sesenta, Enrique Chirinos Soto publica el único ensayo monográfico destinado a analizar este tema, que sostiene la tesis mixta, con abundancia de fuentes, datos y argumentos (cf. *Naturaleza -presidencial o parlamentaria- de nuestro sistema de gobierno*, Arequipa 1968). Analizando la Carta de 1933, Chirinos sostiene que esta Constitución consagra un presidencialismo weimariano, pues mantiene la elección popular del Presidente y la responsabilidad política del gabinete ante las Cámaras. Recuerda que el parlamentarismo introducido en 1933 (mejor sería decir, perfeccionado en 1933) se explica como fruto o reacción contra

la dictadura de Leguía (1919-1930). Chirinos sostiene que el texto constitucional se orienta al parlamentarismo; pero los hechos son presidencialistas; en consecuencia, tenemos un sistema de naturaleza mixta.

5. La vigente Constitución de 1979

Tras diez años de dictadura militar (instaurada en 1968) se instaló una Asamblea Constituyente, que terminó sancionando la vigente Constitución de 1979. En ésta se incorporaron y perfeccionaron los instrumentos parlamentarios que venían desde atrás; pero al mismo tiempo, se reforzaron notablemente los poderes del Presidente de la República, superando, sin lugar a dudas, el hibridismo de la Carta de 1933. Esto obedeció al hecho de que en realidad, la Carta de 1933, con su mixtura, había producido dos extremos peligrosos: dictaduras fuertes y desbordadas o regímenes democráticos débiles y acosados por el Parlamento. Esto convenció a la Constituyente de la necesidad de reforzar la Presidencia de la República, motivo por el cual se redujeron algunos poderes del Parlamento y se dieron mayores atribuciones al Presidente; con lo cual, el modelo -en teoría- se convertía o se acercaba más al presidencialismo, juntándose la teoría y la práctica.

Ahora bien, ¿cómo ha sido interpretada esta Constitución en lo referente a la forma de Gobierno? En términos generales, se ha hablado de un modelo presidencial (así, por ejemplo, el manual clásico de José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3ra. edición, Lima 1984). Enrique Chirinos Soto (cf. *La nueva Constitución al alcance de todos*, Lima 1979) ha reiterado su tesis del carácter mixto de nuestro sistema de gobierno (no obstante lo cual, ha insistido en proclamar la pintoresca tesis que afirma que el Parlamento es el primer poder del Estado). En la misma línea, Francisco Fernández Segado (cf. *Las relaciones entre los órganos de Gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo*, ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, setiembre de 1988), sostiene que no obstante existir el modelo que él denomina híbrido, la normativa, la tradición, así como la *praxis política*, dan preeminencia al modelo presidencial. Y así lo señalan otros autores (Cynthia McClintock, Rafael Roncagliolo, Victor J. Ortecho, etc.).

Sin embargo, en algunos juristas extranjeros, se ha filtrado la idea de la existencia en el Perú de un modelo parlamentario o cercano a éste o semi-presidencial (cf. Luis Sánchez Agesta, *La democracia en Hispanoamérica*, Edic. Rialp, Madrid 1987; Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional General*, 3ra. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1985; Raúl Machado Horta, *Tendências atuais dos regimenes de governo en*

“Revista da Faculdade de Direito” (Belo Horizonte, M.G) N° 30/31; 1987-1988; Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1990; Daniel A. Sabsay *Parlamentarismo en América* en «Enciclopedia Jurídica Omeba», Apéndice, tomo VI, Buenos Aires 1990) motivado en parte, por una lectura incompleta o sesgada del texto constitucional. Pero el esfuerzo más interesante en esta línea de interpretación es, sin lugar a dudas, el realizado por Humberto Nogueira Alcalá (cf. *El régimen semi-presidencial*, Editorial Andante, Santiago de Chile 1986; ib. *Regímenes políticos contemporáneos*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile 1986). Partiendo de la categoría reformulada por Duverger, Nogueira, viendo la cooperación existente entre ambos poderes del Estado y, sobre todo, la presencia de un Consejo de Ministros con su Presidente, arriba a la conclusión de que existe en el Perú un régimen semi-presidencial. Llega incluso a sostener, como argumento decisivo, que en el Perú existe un Ejecutivo dualista, en el cual el Premier tendría poderes propios e independencia frente al Presidente de la República. Conviene revisar esta tesis de Duverger, sobre todo por la amplia difusión que ha tenido (cf. M. Duverger, comp. *Les régimes semi-présidentiels*, P.U.F. Paris 1986). Pero, y sin entrar por ahora a analizar la validez de esta categoría, hay que tener presente que ella ha sido elaborada por Duverger para explicar cómo los regímenes parlamentarios europeos se acercan al presidencialismo, y no al revés, como es el caso del Perú, en donde, por el contrario, existe un régimen presidencial que se ha acercado al parlamentarismo, no por la excelencia de este modelo, sino por limitar los poderes del Presidente. Por otro lado, no existe en el Perú, ni en América Latina, el llamado problema de la investidura, es decir, la consagración del gabinete por el visto bueno de las Cámaras (que en el caso peruano, se limitan a escuchar el informe del gabinete). Adicionalmente, tampoco existe en el Perú una estructura dualista en el Ejecutivo, como lo es el caso de Francia, y el gabinete se limita a ser un mero colaborador del presidente, ya que, de conformidad con el artículo 211 de la Constitución, el Presidente representa a la nación y dirige la política general del Gobierno. La categoría de Duverger resulta, pues, inadecuada para analizar nuestra estructura gubernamental, ya que además, no se dan aquí los tres elementos que él considera como definidores de dicho nuevo modelo (cf. *supra*, núm 2).

Cabe con todo destacar que el inicial análisis de Nogueira, interesante pero equívoco, ha sido posteriormente matizado por él mismo, quien ha llegado a afirmar que, en rigor, el modelo peruano no puede ser asimilado libremente al modelo semi-presidencial que elaboró Duverger (cf. *Manual del ciudadano elector*, Ediciones Participa, Santiago de Chile 1989). En esta oportunidad, Nogueira clasifica a los presidencialismos democráticos latinoamericanos en cuatro categorías: a) presidencialismo puro, b) presidencialismo parlamentario o atenuado, c) presidencialismo dirigido y

d) presidencialismo parlamentario y de modo semi-presidencial (que es donde ubica al Perú, en una fórmula prácticamente atípica).

Finalmente y volviendo a los autores peruanos, mencionaremos la postura que sostienen Marcial Rubio y Enrique Bernaldes (cf. *Constitución y sociedad política*, Mesa Redonda editores, 3era. edición, Lima 1988) quienes afirman, por un lado, que el Parlamento en el Perú es el primer poder del Estado (tesis que realmente sorprende) para acto seguido sostener que la forma de Gobierno en el Perú es mixta, y en consecuencia, puede ser calificada como semi-presidencial (pp.372-376). En realidad, lo que trasuntan estas afirmaciones, es que el tema no ha sido seriamente estudiado por los autores, pues tal planteo no es claro ni coherente. Por lo demás, esta tesis resulta posteriormente negada en otro texto. Así, Enrique Bernaldes (cf. *El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979* en AA.VV. «La Constitución, diez años después», Lima 1989) sostiene que en el Perú el sistema de gobierno es presidencial, pero con rasgos autoritarios (pág. 158).

En realidad, es difícil decir que el modelo, sistema o forma de Gobierno en el Perú sea mixto, pues ello supondría un *mixtum*, o sea, una nueva realidad o modelo, un *tertium* que en rigor no existe.

Tal mixtura tampoco puede encontrarse en la categoría duvergeriana de régimen semi-presidencial, pues sus supuestos básicos no se dan en el Perú. Atendiendo a la normativa constitucional, a nuestro desarrollo histórico y, sobre todo, a la *praxis* política, cabe afirmar que el nuestro es un modelo presidencial *disminuido, atenuado o frenado*, toda vez que las grandes decisiones las tiene en última instancia, el Presidente de la República, atemperado por controles políticos y, en cierto sentido, por la opinión pública y los partidos políticos.

6. Las lecciones de la realidad

Como hemos visto, el Perú puede calificarse, en cuanto a forma de Gobierno se refiere, como presidencial, aun cuando esté mitigado por diversas incrustaciones parlamentarias, que no han llegado a desfigurar el modelo, motivo por el cual es acertada la caracterización de Jacques Lambert (cf. *América Latina*, Edit. Ariel, Barcelona 1970, con notas y adiciones de Antonio Lago Carballo) de que nuestro Continente (y en consecuencia el Perú), debe calificarse simplemente como de preponderancia presidencial. Y esto se comprueba en todo nuestro decurso histórico, desde los inicios republicanos en el siglo XIX, hasta la fecha. Con todo, hagamos algunas precisiones en lo referente a la presente centuria.

En este siglo, el Perú ha tenido tres constituciones: la de 1920, la de 1933 y la vigente de 1979. La de 1920, si bien fue democrática y avanzada en su momento, fue manipulada impunemente por el Presidente Leguía (1919-1930), quien hizo escarnio de este texto que él mismo promovió; esto es, si bien equilibrada y avanzada para su época, el régimen dictatorial que impuso Leguía dejó de lado las más hermosas conquistas de la Carta de 1920, que pasó a ser, sin más, un documento utópico, sin aplicación ni contacto alguno con la realidad.

Para efectos prácticos, lo que interesa al analizar nuestra vida constitucional contemporánea, es partir de la Carta de 1933. Sobre ella vale la pena transcribir, íntegramente, el juicio que a la altura de 1939, emitió Manuel Vicente Villarán:

«En realidad, la Constitución de 1933 contiene, sobre el papel, todos los resortes legales que permitirían a nuestros congresos establecer el régimen parlamentario si tuvieran el grado necesario de poder político efectivo de que han carecido hasta ahora. Esta constitución representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario. Casi nada falta, en la letra de la legislación, para hacerlo posible. Sin embargo, al lado de la literatura constitucional y en oposición a ella, prevalece en la vida real con inexorable perseverancia el gobierno presidencial, hondamente arraigado en las costumbres y cuyo vigor parece acentuarse como reacción contra las fórmulas escritas que intentan sustituirlo» (cf. *Páginas escogidas*, Lima 1962, pág. 194).

La opinión de Villarán, avalada por datos de índole histórica, política y social, confirma lo expuesto en páginas anteriores. Ahora bien, conviene añadir un dato que ha venido a reforzar este predominio presidencial, y es la tradicional sumisión del órgano legislativo. Esto sucedía por la sencilla razón de que la legislación electoral de la época, si bien daba cabida a la representación de las minorías, otorgaba más del 60% de los escaños a quien obtenía la primera mayoría relativa. Así, el candidato a la presidencia preparaba con sus allegados las listas parlamentarias, que al presentarse conjuntamente, alcanzaban no sólo los cargos de Presidente y vicepresidentes, sino la mayoría de las curules parlamentarias. De este modo, con una Constitución que establecía la colaboración de poderes (y no la separación radical de ellos) el Ejecutivo gobernaba con la complacencia de las cámaras, compuestas por adictos y allegados, limitándose el Congreso a ser un eco o caja de resonancia del Ejecutivo. Sin embargo, existen dos excepciones que conviene analizar, cuales son las experiencias de los periodos 1945-48 y 1963-68 a las que ya nos hemos referido. En el primero de éstos, fue elegido Presidente de la República

José Luis Bustamante y Rivero, como fruto de la conjunción de fuerzas dispares y heterogéneas, bajo el rótulo de «Frente Democrático Nacional». Lamentablemente, por malos entendidos y por la presencia de intereses creados, estas fuerzas políticas, una vez que alcanzaron el poder, comenzaron a deteriorarse y se dividieron. Es así como el Ejecutivo se quedó con un Parlamento que no le era del todo favorable, provocando que un sector de éste (desde el Senado) frustrase la instalación de las cámaras en julio de 1947. De esta manera, el gobierno empezó a actuar sin contrapeso alguno y recurrió a una legislación especial con fuerza de ley, que en aquel entonces no estaba permitida por la Constitución, causando daño al sistema, frente a un Parlamento en receso. La crisis se agravó y sobrevino un golpe de Estado que canceló este intento democrático. El segundo caso lo constituye la primera administración de Fernando Belaunde Terry, llegado al poder en 1963. En aquel entonces, la legislación electoral fue modificada y se introdujo la llamada «cifra repartidora», inspirada en el sistema D'Hondt, que creó en las cámaras un reflejo casi matemático de la composición del electorado. El Presidente y su partido Acción Popular obtuvieron el 39.05% de la votación, y similar representación alcanzaron en las cámaras; por otro lado, los partidos perdedores, la Unión Nacional Odriista y el Partido Aprista Peruano obtuvieron, cada uno, en cifras redondas, el 25% y el 34%, respectivamente. La situación era, pues, clara: el parlamento estaba dividido en tres grandes fuerzas, y el Ejecutivo no contaba con mayoría. Pero ocurrió lo imprevisto: la oposición, que había perdido las elecciones, en lugar de hacer una leal oposición al gobierno, se unió contra éste, y formó la «Coalición del Pueblo», con el ánimo de frustrar y deteriorar la acción del Ejecutivo. El conflicto fue inevitable y la crisis sobrevino. A fines de 1968, el régimen democrático naufragó y vino un nuevo golpe de Estado, que instauró una dictadura de doce años (1968-1980).

Estas dos experiencias, bajo la Carta de 1933, demuestran que a la larga el enfrentamiento del Ejecutivo y el Legislativo trajo la parálisis política y el hundimiento del régimen democrático. Demostraron igualmente, que en nuestro medio el Congreso no tenía poder suficiente para gobernar, proteger o preservar al régimen de los peligros que lo acechaban. Fueron, en cierto sentido, experiencias aleccionadoras.

Lo que pasó con la Carta de 1979 apunta en dos direcciones: por un lado limitó algunos de los poderes de las cámaras (por ejemplo, la iniciativa para gastos, que fueron causa frecuente del déficit en épocas pasadas) y por otro, reforzó la autoridad del Presidente. Pero no descuidó las conquistas parlamentarias que venían desde atrás; en cierto sentido las redondeó, pues agregó, la disolución de la cámara política (Diputados) y la creación de órganos nuevos como el Tribunal de Garantías

Constitucionales. Con todo, en sustancia, no ha desaparecido la cooperación entre poderes, si bien el Presidente es el que orienta la política general del gobierno.

Bajo la vigente Constitución de 1979, se han dado las siguientes experiencias: Fernando Belaunde Terry, en su segunda administración (1980-1985); Alan García Pérez (1985-1990) y Alberto Fujimori (1990-1995). En el caso de Fernando Belaunde y de Alan García, no empece la existencia del sistema D'Hondt, ambos gobernantes contaban con un 50% de partidarios en las cámaras. De esta suerte, a ambos les fue fácil gobernar, pues se beneficiaron con el apoyo del Parlamento. Durante esos diez años y con estos dos presidentes, la Carta ha tenido un sesgo y un ritmo marcadamente presidencialista. Lo curioso para el análisis político es la situación actual del Presidente Fujimori. Una de las novedades de la Carta de 1979 fue introducir la segunda vuelta (*ballotage*), pero sólo a nivel de Poder Ejecutivo, pues las cámaras se forman en la primera elección (sistema que funcionó por vez primera en 1990). Así, en las elecciones de abril de 1990, el candidato del FREDEMO, Mario Vargas Llosa, alcanzó un aproximado de 27%, seguido a corta distancia por el candidato de Cambio 90, Alberto Fujimori, con un aproximado de 24%. Al pasar a la segunda vuelta (junio de 1990), ganó Fujimori, con el 56.58%; se dio así la paradoja de que el Presidente Fujimori, con un 56.58% en la segunda vuelta, tiene una minoría en las cámaras que ronda el 20% (pues el sistema permite la pérdida de los restos y la votación diferenciada para los candidatos de ambas Cámaras). Dicho en otras palabras: es un Presidente sin mayoría en las cámaras y, teóricamente, a merced de ellas. Pero, por una atomización del electorado, no existe una sola fuerza política que acumule más del 50% de los escaños; en consecuencia, todo acuerdo parlamentario hace necesario, por fuerza de las cosas, el acuerdo o pacto de dos o más tiendas políticas. Nos encontramos, pues, con un Parlamento débil, frente a un Presidente fuerte. La experiencia de estos pocos meses, demuestra claramente que el Parlamento se ha esterilizado en discusiones vacías y en proyectos insustanciales, mientras que el Presidente Fujimori, con los resortes legales de que dispone, es el verdadero conductor de la política nacional. Aquí tenemos un presidencialismo que no surge nítidamente de los textos, sino de la realidad política cotidiana.

Cabe, sin embargo, hacer un ejercicio teórico y pensar ¿qué sucedería si todas las fuerzas actuantes en el Parlamento se unieran para hacer una oposición cerrada al Presidente y bloquear sus iniciativas, a fin de obligarlo a gobernar de conformidad con el Parlamento? Lo más probable es que esta obstrucción no impediría la acción presidencial y que, a la larga, se debilitaría el sistema político, pero no la conducta del Ejecutivo.

Si bien es difícil hacer pronósticos sobre el futuro en política, sin embargo y sin descartar márgenes de error, se puede afirmar que las cosas irán en la dirección que siempre han ido, esto es, en una forma de Gobierno de preponderancia presidencial³.

Lima, marzo de 1991

3 Problema aparte, y que aquí no tratamos, es el relacionado con las regiones, que son entes autárquicos con facultades administrativas y económicas, a través de las cuales se ha dividido territorialmente el país. Estas regiones (once en la actualidad y recién en sus inicios) son administradas por una Asamblea Regional (elegida parcialmente por sufragio directo) la que a su vez elige al Consejo Regional y a su Presidente, los que en consecuencia dependen de aquélla. Como se aprecia fácilmente, estos entes tienen una clara estructura parlamentaria, lo cual contrasta en forma notoria con la forma de gobierno presidencial que existe en el Estado. Por otro lado, la corta experiencia regional ha demostrado, hasta la fecha, su total inoperancia y la anarquía que opera al interior de ellas, lo que ha hecho pensar a la clase política en la necesidad de reestructurar el modelo regional, tal como lo plasmó la Constitución de 1979.

IV

FUNCIONES LEGISLATIVAS DEL EJECUTIVO MODERNO: EL CASO PERUANO ¹

1. *El período de entreguerras*

El lapso que corre entre 1918 y 1939 está signado, tendencialmente, por el auge y esplendor del parlamento. Por cierto que esta afirmación debe tamizarse, teniendo en cuenta los conocidos regímenes totalitarios, como son el nazi y el fascista, que si bien asentados sobre estructuras parlamentarias (como son el Estatuto Albertino y la Constitución de Weimar) se desarrollaron en realidad a contrapelo de ellas.

Es interesante anotar que este parlamentarismo fue saludado con entusiasmo por los estudiosos de la época, a tal punto que el conocido jurista Mirkine-Guetzevitch, llegó a considerarlo como uno de los rasgos más saltantes del constitucionalismo, y como característica de lo que denominó, con bastante fortuna, como «racionalización del poder».

Este período encarna, llevado hasta sus últimos extremos, la situación

1 Ponencia presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Madrid, 27 a 30 de setiembre de 1988). La versión preliminar se publicó en **IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, UNAM, México 1992. La presente versión, corregida y revisada, lo ha sido en **Lecturas sobre temas constitucionales**, Lima, núm. 3, agosto de 1989.

europaea del siglo XIX, y que en cierto sentido repercutió en diversos países de América Latina, sea creando regimenes parlamentarios, sea introduciendo variantes o matices parlamentarios en diversos textos constitucionales.

El parlamentarismo, en términos generales, confía en un órgano del poder la marcha del aparato estatal y el cumplimiento de sus más delicadas funciones. Entre estas últimas, el legislar era considerada como la más importante y significativa, lo que conllevaba una subestimación de los demás órganos del Estado.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la situación cambiará radicalmente. Cambian los tiempos y cambian las necesidades del Estado, que requiere para su adecuado manejo, una mano no sólo eficiente, sino rápida y altamente tecnificada. Y esto, como es lógico suponer, no puede estar en manos de grupos numerosos, deliberantes en extremo, y con tendencia a la dispersión y a la lentitud. Crece, pues, el Ejecutivo, sea en su sentido estricto, o en su sentido amplio, como son los Primeros Ministros en los regimenes parlamentarios. En éstos, como se sabe, se distingue entre el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno, En los últimos años, la práctica ha demostrado que el Jefe de Gobierno y su Gabinete, si bien tienen su origen en las Cámaras y de éstas dependen, han desarrollado tal grado de autonomía, que han logrado convertirse en algo independiente y hasta lejano del parlamento, teniendo fuerza propia y capacidad de conducción, de las que en otras épocas se carecía.

Entre las modalidades de esta nueva configuración, la facultad de legislar, que antes era exclusiva del parlamento, ha pasado ahora a ser compartida con el Ejecutivo, quien de esta suerte se ha revestido de un poder que antes no tenía. Si bien con antecedentes en épocas o textos anteriores, lo cierto es que tan sólo a partir del constitucionalismo de la segunda post-guerra, se institucionaliza el poder legiferante de los cuerpos ejecutivos, y esto, como es natural, llega a la realidad constitucional de los países de América Latina, en donde se inserta con relativa facilidad.

2. La situación peruana hasta 1979

El Perú, al igual que los demás países del continente, tuvo su modelo inmediato -por lo menos en la parte institucional u orgánica- en la Constitución norteamericana de 1787, y en los textos, que más o menos por la misma época, se escribieron en su defensa o divulgación (caso de *El Federalista* o *La democracia en América* de Tocqueville). De acuerdo a este modelo, creador del presidencialismo en el mundo, el peso de las grandes decisiones, y en última instancia, el conductor del aparato del Estado, es el

Jefe del Ejecutivo, moderno monarca sin corona. Si bien es cierto que, en la práctica, el ejecutivo norteamericano no funcionó de tal manera desde sus inicios, sino que por el contrario adquirió el poder del que actualmente goza, de una manera lenta y gradual, lo cierto es que teóricamente el modelo creó esa matriz, y ésta calzó fácilmente con la realidad de nuestros pueblos, que con tendencias centrifugas, encontró en este modelo y en el caudillismo decimonónico, la solución para las jóvenes naciones sudamericanas.

Este fue el esquema, que, salvo las excepciones que nunca faltan, primó en el Perú desde entonces. Ahora bien, en 1856, en la Constitución de ese año, se incorporó, tomándolo del modelo europeo, el Consejo de Ministros, y luego en sucesivas leyes, se perfiló esta institución y la del Presidente del Consejo de Ministros, que desde esa época ha persistido en nuestros textos fundamentales.

La creación del Consejo de Ministros y de un Presidente, que apoyaban, avalaban y en teoría controlaban al Jefe del Estado fue, como era de esperarse, más nominal que real. En la práctica, los Ministros, solos o en Consejo, no representaban nada, ni menos aún eran un freno efectivo para la actividad del Presidente de la República.

Todo esto cambió en la década de 1930. En efecto, ese año es derrocado el Presidente Leguía, tras once años de gobierno dictatorial (1919-1930), en forma casi simultánea a otros gobernantes latinoamericanos (Ibáñez, en Chile, Irigoyen, en Argentina), motivado, entre otras causas, por el *crac* de la Bolsa de New York en 1929, que precipitó el derrumbe de todas nuestras economías. Fue entonces, a raíz de este defenestramiento político, que el Congreso Constituyente de 1931, que debatió y sancionó la Constitución de 1933, introdujo un modelo parlamentario o semi-parlamentario o mixto, como han señalado algunos de sus exégetas. A este sistema se llegó, no sólo por los vientos doctrinarios que por entonces agitaban el continente europeo, sino sobre todo por la obsesión de recortar, hasta donde fuera posible, las atribuciones del Presidente de la República, a fin de evitar que nuevamente surgiese un Presidente como el derrocado, que desde el poder, se hizo reelegir varias veces y que además trató al país como una heredad privada, en forma absoluta y arbitraria. El fantasma de Leguía sirve para explicar el espíritu de esta Constitución de 1933, que curiosamente fue elaborada por una Constituyente cuya mayoría de miembros había sido víctima de uno o más atropellos del gobierno leguista, y que sólo buscaban la forma legal de impedir el retorno de un gobernante similar. Ahora bien, si es cierto que el texto de 1933 significa una concesión importante al parlamentarismo (y que como tal fue saludado, con entusiasmo distante, por Mirkine-Guetzevich), en la práctica la situación no cambió. Esto es, siguió el

mundo político signado con el presidencialismo que fue típico de todo nuestro siglo diecinueve. Tan sólo con dos gobernantes el texto de 1933 hizo crisis; el Presidente Bustamante y Rivero (1945-1948) y el Presidente Belaunde Terry (1963-1968). En estos casos se dieron las situaciones siguientes: a) crisis económica, b) imposibilidad o dificultad excesiva para resolverla, c) ausencia de capacidad de decisión para medidas de emergencia por parte del Poder Ejecutivo, d) minoría política del Presidente en las Cámaras, e) descomposición del bloque político que apoyaba al Presidente, f) inexistencia de mecanismos de participación o consulta popular, g) inexistencia de mecanismos formales para la solución de conflictos con el Parlamento, h) parálisis total o parcial del Parlamento.

En estas dos situaciones, y como quiera que en caso de conflicto la preminencia estaba dada al Parlamento, era fácil caer en un entrampamiento, que en todo país con bases poco sólidas conduce a un erosionamiento del sistema, y a la eventual parálisis del mismo; y en todo caso, a un deterioro, inevitable ante la opinión pública. Lo concreto del caso, es que ambos gobernantes fueron derrocados por sendos golpes de Estado, que con matices diversos, iniciaron períodos de dictadura política, con independencia a la formalidad que adoptaron o a las metas que lograron o persiguieron.

De esta suerte, y ante tales experiencias, que por lo demás eran no sólo muy conocidas, sino muy cercanas en el orden del tiempo, es que los Constituyentes del período 1978-79, se esmeraron, en forma expresa y reiterada (tal como consta en los debates y en los respectivos proyectos) en dar fuerza real y efectiva al Presidente de la República, como lo veremos a continuación.

3. *La Constitución de 1979*

Como queda dicho, la experiencia jurídica peruana fue fundamentalmente presidencialista, matizada con las concesiones parlamentaristas que hizo la Constitución de 1933, que tan sólo mostró sus limitaciones en dos períodos presidenciales (1945-1948 y 1963-1968). Pero ni el predominio práctico del presidente, ni menos aún el modelo mixto o semiparlamentario sancionado en 1933, contempló en forma orgánica facultades legislativas al Poder Ejecutivo. En última instancia, las leyes las hacía siempre el Parlamento y nadie más, de acuerdo a la teoría clásica, de la cual es expreso representante John Locke.

No obstante, bajo la vigencia de la anterior Carta Política de 1933 se dio un avance, aun cuando algo tímido, en este tema. En efecto, la Constitución de 1933 en sus artículos 40 y 49, permitió al Poder Ejecutivo adoptar las

medidas necesarias conducentes a abaratar las subsistencias y limitar el comercio y la industria en caso de emergencias, lo que en realidad se hizo en pocas oportunidades, y sin trascendencia alguna. Pero luego, en el período 1936-1939, se autorizó al Presidente de la República para que legislase sobre determinadas materias, pues el Congreso por propia voluntad entró en receso. En esa misma época, y en forma discutible, se modificó la Constitución a través de un plebiscito, que introdujo la legislación delegada, que sin embargo tuvo corta duración (1939-1945) pues fue derogada. Por otro lado, el Código Civil de 1936 (hoy reemplazado por uno nuevo sancionado en 1984) fue dictado por el Poder Ejecutivo, al amparo de una autorización general dada por las Cámaras. En 1948, el Presidente de la República, ante el receso de las Cámaras, empezó a legislar mediante los llamados Decretos del Poder Ejecutivo, esto es, realizó actos propios de las Cámaras mediante Decretos que en la práctica tenían fuerza de ley (situación anómala, pues no estaba prevista por ningún ordenamiento ni existía autorización previa). En fin, en la década de los años sesenta, aumenta esta delegación; importantes cuerpos legales son promulgados al amparo de sendas delegaciones que otorgan las Cámaras (así por ejemplo, el Código Tributario). Pero lo más notable de todo este período, y que en gran parte signa la experiencia posterior, es la Ley 17044, aprobada formalmente por el Parlamento en junio de 1968, con el expreso propósito de otorgar plenos poderes al Poder Ejecutivo, para que en un plazo de 60 días, adoptase las medidas necesarias para hacer frente a la crisis económico-financiera que afrontaba el país en aquellos momentos. Bajo autorización tan general -que por lo demás fue muy criticada por los especialistas- salieron en 60 días más de 300 decretos supremos que afectaron grandes campos del derecho nacional, y en especial lo relacionado a aduanas, tributación, legislación civil, construcción, hacienda, empresas públicas, vivienda, minería, etc. Es decir, todo un universo legislativo que tuvo consecuencias positivas, como lo confirman los hechos posteriores. Es indudable que esta delegación era inconstitucional, pero tuvo plena aceptación en el mundo de la práctica, y así es reconocido en la actualidad, pues muchos de esos dispositivos, conservan su vigor.

Teniendo estos antecedentes a la mano, era previsible que la nueva Constitución los recogiese. En efecto, el texto sancionado en 1979, convencido de la inconveniencia del hibridismo de la anterior Constitución, procedió, como ya se ha indicado, a reforzar la figura del Presidente de la República, previó mecanismos de solución de conflictos entre los poderes del Estado (sobre todo entre Ejecutivo y Legislativo), introdujo nuevos órganos constitucionales (como el Tribunal de Garantías Constitucionales), rediseñó la distribución territorial del país (con la creación de las regiones, proceso que se encuentra recién en sus inicios) entre otras novedades. Naturalmente, se conservó la figura del Consejo de Ministros

y de su Presidente, manteniendo la responsabilidad ministerial por los actos del Presidente de la República (lo que viene desde atrás), haciendo posible una continuidad institucional desde entonces. En cuanto a los rasgos del modelo, es difícil decir dónde ubicarlo. En efecto, no es estrictamente parlamentario, ni tampoco presidencial, por lo menos en su sentido clásico. Más bien podría ser calificado como semi-presidencial, o mejor aun, como presidencialismo atenuado o atemperado, toda vez que, por encima de sus incrustaciones parlamentarias, que vienen, como queda dicho, del siglo pasado, el peso de todo el sistema recae en el Presidente de la República, por lo que bien podríamos hablar de la existencia de un presidencialismo sin más o de un presidencialismo latinoamericano. Por lo demás, la experiencia política de estos ocho años bajo la vigencia de la Carta de 1979, nos ha demostrado que el peso y la conducción efectiva del país, la hace el Presidente de la República, con el consentimiento e incluso contra la opinión de sus Ministros, como el caso de la estatización de la banca lo vino a demostrar (julio de 1987).

Dentro de este gran modelo, se incorporaron dos instituciones del gobierno moderno, que sin embargo contaban con antecedentes en el medio, como ya se ha indicado. Estos son: los Decretos Legislativos y los Decretos de Necesidad y Urgencia.

4. Decretos legislativos

La vigente Constitución de 1979 señala en su artículo 188 que «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley».

Haciendo un análisis del articulado, podemos extraer las características siguientes: a) se trata de delegación expresa de facultades legislativas, b) se tiene que indicar las materias, c) se debe indicar por cuánto tiempo se conceden estas facultades, d) tienen la misma fuerza o valor de la ley, gozando de las mismas prerrogativas que ésta.

Como es fácil apreciar, estamos ante características muy generales, toda vez que la indicación de las materias es un tema muy amplio y dentro de ellas puede abarcarse un universo muy grande; en cuanto al tiempo, no se indica cuál será éste. Tampoco se especifica un tipo especial de control o supervisión parlamentaria. En fin, si comparamos esta figura con sus homólogos europeos, el texto peruano resulta en extremo sobrio, lo que ha permitido, como lo demuestra la experiencia reciente, excesos y

extralimitaciones, que han sido denunciadas desde hace algunos años. Analicemos algunos de sus problemas.

En primer lugar, cabe preguntarse si es que pueden ser objeto de delegación todas las materias que son competencia del Parlamento, sin exclusión alguna. La respuesta a primera vista, es afirmativa, ya que de acuerdo al aforismo de que no cabe introducir distinciones donde la ley no distingue, parecería desprenderse la conclusión de que pueden delegarse facultades para todo el universo que la carta constitucional concede al Parlamento. Dicho en otras palabras, podría el Parlamento, en la práctica, entregar todo su poder al Ejecutivo, con lo cual el órgano tradicionalmente legiferante estaría demás. Pero aclarado lo anterior, y atendiendo a que la Constitución debe interpretarse, no sólo dinámicamente, sino en su conjunto -o sea, la necesidad de una interpretación arquitectónica sobre la interpretación parcelaria- se desprende que esto no es exacto. Así tenemos las siguientes tres grandes excepciones; el Presupuesto General de la República, los Tratados que concerta el Estado y las Reformas Constitucionales. En efecto, el Presupuesto debe ser enviado al Parlamento para su discusión (art. 197), y ser aprobado por éste, señalando el texto que sólo en el caso de que el Parlamento no aprobase el Presupuesto antes del 15 de diciembre de cada año, podrá el Ejecutivo sancionarlo mediante Decreto Legislativo (art. 198). La segunda excepción son los Tratados, porque así lo dispone la Constitución (art. 102), y porque ello es una práctica internacionalmente aceptada (con independencia a los convenios que el Ejecutivo pueda celebrar directamente y dentro del marco de sus propias facultades). Y finalmente la reforma constitucional, que opera con un procedimiento agravado ante las Cámaras (art. 306). Pero salvo esto, es decir, Presupuesto, Tratados y Reforma Constitucional, la delegación puede ser total. Esto alcanza incluso a áreas, como la penal y la tributaria, que durante años se consideraron centrales, dentro de lo que Otto Mayer denominó, a fines del siglo pasado, como la «reserva de la ley».

En consecuencia, y salvo los tres casos mencionados (en donde existe reserva de ley estricta) la delegación de materias es general. Así vemos que existe autorización expresa (Ley 23859) para que el Poder Ejecutivo promulgue un nuevo Código Penal, el cual -cuando lo sea- será un cuerpo sancionado por Decreto Legislativo, que tiene valor de ley.

En cuanto al término, la Constitución no indica nada, pero en la práctica éste ha sido decididamente breve; 30, 60 ó 90 días. Lo malo es que en alguna oportunidad, al vencerse el plazo de la delegación legislativa y al no haberse hecho uso de tal delegación, el Ejecutivo ha recurrido a la práctica de publicarlos posteriormente pero con fecha anterior, -lo cual es indetectable en cualquier investigación- o modificar gran cantidad de

artículos utilizando el recurso de la «fe de erratas» (con lo que modifican varios textos dándoles un sentido opuesto al original, lo que confirma que bajo la fe de erratas se promulgaba, en realidad, un nuevo dispositivo legal) o en veces, como sucedió en 1985, declarando que los días de la concesión legislativa, deben computarse como «hábiles» (o sea días laborables) y no como «días naturales o cronológicos» (esto último es lo correcto, porque la distinción entre días hábiles y días naturales, es válida tan sólo en el ámbito procesal).

Por último, en lo referente a su numeración, se ha optado, con criterio discutible, por empezar con ellos una nueva numeración; así el Decreto Legislativo número 1, fue sancionado el 4 de noviembre de 1980, y en la actualidad, exceden los cuatrocientos.

Se ha discutido mucho la utilización de los Decretos Legislativos y, en realidad, ello ha ocurrido sobre todo por los excesos cometidos por los beneficiarios de dicha delegación (o sea, el Ejecutivo) en parte motivada por la ausencia de un posterior control político, como por la generosidad de los enunciados (así, cuando se otorga delegaciones para reordenar las aduanas, o mejorar la hacienda, etc. que permite un abanico casi infinito de posibilidades y, además, ir más lejos de lo que realmente quería el legislador).

Existe otro límite para la delegación legislativa, que es la existencia, en nuestro ordenamiento, de las leyes orgánicas. Pero a ellas les daremos un tratamiento aparte.

5. Las Leyes Orgánicas

La vigente Constitución introdujo, aun cuando con poco éxito, la categoría de «leyes orgánicas», que la tomó del contexto europeo, y concretamente del español. En principio, este tipo de leyes (conocidas como leyes constitucionales en otros ordenamientos) tienen como objetivo crear un cuerpo intermedio entre la ley ordinaria y la Constitución, con características especiales, y con el fin específico de desarrollar los principios e instituciones básicas de la Constitución. De acuerdo con el artículo 194, las leyes orgánicas requieren para su aprobación, del voto de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara. Esto es, un quórum agravado, lo que hace necesario el cómputo, control y respectiva votación. Dejando de lado los antecedentes, lo cierto es que en forma expresa, y a nivel constitucional, sólo se han reconocido las siguientes leyes orgánicas: a) de Municipalidades, art. 258; b) del Ministerio Público, art. 251, c) del Poder Judicial, disposición transitoria decimoprimera y decimotercera; d) del Tribunal de Garantías Constitucionales, art. 303; e) de las Fuerzas

Armadas, art. 277; f) de las Fuerzas Policiales, art. 277; g) de la creación de Regiones, disposición transitoria novena; h) de los organismos del Sector Público, art. 140. En rigor, sólo existen ocho situaciones en las cuales procede, prescriptivamente, el empleo de leyes orgánicas, con su previo pase y discusión en el Parlamento. De estas ocho, sólo las siete primeras son fácilmente identificables; la última, que está referida a los organismos del Sector Público, es infinita, no sólo por la vastedad de éstos, sino por la posibilidad de creación futura de nuevos organismos, que queda al arbitrio del Ejecutivo.

Ahora bien, la primera pregunta que surge es ¿cuál es la posición de las leyes orgánicas dentro del conjunto de fuentes normativas peruanas? Si lo analizamos con detenimiento, podremos ver que la diferencia sustancial que existe entre la ley ordinaria y la ley orgánica, es la referida al *procedimiento*, esto es, a la forma de ser sancionada. Así, mientras que en términos generales la Constitución se desarrolla y es completada por leyes sancionadas normalmente por el Parlamento, en determinadas *materias* la Constitución exige que el *íter* legislativo tenga un quórum especial, es decir, un quórum fuerte, exigiendo una mayor presencia y participación de los representantes, y nada más. Pero esta diferencia de procedimiento, se puede reducir a uno de sus aspectos, cual es el quórum, que debe ser computado expresamente. Pero no hay más. Incluso en cuanto a las materias, su distribución es caprichosa, lo que demuestra que ni hubo clara conciencia en el constituyente, de lo que se trataba, ni tampoco existió interés en darle un contorno definido. Tampoco se dio el carácter de orgánicas a ciertas leyes que sí lo requerían (como podían ser las de materia electoral). Y en cuanto a su modificación, lo pueden ser con la misma rapidez que las leyes ordinarias (aun cuando observando el quórum calificado). Si tenemos en cuenta, que lo que diferencia formalmente a la Constitución del resto de las normas, es su rigidez para el cambio (sobre todo en nuestra tradición occidental) y que en su modificación las leyes orgánicas están en el mismo nivel que las ordinarias, tenemos que llegar a la conclusión, ineludible por lo demás, de que ellas no representan categoría aparte, superior o inferior a las demás leyes emanadas del parlamento. A esto hay que añadir que, en la práctica, tampoco ha habido un control adecuado de este tipo de legislación, ni menos aún un uso sensato de la misma, lo que se demuestra en la actualidad, cuando subsiste el Decreto Legislativo N° 52, que organiza el Ministerio Público, y que según el artículo 251 de la Constitución, debió haber sido sancionado por Ley Orgánica.

Podemos decir, en síntesis, que la Constitución, sin clara conciencia de ello, sancionó la creación de leyes orgánicas para casos muy contados, con el único propósito de que ellas tuviesen un quórum calificado en su

discusión en el pleno. Esto significa, que las leyes orgánicas están destinadas a los únicos casos que la Constitución así lo consagra, y que además, ellas deben ser sancionadas expresamente por el Congreso y no ser objeto de delegación alguna. Lamentablemente, como estos parámetros no han sido observados por los órganos del Estado desde que entró en vigencia la Carta, pensamos que esta categoría de leyes orgánicas, interesante de por sí, ha perdido toda importancia en el actual ordenamiento jurídico peruano, por su continuo proceso de desconstitucionalización.

6. *Decretos de necesidad y urgencia*

El artículo 211, al tratar las atribuciones del Presidente de la República, señala en su inciso 20, que éste puede «dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso».

Cuando fue sancionado este artículo, nadie se percató de sus alcances. En los debates fue propuesta originalmente la introducción de los decretos de necesidad y urgencia, pero ello no prosperó. No obstante, al final, el texto antes indicado, surgió como por ensalmo y así quedó instalado. La pregunta inicial es muy clara ¿qué tipo de medidas se autorizaba dictar? ¿bajo qué modalidad? ¿podían estas medidas afectar cualquier materia del ordenamiento jurídico? ¿qué rango legal tenían?

En el periodo gubernamental comprendido entre 1980-1985, se dictaron, invocando esta facultad constitucional, 667 decretos supremos, que invadían temas propios de la ley. En la actualidad, se estima que son más de 1,000. Sin embargo, el debate en torno a ellos sólo se inició en 1983, cuando la oposición y la opinión pública advirtieron que con este tipo de facultades y bajo la forma de Decreto Supremo, se dictaban dispositivos que vulneraban el universo tributario e incluso artículos dispersos del Código Civil. El Colegio de Abogados de Lima emitió un pronunciamiento en contra, reiterado recientemente (cf «Revista del Foro» N^o 1, enero-junio de 1987) y la oposición en las Cámaras (representada en ese momento por Izquierda Unida y el Apra) cuestionó la legitimidad de dicho uso. Finalmente, el Ministro de Economía y Finanzas, Carlos Rodríguez Pastor, mediante oficio de 19 de marzo de 1984, remitido a las Cámaras, expresó de manera tajante y concreta, que en esta atribución presidencial, debía verse, sin más, la figura de los decretos de necesidad y urgencia, los que tenían fuerza de ley. Desde entonces, el debate no ha cesado, y no existe versión definitiva alguna, aun cuando esta preocupación ha llegado a las altas esferas, como lo demuestra la existencia de diversos proyectos de ley para reglamentar esta norma, que algunos, en el seno de las Cámaras, califican como “Decretos Presidenciales de Urgencia”.

Analizando esta figura dentro del contexto constitucional, llegamos claramente a la conclusión, de que estas facultades están fuera de lo común, que no son las mismas que las demás (es decir, es distinta a la clásica de reglamentar, que siempre tuvo el Ejecutivo y que está contenida en otro inciso) y que además es necesario encuadrarla en alguna categoría existente en el derecho comparado. En efecto, en su forma objetiva, aun cuando imperfecta, tales medidas extraordinarias no son otra cosa que lo que la doctrina conoce como “decretos de necesidad y urgencia”.² Si negamos esta posibilidad y aceptamos que son simples decretos, podríamos llegar al absurdo de que al Presidente de la República se le dieron atribuciones para casos de urgencia que ya las tenía (en otro inciso del mismo artículo) y que además lo limitan a sólo dos materias, y con el agregado de que debe dar cuenta al Congreso (que normalmente no lo hace). Esto es, negar la posibilidad de que estas normas sean decretos de necesidad y urgencia, sólo nos hace caer en contradicciones, y aun más, cuando la realidad de estos últimos años nos indica que precisamente éste es el único concepto que nos permite explicar estos dispositivos.

Haciendo un análisis exegético de la norma constitucional, podemos extraer lo siguiente: a) se trata de dictar medidas extraordinarias; esto es, las que no son ordinarias, y en consecuencia, sólo para casos extremos e imprevisibles, que no pueden ser afrontados de otra manera, tales como terremotos, invasiones, huracanes, desastres naturales, emergencias económicas, etc. En consecuencia, no podemos con ellas hacer frente a situaciones normales, porque para eso están las medidas ordinarias que las puede adoptar normalmente el Poder Ejecutivo; b) la materia está reservada al ámbito económico-financiero y nada más. Esto debe entenderse en sentido estricto, o sea, sólo en estas materias y no en todas aquellas que en forma conexa tengan algún ingrediente económico-financiero. O sea, lo económico-financiero debe ser lo *principal* y no lo *accesorio*, porque llevado este argumento hasta sus últimas consecuencias, todo podría ser económico-financiero y de esta suerte afectar derechos fundamentales (como lo sería el derecho a la educación, pues también esto conlleva gastos, etc.). En términos generales, cabe indicar que aquí lo económico-financiero debe limitarse al apartado dedicado al “Régimen económico” en la Constitución del Estado, es decir, la “constitución económica” propiamente

2 A través de algunos medios de expresión, se catalogó a estos dispositivos, como “decretos de emergencia”, lo que no sólo constituye un error doctrinario, sino coadyuva a una mayor confusión. En la actualidad, sólo hay dos tipos de decretos de emergencia; los que establecen el respectivo régimen de excepción, y las emergencias de orden presupuestal, previstas anualmente en las leyes respectivas.

dicha, y no afectar lo dispuesto en la parte “dogmática” ni en la parte “orgánica”; c) Otro requisito, es que así lo requiere el interés nacional; no cualquier requerimiento, sino sólo el interés nacional (lo que indudablemente es un concepto muy subjetivo que permite una gama muy amplia de interpretaciones). Y finalmente, d) que se dé cuenta al Congreso, lo cual supone en principio, como sucede, por ejemplo, en el ordenamiento español, el pronunciamiento del Congreso de los Diputados, pues de esta suerte, esta medida trascendental y que afecta al ordenamiento jurídico, es tomada en cuenta por la Cámara, para que la ratifique o deje sin efecto.

Como quiera que la introducción de esta figura jurídica lo fue en forma casi subrepticia, sin que sus autores se dieran cuenta, ella no ha quedado perfilada en la Constitución, y esto también ha traído abusos, como ha sucedido con los Decretos Legislativos, pero en una situación más alarmante.

Este exceso, que ha contado con el beneplácito del Congreso, tanto del anterior como del actual, deriva de la imprecisión normativa y de las necesidades fiscales, lo que ha motivado más de una polémica al respecto. Por otro lado, el dar cuenta al Congreso ha quedado limitado a la simple transcripción del decreto adoptado, acompañado del oficio de remisión. También se ha abusado de los *supuestos habilitantes*, o sea, de la necesidad inminente e irrecusable de la medida y el ámbito restringido de materias, pues en ambos casos ha habido excesos. Y finalmente, tampoco se ha observado la *provisionalidad*, que es típico de estas medidas, pues como su nombre lo indica, son extraordinarias y no ordinarias. Es decir, son de corta duración, y no indefinidas, como ha sucedido con la mayor parte de ellas.

El problema fundamental que se presentó en relación con estos Decretos, fue cuál era su valor; si eran simples decretos supremos o si por el contrario eran textos con valor de ley. Sin que haya cesado la polémica al respecto, cabe afirmar, por encima de observaciones y matices, que en realidad hay que darles un valor de ley, pues de otra manera no tendrían razón de ser ni menos aún se explicarían sus alcances. Esto es, sostener que se trata de simples decretos o resoluciones, no tendría sentido y parecería una tautología, inútil e innecesaria, en comparación con las mayores atribuciones que normalmente goza el Presidente de la República en el mismo artículo constitucional. Por otro lado, si se le reconoce el valor de ley, entonces muchas cosas quedan explicadas, y así lo entiende un sector dominante de la doctrina peruana, la práctica política y legislativa de los últimos años, reiterada jurisprudencia de los tribunales e incluso los grupos políticos representados en el parlamento, que han planteado seriamente la necesidad de precisar sus alcances, como lo demuestran los proyectos de ley presentados en las Cámaras.

Otro problema de sumo interés, es el relacionado con los alcances de estos Decretos, que en otros lugares, como Italia, España y Brasil, se denominan Decretos-Leyes, y es el relativo a las materias que pueden tratar, teniendo en cuenta lo que clásicamente se denomina el «principio de la reserva de la ley», vinculado, muy especialmente, con la temática penal y tributaria.

7. La reserva de la ley

En el desarrollo del constitucionalismo clásico, se hizo paradigmática la distinción sobre las funciones de los poderes del Estado, así como su adecuada distribución de competencias. Dentro de este esquema, las grandes decisiones del Estado estaban confiadas al Parlamento, en donde precisamente se encontraba representado el pueblo y los grandes intereses de la nación, el que de esta suerte era el verdadero contralor del Ejecutivo, en defensa de la gran masa de ciudadanos. La ley entendida como encarnación de la voluntad popular, era siempre el muro de contención contra los órganos ejecutivos, de los cuales estuvo siempre temeroso el siglo XIX, quizá porque ello le recordaba la monarquía clásica que precisamente el constitucionalismo había desmoronado. El Parlamento quedó convertido en defensor de las libertades, entendidas en su sentido político y económico, y la ley en su expresión máxima. En tal sentido, el desarrollo del orden jurídico consagrado en el texto máximo, sólo podía reservarse a la ley, y en especial, los grandes principios que afectaban el *status* personal y patrimonial de los ciudadanos. Era en síntesis, el Estado liberal de derecho, o como quiere Schmitt, el Estado liberal-burgués de derecho. Pero, al advenir el siglo XX, tras el ocaso de la *belle époque*, se inicia la invasión del Estado a áreas vedadas al poder público, y muy en especial, a las áreas económicas. Esto hace que el principio, formulado por Mayer en el siglo XIX, de la reserva de la ley, entre en crisis y sea cuestionado, sobre todo a partir de la segunda post-guerra. Ya no será el órgano legislativo el único poder legiferante; también lo podrá ser el ejecutivo, acorde con la rapidez de las medidas que los nuevos tiempos exigen. Además, como ya se ha dicho, el Estado tiene nuevas funciones y ellas sólo pueden ser atendidas por un órgano pequeño y ágil y no por un órgano corporativo y de lento andar. Así van naciendo los progresivos trasposos de atribuciones de un poder a otro, del legislativo al ejecutivo. Entre ellas, la capacidad legiferante, inimaginable para el constitucionalismo clásico. Los decretos legislativos y los decretos de necesidad y urgencia son clara muestra de ello. Naturalmente, esto no significa que la legislación deje de ser un atributo propio del órgano respectivo, sino que ahora se trata de una competencia compartida y en cierto sentido concurrente, cuando las circunstancias así lo aconsejen. Claro está, ni los decretos legislativos ni menos aún los decretos de necesidad y urgencia, deben afectar temas que son propios de las leyes

orgánicas (pues la Constitución peruana les da un quórum específico), y esto, con independencia de su actual irrelevancia jurídica en el mundo de la *praxis*, como ya lo hemos señalado.

Visto lo anterior, el principio de la reserva de la ley debe entenderse hoy en dos sentidos, uno en sentido clásico o estricto, que aún permanece y conserva validez, y otro en sentido moderno o relativo, que es el que se ha abierto paso en los últimos años. Así, en principio, todo articulado constitucional debe desarrollarse por ley formal (más aun cuando el texto positivo a ella se remite continuamente, y por ley, debe entenderse siempre ley formal). Pero ello no impide la legislación por parte del Ejecutivo. Así, y en relación con el principio de la reserva de la ley, hemos visto que éste no opera con los Decretos Legislativos (con las excepciones antes anotadas). En efecto, vía Decretos Legislativos, se ha encargado al Ejecutivo en los últimos tiempos, desarrollar las más diversas materias, incluyendo aspectos penales y tributarios, que hasta hace cincuenta años sólo podían emanar de leyes formalmente sancionadas por las Cámaras. Esto es, en la actualidad una práctica pacífica, y sólo faltaría señalar que la respectiva ley autoritativa sea, en materias penales y tributarias, bastante específica, y que cumpla con señalar al Ejecutivo, los grandes lineamientos sobre los cuales debe desarrollar la tarea encomendada, o en su defecto, introduzca un mecanismo interno de control, como puede ser la previa aprobación por una especial Comisión del Parlamento, o de la Comisión Permanente, de manera tal que aun cuando exista delegación, se cuente con cierto tipo de revisión sobre el producto final.

En materia penal es claro que no pueden existir decretos de necesidad y urgencia, ya que éstos se contraen, como queda indicado, a la materia económico-financiera. Pero dentro de esta última, se encuentra la materia tributaria, que hasta ahora es controvertida. En efecto, dentro del área económica y más en concreto, la financiera, se encuentra el tributo, que clásicamente sólo podía ser instituido expresa y formalmente por el parlamento. La pregunta que surge es si con los decretos de necesidad y urgencia puede o no afectarse, directa o indirectamente, parcial o totalmente, materias tributarias. En España, donde se ha debatido el tema muy extensamente, el Tribunal Constitucional llegó a afirmar (Sentencia 6/1983) que la reserva de la ley sólo se limita a la creación de tributos y a su especial configuración (o sea, sólo a los elementos esenciales del tributo), lo que ha sido objeto de arduas discusiones en la doctrina. Pero en el caso peruano, la cosa es más sencilla, ya que el tributo es materia financiera, y en consecuencia, está incluido dentro de las medidas extraordinarias, que dan origen a los decretos de necesidad y urgencia.

No obstante la polémica existente al respecto, y sobre todo a distintos

pronunciamientos en el ámbito judicial, somos del parecer que la materia tributaria, parcial o totalmente, puede ser tratada por estos decretos, lo que incluye la creación de tributos, su modificación, exoneración, etc. En efecto, los tributos son hoy en día el arma fundamental de la política general del estado, más aún, dentro de la concepción de un Estado benefactor e intervencionista que no existió en el siglo pasado. En consecuencia, autorizar al Estado para que intervenga en la vida económica, sobre todo en momentos de necesidad grave, y no poder hacer uso del arma tributaria, sería una contradicción en sus términos. La reserva de la ley debe verse hoy, como una defensa del estatuto del ciudadano y como un fundamento para fijar un reparto de competencias, pero, no como un impedimento para que el Estado cumpla sus fines, como es poder intervenir en la vida económica del país, que es, por otra parte, lo que se desprende del modelo de economía social de mercado que la Constitución ha consagrado (art. 115), Claro está que, esta posibilidad, está siempre condicionada por los supuestos habilitantes, como son la extrema y grave necesidad, y sobre todo la *provisionalidad*, o sea, con caducidad en breve término, ya que la intromisión del Ejecutivo en materias tributarias, sólo puede ser por breve tiempo (por analogía con la ley de presupuesto que es anual, las medidas tributarias de urgencia deben tener como plazo máximo el ejercicio fiscal en el cual son dictadas). Convendría también, que aquí, como sucede en otras partes, intervenga el legislativo para supervisar estas medidas de urgencia. Analizando la experiencia reciente, tenemos el caso del Impuesto Especial a las Remuneraciones, creado por el Decreto Supremo N° 152-87-EF, que estableció este nuevo impuesto, con especiales características, y por breve tiempo: del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1987. Pero lamentablemente, no siempre ha sido así. Ha habido, y hay todavía un abuso de los decretos en mención, lo que quizá explica la resistencia que ha generado en nuestro medio.³

8. Controles jurisdiccionales

En la actualidad, el Perú tiene un sistema dual de control jurisdiccional de las normas, Por un lado, el denominado sistema americano o difuso; por otro el conocido como sistema europeo o concentrado. El

3 Aun cuando el universo dentro del cual pueden dictarse decretos de necesidad y urgencia, está confinado a las áreas económico-financieras, cabe preguntarse si mediante este recurso puede o no aprobarse el presupuesto nacional, que está incluido en ellas. Creemos que no, pues aquí funciona la reserva de la ley en sentido estricto, pues la Constitución le da un trámite especial en el artículo 198; esto es, aprobación por el Parlamento, y en su defecto, por el Ejecutivo mediante especial Decreto Legislativo.

primero se ejerce ante el Poder Judicial, el segundo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. El primero funciona con relativa regularidad, el segundo lo hace muy esporádicamente. Así, y en cuanto al control jurisdiccional de los decretos legislativos y decretos de necesidad y urgencia, como ambos tienen valor de ley, se ejercerá sobre ellos el control que se aplica para las leyes. Si tal control se efectúa ante el Poder Judicial, invocando su inaplicación en el caso concreto (artículo 236 de la Constitución), se puede hacer en cualquier juicio, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 8), que culmina en la Corte Suprema de la República, o eventualmente en el Tribunal de Garantías Constitucionales, si se tratase de una acción de *habeas corpus* o amparo, en donde se invocase la inconstitucionalidad de una ley (Ley 23506). Esto, dentro de lo que comúnmente, se denomina entre los constitucionalistas como, inconstitucionalidad en vía de excepción (así por ej. Duguit) o los procesalistas, como cuestión prejudicial o cuestión previa de inconstitucionalidad (así, por ej. Cappelletti, Fix-Zamudio). Por vía de acción, tenemos la Acción de Inconstitucionalidad, que se interpone directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero con una legitimidad procesal activa muy reducida: sólo pueden hacer uso de ella el Presidente de la República, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores y 50,000 ciudadanos. Desde su instalación en 1982, el Tribunal sólo ha conocido seis acciones de inconstitucionalidad.

Si bien se acepta que los decretos legislativos son susceptibles de ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, nada dice la norma constitucional pertinente sobre los decretos de necesidad y urgencia. Esto es, si con independencia a su inaplicación ante el fuero judicial, puede ser objeto de control por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales. Entendemos que si la acción de inconstitucionalidad procede contra todas las normas con valor de ley (y lo son también los decretos-leyes emanados de los gobiernos de facto), estimamos que los decretos de necesidad y urgencia deben ser considerados también entre las normas susceptibles de ser denunciadas de inconstitucionalidad, a través de la acción pertinente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

9. Ubicación en la jerarquía normativa

El principio de la pirámide jurídica, difundido por Kelsen, con base en la aportación de Merkl, tiene su plena aceptación y adaptación en los estados unitarios o centralizados. Pero con los ordenamientos federales o regionales, la cosa puede complicarse, pues la pirámide existe, pero a ciertos niveles se abre un microsistema, que a su vez desarrolla su propia pirámide, con lo cual surgen automáticamente los conflictos entre ellas. Esto explica por qué los Estados federales o regionales, confían por lo

general a órganos especiales, la solución de conflictos entre los estados, regiones o entidades federativas, según sea la denominación que se adopte. En el caso peruano, si bien unitario, se ha introducido una descentralización con las regiones, que todavía está a medio andar, pero que hay que considerar para los efectos concretos de ordenar las fuentes normativas de nuestro derecho. El tema, por lo menos en fecha reciente, no ha sido tratado prácticamente, o en todo caso, lo ha sido de manera insuficiente. Utilizando un esquema preparado por Víctor García Toma, al que hacemos aditamentos y correcciones, podríamos, tentativamente, señalar los siguientes niveles en la normatividad peruana:

- I.** - Constitución
 - Tratados referentes a materia constitucional o de derechos humanos.
- II.** - Leyes
 - Tratados internacionales
 - i) Con estados latinoamericanos de integración y,
 - ii) los demás tratados
 - Leyes orgánicas
 - Decretos - Leyes
 - Resoluciones Legislativas
 - Reglamento Interior de las Cámaras
 - Decretos Legislativos
 - Decretos de necesidad y urgencia
 - Leyes regionales (ámbito regional)
 - Ordenanzas Municipales (ámbito municipal)
- III.** - Decreto Supremo
 - Decreto Regional
 - Decreto Ejecutivo Regional
 - Edictos de Alcaldía
 - Decretos de Alcaldía
- IV.** - Resolución Suprema
 - Resolución Ministerial
 - Resolución Ejecutiva Regional
 - Resolución Vice-ministerial
 - Resoluciones Secretariales Regionales
 - Resolución Directoral
 - Otras resoluciones del ejecutivo
 - Otras resoluciones de la región
 - Otras resoluciones municipales
- V.** - Resoluciones de entes autónomos (CONASEV, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General, entidades regionales, etc.)
- VI.** Ambito de parte interesada
 - Resolución Senatorial (ascensos, etc.)

- Resoluciones de alcance particular
- Resolución Legislativa Regional

Dentro de este gran cuadro normativo, en el cual se ha buscado insertar los ordenamientos municipales y regionales (dejando precisado cuáles son sus alcances territoriales) es que se desarrolla la dinámica de las fuentes normativas, y surgen muchas veces conflictos entre ellas, que pueden ser resueltos según diversos criterios (como son el cronológico, el jerárquico y el de competencia, que es más moderno y más útil).

Como podrá apreciarse, en el primer nivel se encuentran la Constitución y las normas de igual jerarquía. Luego vienen las leyes e incluimos todas las que existen actualmente en nuestro medio, en donde ubicamos a los decretos de necesidad y urgencia y los decretos legislativos. No existe en nuestro ordenamiento una superioridad de una ley sobre otra, cualquiera que sea su nivel.⁴ Simplemente lo que varía es el origen (así los decretos-leyes, en nuestra tradición son dados por los gobiernos de facto) o existen diferencias por el ámbito territorial de aplicación (como son las leyes regionales y las ordenanzas municipales). Sostenemos en consecuencia que todas ellas tienen igual tratamiento y jerarquía, y que si pudiera haber alguna duda sobre las normas de ámbito territorial restringido (como son las ya referidas regionales y municipales), hay que tener en cuenta que la misma Constitución en su artículo 298 las reconoce, implícitamente, valor de ley, pues sostiene que contra ellas (y no contra otras distintas e inferiores) procede la acción de inconstitucionalidad (la que en el texto constitucional peruano sólo opera para normas con valor de ley que violen la Constitución).

La graduación de las demás normas no ofrece, por el momento, mayores problemas.

10. A manera de conclusión

De lo antes expuesto, se desprende que la Constitución peruana de 1979, haciéndose eco de una necesidad sentida, de su propia experiencia y del movimiento constitucional moderno, ha adoptado formas de hacer

4 A nivel II puede presentar dudas la ubicación de los tratados, toda vez que éstos tienen prevalencia sobre las leyes, en caso de conflicto (art. 101). Creemos sin embargo, que esta prevalencia es sólo para efectos de su aplicación (por su origen internacional) pero ello no implica (por lo menos en nuestra dogmática), que estén ubicados en un nivel superior a la ley.

operante la función legislativa del Poder Ejecutivo, aun cuando lo sea en forma excepcional o por delegación expresa, lo cual significa, sin lugar a dudas, un avance notable en relación con nuestra tradición reciente. Como sucede siempre, la aplicación de las dos instituciones introducidas, los decretos legislativos y los decretos de necesidad y urgencia, ha originado polémicas, que todavía no han cesado. Se ha hecho un uso demasiado elástico de ambas facultades legiferantes; las instituciones han sido deformadas y los dispositivos dados a su amparo han crecido de manera vertiginosa, cambiando radicalmente la faz del ordenamiento jurídico de los últimos años (explicable en parte por el deseo de reformar los lineamientos básicos sancionados por el gobierno militar, que estuvo en el poder doce años, de 1968 a 1980).

A nivel de práctica legislativa y jurisprudencial, no ha habido tampoco interpretaciones o actuaciones encaminadas a poner orden o pautas al desarrollo y ejercicio de estas facultades. Parecería que todo quiere solucionarse con una modificación constitucional o con leyes interpretativas. Es de esperar que el futuro juego de las instituciones y de las fuerzas políticas, lleve a moderar y perfilar el uso de estas facultades, que no obstante sus excesos, deben mantenerse dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

El tema tratado aquí, es muy extenso en la bibliografía jurídica y sobre él puede verse la literatura juspublicista, en especial, la administrativa y la constitucional. Para un alcance general, cf. César A. Quintero *Los decretos con valor de ley*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, y Néstor P. Sagüés *Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino* en «La Ley» (Buenos Aires), 15 de noviembre de 1985. El mejor tratamiento del tema en el Perú, es el de Francisco J. Eguiguren Praeli *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo* en Varios «La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación», F. Eguiguren (director) Cultural Cosco editores, Lima, 1987.

Véase también de Enrique Chirinos Soto *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima 1979; José Pareja Paz-Soldán *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Edit. Justo Valenzuela, 3era. edición, Lima 1984; Marcial Rubio-Enrique Bernal *Constitución y sociedad política*, Edic. Mesa Redonda, Lima 1983; Enrique Bernal *El parlamento por dentro*, DESCO, Lima 1984; Piedad Pareja Pflücker *Atribuciones constitucionales del Presidente de la República*, Edic. Rikchay, Lima 1987; Víctor J. Ortecho Villena *La delegación legislativa en el Perú*, en «Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas» (Trujillo); número 15, 1988.

Sobre el principio de la reserva de la ley en su formulación clásica, cf. Otto Mayer *Derecho administrativo alemán*, Edic. Depalma, Buenos Aires 1982, tomo I, pág. 98 (la traducción proviene de la edición alemana de 1895); para su actual

situación; cf. Ricardo García Macho *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona 1988.

El debate sobre los decretos de necesidad y urgencia, puede verse, más en concreto, en diversos textos como son: Jorge Power Manchego-Muñoz *Constitución y justicia*, Edit. Andina, Lima 1984 (les reconoce valor de ley); Manuel de la Puente y Lavalle *Las medidas extraordinarias*, en «Revista Peruana de Derecho de la Empresa» número 20, 1986; y el número especial de «Themis» 2da. época, número 6, 1987, que trae los siguientes textos: Carlos Cárdenas Quirós *Los decretos con fuerza de ley*; Francisco J. Eguiguren P. *El control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia del artículo 211, inc. 20 de la Constitución* y María del Rosario Pacheco Barandiarán, *Los decretos de urgencia y un vacío de la Constitución de 1979* (con valiosa información estadística).

Sobre su aplicación al campo tributario, cf. Víctor Uckmar *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 1976; y para los casos concretos de dos países con problemas afines, cf. E. Lincoln de Proença Rosa *A Questão do decreto-ley sobre tributos*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 1982 y Fernando Pérez Royo *Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria* en «Revista Española de Derecho Constitucional», enero-abril de 1985, número 13 (útil sobre todo por el planteamiento teórico). Para el caso peruano, cf. Juan Lino Castillo, *El principio de la reserva de la ley en el derecho tributario* en «Themis» N° 2, Primer semestre de 1966 y Armando Zolezzi Möller *El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución y la tributación* en «Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario», número 10, junio de 1986 (admite que tienen fuerza de ley, reconoce abusos y precisa que son de carácter temporal); sobre las fuentes, cf. especialmente Vezio Crisafulli *Lezioni di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova 1984, 3 vols; un gran panorama en Rubén Hernández Valle *Las fuentes normativas*, Edit. Fundación Colegio Académico, San José 1981.

Para el Perú, de acuerdo con la nueva Constitución, el mejor esquema sobre las fuentes es, hasta ahora, el de Víctor García Toma, cf. su *Teoría del Derecho*; Ed. Concytec, Lima 1988, pp. 162-177; ver también, César Landa Arroyo *Pirámide jurídica del gobierno regional*, Lima 1988 (texto mecanografiado).

V

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL PERÚ ¹⁻²

El problema del control de la constitucionalidad de las normas del más alto nivel, como son las leyes, no es nuevo en el Perú, pero su implementación es de muy reciente data. Como se sabe, fue en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, fallado en 1803, gracias al genio jurídico del *Chief Justice Marshall*, cuando el principio se introdujo en el sistema constitucional norteamericano, y, desde entonces, no ha hecho más que abrir un largo y profundo camino en el desarrollo jurídico de ese país. Este es el sistema que actualmente se conoce como «americano», por tener su origen en el conocido país del Norte, y porque además ha tenido una amplia repercusión en nuestro continente. Muy posterior en el tiempo es el denominado modelo «europeo» o «austriaco», creado en 1919 por inspiración del gran jurista Hans Kelsen, y que tuvo una relativa aceptación en el período de entreguerras (Austria y Checoslovaquia en 1920 y España en 1931), expandiéndose notablemente a partir de la Segunda Guerra Mundial,

1 Ponencia presentada al «Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central (Santiago de Chile, 26 a 30 de octubre de 1987).

2 Publicada en *Ius et Praxis*, Lima, núm. 13, 1989. Cabe anotar, sin embargo, que mi exposición oral en dicho Seminario, fue más comprensiva que el texto escrito, y como tal ha sido publicada, tomándola de la versión magnetofónica y con errores, en *La Revista de Derecho*, (Santiago), núm. 1, enero-junio de 1988.

como lo demuestra la creciente institucionalización de tribunales constitucionales que, con diversos nombres, matices y competencias, existen en una gran cantidad de países. Este sistema se caracteriza, en términos generales, por ser «concentrado» y sobre todo de alcances generales, a diferencia del carácter difuso e *inter partes* que distingue al sistema americano, dentro del cual se afilia, *grosso modo*, el continente latinoamericano, y por cierto el Perú.

Como hemos señalado, la primera vez que aparece teórica y prácticamente elaborado el principio del control jurisdiccional de las leyes, es en los Estados Unidos y en 1803. Obras tales como *El Federalista*, y sobre todo, *La Democracia en América* de Tocqueville, que circuló muy pronto en nuestros medios intelectuales y políticos, pues de ella se hizo una versión al castellano tan pronto salió de las prensas el texto francés, tuvieron gran influencia. En esta última, Tocqueville divulgó la atribución denominada como *judicial review*, que tuvo vasta repercusión, en distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, como los estudiosos se han encargado de demostrar. No obstante esto, y a diferencia de lo que sucedió en otras latitudes, en el Perú dicha institución no fue aceptada.

Más bien, y desde nuestra primera Constitución Política sancionada en 1823, se hizo una clara enunciación de la *supremacía* de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, pero curiosamente, se encargaba al órgano legislativo el control de las infracciones de la Constitución, sin que al respecto se haya creado un procedimiento especial. Este sistema, denominado como «modelo» o «sistema político» de control, es el tercero que conoce la doctrina comparada, y si bien se encuentra en franca retirada frente a los otros dos, tiene todavía predicamento en las constituciones de los países socialistas, por más que en algunos (como es el caso de Checoslovaquia y Yugoslavia) existan sendos tribunales constitucionales al estilo «austriaco», aun con sus propias modalidades y limitaciones.

Las constituciones que posteriormente se sancionaron en el Perú, (diez en total, sin incluir la vigente de 1979), repitieron idéntico precepto de control legislativo. Pero sólo la Carta Política de 1856, de vida fugaz pues estuvo en vigencia únicamente cuatro años, tuvo un enunciado categórico que luego no se repitió en ninguna otra, y que significó un avance sobre todo lo anterior. En efecto, en este texto constitucional se consagró, en su artículo 10, lo siguiente: «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución». Pero este precepto no creó su respectivo procedimiento, ni modificó el procedimiento de control legislativo existente.

Fue en 1931³ cuando se convocaron elecciones políticas generales y para elaborar una nueva Constitución, que una Comisión ad hoc, presidida por el ilustre constitucionalista Manuel Vicente Villarán, se propuso introducir el control jurisdiccional de las leyes, a la manera americana, esto es, con intervención del fuero común, y pronunciamiento final de la Corte Suprema de la República. Pero este proyecto, elaborado por una comisión de expertos, no fue observado por el Congreso Constituyente de aquella época. Desechó éste el control de las leyes; lo reservó en exclusiva para el órgano legislativo (con lo cual repitió la tradición peruana de todas las constituciones anteriores), y tan sólo introdujo una figura que hasta ahora perdura: la Acción Popular. En efecto, el artículo 133 de la Constitución de 1933 señala que «hay acción popular ante el Poder Judicial, contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infringen la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente».

Como se apreciará, el control judicial se limitó, con la Acción Popular, tan sólo sobre las normas de inferior jerarquía a la ley; esto es, a los decretos y resoluciones de cualquier tipo, y siempre y cuando fueran de naturaleza general, con lo cual el control se limitó a los actos del Ejecutivo, no del Legislativo. El control de la Constitución por parte del Parlamento en realidad es ilusorio, pues es muy difícil, por no decir imposible, que un órgano se controle a sí mismo, y porque además, cuando lo hace, recurre al mecanismo de derogación o modificación de una norma, sin que necesariamente tenga que explicar porqué así se hace. Sólo en 1945, el Congreso, en forma ostensible, efectuó ese control de constitucionalidad al sancionar la ley 10334; pues explícitamente derogó la ley 8929, que había sancionado diversas reformas constitucionales violando el procedimiento que la misma Constitución prescribía. Pero ésta ha sido la única vez que lo ha hecho, por lo menos en forma notoria. En otras oportunidades, ha procedido en forma silenciosa a derogar normas, sin que trascienda el objetivo o el propósito de dicha derogación.

No empecé lo anterior, o sea la práctica inexistencia de un sistema contralor de la constitucionalidad de las leyes, las leyes inconstitucionales

3 En 1919, al discutirse la reforma de la Constitución de 1860, la Comisión presidida por Javier Prado consideró la necesidad de incorporar el control de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo americano (cf. **Proyecto de Reforma de la Constitución del Perú**, Lima 1919). Sin embargo, fue un planteo muy de pasada, que no fue tomado en cuenta al momento del debate parlamentario.

existían y eran aplicables y aplicadas por el Poder Judicial, que nunca dio el paso audaz de una interpretación jurisprudencial, como se dio en otros países, no obstante que el tema era además un reclamo mayoritario de gran parte de la doctrina nacional. Fue este ambiente a favor de la introducción de un sistema de control, lo que explica que en la década del veinte, dentro del seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, se introdujera un artículo que permitía este control,⁴ el cual luego de sucesivas discusiones, quedó formalmente consagrado en el Código Civil que fue finalmente promulgado en 1936 (y que hoy ha sido derogado y reemplazado por uno nuevo sancionado en 1984), el cual, en el artículo XXII de su Título Preliminar estableció que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera».

Lamentablemente, este dispositivo de 1936, si bien en vigor, no tuvo eficacia. Las pocas veces que en la década del cuarenta y del cincuenta quiso ser aplicado, las cortes afirmaron que se trataba de un enunciado general que necesitaba mayores precisiones o reglamentaciones, y alguna ejecutoria más audaz, se limitó a afirmar que tenía plena validez en las relaciones entre los particulares, y no entre o contra el Estado, pues al fin y al cabo, se trataba de un Código Civil, que no tenía rango superior o igual a la Constitución Política del Estado, que no otorgaba esa facultad a los jueces.

Sin embargo, en 1963, con motivo de la sanción de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (todavía vigente), la comisión de juristas que la preparó introdujo dos variantes importantes: por un lado, reglamentó la Acción Popular creada en la Constitución de 1933, y que no había sido aplicada precisamente por no haberse reglamentado; y estableció adicionalmente el procedimiento para que los jueces *inaplicasen* normas inconstitucionales (artículo 8).

Esto permitió, a partir de 1963, un lento inicio de control jurisdiccional de las leyes inconstitucionales, en forma por demás reducida, que también se reflejó en las acciones de *habeas corpus* interpuestas por particulares, en especial a partir de 1964, en el entendido de que se trataba de *inaplicaciones* de una ley, y teniendo presente que en aquel entonces el *Habeas Corpus*

4 Es interesante señalar que Juan José Calle, presidente de la Comisión Reformadora del que finalmente sería el Código Civil de 1936, anunció esta novedad como algo definitivo y aprobado por la Comisión y que se incorporaría en el nuevo texto; lo que efectivamente sucedió cuando ya Calle había fallecido (cf. su **Código Civil vigente**, Lima 1928).

jugaba en el Perú un rol parecido al amparo mexicano; esto es, se utilizaba para la defensa de todos los derechos fundamentales, que la Constitución de 1933 calificaba como «garantías individuales y sociales» (nomenclatura vetusta que ha desaparecido en el vigente texto de 1979).

Este inicio, tardío, tímido y vacilante, fue lamentablemente interrumpido por el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968, que llevó a los militares al poder, bajo la jefatura del General Juan Velasco Alvarado, el cual sería relevado en 1975 por el General Morales Bermúdez. En total, el gobierno militar duró doce años en funciones, hasta 1980, época en que el país volvió a la democracia con una nueva Constitución, la vigente de 1979.

Como era de esperar, durante el docenio militar, el Perú no vivió precisamente bajo el respeto de las libertades constitucionales, ni tampoco bajo el imperio de la Constitución. Muy por el contrario, la Constitución fue supeditada al denominado «Estatuto de la Revolución Peruana» y bajo su amparo se hicieron muchos aciertos, pero también grandes atropellos. El asunto es que los militares, desde muy temprano, anunciaron su propósito de hacer una nueva Constitución para el país; la que sería en realidad el preludio de su retiro a los cuarteles. Fue así que en 1977, con la anuencia de los partidos políticos (menos uno, el Partido Acción Popular, que ganaría las elecciones de 1980, y juró respetar sin embargo la Constitución a la que inicialmente no prestó su concurso), se anunció la convocatoria a una Asamblea Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución, la que fue formalmente instalada el 28 de julio de 1978, bajo la presidencia de Víctor Raúl Haya de la Torre, y con una composición plural (a tal extremo que ninguna de las fuerzas políticas alcanzaba el 51% para adoptar decisiones o aprobar artículos; lo cual hizo necesario las alianzas, pactos, arreglos y concesiones, propias de todo proceso realizado bajo esas circunstancias).

La Asamblea Constituyente funcionó exactamente un año, y fue convocada con el único propósito de elaborar la nueva Constitución del Estado, como ha sucedido en diversas oportunidades. No obstante, desde muy pronto (y como han hecho otras Asambleas en otras partes del mundo) quiso asumir también funciones legislativas ordinarias, llegando algunos de sus miembros extremistas hasta el punto de querer nombrar a un Presidente provisorio de la República. Tan buenas intenciones y deseos chocaron sin embargo con un hecho macizo; y es que los militares no se irían del poder sino hasta 1980, previa aprobación y sanción de la nueva Constitución (lo que efectivamente hicieron). Lo cierto es que, durante un año, coexistieron el poder jurídico y fundacional, como es la Asamblea Constituyente, con el gobierno *de facto*, representado por la junta militar y sus ministros. Fruto de esa labor paciente de un año, es la vigente Constitución, que con sus defectos, omisiones, vacíos y contradicciones,

encierra muchas bondades e innovaciones, sobre todo, en la materia que ocupa nuestra ponencia.

La nueva Constitución no pudo evitar el referirse al control jurisdiccional de las leyes, tal como fue introducido por nuestro Código Civil de 1936, reiterado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, y reafirmado en algunas, aun cuando pocas, ejecutorias del Tribunal Supremo. Por tal motivo, afirmó en su artículo 87 que existía una prelación normativa dentro de la cual la norma constitucional, está por encima de la norma legal y así sucesivamente. Es decir, ratificó el principio que venía, aun cuando implícitamente, desde el siglo pasado. Pero, por otro lado, consagró al más alto nivel, el criterio de inaplicabilidad, al señalar su artículo 236, que al conocer de cualquier clase de juicios, y en caso de conflicto entre una norma constitucional y una legal, los jueces *preferirán* la primera. Este es el sistema denominado americano, incorporado o mejor aún, reconocido, al más alto nivel normativo por vez primera. Inaplicación entendida como cuestión prejudicial, a cargo tan sólo del Poder Judicial, en cualesquiera de sus instancias o sedes y con cargo a su ratificación en la última instancia. Sobre esta base, la ley 23506, que reglamentó el uso de las acciones de *Habeas Corpus* y Amparo (introducidas en forma diferenciada, siguiendo la matriz argentina) previó en su artículo 3 que si la agresión contra la cual se reclamaba, tenía como sustento una norma que era considerada inconstitucional, el juez, al fallar en tales acciones de garantías, declarararía la inaplicación de la norma en cuestión. De esta suerte, quedó así incorporada, al más alto nivel y también en la defensa de los derechos fundamentales, la protección de acuerdo a moldes tradicionales en nuestro continente, y con tradición, aun cuando muy corta, en el Perú.

Sin embargo de lo expuesto, en el seno de la Asamblea Constituyente hubo muchas discusiones y dudas sobre lo que competía jugar al Poder Judicial, sobre todo en lo referente a la defensa de los derechos humanos y la defensa de la Constitución en general. Sobre la base de este hecho - respaldado ampliamente por la opinión pública y por los antecedentes de un Poder Judicial sumiso a la dictadura entonces existente- los constituyentes, tomando como modelo la experiencia española, crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales (nombre que adoptó este organismo en la Segunda República, pues el actual es el de Tribunal Constitucional). Ahora bien, en el proyecto se diseñó un Tribunal con facultades muy amplias, incluso para conocer de tratados internacionales y revisar las sentencias judiciales firmes, con lo cual, en la práctica, creaban una cuarta instancia por encima de la Corte Suprema de la República. En fin, lo cierto es que a través del debate (la Asamblea Constituyente duró en funciones un año), el Tribunal, creado sobre la

matriz europea, quedó reducido a dos funciones básicas: a) conocer en casación, las resoluciones *denegatorias* de las acciones de *habeas corpus* y amparo, y b) resolver las acciones de inconstitucionalidad que interpongan los legitimados para hacerlo. Dicho en otras palabras, su papel quedó reducido -y enaltecido- a la cautela de los derechos humanos y del principio de la supremacía constitucional o superlegalidad constitucional, en terminología de M.Hauriou.

A primera vista, la Acción de Inconstitucionalidad opera sola, al más típico estilo europeo. Tiene una legitimación procesal activa muy reducida, pues ella puede ser interpuesta tan sólo por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, 20 Senadores, 60 diputados y 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. La acción, o la posibilidad de interponerla, caduca a los seis años (teniendo en cuenta que el período gubernamental es de cinco); la sede del Tribunal es la ciudad de Arequipa (al sur del país, y a más de mil kilómetros de la capital de la República), y la sentencia tiene efectos abrogatorios, es decir, anulatorios de la ley o norma con rango legal (total o parcialmente), con efectos *ex nunc*, o sea hacia el futuro.

En lo referente a la casación, que conoce en los casos de *Habeas Corpus* y Amparo denegados, se trata, como se sabe, de un tipo de revisión para comprobar la corrección del procedimiento o del raciocinio jurídicos (*in procedendo e in iudicando*) en que opera el reenvío a la Corte Suprema, para que, en su caso, vuelva a fallar de acuerdo a lo prescrito por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

La Ley de *Habeas Corpus* y Amparo, se promulgó en diciembre de 1982, y el Tribunal de Garantías Constitucionales publicó su primera sentencia en mayo de 1983. Sin existir estadísticas oficiales ni extra-oficiales sobre la masa de ejecutorias existentes, puede decirse que el Tribunal, en casación, ha revisado en los últimos cuatro años, más de 500 casos de *habeas corpus* y amparo y tan sólo cuatro acciones de inconstitucionalidad (fallando tan sólo en una de ellas; en las restantes no obtuvo el quorum correspondiente). Los estudios parciales efectuados hasta la fecha, nos llevan a la conclusión de que el control jurisdiccional en forma directa, como acción, casi no se ha ejercido; mientras que en forma indirecta, como cuestión prejudicial, lo ha sido en forma más reiterada, a través del *habeas corpus* y amparo, bajo la forma de «inaplicación». Sin embargo, del aproximado de las 2,000 acciones de amparo y *habeas corpus* incoadas en los últimos años, se conocen muy pocas en las que se haya inaplicado alguna norma por inconstitucional; más aún, si se tiene en cuenta que tiene alcances relativos, o sea *inter partes*.

Una rápida revisión de lo expuesto, nos hace ver, a primera vista, que con la vigente Constitución de 1979 se ha diseñado un sistema aparentemente mixto; por un lado, la vertiente americana de no aplicación, que se ejerce ante el fuero común; por otro, el modelo europeo, que se ejercita ante un ente especial, el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Teniendo presente esta nueva configuración jurídica, pensamos en un comienzo que estábamos ante un modelo mixto, en donde se presentaban los elementos diferenciadores de ambos modelos clásicos. Pero analizando un poco más la situación, se puede decir que podemos calificar un sistema como mixto, cuando estamos ante un sistema que siendo único reúne en sí mismo elementos de ambas partes; es decir, tanto del esquema americano como del europeo, creando de esta suerte una mixtura, por mezcla indiferenciada de los dos. Estaríamos así, prácticamente, ante un *tertium genus*, distinto tanto de uno como del otro (como podrían ser los casos venezolano y colombiano, en cuyas caracterizaciones no podemos aquí ahondar). Pero en nuestra realidad constitucional, la situación no es así, y, en todo caso, dista de ser clara. Por un lado, tenemos el control al estilo americano, y, por otro, el sistema europeo a cargo de un Tribunal especializado, llamado de Garantías Constitucionales, que funcionan en forma paralela, y sin interferencias, cada cual dentro de lo suyo. Se da el caso, pues, de una co-existencia de ambos, en forma pacífica y armónica, como corresponde a todo régimen democrático. Tan sólo cuando hay casación, esto es, remisión de los actuados en *habeas corpus* y amparo (pero sólo cuando las resoluciones son denegadas por el Poder Judicial) es que interviene el Tribunal, pero no para fallar sobre la materia objeto de la acción, sino para pronunciarse sobre la forma como se falló, y remitir lo actuado a la Corte de origen para que enmiende su fallo, de ser el caso. Esto significa, pues, que al no fallar, sino remitir todo el expediente nuevamente a la Corte Suprema para que emita una nueva resolución de acuerdo a criterios que sienta el Tribunal de Garantías, estamos ante dos fueros distintos; que son dos órganos constitucionales, no de relevancia constitucional, sino de naturaleza constitucional. Esto es, el Tribunal de Garantías Constitucionales, es un órgano del Estado, con la misma prestancia e investidura que el Poder Judicial o el Poder Legislativo. Vistas así las cosas, es fácil deducir que más que ante un sistema mixto -no existe en realidad la mixtura ni el producto síntesis o mixto- estamos ante un sistema dual o paralelo, que podría dar origen a calificar al nuestro como «sistema dual», «sistema paralelo» o «control jurisdiccional paralelo», o algún otro concepto similar. Entendemos que el tema amerita un mayor análisis, pero es posible que esta hipótesis, que aquí esbozamos de manera provisional, tenga mayor alcance explicativo que la tesis «mixta», que postulamos en 1979, tan

pronto fue sancionado el texto.

Instaurado en 1936, reglamentado recién en 1963, (timidamente aplicado en el período 1963-1968), e interrumpido durante el docenio militar (1968-1980), el control de la constitucionalidad de las leyes ha vuelto al tapete bajo un sistema doble, dual, o paralelo de control que corre tanto a manos del Poder Judicial como del Tribunal de Garantías Constitucionales. Los avances logrados hasta la fecha son, sin embargo, muy escasos (en lo relativo al Tribunal de Garantías son casi nulos). Con todo, la tradición es todavía muy corta y es de esperar que en el futuro se alcance mejores frutos que los conseguidos hasta ahora.⁵

5 La literatura peruana sobre control constitucional, es bastante extensa, aun cuando desigual en contenido. El *status quaestionis*, con abundantes referencias bibliográficas, puede verse en el excelente ensayo de Martha Souza Calle y Jorge Danós Ordóñez. **El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general**, en AA.VV. «La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación», Fco. J. Eguiguren (director) Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1987.

VI

¿REFORMA CONSTITUCIONAL? ¹

1. *La reforma como problema*

El problema de la reforma de la Constitución, es relativamente reciente. En rigor, surge en los albores mismos del constitucionalismo, y en forma casi simultánea, o mejor aún, sucesiva, a ambos lados del Atlántico. Por un lado, el modelo norteamericano de reforma, en el cual órganos especiales, y más en concreto, el pueblo mismo, es el que se da una Constitución. Las reformas dentro de este modelo, son generalmente de carácter tácito; el texto original no se altera en lo menor, y la reforma va contenida en un apéndice bajo el nombre genérico de enmiendas. En la actualidad pasan de la veintena (exactamente veintiséis). El sistema de reforma constitucional que instauran los padres fundadores de la república norteaña, es en realidad profundamente democrático, y concibe el poder constituyente como una manifestación de largo alcance y de periodicidad muy espaciada o en ciclos que se cierran definitivamente. El modelo francés por el contrario es más conflictivo. Siyés complicó enormemente las cosas, pues el poder constituyente, y en consecuencia el poder de reforma, se lo arrebató al pueblo y lo entregó a sus representantes. Las reformas, por otro lado, podían ser totales y barrer el texto mismo de la Constitución. Ambos modelos sembraron inquietudes e influyeron vastamente en el mundo latinoamericano.

1 Publicado en AA.VV. **La Constitución diez años después**, Constitución y Sociedad- Fundación F. Naumann, Lima 1989

En el Perú existió una marcada influencia francesa, pero no estuvo del todo ausente alguno de los tópicos de la reforma entendida en su matriz norteamericana. Pero, como tendencia general, predominó la francesa, y así lo demuestran las once constituciones que ha tenido el Perú, y los otros tantos textos legales que en su momento tuvieron igual nivel o hicieron las veces de texto constitucional.

La reforma va, en realidad, unida con la facultad constituyente; esto es, el poder hacer una Constitución. Por un lado, tenemos el denominado «poder constituyente», que no conoce ligaduras ni limitaciones, y que tiene su fundamento en sí mismo, en los hechos y no en el derecho. Por otro, la reforma, o poder de revisión, que sólo se concibe como un poder derivado del poder constituyente, o si se quiere, como «poder constituido». El poder de reforma surge de la idea, como afirmaron los revolucionarios franceses, de que las generaciones futuras no queden atadas por las decisiones de las generaciones presentes; es decir, el día de mañana no puede darse el sinsentido de que los vivos sigan atados a las opiniones o a los deseos de los muertos; sería tanto como ir contra la vida misma. Por eso el poder constituyente, en ambos modelos históricos, ha previsto la posibilidad de ser reformado, para lo cual establece determinadas normas y procedimientos. La reforma, como es lógico prever, se refiere siempre a reformas parciales, no a reformas totales. En rigor, si bien algunos textos aceptan reformas totales (como es el caso del español y del peruano), la tendencia general del constitucionalismo comparado, es entender que existen siempre límites formales explícitos (las llamadas cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas), y además límites formales implícitos (como lo sostiene en forma muy aguda Alf Ross). Adicionalmente, existen límites materiales a la reforma; esto es, el conjunto de hechos, situaciones o valores que no pueden alterarse, que pueden ser internos o externos. Así, en lo externo, no cabe que una reforma desconozca unilateralmente un tratado internacional; y en lo interno, que soslaye determinados valores que son sustentos del sistema; es decir, que se ignore lo que Mosca llamaba la "fórmula política" (como puede ser el gobierno político representativo, la forma republicana de gobierno, el respeto a los derechos fundamentales básicos, etc.). En fin, estas limitaciones materiales implícitas tienen relación muy estrecha con lo que podemos denominar como «constitucionalismo histórico»; es decir, el conjunto de principios, tendencias y valores, que un determinado país ha ido aceptando en forma reiterada y vinculante a través del tiempo y que operan sobre la opinión pública, orientando la conducta del gobierno. Esto se demostró recientemente en noviembre de 1986, cuando se intentó, con mayoría parlamentaria, introducir la reelección presidencial inmediata, que si bien estaba prohibida por la anterior Carta de 1933 (en cuanto reforma), no lo está por la vigente Constitución de 1979. En ese momento, no obstante el pleno apoyo

parlamentario y político que tenía el proyecto de reforma constitucional para posibilitar la reelección presidencial inmediata, fue rechazado por la opinión pública y la medida no prosperó, por más intentos que se hicieron al respecto.

En cuanto a la necesidad o no de la reforma, ella en realidad se desprende del devenir político. Hay reformas que son llamadas "formales", que son las reformas en sentido estricto y que pueden ser expresadas o tácitas. Pero hay otro tipo de reformas que no siguen los cauces preestablecidos y que se denominan reformas no formales, que en el juspublicismo alemán son más conocidas como "mutaciones constitucionales", que en esencia consisten en que, conservando literalmente el texto constitucional, se puede llegar a definiciones, orientaciones o contenidos total o parcialmente distintos a los previstos originalmente. Esto por lo general se hace mediante la llamada interpretación judicial (a través de jurisprudencia creadora), como es el caso notorio del Supremo Tribunal de los Estados Unidos, aun cuando también es frecuente hacerlo mediante disposiciones legales y administrativas. Las reformas no formales (mutaciones) efectuadas por medidas legislativas, son bastante frecuentes, toda vez que los textos constitucionales tienen, en forma más acusada aún, lo que Hart llama la "textura abierta" de las normas; lo que permite un amplio abanico de posibilidades interpretativas. Esto sucedió, por ejemplo, en el caso concreto de la Ley 23903 que precisó el sentido del concepto de "votos válidamente emitidos", en el cual se dio a la norma un sentido determinado, cuando bien pudo darse otro, aprovechando la ambigüedad lingüística del texto (cf. al respecto, mi ensayo *Una democracia en transición*, Lima 1986).

Ahora bien, la reforma se ha planteado, como se ha dicho, desde los inicios del constitucionalismo, tanto en los hechos como en la literatura americana y francesa, y desde entonces ha ido en continuo aumento. Luego, desde fines del siglo pasado, se ha reformulado en Alemania (desde Laband, y más en concreto, desde Jellineck), y ha suscitado largas reflexiones en el juspublicismo italiano y francés hasta nuestros días. En España, tras un largo letargo producido por el franquismo, y sin olvidar obras del período de la Segunda República (como la de Adolfo G. Posada) el tema ha vuelto a retomarse, y existe ya abundante como rica bibliografía, entre la que hay que destacar las aportaciones de Pablo Lucas Verdú, Pedro de Vega García y Javier Pérez Royo. En el ámbito latinoamericano destacan las contribuciones de Carlos Sánchez Viamonte y la más reciente de Jorge R. Vanossi, así como las de SÁCHICA y Baracho. En el Perú de los últimos años, no se ha dado un tratamiento orgánico sobre el tema, ni menos aún un tratamiento satisfactorio en los numerosos manuales que circulan en nuestro medio (tan sólo José Pareja Paz-Soldán se encarga de hacer un

planteo interesante, aunque sumario, sobre la problemática de la reforma). Si retrocedemos en el tiempo, podremos apreciar que la literatura también es escasa, salvo aquélla vinculada a dos sucesos de gravitación en este siglo: en 1919 cuando se discutió la conveniencia de reformar la Constitución de 1860, y en lugar de ello, se sancionó una nueva: la de 1920; y en 1939, cuando por la discutida vía del plebiscito, se reformó la Constitución de 1933 en varios de sus artículos, pero que fue dejada sin efecto en 1945, por haberse hecho dicha reforma al margen del procedimiento establecido en la Carta entonces vigente (dentro de lo anecdótico, cabe resaltar la reforma planteada por Bustamante y Rivero desde el poder, al convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para reformar La Constitución, lo que no prosperó por el golpe militar de octubre de ese año de 1948).

Lo anterior, en cuanto a la literatura existente. Sin embargo, en el plano académico y en el político, tampoco la reforma ha sido seriamente afrontada. Para sólo referirnos a la experiencia de los últimos diez años, cabe anotar que los numerosos intentos de reforma constitucional (más de cien), han sido todos planteados y pensados en forma inorgánica, atendiendo mucho más a intereses presentistas, que a políticas de largo aliento.² En la clase política peruana no ha existido ni existe todavía seriedad para afrontar el problema de la reforma constitucional. Muy distinto es el caso de la clase política argentina, que a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia, y a iniciativa del Presidente Alfonsín, ha iniciado, hace ya algunos años, una larga tarea de análisis, estudio y comparación, que se traduce en seminarios, forums y publicaciones sobre la reforma constitucional, sin prisa pero sin pausa, y con independencia a su implementación (cf. al respecto, los dos volúmenes editados por el Consejo, titulados *Reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, Primer Informe, 1986; Segundo Informe, 1987.³

2 Un análisis puntual y pormenorizado de estos proyectos, con atinadas reflexiones, es el que presentan en este mismo volumen dos juristas de la nueva generación: Jorge Melo-Vega y Guillermo Fernández Maldonado.

3 Entre los numerosos cometidos que se ha propuesto el Consejo (creado en 1985) está el de la reforma constitucional, como ya se ha indicado, proyecto que en las actuales circunstancias no tiene visos de prosperar, aun cuando la metodología empleada para tal fin, haya sido muy sugestiva y democrática. Dentro de este contexto, convocó a un Congreso Internacional sobre "La Reforma de la Constitución", a la cual invitó a connotados juristas de nuestro continente y de Europa (y al que me cupo el honor de asistir como expositor invitado). Sus sesiones se llevaron a cabo en los locales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, los días 9 a 13 de mayo de 1988. Actualmente, se encuentran en prensa los dos volúmenes que contienen las ponencias y los debates de aquel memorable encuentro.

2. La reforma en las anteriores constituciones

Una rápida revisión de las diez Constituciones peruanas que han precedido a la actual, nos llevan a la conclusión de que la tendencia general ha sido crear un procedimiento especial de reforma -desde el punto de vista formal- que en mayor o menor medida dificulte o convierta en agravado dicho procedimiento. Esto es, hay conciencia en los textos constitucionales, de la supremacía constitucional, aun cuando ésta permanezca encubierta o no declarada. Analicemos dichos textos.

La Constitución de 1823 es la primera carta política que se otorga el Perú independiente. Ella se moldea, en realidad, sobre las «Bases de la Constitución Política del Perú» que aprobó el Congreso en 1822, y que en rigor eran grandes pautas para la organización del Estado peruano. Se trata, sin lugar a dudas, de nuestro texto fundacional, pero no del más importante. No sólo consagró pautas que luego fueron abandonadas, sino que fue sancionada en un momento en que el país no se encontraba del todo libre de las fuerzas hispánicas, que ocupaban más de la mitad del territorio. Esto hizo que la Carta de 1823 quedase prácticamente en suspenso con la llegada del Libertador Bolívar a Lima, el cual fletaría su Constitución Vitalicia de 1826, de tan fugaz duración, pues estuvo en vigencia menos de dos meses, y que finalmente fue reemplazada por la de 1828, de gran importancia, como veremos más adelante.

La Constitución de 1823 fue muy parca en lo atinente a su reforma. El artículo 191 señaló que esta Constitución queda sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de todas las provincias actualmente libres y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra. En cuanto a la reforma misma, el artículo 192 especifica que la reforma sólo puede hacerse cuando los diputados tengan poderes especiales para ello (a través de los colegios electorales que funcionaban en aquella época). Es decir, no había un procedimiento agravado, pero sí expreso mandato y autorización previa de los electores para llevar a cabo una reforma.

Esta Constitución, como ya hemos dicho, duró muy poco. Fue reemplazada por la Constitución Vitalicia (bolivariana) de 1826, la más original y exótica de las que hemos tenido, y que no obstante su nombre, tuvo duración fugaz.

La Constitución de 1826, en su artículo 138, prescribe que durante cuatro años, no podrá reformarse la Constitución. Sólo en este supuesto la Cámara de los Tribunales (una de las tres Cámaras) hará la proposición de cambio, apoyado por las dos terceras partes de sus miembros. Esta

proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, y después de la tercera se deliberará para ver si entra o no a debate, siguiéndose luego el procedimiento previsto para la formación de las leyes. El artículo 140 indica que convencidas las Cámaras (las tres) de la *necesidad* de la reforma, se mandará expedir una ley por la cual se mandará a los cuerpos electorales que confieran a los representantes de las tres Cámaras poderes especiales para reformar la Constitución, indicándose las bases sobre las cuales deberá recaer la reforma (esto es, un procedimiento de ida y vuelta). Finalmente, el artículo 141 señala que en la legislatura siguiente será la materia propuesta y discutida, y lo que las Cámaras decidan, será lo acordado, consultando al Poder Ejecutivo sobre la conveniencia de la reforma. De todas las Constituciones, ésta es sin lugar a dudas la que tuvo trámite más complicado (iniciativa de una Cámara, discusión y aprobación de las tres Cámaras, consulta popular, nueva aprobación y consulta previa al Poder Ejecutivo). Más pudieron los hechos con toda su fuerza, que las normas tan complicadas que se impusieron los bolivarianos.

La Constitución siguiente, la de 1828, es la más importante de todas nuestras Constituciones. Manuel Vicente Villarán la llamó la «madre de todas nuestras Constituciones», por haber sentado los grandes lineamientos o parámetros básicos sobre los que se desarrollaron las siguientes. Tan sólo con la vigente Carta de 1979 en algo nos alejamos de ese cuadro básico, pero sus grandes líneas tendenciales permanecen, aun cuando enriquecidas por el desarrollo político y constitucional de las últimas décadas. Pues bien, esta Carta de 1828 señala en su artículo 176 que ella se conservará sin reformas ni alteraciones durante cinco años, desde la fecha de su publicación. El artículo 177 indica que en julio de 1833 se reuniría una Convención Nacional para examinar y reformar en todo o en parte la Constitución, en vista de la experiencia institucional durante ese periodo. Con todo, el artículo 178 indicaba que si antes del periodo prefijado, circunstancias muy graves exigían el examen y reforma de ella, el Congreso podrá adelantar el tiempo en que debe reunirse la Convención Nacional. En este supuesto, crea un procedimiento especial para declarar la urgencia, que resultaba bastante complicado. En cuanto a la Convención Nacional (sea la prevista o la convocada de urgencia) tenía capacidad ilimitada para tomar decisiones en torno al texto constitucional.

En 1834 fue promulgada una nueva Constitución. En su Preámbulo la Convención Nacional convocada para tal efecto, recordaba que había pasado el tiempo previsto en la Carta anterior en su artículo 177, y que, analizadas las circunstancias, habían decidido reemplazar la Constitución por una nueva, que en ese acto sancionaron. Se dio, así pues, el caso de cumplimiento formal de una condición, que en otras épocas no sucedió. En cuanto a la reforma, señaló que ella se haría a través del Congreso (art. 180).

La iniciativa sería a través de cualquiera de las dos Cámaras, firmada al menos por un tercio de los miembros presentes. El texto sería leído por tres veces, con intervalo de seis días entre lectura y lectura, y después de la tercera, se deliberará si ha lugar o no a la discusión. En caso afirmativo (art. 183) pasará a una Comisión de nueve personas elegidas por mayoría absoluta de la Cámara, para que en el término de ocho días presente su respectivo informe sobre la necesidad de hacer la reforma. Iniciada la discusión, se seguirán los mismos trámites que para la formación de las leyes, siendo necesario los dos tercios de sufragios de cada una de las Cámaras. Sancionada la necesidad de hacer la reforma, se reunirán las dos Cámaras (art. 185) para formar el correspondiente proyecto, bastando en este caso la mayoría absoluta. El mencionado proyecto pasará al Ejecutivo, quien oyendo al Consejo de Estado, lo presentará con su mensaje al Congreso en su primera renovación (art. 186). Finalmente, el artículo 187 establece que en las primeras sesiones del Congreso renovado (renovación que era por mitad cada dos años) será discutido el proyecto por las dos Cámaras reunidas, y lo que resolviesen por mayoría absoluta se tendrá por artículo constitucional y se comunicará al Poder Ejecutivo, para su publicación y observancia.

Luego vino un período agitado, signado fundamentalmente por crisis institucionales, guerras civiles y el establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana, que aprobó diversos textos básicos, pero que no llegaron a tener eficacia alguna. La Confederación, sancionada con el Pacto de Tacna de mayo de 1837, no pasó de tener una mera existencia nominal.

La Constitución de 1839, dada por el Congreso General reunido en Huancayo, tras la derrota de la Confederación, contiene también cláusulas especiales para la reforma (artículo 186 y siguientes), la que correrá a cargo del Congreso: Un tercio de los miembros de cualquiera de las Cámaras tiene la iniciativa para propiciar la reforma, la que será leída por tres veces con intervalos de seis días de una lectura a otra; después de la tercera se deliberará si ha o no lugar a admitirla a discusión. En caso afirmativo, pasará a una comisión de nueve miembros elegidos por mayoría absoluta de la Cámara, para que en el término de ocho días presente su informe sobre la necesidad de la reforma. Con este informe, se procederá a su discusión, siguiéndose el mismo trámite que para la formación de las leyes, siendo necesario los dos tercios de sufragios de cada una de las Cámaras. El artículo 191 dice que sancionada la necesidad de hacer la reforma, se reunirán las dos Cámaras para formar el correspondiente proyecto; bastando en este caso la mayoría absoluta. Este proyecto pasará al Ejecutivo (art. 192) quien oyendo al Consejo de Estado lo presentará para su mensaje al Congreso en su primera renovación. Finalmente, el artículo 193 señala que en las primeras

sesiones del Congreso renovado será discutido el proyecto por las dos Cámaras reunidas, y lo que resolviere por mayoría absoluta se tendrá por artículo constitucional y se comunicará al Poder Ejecutivo, para su publicación y cumplimiento.

La Constitución de 1856, de corta duración, indica en su artículo 134, que para reformar uno o más artículos constitucionales, se necesita que el proyecto sea aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

La Constitución de 1860, la de más larga duración de toda nuestra historia republicana, continúa la tendencia iniciada por la Carta anterior, en el sentido de hacer muy breve y sencillo el trámite de reforma constitucional. En efecto, su artículo 131 indica que la reforma de uno o más artículos constitucionales, se sancionará en Congreso ordinario, previos los mismos trámites a que debe sujetarse cualquier proyecto de ley, pero no tendrá efecto dicha reforma si no fuere ratificada, de igual modo, por la siguiente legislatura ordinaria.

La Constitución de 1867, que duró menos de cinco meses, pues fue derogada al ser restablecida la vigencia de la carta de 1860 (que duró hasta 1919), es similar en este punto: el proyecto de reforma debía ser aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley (art. 131).

Vuelta en vigencia la Carta de 1860, ésta permaneció en vigor, como ya hemos dicho, hasta 1919 (con los inevitables vacíos o vacaciones constitucionales propios de nuestros países), y fue finalmente reemplazada por la Constitución de 1920, que en su artículo 160 establece que las reformas de la Constitución se harán solamente en Congreso ordinario, pero no tendrán efecto si no fueran ratificadas en otra legislatura ordinaria, requiriéndose que la aprobación de la reforma cuente en las dos legislaturas con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara.

Finalmente, la Constitución de 1933 en su artículo 236 establece que toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en legislatura ordinaria, y ser ratificada por ambas Cámaras en otra legislatura ordinaria. La aprobación y ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras, correspondiendo la iniciativa a los diputados y senadores y al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.

Una rápida revisión de nuestros antecedentes constitucionales, nos permiten hacer las siguientes consideraciones:

- a) Existe un primer grupo de textos constitucionales, en los cuales se encuentra un procedimiento sumamente agravado para la reforma, en el sentido de que exige no sólo transcurso de tiempo, sino consultas excesivas. Esto se demuestra sobre todo en los textos de 1823 hasta el de 1839 inclusive. Esta tendencia cambia con la Carta Política de 1856.
- b) A partir de 1860, los textos constitucionales tienden a simplificar el procedimiento, y a hacer más ágil la reforma, exigiendo tan sólo una ratificación de la reforma transcurrido un determinado período, y un quórum calificado.
- c) En un primer momento, hasta mediados del siglo XIX, prima la concepción americana, no exenta de impurezas, de que las reformas constitucionales deben partir o ser aprobadas por los electores. Esto se ve claro en aquellos casos en que se pide que los diputados tengan poder expreso de sus electores, en autorización dada a través de determinados poderes. Pero muy pronto se impone la concepción francesa, en el sentido de que los representantes del pueblo están en condiciones suficientes para reformar la Constitución, sin necesidad de consultar a sus electores o solicitar poderes o posterior ratificación de la misma.
- d) Igualmente se aprecia en los primeros textos un ánimo de estabilidad constitucional, en el sentido de pretender hacer la Constitución firme y segura, sea estableciendo cláusulas intocables, sea estableciendo plazos en los cuales no puede hacerse reforma alguna. Así, por ejemplo, la Constitución de 1828 prohibía toda reforma antes de transcurridos cinco años de su publicación (art. 176); y la Constitución de 1839 señalaba en su artículo 183 que es inalterable la forma de gobierno popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo, la división e independencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Este tipo de cláusulas llamadas péticas por la doctrina, son interesantes, pero en la práctica, cualquier revolución o contingencia política puede arrasarlas.

De fecha cercana es el artículo 142 de la Constitución de 1933, que indica que “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”

- e) La tendencia general de las cláusulas de reformas es admitir que ellas son siempre parciales; es decir, que no pueden ser reformas de todo el texto constitucional. No obstante, hay casos en los cuales se ha procedido a la reforma total del texto, aun cuando ésta es la excepción. La norma general ha sido llevar a cabo reformas parciales.

- f) Las reformas constitucionales han sido pocas; así, la Constitución de 1933 fue reformada en ocho oportunidades; la actual de 1979 lo ha sido una sola vez. Existen, además, las reformas al margen de las formalidades pre-establecidas, y documentos institucionales originados en situaciones de facto, que no empee su origen, son reformas (o violaciones) constitucionales (Estatuto de Piérola en 1879, de Sánchez Cerro en 1930, de Odría en 1948, de Velasco Alvarado en 1968, etc.)

3. *La reforma en la vigente Constitución de 1979*

Bajo un título especial (el sexto) y con el artículo 306, la actual Constitución señala que toda reforma constitucional debe ser aprobada en una Primera Legislatura Ordinaria y ratificada en otra Primera Legislatura Ordinaria *consecutiva*. El proyecto correspondiente no es susceptible de observación por el Poder Ejecutivo. La aprobación y ratificación requieren la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

La iniciativa corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los Senadores y Diputados; a la Corte Suprema por acuerdo de Sala Plena, en materia judicial, y a cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Analizando el articulado, tenemos:

- i) Las reformas constitucionales pueden ser, en principio, totales o parciales. Con todo, existe la tendencia, como ya se ha indicado, de que sean parciales, no sólo por ser ese el fin de toda reforma, sino porque una reforma total, a la larga, significa asumir la totalidad del poder constituyente, que es distinto al poder constituido que representa la reforma, que es limitada por naturaleza. Hay que añadir que la norma habilitante de la reforma (art. 306) tiene el carácter de pétrea o intangible; toda vez que el artículo 307 es muy claro al indicar que la Constitución no pierde ni fuerza ni valor cuando es reformada o dejada de lado por medio distinto al previsto por ella.
- ii) Las reformas se hacen en legislaturas ordinarias que sean primeras, y deben ser ratificadas por otra de igual clase. En efecto, la primera legislatura ordinaria se inicia el 27 de julio y termina el 15 de diciembre; y la segunda legislatura ordinaria se inicia el 1º de abril y termina el 31 de mayo. Esto es, una reforma debe ser planteada y votada en el segundo semestre del año y ser ratificada en el segundo semestre del año siguiente. Si no hay esta secuencia, la reforma pierde todo su valor y eficacia.
- iii) El proyecto no es susceptible de ser observado. En efecto, las reformas

- no pueden ser observadas, porque afectan a la Constitución y tienen carácter constitucional, a diferencia de las leyes, que sí pueden serlo.
- iv) No existe, para la reforma, un quórum calificado. Tan sólo la mayoría absoluta del número legal de miembros de ambas Cámaras. En Diputados hay 180 miembros y Senadores 60, por lo cual obteniendo 31 votos en la Cámara Alta y 91 en la Cámara Baja, se podrá efectuar cualquier modificación al texto constitucional.
 - v) En cuanto a la iniciativa, como se ha visto, se mantiene en términos generales para los titulares de los poderes clásicos del Estado, pero se agrega un ingrediente democrático, al señalar que pueden hacerlo cincuenta mil ciudadanos, lo que con una población electoral cercana a los 9'000,000 de personas, resulta en realidad bastante módico. No existe ratificación referendaria.

En términos generales, este artículo de reforma concilia lo mejor de nuestra tradición política, perfeccionándola y afinándola, con un procedimiento ágil y sencillo. Tal como está redactado, entendemos que faculta tan sólo reformas parciales, aunque por su trascendencia, bien podrían vaciar el texto de su contenido original.

4. La única reforma efectuada a la Carta política vigente

Desde que entró en vigencia la actual Constitución, se han planteado, tanto dentro como fuera del Parlamento, multitud de reformas al texto constitucional, aun cuando formalmente sólo han sido canalizados ocho proyectos, a tenor de lo expresado por el Senador Luis Alberto Sánchez, en su discurso de homenaje a un aniversario de la dación de la Carta Magna (cf. *Expreso*, 13 de julio de 1988). De estos ocho proyectos formales, tan sólo uno ha sido sancionado recientemente⁴ y ha modificado la Constitución en 19 artículos y/o numerales, y como tal contenidos en la Ley 24949, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* del 7 de diciembre de 1988, estableciendo una única "Policía Nacional del Perú". Analicemos esta reforma viendo sus antecedentes.

En 1918 se creó la Guardia Republicana para la seguridad de fronteras

4 El otro proyecto que tiene visos de convertirse en realidad, es aquél que establece que el Senado no sea elegido por las Regiones, sino como Distrito Nacional Unico. Si de lo que se trata es establecer ese criterio como medida transitoria, mientras culmina la puesta en marcha de las Regiones, encontramos acertada la propuesta. Si por el contrario, es una modificación permanente, representará, sin lugar a dudas, un retroceso histórico frente al modelo regional plasmado por el constituyente.

y vigilancia de edificios públicos.

En 1922 se organizó la Guardia Civil, de acuerdo con el modelo español que implantó la Misión especialmente contratada por el gobierno de Leguía. La Guardia Civil de esta suerte sustituyó a la antigua Guardia Nacional o Gendarmería, que siempre existió en nuestro país, con distintos nombres. Pero es a través de esta Guardia Civil (que la Carta constitucional de 1933 ignoró y que luego fue considerada como fuerza auxiliar) de la que se desgajó en 1948 y bajo el gobierno de Bustamante y Rivero, uno de sus departamentos especializados y que se llamó posteriormente Policía de Investigaciones del Perú.

Posteriormente en 1961 y bajo el segundo gobierno de Prado, fue creada la Sanidad de las Fuerzas Policiales, como entidad autónoma.

Ya para entonces, habían surgido rivalidades y conflictos entre ellas, y circularon diversas versiones que proponían su unificación, bajo un comando único. En la época del General Velasco, se acentuaron los conflictos entre las tres fuerzas policiales, no sólo en lo referido a grados, prerrogativas y sueldos, sino también en su ámbito de competencias. Hubo necesidad entonces, de sancionar sendas leyes orgánicas (en 1969) para delimitar el radio de acción de cada una de ellas. No obstante esto, los problemas entre las tres fuerzas continuaron, mas aún cuando eran desiguales entre si, lo que se traducía incluso en los grados y uniformes. Frente a esto, el constituyente de 1978-79, por presión de los altos mandos decidió constitucionalizar las tres Fuerzas Policiales, asignarles a cada una de ellas un ámbito concreto de competencia, y nivelarlas en grados, honores y preeminencias. Así quedó establecido y así empezaron a funcionar. Sin embargo, y con excepción de la Sanidad de las Fuerzas Policiales, los conflictos continuaron, y todo se complicó cuando en 1985, recién llegado al poder Alan García Pérez, fue descubierta una inmensa mafia al interior de la Policía de Investigaciones vinculada con el narcotráfico, con local propio incluso (la llamada por el periodismo "Villa Coca"). Esto hizo reaccionar vivamente a la opinión pública sobre el estado actual de la Policía de Investigaciones, por las continuas denuncias de corrupción que sobre ella existían y de la policía en general. Se inició así un proceso de reorganización, disponiéndose el cese o pase al retiro de numeroso personal (en lo cual, como siempre sucede, ha habido excesos y errores). Pues bien, dentro de este proceso reorganizativo, se consideró conveniente replantear la estructura policial, a fin de que tuviese un solo mando, formación y capacitación únicas, y de esta suerte, racionalizar su actividad y poder deslindar eficazmente las competencias entre ellas y el personal asignado, con lo que en principio se evitarían los continuos conflictos (en donde se dio el caso de enfrentamiento armado y público entre la Policía de

Investigaciones y la Guardia Civil). Se dio así la Ley de Unificación de las Fuerzas Policiales, y paralelamente se envió al Congreso el respectivo proyecto de reforma constitucional, en el cual se creaba una sola policía, con el nombre de "Policía Nacional del Perú", lo que hizo necesario al mismo tiempo efectuar una serie de modificaciones al disperso articulado que hacía referencia a las Fuerzas Policiales, a fin de uniformar la nueva nomenclatura adoptada. Sin embargo, en esta reforma, se ha introducido un nuevo elemento, que tiene su importancia. Así, el artículo 277 en su versión original señalaba que las Fuerzas Policiales tienen como finalidad mantener el orden interno y conservar el *orden público*, con lo cual se creaba confusiones entre dos tipos de órdenes. El problema radicaba en que el orden público asignado como fin de las Fuerzas Policiales, era el "orden de la calle" como dice la doctrina francesa, es decir, evitar el bullicio callejero o la trifulca o altercado en público, pero nada tenía que hacer con lo que técnicamente se conoce como "orden público", que es algo distinto. En todo caso, la nueva versión del art. 277 ha eliminado esta referencia al "orden público", inexacto y causante de más de una confusión, y lo ha reemplazado y compendiado en el concepto de orden interno, que es en realidad el cometido esencial de las Fuerzas Policiales, hoy Policía Nacional.

Conceptuamos acertada esta reforma constitucional, pues guarda coherencia con los grandes modelos que rigen en otras partes el mundo. En efecto, si bien era correcta la pretensión del constituyente de uniformar las tres fuerzas, pues no podía mantenerse minusvalías entre ellas, también es cierto que no existían entonces las condiciones necesarias para proceder a su unificación, y por cuanto además los hechos han demostrado que en los últimos años, su diversificación y constitucionalización no condujo a nada bueno, sino a agravar los conflictos existentes y crear desconcierto en la ciudadanía.

Esta reforma constitucional fue programada silenciosamente, y salió sancionada en igual forma. Si bien no hubo alborozo por la reforma, tampoco hubo oposición a ella, ni menos, críticas frontales, lo cual es una muestra de que existió un consenso sobre su necesidad y sobre la forma como se llevó a cabo.

5. ¿Es necesaria una reforma constitucional?

La pregunta sobre si es necesaria o no una reforma constitucional es algo embarazosa. En realidad, si se quiere una respuesta radical y absoluta, la respuesta es no. Estrictamente hablando, entendemos que una reforma constitucional no es absolutamente necesaria. Y no lo es, porque en realidad la vigente Constitución es una Carta bastante buena, fruto acumulado de experiencias políticas muy ricas y muy variadas, y además

porque fue discutida con gran paciencia, pluralidad de opiniones y tiempo suficiente para ello, sin la urgencia inmediata de la contienda política, ni mucho menos de la presión de los hechos cotidianos (pues la Asamblea Constituyente no se dedicó a legislar). Además, por el momento histórico en que se dio, supo aprovechar los logros de constituciones muy avanzadas de carácter reciente (como lo fueron la española y la portuguesa, además de la ecuatoriana, y algunas, más antiguas, latinoamericanas como la venezolana), y porque adicionalmente se dio en un contexto mundial muy avanzado en lo relacionado con los derechos humanos, entorno que estuvo ausente en las anteriores constituciones, y que es explicable por razones cronológicas. Por eso creemos que en rigor una reforma sustancial no es necesaria.

Además, existe otro factor importante. Y es que todos los problemas y cabos sueltos que dejó la Constituyente, han sido oportuna y sagazmente llenados y completados por la labor interpretadora de las cortes, y sobre todo por la inmensa legislación complementaria de los últimos años. Es decir, el legislador ha creado fórmulas, instituciones y preceptos, que han pretendido precisamente llenar estos vacíos, realizando a veces verdaderas mutaciones constitucionales.

La necesidad de reformar está pues, diferida, al menos por ahora.

6. Enumeración no exhaustiva de algunos artículos susceptibles de reforma

Aclarada nuestra posición sobre las reformas, ello no impide, por cierto, reconocer la eventualidad de llevar adelante algunas de ellas que consideramos pertinentes, aun cuando pensemos que no existe apuro ni prisa para su realización. Además, siendo perfectible toda obra humana, lo es también la Constitución, más aún cuando la experiencia nos ayuda en tal sentido. De esta suerte, y sin ánimo exhaustivo, señalamos algunos temas centrales, que nos parecen importantes:

- i)** Los artículos 70 y 71 deberían ser replanteados, para disponer lo conveniente en cuanto a publicidad de los partidos políticos. Sabemos que se han dado disposiciones distintas y hasta contradictorias en los últimos años, en función de ópticas e intereses distintos que no se condicen con el régimen de partidos que consagra nuestra Constitución.
- ii)** El artículo 3 debe posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas extranjeras. La discriminación hecha por el texto constitucional está reñida con las normas internacionales de derechos humanos, y no debe continuar en ese estado.
- iii)** Debe darse mayor fuerza y más precisiones a la labor que compete a la

- Comisión Permanente del Congreso.
- iv)** Debe afinarse los alcances y modalidades de los Decretos Legislativos, así como los decretos innominados que establece el inciso 20 del artículo 211, que corresponden a lo que en la doctrina y en el derecho comparado se denomina “decretos de necesidad y urgencia”.
 - v)** La parte tributaria debe precisarse, sobre todo en lo relacionado con la permanencia que plantea el artículo 199.
 - vi)** Debe crearse, como figura independiente la Defensoría del Pueblo. Su actual inclusión dentro del Ministerio Público no sólo es inadecuada sino que ha traído desfases, malentendidos e ineficacia. La amplia experiencia europea puede servir de modelo para la introducción de esta interesante institución.
 - vii)** La segunda vuelta presidencial debe ser eliminada. Tal como está, es un híbrido imposible. O se elimina de raíz por inadecuada, y se vuelve al sistema de “segunda vuelta», pero en el recinto del Congreso, como lo era en la derogada Carta de 1933, o en su defecto, se aplica el sistema del *ballotage* a todo el espectro electoral, para crear unidad de sentido al sistema político.
 - viii)** Las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales deben ser ampliadas. Hay que hacer un serio análisis sobre la posibilidad de trasladar a este Tribunal la solución de diversos conflictos, que no pueden recaer en órganos ordinarios o tradicionales (como lo es la Corte Suprema); e incluso adicionarle la solución de los conflictos que puedan crearse en el futuro entre las regiones entre sí y entre éstas y el poder central.
 - ix)** El concepto de la ley orgánica debe ser eliminado. Esta categoría *sui generis* ha perdido todo sentido en los actuales momentos, pues no ha sido respetada por ningún gobierno desde 1980.
 - x)** Toda la parte de las Regiones debe ser repensada y reestructurada. Hubo un sentimiento regional o descentralista en la Constituyente, pero hubo miedo frente a él. Lo plasmado en el texto constitucional es impreciso, vago, insuficiente y contradictorio. Sin embargo, aquí hay que actuar con mucha cautela, y es recomendable que empiecen a funcionar algunas regiones, y luego extraer conclusiones sobre la experiencia vivida. Si bien esta reforma es quizá la más necesitada, es la que debe ser abordada con mayor cautela y con más paciencia que las demás.
 - xi)** Si el proceso regional rinde sus frutos, sería interesante crear Cortes Regionales; esto es, cortes de justicia que serían tribunales máximos a nivel de un grupo de regiones, dejando la Corte Suprema en la Capital de la República tan sólo como última instancia de la ciudad de Lima, y como última instancia de algunos problemas de naturaleza estrictamente constitucional que se presenten en las regiones

7. Algunas reformas no formales

Hemos indicado que ha habido, en estos últimos años, una cantidad enorme de propuestas de reforma constitucional, sobre todo a nivel político. De todas ellas, solamente una (la referente a la unificación de las Fuerzas Policiales y la creación, sobre la base de ellas, de la Policía Nacional del Perú), ha sido sancionada formalmente. De las restantes, no se sabe todavía cuál será su destino.

En fin, lo cierto es que aparte de esta única reforma no hay otra, y las que vienen son en realidad pequeñas y no afectan la estructura básica del modelo constitucional vigente.

Pero anteriormente, hemos mencionado la existencia de otras modificaciones o reformas no formales. Veamos algunas de ellas, tan sólo como simple referencia:

- a)** Reformas por la vía legislativa: son aquéllas que sin decirlo expresamente significan reformas constitucionales; así tenemos la Ley 23856 que llama "Mar de Grau" a las 200 millas que la Constitución califica como "dominio marítimo" de soberanía y jurisdicción.

Similar situación ofrece la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales núm. 23385, que permite que los Magistrados de dicho tribunal puedan exceder los 70 años de edad. Igual puede decirse del Fiscal de la Nación, que mediante norma de inferior jerarquía, se autotitula indebidamente como "Defensor del Pueblo".

- b)** Reformas fácticas: es cuando el mundo de los hechos contradice el mundo normativo. Es el caso, harto conocido, de los parlamentarios que no están sujetos -normalmente- a mandato imperativo, pero que en la práctica obedecen al dictado de sus respectivos partidos políticos.

También habría que señalar el caso del mensaje presidencial anual que debe ser leído, no obstante lo cual Belaunde lo combinaba con una exposición oral o entendía que el mensaje escrito era para su remisión y la exposición oral para el hemiciclo. Aquí los usos parlamentarios y presidenciales, son de la más grande importancia (así, cuando la Comisión Permanente del Congreso aprueba créditos suplementarios, dice en la introducción que el Congreso de la República lo ha aprobado, cuando lo cierto es que lo ha hecho la Comisión, ante el receso de aquél).

- c) Reformas por la vía judicial: son las más abundantes y significativas, sobre todo en las acciones de amparo y *habeas corpus* (se ha interpretado el numeral g, inciso 20, art. 2, en el sentido de que las primeras 24 horas de detención caen dentro del arbitrio policial). Es probable que con la nueva ley procesal de la Acción Popular, se incrementen estos casos.
- d) Quebrantamiento o ruptura constitucional: estos son casos en los cuales, en todo o en parte, el ordenamiento constitucional ha sido dejado de lado.

En términos generales, puede afirmarse que esto no ha sucedido, aun cuando existe un cierto incumplimiento de la Carta, más fruto de la dejadez que de la voluntad de hacerlo, sobre todo en la parte llamada dogmática, esto es, la dedicada a los derechos fundamentales, en donde la Constitución fue demasiado generosa en sus enunciados. Distinto es el caso de los regímenes de excepción (que son por lo general de corta duración) así como de los golpes de Estado, que escapan a la lógica del Sistema constitucional.

8. Cómo reformar la Constitución

La Constitución vigente fue sancionada en julio de 1979. Desde entonces estuvo en un invernadero, pues el Gobierno militar se limitó a guardarla. No hubo publicación oficial de la misma; tampoco fue promulgada en forma (acto, que como se sabe, corresponde siempre al poder ejecutivo). Tan sólo en 1980, en julio y con el advenimiento del nuevo régimen constitucional, es que la Constitución tuvo el respectivo cúmplase y fue oficialmente publicada.

Desde entonces han pasado más de ocho años y se han sucedido dos gobiernos constitucionales, de distinto signo y con políticas diferentes, por lo menos en lo verbal y retórico (y también por cierto en aspectos sustanciales). Naturalmente, la Constitución, como obra humana que es, mostró muy pronto sus vacíos e imperfecciones. E incluso en algunos casos había contradicciones entre algunos de sus dispositivos, propios del apresuramiento con que fue sancionada en sus últimos tramos, y propio también de textos que no habían tenido contacto alguno con la realidad, o que eran extraños a nuestra tradición constitucional. En todo caso, lo cierto es que desde muy pronto surgieron claros intentos de hacer determinadas reformas a la Constitución, en puntos que muchas veces eran necesarios. Así surgieron claramente dos grandes tendencias en el seno de los partidos políticos: por un lado, no reformar la Constitución y dejarla intocada, en espera de su asentamiento y de mayores experiencias que muestren todas

sus virtualidades; por otro, proceder de inmediato a las reformas, algunas de ellas muy solicitadas, como la referida a la pena de muerte. Lo cierto es que entre ambas tendencias se abrió una tercera, de carácter intermedio, que fue al final la que triunfó: cual es no tocar la Constitución, y dejar a las leyes ordinarias, leyes orgánicas o decretos legislativos, la delicada tarea de avanzar, armonizar y perfilar los aspectos, temas o aristas necesitados de pulimento en el texto constitucional.

Esta tercera tendencia no deja de ser interesante, por cuanto es una práctica constante del derecho comparado, que por cierto ha traído más de un abuso. Pero, como práctica para los primeros años, ha sido muy provechosa. Pero indudablemente, esto tiene sus límites: hay temas y aspectos que no pueden ser «llenados» con leyes de armonización, interpretación o complementación. Hay casos en los cuales las reformas constitucionales de carácter formal son ineludibles. Esto pues, nos lleva necesariamente a pensar en qué forma y bajo qué modalidad se puede llevar a cabo una reforma constitucional.

En fin, y sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva, hay que señalar, que dejando de lado los proyectos formales debidamente canalizados en ocho años (uno por año, ocho en total; uno de los cuales se consagró expresamente como reforma constitucional) ha habido un sinnúmero de propuestas de reformas constitucionales, que *grosso modo*, superan el centenar. E incluso las más voceadas de ellas -que no han prosperado- tenían un claro matiz presentista y coyuntural; como son el tema de la pena de muerte en la época de Belaunde, y el tema de la reelección presidencial en el actual período de García Pérez. Es decir, lo que existe en cada caso de propuesta de reforma, es un afán presentista, un afán político concreto y muy especial, que sólo persigue resolver un problema en forma aislada, sin fijarse para nada en el resto; y a veces, un afán de notoriedad. En los dos casos más sonados de los últimos años puede advertirse eso, pero con agravantes. Así, en el caso de la pena de muerte, era un reclamo de las fuerzas armadas y fuerzas policiales, para combatir al terrorismo (olvidándose de todo el contexto internacional) y como arma desesperada para afrontar al problema de la subversión, sin darse cuenta de los demás aspectos vinculados con ella, ni menos aún de las consecuencias que ello tendría (tan demagógica era esta propuesta, como la de signo contrario, que quería desesperadamente un diálogo con la subversión). La segunda gran reforma planteada -y que abortó como la primera, aun más rápidamente- era la de la reelección presidencial inmediata, movida discretamente desde Palacio de Gobierno, con el ánimo de perpetuar al Presidente García en el poder. Contra ambas propuestas hicimos en su momento nuestra crítica opositora, y hay que mencionar que si bien las dos eran en principio factibles -sobre todo la segunda- sin embargo no prosperaron, porque no

encontraron un ambiente favorable en la opinión pública, a pesar de que ambas propuestas contaron en su momento con el pleno apoyo del partido de gobierno, que controlaba ambas Cámaras (lo que significa, por otro lado, que en las actuales circunstancias, la opinión pública tiene un peso determinante en las grandes decisiones políticas).

En realidad, lo que ha podido observarse en estos años es que las reformas son concebidas: a) aisladamente, sin tener en cuenta el contexto constitucional o político; b) como forma de solucionar problemas que podrían afrontarse en otra forma y c) como solución política frente a un determinado impasse.

Visto lo anterior, no es aconsejable continuar como se ha hecho hasta ahora. En consecuencia, creemos que hay que modificar radicalmente la metodología de las reformas constitucionales e instaurar una nueva, cuyos grandes lineamientos podrían ser los siguientes:

- i)** El Congreso nombraría una Comisión de no más de 20 miembros, dedicada a estudiar la reforma constitucional. En esta Comisión, las dos terceras partes deben estar compuesta por parlamentarios de las diversas tiendas partidarias, y el resto por delegados de los colegios de abogados y de las facultades de derecho del país.
- ii)** Esta Comisión debe analizar todas las propuestas de reforma hechas hasta el momento, para lo cual compilarán y ordenarán todas las propuestas efectuadas por los parlamentarios, o remitidas a las Cámaras.
- iii)** Igualmente, la Comisión debe solicitar opiniones a personalidades, entidades acreditadas, y gremios representativos del capital y del trabajo.
- iv)** Las opiniones así recibidas, deben ser armonizadas con las anteriores, tratando de que las modificaciones no alteren en lo sustancial el modelo aprobado por consenso en 1979, y que tampoco caiga en el detallismo excesivo, que puede perjudicar la agilidad del texto.
- v)** La Comisión deberá presentar una propuesta armónica de reforma constitucional a la Presidencia del Congreso, para que le dé el trámite correspondiente.
- vi)** Los trabajos de la Comisión deben ser públicos o en todo caso publicitados; debe darse la información correspondiente a la opinión pública, de manera tal que se sienta partícipe de la reforma constitucional.

- vii)** Como norma general, y salvo excepciones muy especiales, toda reforma debe concebirse para entrar en vigencia tan sólo en el próximo período gubernativo. De esta manera, se elimina toda posibilidad de que un gobernante modifique la Constitución para su propio beneficio, como ha sucedido en más de una oportunidad (así por ejemplo el General Odría modificó el período constitucional de cinco años a seis, beneficiándose directamente con esta modificación).

El sistema antes descrito lo encontramos adecuado en las actuales circunstancias, cuando tenemos más de ocho años de institucionalidad democrática, y es perfectamente factible tener un balance y perspectiva adecuados sobre el funcionamiento real de nuestras instituciones constitucionales. En el futuro, cuando sea necesario hacer tan sólo reformas de determinados artículos habrá que proceder con la misma cautela y paciencia, pues es la única manera como las reformas no son absorbidas por el interés del momento o las necesidades del día.

9. A manera de conclusión

De lo antes expuesto, se desprende que la reforma constitucional, es un problema que no ha sido planteado seriamente en el medio, por lo menos en lo relacionado con la vigente Constitución de 1979. Las reformas deducidas o reclamadas, han tenido siempre un interés presentista, coyuntural, o favorecedor de intereses creados. La única reforma formal realizada hasta ahora (creación de la Policía Nacional del Perú) no sólo no modifica la estructura ni el modelo global de la Constitución, sino que en parte respondía a un viejo anhelo ciudadano. Por lo demás, si bien importante, el tema en rigor no es constitucional, pues la especificación y concreción de la estructura policial, no es tema predilecto, ni preferido, ni menos, definidor de un texto constitucional.

Por lo demás, aparte de esta modificación formal, existen varias no formales que no son expresas sino tácitas, y que mantienen su vigencia, aun cuando en mucho menor grado, sin afectar tampoco el modelo global normativo. En fin, lo cierto es que la única reforma existente, las varias propuestas en trámites, y el otro tipo de reformas no formales (legislativas, administrativas y judiciales), demuestran la fuerza de la vida frente a la estabilidad de la norma; esto es, la fuerza normativa de lo fáctico (Jellineck). Pero sin embargo, la exigencia de la reforma ha sido en realidad mínima. Y esto por varias razones, entre las cuales cabe destacar: i) la modernidad del texto constitucional, ii) la flexibilidad de muchos de sus enunciados, iii) la ambigüedad del articulado constitucional, que permite interpretaciones y usos alternativos, sucesivos y hasta contrarios, como lo demostró el reciente caso de la nacionalización o estatización de la banca, iv) el consenso

de todas las tiendas partidarias en discutir y sancionar el texto constitucional, y finalmente, v) el deseo oculto de la clase política peruana de vivir en paz democráticamente bajo el sistema constitucional (que no ha sido amenguado por la creciente subversión, cada vez más agresiva, cuanto más aislada se siente del contorno popular).

En fin, no hay que descartar la reforma, pues los diez años pasados así lo ameritan. Pero ella debe hacerse en forma ordenada, pausada y con prudencia, recogiendo los aportes de la experiencia y utilizando una metodología que permita que ellas tengan larga vida, y sobrevivan a los intereses pasajeros que nunca faltan.

Lima, febrero de 1989

VII

NOTA SOBRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ ¹

Por herencia secular francesa, en el Perú se habló siempre de "garantías constitucionales" en el sentido distinto al que hoy empleamos. Primero fueron las garantías individuales, luego las nacionales y ya entrando en el siglo XX, las llamadas sociales. En la actualidad, sin embargo, existe un consenso doctrinario, que se traduce incluso en los principales textos constitucionales de Occidente, en considerar lo que antes se denominaba «garantías» como «derechos de las personas», «derechos fundamentales», o simplemente «derechos humanos» (en Francia, y en algunos países por ella influidos, todavía se utiliza la nomenclatura clásica y hoy totalmente inadecuada, de «libertades públicas»). En fin, lo cierto es que lo que antes se denominaba garantías, hoy son conocidas como derechos, esto es, derechos de la persona consagrados en la Constitución Política del Estado.

Como consecuencia de esta evolución, las garantías han pasado a ser parte del arsenal en donde siempre debieran estar: el ámbito del proceso; es decir, de la defensa y protección jurídica de los derechos. En efecto, como

1 Publicado en **Legislación sobre garantías constitucionales**, edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima 1989 y en la **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos** (San José), núm. 10, julio-diciembre de 1989.

bien señaló en su momento Sánchez Viamonte, una «garantía» como la libertad de prensa, que a su vez necesitase ser «garantizada» por otro medio jurídico, no es en el fondo «garantía». Garantía que nada garantiza, no merece tal nombre, por lo menos a nivel jurídico. Por otro lado, todo esto encaja, como decíamos, con los avances procesales en el ámbito constitucional, que son por lo demás bastante recientes (por lo menos en sus planteos teóricos, formulados en nuestra América por Eduardo J. Couture, y más recientemente, por Héctor Fix-Zamudio).

En consecuencia, la garantía así concebida, en su sentido restringido, moderno, técnico y práctico, está limitada a las figuras o instituciones de estricto carácter procesal que sirvan para la defensa inmediata de determinados valores o principios que el texto constitucional consagra. Es decir, no se trata de instrumentos que protegen a todo el orden constitucional, pues con ese criterio, los códigos procesales (civil y penal) serían también garantías constitucionales (que en realidad no lo son). Aquí hay que tener presente que, como bien decía Pellegrino Rossi, la Constitución en realidad contiene los *têtes de chapitre* de todo el ordenamiento jurídico, esto es, no lo contiene en su integridad, sino sólo los enunciados o principios generales. Pero aquellos valores, enunciados o instituciones a los que la Constitución otorga su máxima importancia, por ser de carácter o naturaleza estrictamente constitucional, y adicionalmente les establece los medios procesales adecuados, (aun cuando de diverso alcance y calibre), estamos, en estos casos, ante verdaderas garantías constitucionales, o sea, procesos específicos (como en el ámbito civil lo pueden ser el juicio de alimentos, de deslinde u otro similar).

Admitido lo anterior, se llega a la conclusión de que las garantías constitucionales, en sentido estricto, varían de acuerdo a las tradiciones y a los respectivos textos constitucionales que los países adoptan. En tal sentido, no pueden extrapolarse realidades ajenas a la nuestra, y aplicar los mismos criterios, por lo cual debe aceptarse que, en principio, cada Constitución tiene y admite sus propias garantías o institutos procesales constitucionales. Ello no obsta sin embargo, para que por la común interinfluencia de los pueblos o las bondades de determinado instituto, existan ciertas garantías que han dado pauta para múltiples creaciones allende sus fronteras (como es el caso del centenario amparo mexicano).

Ahora bien, la garantía constitucional es, como decíamos, tan sólo el instrumento procesal protector, pero ella no se encuentra aislada, sino dentro de un contexto mayor que encuentra su apoyo dentro de la Teoría General del Proceso (pues éste, como ha corroborado recientemente Véscovi, tiene bases y estructuras comunes). En consecuencia dentro del amplio concepto de «proceso constitucional», se encuentran precisamente

las garantías constitucionales a las que nos hemos referido (y por así entenderlo, ha dado este título a un libro reciente y alusivo al tema, el constitucionalista brasileño Baracho).

Entendemos que todo esto debe situarse dentro de un amplio espectro, que es denominado, hace ya varias décadas, como «Derecho Procesal Constitucional», y que *grosso modo* puede ser dividido en tres grandes apartados: i) jurisdicción y acción, ii) procesos constitucionales, y iii) magistratura. Ella puede ser, como es fácil anotar, nacional (o doméstica) y supranacional, como lo demuestran los recientes desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos (véase al respecto el reciente libro de Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, editado por la Comisión Andina de Juristas).

En lo relacionado con la parte estrictamente peruana, en forma tentativa, creemos que las garantías constitucionales en nuestro derecho, son las siguientes:

- i)** *Habeas Corpus*,
- ii)** Amparo,
- iii)** Inconstitucionalidad,
- iv)** Acción Popular, y
- v)** Juicio político

Analizando cada una de éstas, en forma sumaria, podemos indicar lo siguiente: i) el *Habeas Corpus* se introduce en 1897 en el ordenamiento peruano, y es el que con más persistencia ha sido ejercitado ante los tribunales y, probablemente, el más importante por sus alcances, aun cuando por sus resultados quizá el argumento se revierta; ii) el amparo es introducido en 1974, dentro de un contexto de reforma agraria (Ley 20554), pero sólo generalizado con la vigente Constitución de 1979; ambos, éste y el anterior se encuentran regulados, como se sabe por la Ley 23506; iii) la inconstitucionalidad, proclamada como una necesidad por los juristas peruanos desde el siglo pasado, y aprobada tan sólo por el Código Civil de 1936, como inaplicación, ha tenido su remate con la Acción de Inconstitucionalidad creada también en la Carta de 1979, de manera tal que hoy la inconstitucionalidad se ejercita no sólo en vía de excepción (como cuestión prejudicial y ante el fuero común) sino en vía de acción (ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de acuerdo a la Ley 22385); iv) la acción popular es creada en 1933 en la Carta Política de ese año; fue regulada sólo en 1963, y en forma más prolija con la reciente ley 24968; y v) el juicio político, o ante-juicio, existe desde el siglo pasado, y es en realidad un proceso, pero sin la característica jurisdiccional que pueden tener los otros, toda vez que si bien existe acusación en forma y análisis y evaluación

de hechos, con derecho de defensa incluido, es tan sólo para permitir que una Sala de la Corte Suprema juzgue al presunto infractor de la Constitución; esto aparece regulado, aparte de la Constitución misma, en la vieja ley de responsabilidad de los funcionarios públicos de 1868, así como en los reglamentos de las Cámaras.

En anterior oportunidad pensé, y así lo dejé sentado por escrito, que la acción contencioso-administrativa podría también considerarse como una garantía constitucional. Sin embargo, la revisión de diversos planteos realizados por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y, sobre todo, conversaciones con el administrativista argentino Agustín Gordillo y la posterior revisión de su *Tratado de Derecho Administrativo*, me llevaron a la convicción no sólo de la impropiedad del término, sino a desecharlo como garantía constitucional *stricto sensu*.

En efecto, la llamada acción contencioso-administrativa, no es más que la simple revisión judicial de lo resuelto en última instancia en cualquier dependencia administrativa, sin interesar cuál sea su contenido y alcance, y sin tener, aun más, el requisito de estricto interés constitucional en juego (aun cuando esto pueda suceder). A nuestro criterio pues, las garantías constitucionales, o si se quiere, procesos constitucionales, en rigor, estarían limitados a los cinco antes enunciados.

En lo referente a su utilización, ella varía de acuerdo a su propia naturaleza. El juicio político ha sido muy poco utilizado (por razones harto explicables), y las condenas existentes son muy pocas, y algunas, incluso, fruto de venganzas políticas (como es el caso de Leonidas Rivera, durante el ochenio). La Acción Popular es más reciente; sólo opera a partir de 1963, y habrá que esperar su desarrollo a partir de la nueva ley, que esperamos sea promisorio. En cuanto a la inconstitucionalidad, ésta ha obrado muy parcamente en la vía judicial (cuestión prejudicial), y casi es inexistente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (tan sólo cinco acciones en el lapso de su existencia). La masa inmensa de resoluciones es la que existe en materia de *habeas corpus* y de amparo, para sólo referirnos a la emitida desde la dación de la ley 23506 (diciembre de 1982). Sin embargo, de los aproximadamente 3,000 casos que se han dado en los últimos siete años, es muy poco lo que puede extraerse de ahí, de alcance positivo, creador, correctivo o reparador. Si bien existen algunos casos importantes y de resonancia (como es el *habeas corpus* de Liberona o los amparos contra la estatización de la banca), lo cierto es que la masa publicada hasta la fecha es chata, uniforme, poco creadora, y en el mejor de los casos, mecánica (es decir, constatada la arbitrariedad manifiesta, ordenan la reparación inmediata del derecho conculcado), pero sin que en ningún momento se advierta en los numerosos fallos, algún intento de creación, teorización o

reflexión original a partir de situaciones concretas, como sucede en otros ámbitos culturales distintos y hasta afines al nuestro. Incluso en la casación que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales, la situación es similar. Con las excepciones que nunca faltan (algunos magistrados honorables en el ámbito judicial y votos singulares, interesantes y creadores en el Tribunal de Garantías Constitucionales como los de M. Aguirre Roca), el material producido por este Tribunal es lamentable, por decir lo menos.

Si bien en un principio tuve entusiasmo y esperé demasiado de nuestro novel Tribunal de Garantías, estas expectativas se han desvanecido. El Tribunal no ocupa todavía, dentro de nuestro sistema institucional, el lugar que debiera, y esa responsabilidad recae, no en uno o dos hombres, sino en la institución toda.

Las anteriores consideraciones, expresadas frente a una realidad en cierto sentido desconsoladora, no debe desechar la esperanza de un mejor funcionamiento de esas instituciones en el futuro. De un nuevo espíritu hay que insuflar a las nuevas hornadas universitarias y a los actuales y futuros magistrados. A ello puede contribuir, en algo, la publicación de las normas sobre las garantías constitucionales, que, en fiel cumplimiento de su labor difusora, realiza el Ministerio de Justicia.

Lima, marzo de 1989.

VIII

SOBRE EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO ¹

Al perseverante trabajo de Victor Julio Ortecho Villena, debemos la segunda edición revisada, corregida y ampliada de este libro titulado *Derechos y Garantías Constitucionales*, cuya primera edición data de 1985. La obra es comprensiva, en el sentido de incluir no sólo los derechos, sino las garantías constitucionales; es decir, las facultades que en cuanto tales tienen todas las personas, y los medios o instrumentos jurídicos para la protección de aquéllos. A la división originaria en dieciséis capítulos nos ofrece el autor, en esta oportunidad, cuatro capítulos adicionales relacionados con problemas prácticos de aplicación del *Habeas Corpus* y del Amparo, precedidos por uno de carácter general sobre el control y jurisdicción constitucionales. De esta suerte, Ortecho continúa en permanente revisión y actualización de una disciplina que en el Perú ha renacido en los últimos años, como consecuencia de la vigencia de una nueva Constitución.

Ventaja adicional de esta obra, cuyos méritos es innecesario relievar, es que, a diferencia de otras, trata, en un gran cuadro panorámico, no sólo

1 Prólogo al libro **Derechos y Garantías Constitucionales** de Victor Julio Ortecho, Trujillo 1990.

los derechos y garantías -como ya lo indicamos- sino que incluye dos apéndices de suma utilidad: uno jurisprudencial y otro legislativo. Aquí, como en todo, es imposible estar siempre de acuerdo con el autor, por diferencias que siempre existen, y que hacen saludable y ameno el debate académico. Así, en nuestro criterio, hubiera sido interesante hacer mayores reflexiones en torno a la excepción de inconstitucionalidad que se inició en el Perú en 1936, con el Código Civil de ese año (artículo XXII de su Título Preliminar); igualmente consideramos que la parte llamada -clásicamente- garantías de la administración de justicia, debe ser encuadrada como derechos de las personas en situaciones de proceso o procesadas, y finalmente, la denominada por su autor como garantías para altos funcionarios, debe englobarse en la categoría, algo más general y más aceptada, de juicio político o antejuicio, ya que en realidad, se trata de un proceso constitucional del que en forma preferente gozan determinadas autoridades del Estado. En fin, se trata por cierto, de matices que no desmerecen la obra, ni menos aún le hacen perder su valor intrínseco.

La obra tiene, aparte de los méritos antes indicados, la virtud de ser sistemática, sumamente clara y ordenada, y con un buen manejo de información y conceptos constitucionales que la hacen muy útil, más aún si se toma en cuenta, que toda ella trasunta la influencia de determinadas corrientes humanistas y socialistas, que tienen su foco de irradiación en la Francia de la segunda postguerra, y que en su momento fue asumido por el Movimiento Social Progresista, tan activo e influyente, aunque extendió su partida de defunción hace ya algunos años. Esta influencia, y este origen -su autor y su obra están vinculados al norte- la hacen no sólo valiosa sino enormemente significativa, que ameritan, a no dudarlo, algunas reflexiones adicionales.

Víctor J. Ortecho nació en 1933, en el Departamento de la Libertad, pero su formación y desarrollo, tanto intelectual como académico, lo han sido en la ciudad de Trujillo, desde donde continúa ejerciendo una notable influencia. Es abogado, y ostenta dos doctorados, uno en Educación y otro en Derecho. Ha dictado diversos cursos, pero en la actualidad está vinculado especialmente a la docencia en Derecho Constitucional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Al mismo tiempo que la docencia, ejerce la profesión en la cual ha recibido el reconocimiento público de sus colegas: en el periodo 1972-1973 fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad. En épocas más lejanas desplegó cierta actividad política, que le deparó algunos sinsabores, y es, hasta la fecha, periodista en ejercicio. Su obra escrita, es muy variada y se inicia en 1962, con un breve opúsculo a favor de Cuba; entre los dedicados al campo jurídico hay que rescatar *Las Libertades públicas y el Habeas Corpus* (1966); *El derecho a la educación* (1972); *Los Seminarios en la*

enseñanza del derecho (1976) y *Derecho Constitucional Peruano* (1976) que tiene como trasfondo la anterior Carta de 1933; a los que hay que agregar el presente libro.

Aparte de las anteriores consideraciones, todas de orden protocolar o académico, creo necesario resaltar mi alta estimación por la obra y la persona de Ortecho, a quien me une una fraterna amistad que se remonta a 1977, y que se ha mantenido sin alteraciones; antes bien, sucesivos encuentros, tanto en Lima como en Trujillo, no han hecho más que reforzar esta relación que, en parte, se ha nutrido de contrastes. Ortecho por lo demás, forma con Sigifredo Orbegoso, otro constitucionalista de fuste, lo que alguna vez, algo eufórico, denominé como la Escuela trujillana de Derecho Constitucional, sobre lo que volveré más adelante. Habría que agregar, como fruto de la labor de estos dos maestros, a Gerardo Eto Cruz, joven valor de la nueva generación, quien se ha iniciado en la docencia universitaria y está publicando trabajos constitucionales de muy destacada valía, influencia que por cierto, se extiende a otros círculos y a vastos sectores de la juventud estudiosa trujillana, como es muy fácil constatar.

Ahora bien, lo importante del constitucionalismo trujillano, o si se quiere, lo significativo de su existencia, es precisamente su aislamiento. A ninguno de mis maestros, ni menos aún a los constitucionalistas limeños, e incluso a los que fungían de tales, escuché jamás hablar de la existencia de esta importante docencia y producción constitucional que existía en Trujillo. Fue sorpresivamente en Ciudad de México, en agosto de 1975, que conocí a Sigifredo Orbegoso, en el vestíbulo del Hotel «Suites Emperador», con ocasión del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, reunido en la Universidad Nacional Autónoma de México, al cual ambos habíamos sido invitados. La relación que ahí entablé con Orbegoso -que persiste con idéntica perseverancia y lealtad- me puso de plano ante la existencia de esta actividad en el norte del país, que nosotros, los que trabajamos en Lima, desconocíamos por completo. Esto me hizo pensar seriamente en buscar en provincias a otros colegas, en travesía difícil y no exenta de ciertas satisfacciones, que me fue muy útil, pero que no hizo más que comprobarme que, aparte de ciertas inteligencias individuales, sólo se trabajaba seriamente, con persistencia y en equipo, en Trujillo (por cierto, me refiero tan sólo a la tarea constitucional en sentido académico). Posteriormente, viajé a Trujillo, para dictar unas conferencias en el Colegio de Abogados, y ahí conocí a Víctor Julio Ortecho. Esto fue en setiembre de 1977, luego de ser convocada una Asamblea Constituyente por el gobierno del general Morales Bermúdez, y en este viaje coincidimos, Luis Alberto Sánchez, José Pareja Paz-Soldán y el autor de estas líneas. Los tres participamos activamente en este certamen organizado por el Decano de entonces, Arnaldo Estrada Cruz, y los tres fuimos incorporados como

Miembros Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, distinción que me honra y que hasta ahora recuerdo con orgullo. En esa misma oportunidad, Ortecho sostuvo un diálogo muy punzante con L. A. Sánchez, quien montó en cólera por las acuciosas observaciones o atingencias que le hizo Ortecho, de lo cual da cuenta la versión magnetofónica que recogió la revista trujillana **Hola**, (número 1, setiembre de 1977). En esa misma ocasión, tuvimos la grata oportunidad de conversar y debatir largamente con Ortecho sobre los más diversos problemas, en diálogo que hasta ahora, sea en forma personal, por teléfono o epistolarmente, mantenemos. En la misma época, ingresó a acompañarnos a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, a donde ha aportado su sapiencia, su experiencia y su don de gentes. Desde entonces, y gracias a Ortecho (así como a Orbegoso) ha sido posible un contacto permanente y fluido con el grupo trujillano, lo que ha hecho factible un fructífero cambio de ideas, que se ha extendido a las nuevas hornadas universitarias.

En alguna oportunidad, al calificar los esfuerzos y la influencia, tanto de Ortecho como de Orbegoso, en el Norte, los calificué de Escuela trujillana de Derecho Constitucional, movido quizá por mi entusiasmo por la tarea desempeñada y la obra realizada. Sin querer, tal denominación arrastraba, a la corta, otra; la existencia de una Escuela limeña de Derecho Constitucional. Mi búsqueda en otros lugares del país, me dieron la sensación de que, por encima de esfuerzos individuales, y de publicaciones importantes -sobre todo en materia penal, civil y laboral- los únicos centros geográficos de cultivo de materias constitucionales, eran Lima y Trujillo. Ambos centros sin embargo se formaron, como ya he indicado, en forma paralela y sin ningún contacto entre sí; éste recién se inició en 1975, cuando conocí a Orbegoso; y se reforzó en 1977, y ha tenido un amplio como cumplido desarrollo desde entonces. Pero ¿cómo es que surge este movimiento, o esta Escuela en Trujillo, casi sin antecedentes? La explicación quizá debe encontrarse dentro del contexto del desarrollo cultural y económico de Trujillo, y sobre todo al hecho de que, no obstante su cercanía a Lima, no ha llegado a ser absorbida por ésta (como ha sucedido, desde el punto de vista intelectual, con otras ciudades, como es el caso de Arequipa, pues sus figuras más representativas acabaron o acaban ejerciendo en Lima). Trujillo es una ciudad con tradición, tanto cultural como política (recuérdese los orígenes del Apra, tan bien estudiados por Klaren), y este desarrollo cultural, abarcó al Derecho, y por cierto al Derecho Constitucional. Aspecto también importante es el aislamiento de sus miembros, pues si bien Orbegoso y Ortecho empiezan a publicar en la década del sesenta, sólo entran en contacto con la producción capitalina, bien avanzada la década del setenta.

Como decía anteriormente, en algún momento hablé al referirme a los constitucionalistas trujillanos, como de una «Escuela». Esto trae muchas complicaciones, y por cierto no menores. El tema me lo replanteé seriamente, cuando en 1985, se empezó a hablar (Max Arias - Schreiber en especial) de la Escuela civilista peruana, que José Antonio Silva Vallejo ha intentado delinear en sus grandes trazos de evolución histórica y características doctrinarias. Sin embargo, todo esto fue puesto en entredicho en una punzante polémica que inició un jurista de la nueva generación; Juan Monroy Gálvez. En ella intervinieron dos ponentes del nuevo Código Civil, maestros y publicistas destacados; Fernando de Trazegnies Granda y Fernando Vidal Ramírez. Monroy se pronunció en contra de la existencia de una Escuela civilista; mientras que Trazegnies y Vidal defendían la tesis opuesta. La tesis de Monroy reposaba en una concepción celebre debida a Couture, según la cual la Escuela la hacen *maestros* (no una o dos figuras, sino decenas de maestros); *tradición* (o sea, continuidad); *jóvenes* (con conciencia de su misión, que actúan en forma compacta y ofrezcan un solo frente hacia el exterior, dando así un sentido de masa); y *principios* (ideas fijas, claras, coherentes, llevadas hasta sus últimas consecuencias).

Siendo interesante el planteo de Couture, constatamos que, resulta tan estrecho y peculiar, que a la larga nos quedamos sin nada. Si seguimos este criterio, tan sólo reconoceríamos a los glosadores y postglosadores, a la escuela de la exégesis, a la escuela histórica, y alguna que otra más. Así, por ejemplo, si aplicamos el concepto couturiano a Platón, resultaría la inexistencia de una Escuela platónica. En efecto, como se sabe, Platón nació en Atenas, en donde en rigor no existía tradición filosófica. Toda la filosofía previa había sido griega, pero colonial o periférica; no había sido ateniense. Su maestro Sócrates no escribió nada; se duda incluso que hubiera tenido doctrina alguna; más bien, como dice Zubiri, más que filósofo, Sócrates fue una existencia filosófica. Platón aprovechó una tradición, pero que no era ateniense, sino que existía en el mundo cultural de la época. Por lo demás, en su famosa Academia, Platón fue maestro único; la tradición empezó con él, y no admitió discrepancias en el seno de la escuela. El único que la tuvo, y en grado sumo, Aristóteles, la expuso tan sólo cuando, tras veinte años de platónico, se retiró de la Academia para formar su propia escuela: el Liceo.

En otros campos vemos algo parecido. Así, en el Psicoanálisis, si bien con antecedentes, Freud trabajó solo y solo formó a su gente, a la que reunía en su casa de Viena, que era al mismo tiempo su consultorio. Creó su propio centro de estudios y un amplio discipulado; elaboró un cuerpo de doctrina, pero cuando hubo algunos que crecieron mucho, terminaron apartándose de la escuela (casos de Adler y de Jung). En el derecho, Kelsen es conocido

como fundador de la Escuela de Viena, en donde desarrolló un amplio discipulado en torno de la Teoría Pura del Derecho y sus aplicaciones, aun cuando no faltaron, desde muy temprano, voces disidentes al interior de la Escuela. Pero Kelsen trabajó rompiendo una tradición, impuso un sistema de ideas, y acabó ejerciendo una amplia influencia en el mundo jurídico de su época y la posterior.

En nuestro continente, es singular la posición de la Escuela Ecológica del Derecho, fundada por Carlos Cossio. Como se sabe, esta Escuela carece de precedentes en la Argentina, se ha desarrollado de manera totalmente ortodoxa, pero ha tenido una vasta influencia y repercusión, acentuada a partir de los que se apartaron del maestro (Gioja, Goldschmit, Carrió) o de quienes incursionaron en la heterodoxia ecológica (Vilanova). Parece pues, que la definición de Couture, siendo sugestiva, resulta a la larga negando demasiadas posibilidades.

En rigor, Escuela debería ser fundamentalmente: maestro (o maestros), discípulos y un cuerpo de doctrina que se sigue. En tal sentido, podríamos abarcar y comprender muchas cosas; así Julián Marías ha podido hablar de una Escuela de Madrid (que parte de Ortega y Gasset); e incluso comprender la existencia de escuelas, aun cuando no utilicen ese nombre (tal el caso del positivismo lógico, elaborado en el período de entreguerras por el llamado Círculo de Viena y capitaneado por Moritz Schlick).

Al lado del término *Escuela*, sería bueno tener presente el de *movimiento*. Este vocablo es más amplio y en consecuencia más comprensivo. Supone, por cierto, uno o más fundadores o maestros que den inicio a una idea o a una doctrina, y requiere de seguidores, que fundamentalmente agiten el ambiente intelectual, sobre la base de ciertas ideas matrices, ciertos enfoques o ciertos métodos. Esto lo vemos claro, por ejemplo, en la fenomenología, fundada por Husserl, en donde sus más preclaros discípulos no fueron, por cierto seguidores incondicionales del maestro (como es el caso de Heidegger). Incluso, a veces, no es necesario ni siquiera el contacto personal (Scheler, que aplicó la fenomenología al mundo de los valores, no conoció personalmente a Husserl). Claro está, hay movimientos más cohesionados que otros, más creadores unos que otros, con más o menos maestros, con más o menos discípulos, pero siempre existe un cuerpo mínimo de ideas, de enfoques, y a veces de métodos. A diferencia de la «Escuela», el movimiento goza de una mayor plasticidad doctrinaria, y no mantiene una rigidez agresiva frente al exterior, que es lo que por lo general, caracteriza a la mayoría de las escuelas.

¿Cómo podríamos aplicar estas ideas a la Escuela civilista peruana, de

la cual se ha hablado tanto en los últimos tiempos? Es evidente que en el Perú, desde muy temprano, hubo Derecho Civil y civilistas; como son notorios, en el siglo pasado, la obra de Vidaurre y la de Pacheco. Pero sin desconocer el talento y la formación de ambos, es difícil decir que crearon un cuerpo de doctrina, o aún más, que tuvieron discípulos (lo cual es independiente a que ejercieran, como de hecho lo hicieron, una vasta influencia en las generaciones posteriores). En el Perú de los últimos cincuenta años, ha existido abundancia de cátedras e investigaciones en materia civil, pero las monografías y los artículos de nota, son muy pocos como para hacer Escuela. A nivel general, y dejando de lado la obra meritoria de algunos magistrados y legisladores (como es el caso notable de Olaechea), descolla de manera relevante Ángel Gustavo Cornejo, que emprendió el comentario del Código Civil, primero el de 1852, luego el de 1936, pero a un nivel de manual. Es tan sólo José León Barandiarán, el que emprende una obra sistemática, rigurosa, moderna, sobre todo a partir del Código Civil de 1936 (seguido a cierta distancia por Jorge E. Castañeda). León forma mucha gente e influye en gran cantidad de abogados, jueces, alumnos e investigadores. Pero en rigor no forma ninguna Escuela, aun cuando muchos se sientan inspirados o guiados por su obra. El más cercano discípulo de León es, sin lugar a dudas, Carlos Fernández Sessarego, pero su obra discurre por carriles distintos a los del maestro. Y luego, a raíz de la promulgación del Código de 1984, la obra civilista aumenta, en forma individual y meritoria, pero no en manera orgánica, disciplinada y uniforme como lo sería una escuela. Más bien habría que hablar de un movimiento civilista peruano, calificación que me parece más exacta, y cuya valorización habrá que hacer en su oportunidad.

En materia constitucional la situación es algo más precaria. La figura descollante en este campo durante el presente siglo es, indudablemente, Manuel Vicente Villarán, de tan vasta como fructífera influencia. Villarán se dedicó a la cátedra durante largos años; nos puso al día sobre las novedades existentes, tanto las doctrinarias como las legislativas (pues incluso tradujo muchos textos que tuvieron una gran acogida); escribió infinidad de artículos, textos y monografías; confeccionó el anteproyecto de Constitución de 1933, y tuvo además una activa vida política en diversos periodos de su larga existencia. Pero, en rigor, no formó Escuela. Incluso, sus más logrados discípulos no llegaron a constituirla (César Antonio Ugarte murió joven, León Barandiarán se dedicó muy pronto al Derecho civil, y Víctor Andrés Belaunde fue ganado por la Historia, la Filosofía y el Derecho Internacional).

Ya en otro nivel y con posterioridad, deben verse las contribuciones de Raúl Ferrero Rebagliati -en el campo general- y José Pareja Paz-Soldán, entregado a la problemática peruana. Ambos se dedicaron seriamente a su

campo durante largos años; escribieron artículos y textos universitarios, pero no formaron Escuela. Tampoco lograron cuajar un movimiento constitucional peruano, -que en embrión lo dejó plasmado Villarán-, lo que en parte debe atribuirse a la dispersión académica de Ferrero, y a las continuas ausencias del país, de Pareja, debido a las misiones diplomáticas que se le encomendaron. A ello, hay que agregar que tampoco el momento político en que vivieron los favoreció.

Todo esto varía, pienso yo, a fines de la década del sesenta y principios de la década del setenta. En ese momento el campo estaba prácticamente desierto. La crisis de San Marcos neutralizaba la influencia de Darío Herrera Paulsen, y de su más cercano discípulo, Alfredo Quispe Correa. Es en 1968, y más en concreto en 1970, cuando me inicio en la docencia en Derecho Constitucional Peruano, (Universidad Católica) con un nuevo enfoque, con nuevos temas y con metodología más rigurosa, más apegada a los casos concretos que a las grandes divagaciones teóricas. Durante algunos años, favorecido -o desfavorecido- por el ambiente negativo al constitucionalismo que engendró el gobierno militar, dediqué largas horas al estudio, a la divulgación de temas constitucionales y a orientar a la gente joven. La convocatoria a una asamblea constituyente en 1977, y las posteriores elecciones y cambio de mando en 1980, con la reinstalación del régimen institucional, hizo el resto. Desde entonces ha florecido un inusitado interés por el Derecho Constitucional. Hay ya varios manuales sobre la Constitución y, sobre todo, gran cantidad de artículos y textos monográficos, que merecen un balance en su oportunidad. Incluso la gente joven, con la cual me unen muchos vínculos, por ser egresados de la Universidad Católica, se juntaron bajo la dirección de Francisco J. Eguiguren y editaron un colectivo de ensayos sobre la problemática constitucional, de extraordinario interés (no obstante la presencia, por demás inevitable, de alguno que otro texto algo flojo). Igual puede decirse en el nivel de las tesis universitarias, que hoy en día superan a las dedicadas al Derecho Civil, y entre las que hay que mencionar algunas recientes, como las de César Landa, María del Rosario Pacheco Barandiarán, Piedad Pareja Pflucker y Cecilia Esparza, que no figuran en el colectivo preparado por Eguiguren. Todo esto centrado en la Universidad Católica. En San Marcos, los nuevos tiempos han favorecido los estudios constitucionales, bajo la acertada conducción de Alfredo Quispe Correa, con algunos jóvenes que empiezan a producir (como es el caso de Luis Sáenz). Por otro lado, se ha celebrado recientemente (noviembre de 1987) el Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, en la sede de la Universidad de Lima, bajo la dirección de Jorge Power Manchego -Muñoz, que junto con Alberto Borea Odría y José F. Palomino Manchego, destacan nítidamente en este centro de estudios por sus trabajos en materia constitucional.

Es decir, en la actualidad existe un movimiento constitucional en Lima, cuyo núcleo más representativo radica en la Universidad Católica, al que sigue en grado de importancia, la Universidad de Lima, y en forma incipiente, la Universidad de San Marcos (sin desmerecer algunos esfuerzos individuales existentes en otros centros de estudios). Este movimiento está constituido no sólo por aquellos que estudian, investigan y publican, sino también por los que se dedican con entusiasmo a la docencia, o lo hacen a través del periodismo y la política.

Características generales de este movimiento son:

- a) Su relativa pertenencia a un mismo núcleo generacional, o en todo caso, muy cercana coetaneidad.
- b) Su enfoque moderno en la metodología, en el tratamiento de problemas nuevos, y en el manejo de fuentes adecuadas.
- c) El tratamiento riguroso de los problemas, es decir, huir de la retórica, para dar un mayor énfasis al análisis.
- d) Una filosofía abierta, plural, que inspira sus trabajos, de índole marcadamente democrática en lo ideológico.
- e) Percepción de una influencia no sólo de los problemas nacionales, sino de la literatura europea continental, en especial, la española (y en menor grado, la francesa y la italiana), así como de la argentina (y en menor escala, de la mexicana).

Este grupo limeño, que empieza a gestarse en los inicios de la década del setenta, se caracteriza entre otras cosas, por haber prescindido -de muy buena fe y por razones cronológicas- de los que escribieron, pensaron o enseñaron antes de 1968. Mención especial merece Alfredo Quispe Correa, quien siendo mayor que todos ellos, ha sabido insertarse, con verdadero espíritu de maestro, en este nuevo movimiento, que adicionalmente conoce del contacto personal y del diálogo franco y directo, por encima de diferencias o discrepancias, muchas veces de detalles, no necesariamente sobre las grandes concepciones.

A este movimiento limeño, el grupo trujillano ha sabido incorporarse sin desenfado alguno, iniciando así entre ambos grupos un diálogo abierto, fecundo, creador.

¿Qué podríamos decir, en conclusión, después de lo expuesto? Sin lugar a dudas no hay ni ha habido, por lo menos en este siglo, una Escuela constitucional peruana. Villarán con su gran formación y su inmenso talento, formó un movimiento, muy vasto, que hubiera podido convertirse en Escuela. Luego de él se sucedieron esfuerzos y tareas individuales, meritorias, pero escasas. Recién en la década del setenta, empieza un

nuevo movimiento, radicado en Lima, y más en concreto en la Universidad Católica. Al entrar en expansión, tomó contacto con los constitucionalistas trujillanos, que estaban trabajando, con seriedad y rigor, desde mucho antes. Pero este encuentro fue sin rivalidades, sin asperezas ni mezquindades. Por el contrario, ha contribuido a consolidar el movimiento constitucional peruano, dando así un sentido de continuidad a la cultura jurídica del país. Convencionalmente podríamos decir que este movimiento constitucional -que bien podría convertirse en Escuela en un futuro- está integrado por dos grupos: el de Lima, y el de Trujillo.

Por esto es que veo con enorme satisfacción la obra de quienes como Ortecho, no obstante todas las vicisitudes, ha tenido la virtud de perseverar en el campo, en continua superación. Que estas líneas prologales mías, sirvan como testimonio de mi más alta estima personal e intelectual, y como símbolo de comunidad académica entre el grupo de Trujillo y el de Lima.

Lima, octubre de 1988.

Nota de 1994

Con posterioridad a la fecha en la que este texto fue redactado, la situación ha evolucionado favorablemente. Aparte de las personas ahí mencionadas, podríamos esquematizar la situación señalando que, además del grupo de **Trujillo**, hay que contar con el de **Puno** (animado por Remigio Cabala Pinazo), el de **Huancayo** (liderado por Miguel Vilcapoma Ignacio, que incluso publica una revista especializada); el de **Arequipa** (a cargo de Magdiel Gonzales, y en el que destaca un joven estudioso, Mijail Mendoza Escalante), y, por cierto, el grupo de **Lima**. Este último, merece un tratamiento especial, por la forma tan expansiva como se ha desarrollado, y que tiene tal magnitud que aquí sólo puedo dar unos cuantos nombres. En primer lugar, Alfredo Quispe Correa, que ha publicado últimamente varios libros que recogen ensayos dispersos, y Valentín Paniagua Corazao, profesor de la materia desde mediados de la década del 60, pero que por su intensa actividad política, fue postergando su labor publicista, que ha retomado con brio en los últimos tiempos. Y sin ánimo exhaustivo: Enrique Bernaldes Ballesteros, Alberto Borea Odria, Marcial Rubio Correa, Francisco Miró Quesada Rada, Ernesto Blume Fortini, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Power Manchego-Muñoz, César Valega García, Carlos Blancas Bustamante, César Landa Arroyo, César Delgado Guembes, Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, José F. Palomino Manchego, César Ochoa Cardich, Anibal Quiroga León, Pedro Planas, Carlos Mesía Ramírez, Luis Sáenz Dávalos, Raúl Chanamé Orbe, Edgar Carpio Marcos y Eloy Espinosa-Saldaña B.

IX

DERECHO ECONÓMICO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ¹

El Derecho económico es, como todos sabemos, una disciplina relativamente reciente. Igual sucede con el concepto de constitución económica, que quizá sea, como concepto, más joven que aquél. Pero en términos generales, se trata de dos vocablos que -dejando de lado los antecedentes que nunca faltan y que muchas veces no nos sirven para explicar nada- se refieren a concepciones o disciplinas muy de nuestro siglo. Analicemos cada una de ellas.

En cuanto al Derecho económico, y en lo que a nuestra producción nacional se refiere, tenemos entendido que la primera contribución orgánica es la que efectúa Ulises Montoya Alberti, en una bien elaborada tesis que merece su posterior publicación (cf. *El Derecho Económico*, edic. Universidad de San Marcos, Lima 1966). Recientemente, se ha publicado de Aníbal Sierralta Ríos una interesante *Introducción a la juseconomía*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1988. Se trata, como se ve, de una producción meritoria, pero muy parca, en un lapso que ni siquiera llega a los veinticinco años. Aparte, están tesis no publicadas, artículos y ensayos en diarios y revistas, ponencias, etc. Pero en forma orgánica, total, tenemos tan sólo estas dos publicaciones (y esto sin contar aquellas investigaciones, también escasas, que podrían caer, *grosso modo*, en el llamado derecho penal económico o derecho penal tributario, con los

¹ Publicado en **Revista Peruana de Derecho de la Empresa**, Lima, núm.33, 1989.

cuales guarda ciertas afinidades).

Ahora bien, la definición que surge del texto de Montoya Alberti es de que el derecho económico es el conjunto de normas que condicionan la actividad estatal, tendientes a promover el desarrollo económico. Y por su parte, Anibal Sierralta arriesga como definición que el derecho económico es la rama especializada que estudia el conjunto de principios doctrinales y normas con contenido económico, que regulan las relaciones jurídicas entre particulares y de éstos con el Estado, así como los actos y disposiciones de éste, en cuanto son atribuibles a los objetivos de la política económica y de su eficacia.

Es decir, tenemos aquí dos notas significativas:

- 1)** por un lado, la relativa a las normas generales de la economía, y
- 2)** su relación, directa o indirecta, con el Estado.

Naturalmente, quien analice los temas de esta nueva y apasionante disciplina, se dará cuenta de que ella es más una ciencia-síntesis que una ciencia ordenada con objeto propio. En efecto, toda ciencia, o si se quiere, toda disciplina, sea general o particular, debe tener un objeto propio y específico, que no sea compartido con las demás; y si esto sucede, esto es, si son concurrentes en el mismo objeto, debe existir distinta perspectiva formal para su análisis. Así, por ejemplo, la historia analiza a los hombres, pero en relación con su actividad externa en el tiempo; la psicología analiza también a los hombres, pero en su actividad mental o en los sucesos externos que afectan su psique, etc. La unidad de la ciencia es sólo una aspiración, pues la diferenciación y la división de las áreas, es lo que hace posible el progreso en el conocimiento. Pero en el derecho económico no existe, hasta donde alcanzan nuestras informaciones, esa unidad de objeto, de método, de tratamiento de los grandes problemas. Lo cual por cierto no significa que no tenga sentido o que carezca de interés. Creemos que lo tiene. Pero tenemos la impresión de que, por lo menos jurídicamente, una ciencia o rama del derecho autónoma que se llame Derecho Económico (o Derecho de la Economía o Juseconomía), es simplemente una aspiración y una necesidad didáctica, pero no una necesidad científica. Igual pasa, pensamos, con el Derecho de la Empresa, cuyo carácter enciclopédico o de síntesis, es a todas luces manifiesto. Pero esto no disminuye su valía, ni menos resta importancia a su enseñanza. En el mundo del derecho hay varias disciplinas que tienen el mismo status y sus cultores no se sienten dolidos ni afectados por ello. Así, se habla, por ejemplo, de Derecho Marcario, pero es indudable que ello pertenece al mundo del Derecho Industrial (con la probabilidad de que el Derecho Industrial no sea más que una parte del Derecho Mercantil). Igual sucede con el llamado -en otros países- Derecho Parlamentario, sobre el cual hay cátedras, congresos y

publicaciones, pero indudablemente el llamado derecho parlamentario no es más que un sector del Derecho Constitucional, que por razones de relevancia política y necesidad didáctica, le damos esa autonomía. Algo más lejano, pero suficientemente ilustrativa, es la materia o curso de «Introducción al Derecho», que en el siglo pasado se conocía, tanto aquí como en Europa, como Enciclopedia Jurídica. Estas son disciplinas que en realidad no existen; han sido preparadas para satisfacer una necesidad docente y nada más.

En cuanto al término «constitución económica», ella tuvo una suerte muy desigual, al cual ya me he referido anteriormente en un trabajo más extenso. Pero en términos generales, existe una tendencia, que podemos calificar como dominante, en la cual se afirma que por tal debemos entender la parte económica que aparece en las constituciones contemporáneas, en especial, las dictadas en el período de entreguerras, y más en concreto, en la segunda post-guerra. Se ha hablado por tal motivo de un Derecho Constitucional de la Economía o de un Derecho Constitucional Económico. Pero nadie ha pensado que se tratase de disciplinas autónomas, con entidad propia, sino tan sólo como partes del ordenamiento constitucional, susceptibles por cierto de un análisis detenido y aislado. Pero han sido y son parte del derecho constitucional.

Yendo al punto que motiva estas líneas, hay que decir que la relación entre ambas no ha sido materia de análisis en términos generales. En las dos obras nacionales antes mencionadas y en otros ensayos menores, esa relación ha sido soslayada o tratada muy a la ligera, casi de manera tangencial. Pero también es cierto que tampoco los constitucionalistas se han hecho cargo de la cuestión. Y si no lo han hecho, es porque la cuestión no existe. En efecto, la constitución económica es, en rigor, el aparato estatal de la economía (debidamente normativizado) que, en síntesis, coincide con los objetivos del llamado derecho económico. En consecuencia, y como quiera que el derecho constitucional es el que posibilita y da razón de ser del derecho económico, este último es eliminable, salvo que querramos mantenerlo, sobre la base de que siendo el derecho económico una ciencia síntesis, tiene muchos elementos de orden económico (y también de carácter administrativo) que están ausentes del derecho constitucional. En este supuesto, el derecho económico puede dar su aporte al derecho constitucional y a su apartado económico, pero bajo el supuesto de que este último es una ciencia autónoma y no una ciencia síntesis. Dicho en otras palabras, el derecho económico sería al derecho constitucional lo que la criminología al derecho penal. Aspecto importante sin lugar a dudas, con la condición de que lo mantengamos dentro de sus propios límites.

X

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO ¹⁻²

1. *Delimitaciones*

Tratar en los límites de una ponencia lo que encierra el título de la misma, es tarea realmente ingente. De ahí que sea nuestra intención circunscribir el tratamiento del tema y explicar, en esta parte preliminar, el porqué de esta preferencia, que únicamente es metodológica.

En primer lugar, en cuanto al nombre. Este es utilizado en los ámbitos jurisdiccionales latinos y no siempre con los mismos alcances. Pero al lado de ellos, existen otros instrumentos procesales que tienen fines iguales o similares y que utilizan nombres diversos. En consecuencia, entendemos como «acción de inconstitucionalidad» todo juicio o proceso que pretende ejercer algún tipo de control constitucional, aun cuando el derecho positivo de los estados le asigne un nombre distinto.

En segundo lugar, y por razones estrictamente procesales, cubrimos

1 Ponencia presentada a las «II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional», Universidad Central, Santiago de Chile, 24-26 de abril de 1991.

2 Publicado en **Lecturas constitucionales andinas**, núm. 1, agosto de 1991; en **El Derecho**, (Buenos Aires) 30 y 31 enero de 1992; en la **Revista de la Facultad de Derecho de México**, núm. 181-182, enero - abril de 1992 y en versión preliminar en **La Revista de Derecho**, (Santiago) julio-diciembre de 1991, núm.2

dentro de este rótulo a las que son propiamente acciones, distinguiendo la acción (capacidad de recurrir directamente a un órgano jurisdiccional), del recurso (articulación dentro de un proceso ya iniciado). Para nuestros fines, no haremos discriminación entre la acción que se plantea en abstracto, de la que requiere la existencia de un agravio, pues ambas modalidades se dan en el control constitucional.

En tercer lugar, señalemos que hoy en día, la acción de inconstitucionalidad se utiliza en muchas direcciones y con fines diversos, pero su núcleo central es el control de la constitucionalidad de las leyes (leyes nacionales en los países unitarios, leyes estatales en los países federales). Si bien éste no es el único sector de la jurisdicción constitucional, es, sin lugar a dudas, uno de los más importantes y el que está, prácticamente, en el origen histórico de toda la problemática. Aquí nos detendremos únicamente en este tópico.

En cuarto lugar, y para los fines de la comparación jurídica, pasaremos revista fundamentalmente a la experiencia europea y latinoamericana. En cuanto a la europea, ella es bien conocida y parte, como se sabe, del modelo austriaco que diseñó Kelsen inmediatamente después de finalizada la Gran Guerra, y cuyas líneas estructurales observan, por lo general, los tribunales nacidos bajo esa influencia. Por su amplia repercusión y por cuanto además guardan entre ellos un innegable aire de familia, es que aquí sólo haremos una somera referencia al Tribunal Constitucional austriaco. Por el contrario, la experiencia latinoamericana es mucho más rica y más variada que la europea, pero apenas sí es conocida entre nosotros y menos aún en otras latitudes. Por tal motivo, aquí nos detendremos con mayor detalle en ella, y sólo en ciertos países que estimamos resumen o condensan lo mejor de nuestra tradición y aportes a la jurisdicción constitucional.

Indiquemos finalmente que, en esta oportunidad, nos estamos limitando al entorno normativo, si bien encuadrado dentro de coordenadas históricas y doctrinarias. Por razones de espacio y de ausencia de investigaciones y material bibliográfico, soslayamos el sistema cultural y político en el cual dichas instituciones se mueven, así como su efectiva y real vigencia, de las que sólo tenemos referencias tangenciales y generalmente desprovistas de un material empírico que las respalde.

2. Modelos de jurisdicción constitucional: una nueva clasificación

Desde los magistrales estudios de Mauro Cappelletti y de Héctor Fix-Zamudio, se acostumbra ubicar los sistemas o modelos de jurisdicción constitucional, de acuerdo a determinadas pautas o características, las cuales, si bien no son absolutas, sino en cierto sentido convencionales,

válidas únicamente para situarnos en términos muy generales, se siguen usando, no sólo porque reflejan una realidad, sino porque adicionalmente tienen un valor pedagógico, lo que se comprueba por el éxito que tales clasificaciones han tenido. Aquí las vamos a exponer de manera sumaria, pues es dentro de ellas precisamente, desde donde podemos entender la razón de ser y los alcances de lo que llamamos acción de inconstitucionalidad.

El primer modelo que surge históricamente es el llamado modelo americano, porque nace en América, o más precisamente, en Norteamérica, es decir, los Estados Unidos de América, en un famoso caso de 1803, y gracias al genio creador del juez Marshall y teniendo como marco de referencia la Constitución de 1787. Aquí se sentó el principio general de que el control de la constitucionalidad de las leyes (llamado en terminología jurídica sajona como *judicial review*) operaba sólo a pedido de parte, en causa pendiente y con efectos de no aplicación, o sea, de alcance relativo. Este modelo también podría llamarse judicialista, porque confía al Poder Judicial ordinario la custodia del orden constitucional.

El segundo modelo, ampliamente conocido, es el llamado modelo europeo, porque aparece en Europa en la Primera posguerra, más concretamente por ley constitucional de 1919 que creó el Tribunal Constitucional en Austria, y luego se consagró en la Constitución austriaca de octubre de 1920. El modelo se conoce como europeo porque ahí surgió y porque fue en ese continente que se expandió rápidamente, sobre todo en la Segunda posguerra; pero también se le denomina austriaco, por ser ese país el que primero tuvo un tribunal específico para tales fines, y porque además es el más antiguo de los de su género (la Constitución de Austria de 1920, con diversas modificaciones, sigue en vigor hasta ahora, después de un largo intervalo desde mediados de la década del 30 hasta 1945). También se le conoce como modelo kelseniano, en homenaje a Hans Kelsen, que fue el ponente del tribunal, y más tarde juez del mismo y destacado doctrinario de la nueva institución. Se caracteriza por confiar el control constitucional a un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la triada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial, aparte de otras características. Finalmente, se encuentra el llamado modelo político, que nace y se desarrolla en las primeras constituciones francesas (1799 y 1852), luego se afirma en el siglo XIX y reaparece en diversos países, y de manera especial en la Constitución estalinista de 1936, de tan vasta influencia en las «democracias populares». Se llama político, porque se confía a un órgano político, en este caso, el legislativo, el control de la constitucionalidad. Como tal, ha funcionado sin grandes consecuencias, y además es quizá el menos orgánico. Cabe destacar que durante mucho tiempo -y aun ahora- muchos países

contemplan entre las funciones del parlamento, respetar y cuidar de la observancia de la Constitución.

En resumen, modelo americano, modelo europeo y modelo político, a los cuales podemos llamar modelos *originarios*, porque surgen independientemente unos de otros, sin aparentes lazos de contacto y sin influencias recíprocas. Claro está, con el tiempo los modelos dejan su pureza originaria, y reciben influencias unos de otros, como se ha señalado en más de una oportunidad.

Al lado de estos modelos originarios, existen otros que podemos llamar *derivados*, pues son frutos o consecuencias de los anteriores. Tienen, si se quiere, un menor valor creativo, pero responden a necesidades de los pueblos y así se han consagrado en diversos ordenamientos positivos. Dentro de los derivados situaríamos a dos tipos: el *mixto* y el *dual* o *paralelo*.

El mixto es aquel que nace como producto de una mixtura o fusión de otros sistemas, creando uno nuevo, distinto al originario, quizá sin la misma consistencia teórica, pero eficaz en el mundo de la práctica. De éstos tenemos varios ejemplos en la América Latina, como es el del Brasil, que veremos más adelante. En cuanto al *dual* o *paralelo*, se trataría de un sistema que en sí mismo encierra a dos o más modelos, que coexisten sin interferencias, como es el caso de la Constitución peruana de 1979, ya que en su seno alberga a dos sistemas originarios, sin mezclarse, por lo que no puede llamarse mixto, pues la mixtura supone fusión, y, en este caso, tal fusión no existe.

3. El modelo europeo

El modelo europeo es quizá el más orgánico de todos los expuestos, no sólo por haber nacido en último lugar acumulando las experiencias de los demás países, sino por cuanto tiene el carácter específico para tales fines. El modelo político, si bien considerado entre los estudiosos, cada día pierde importancia en el nivel doctrinario y en el más concreto del derecho positivo.

Al respecto, conviene recordar la clásica diferenciación formulada por Calamandrei entre ambos modelos; por un lado el americano, al que calificó de difuso, incidental, especial y declarativo, y por otro, el austriaco, que denominó como concentrado, principal, general y constitutivo. Ambos se reducen, en la terminología al uso, como difuso (el americano) y concentrado (el europeo).

Ahora bien, el modelo europeo ha tenido diversas vicisitudes. Nace, prácticamente, de un proyecto que en 1918 prepara Kelsen como asesor gubernamental de la naciente república austriaca, se plasma en ley especial en enero de 1919, y se constitucionaliza en octubre de 1920, en la

Constitución sancionada en aquel momento. Su vecina Checoslovaquia hace lo mismo en la Carta de febrero de 1920, pero siguiendo las huellas del esquema austriaco, como lo demuestran diversos estudios realizados en el periodo de entreguerras (Eisenmann y Flanderka) y las recientes y eruditas indagaciones de Pedro Cruz Villalón. Tiempo más tarde, en la España de la Segunda República, se creará el Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución de 1931), pero que funciona sólo un breve período (1933-1936). Igual sucede con el Tribunal checo. En consecuencia, de los tres únicos tribunales constitucionales existentes en el periodo de entreguerras, el más orgánico y de más vasta influencia y actividad es el austriaco, que adicionalmente, es el único supérstite en la actualidad, pues el checo desapareció con la ocupación comunista y el español siguió igual suerte con el inicio de la guerra civil (si bien es cierto que ambos resurgieron después, pero en otros contextos y con otras constituciones).

En el caso de Austria, el control constitucional está confiado, en materia de leyes, al Tribunal Constitucional, con carácter de acción directa de órganos calificados e incluso de personas individuales (si es que se les afecta directamente). Lo importante de este modelo concentrado, es que sus resoluciones son *erga omnes* (de alcance general) y *pro futuro* (o sea, sin efectos retroactivos). Si bien formalizada en 1920, ha sido sustantivamente modificada en 1929 y en 1975. Según información que proporciona Öhlinger, el Tribunal, en el periodo comprendido entre 1946 y 1979, ha derogado 453 leyes, que es mucho más del cuádruple de las que ha inaplicado la Corte Suprema de los Estados Unidos desde el *leading case* de Marshall (1803).

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el modelo europeo se expande rápidamente por el continente, y allende sus fronteras. En el mundo comunista se inauguran experiencias de tribunales especiales en Yugoslavia (1963), Checoslovaquia (1968), Hungría (1984), Polonia (1985) y recientemente, en 1988 y bajo el influjo de la *perestroika*, se crea el Comité de Vigilancia Constitucional en la Unión Soviética, que seguramente se incorporará en una nueva Constitución.

En el ámbito de la América Latina, afiliada desde sus inicios al llamado modelo americano o difuso, también se han introducido paulatinamente tribunales o cortes constitucionales, con diversos matices y peculiaridades. El primer experimento en tal sentido fue el de Guatemala (Constitución de 1965, reformulado y perfeccionado en su vigente Constitución de 1985), al que siguieron Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978) y Perú (1979). Anotemos, por lo demás, que la introducción del llamado modelo europeo en la América Latina, no ha hecho desaparecer los otros modelos, coadyuvando más bien a la pluralidad de sistemas, como veremos a continuación.

4. *La América Latina y la pluralidad de modelos*

La América Latina se afilió desde muy temprano al denominado modelo político, que copiaron de algunas constituciones francesas (del período revolucionario y del posterior) así como de la Constitución gaditana de 1812, elaborada, como se sabe, con la participación de delegados del continente. Este modelo político fue el único que tuvimos desde un principio, y consistía en encargar al congreso o parlamento, la custodia o salvaguardia de la Constitución. Y así fue durante mucho tiempo. En la actualidad, este tipo de modelo ha sufrido una doble metamorfosis: por un lado, se mantiene tal cual, pero ha perdido su virtualidad, pues se han ido imponiendo en nuestros ordenamientos latinoamericanos otro tipo de controles, en un principio el llamado americano o difuso, y luego el concentrado o europeo, o cualesquiera de sus variantes. Por otro lado, en Cuba y su Constitución socialista de 1976, permanece el modelo estalinista típico, cual es el control político de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo es un caso aislado dentro del continente, sino que al parecer no tiene demasiado fruto.

Aparte de este modelo político, tempranamente introducido y que persiste hasta hoy, aunque soterrado y sin mayor importancia -salvo el caso formal de Cuba- se introdujo también desde fecha muy temprana, el llamado modelo americano, en forma paulatina pero segura, debido no sólo a la influencia de la joven nación norteamericana y de su Carta de 1787, sino sobre todo por los famosos textos reunidos bajo el título de *The federalist papers*, y más en concreto por la célebre obra de Tocqueville *La democracia en América* publicada en francés en 1835-1837, y leída por nuestros teóricos y líderes políticos directamente o en la temprana traducción que se hizo casi simultáneamente, y gracias a lo cual la imagen de la *judicial review* se «vendió» rápidamente a nuestros países. Naturalmente, la incorporación de este modelo no fue una glosa ni una copia servil, sino que dio lugar a desarrollos interesantes, en parte fruto de esa y otras influencias (como la francesa) y en parte por las mismas tradiciones hispánicas existentes, como es el caso patente de México, según lo han demostrado investigaciones recientes. Por otro lado, el desarrollo de esta vertiente llevó poco a poco a la introducción de lo que después se llamó el modelo europeo, primero en alguna de sus variantes, que hacían mixto el modelo, hasta que finalmente, y ya en la década del sesenta de nuestro siglo, el modelo europeo formal, esto es, tribunal o corte aparte y fuera del clásico cuadro tripartito de poderes, se introdujo, aun cuando en pocos países, como ya se ha indicado. Por cierto, que la introducción de estos tribunales o cortes, conjuntamente con las variantes del modelo americano, dieron origen a una experiencia jurídica amplia y matizada, que ha hecho de nuestro continente un campo de experimentación muy sugestivo, sobre el cual no se ha llamado todavía la atención en forma persistente y continuada, y que además permanece casi ignorada en otras latitudes.

Por las razones que explicaremos en cada oportunidad, aquí nos limitamos a dar cuenta somera de algunos países y sólo en relación con nuestro tema. Ellos son: México, Venezuela, Colombia, Argentina, Brasil, Guatemala, Chile, Perú y Costa Rica.

i) México

En México, como se sabe, se cuenta con el Amparo, institución más que centenaria, que tiene un origen lejano, pero que se concreta en el proyecto de Constitución de Yucatán (1840) gracias a la iniciativa de Manuel Crescencio Rejón, proyecto que se sanciona formalmente, en 1841. Pero a nivel federal, tiene importancia en realidad el Acta de Reformas de 1847, por influencia directa de Mariano Otero, que finalmente se plasma en la Constitución federal de 1857 y perdura hasta ahora, con numerosísimas enmiendas. Según señalan Burgoa y Noriega, el Amparo es un medio de control de constitucionalidad en vía de acción, aserto que compartimos en sus líneas generales, porque es motivada por la parte agraviada o quejosa, teniendo diversas características, entre las cuales indicamos someramente las siguientes: a) deben agotarse los recursos ordinarios; b) se interpone siempre ante el Poder Judicial de la federación, que es independiente y paralelo al Poder Judicial de las entidades federativas, y c) la sentencia no tiene alcances generales ni abroga la norma en cuestión. Sin embargo, lo importante del Amparo es la capacidad de recurrir directamente ante el órgano judicial contra leyes, si bien es cierto que es necesario la existencia de un agravio. No está demás recordar finalmente, que el Amparo como instrumento es muy complejo y a través de los años ha ido cubriendo paulatinamente la protección de diversos campos o áreas dentro del ordenamiento jurídico, de manera tal que la doctrina reconoce la existencia de varios Amparos, y al respecto hay que traer a colación la fórmula con que Fix-Zamudio ha condensado esta diversidad, al señalar que existen las modalidades siguientes: i) Amparo libertad, ii) Amparo contra leyes (que es el que aquí nos interesa realmente), iii) Amparo casación, iv) Amparo administrativo, y, v) Amparo agrario.

ii) Venezuela

Después de México, y con características peculiares, Venezuela es el país que dentro de nuestro ámbito geográfico, incorpora el control constitucional en su doble vertiente, esto es, como inaplicación y de alcance relativo, y como abrogación o anulación y de alcance general. Ambas posibilidades se concentran en el Poder Judicial, en donde se sintetizan ambas vertientes, lo cual da una originalidad al modelo venezolano, que cabe calificar como mixto, pues combina lo mejor de ambos sistemas.

Rastreando los antecedentes del control de constitucionalidad, se señala que éste existió en 1858, época en que se facultaba a la Corte Suprema a demandar la nulidad de las leyes a pedido de cualquier ciudadano, pero esto desapareció en 1864. Posteriormente, en la Constitución de 1893, aparece nuevamente esta acción popular de inconstitucionalidad, y como tal se mantiene hasta la actualidad con la vigente Carta de 1961. Lo peculiar del control constitucional es que si bien es acción, es una acción popular que no requiere interés de parte agraviada -a diferencia de México- y sus efectos son abrogatorios, *erga omnes*, motivo por el cual el ordenamiento venezolano debe considerarse un pionero en esta materia de control concentrado atribuido a la Corte Suprema de Justicia, pues así lo delineó desde 1893, modelo que coexiste con el llamado control difuso de impronta norteamericana, conforme al cual todo juez puede desaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución, aplicando ésta preferentemente -aun de oficio- establecido desde 1897 en el Código de Procedimiento Civil. Se trata, pues, del primer sistema mixto y que además introduce la modalidad abrogatoria, que luego se considerará propia del sistema o modelo europeo.

iii) Colombia

Si bien con antecedentes en el siglo pasado (en forma restringida y sin alcance para las leyes nacionales), es singular el caso de Colombia, con su actual Constitución de 1886, la cual en su reforma de 1910 introdujo, al lado del principio de control difuso existente desde antes, la Acción de Inexequibilidad (o sea, no exigibilidad) que tiene como características, alcanzar en su proyección no sólo a las leyes, sino a los proyectos de leyes e incluso a las reformas constitucionales, que se ejercita en vía de acción y *pro futuro*. Como peculiaridad, señalemos que la sentencia que emite la Corte Suprema (a la que puede recurrir cualquier ciudadano, sin necesidad de *litis* alguna) no anula ni deroga la ley, sino que simplemente la declara inexequible, con lo cual sus efectos son los mismos. Si bien Colombia, en cierto sentido, tiene un sistema parecido al venezolano, y es probable que ambos se alimenten de raíces comunes, el colombiano, a tenor de la información disponible, es muy posterior en el tiempo, aun cuando quizás sea más sugestivo el control ejercido a través de él.

iv) Argentina

México y la Argentina son sin lugar a dudas, los dos países más interesantes -dentro de la América Latina- en materia de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, cabe afirmar que si bien México puede afiliarse al modelo americano con importantes modificaciones y afinamientos que lo hacen original y sugestivo, la Argentina está más

apegada a la tradición americana y no se ha apartado de ella, sino muy tímidamente, si bien, dentro de la ortodoxia -por así llamarla- ha efectuado notables avances. En efecto, y dejando de lado los medios indirectos, -como el Recurso Extraordinario- en la Argentina no existe algo que pueda llamarse acción de inconstitucionalidad, esto es, capacidad de accionar directamente ante un órgano calificado, para pedir la nulidad o inaplicación de una ley. Con todo, conviene advertir que a nivel federal existe lo que se denomina «acción declarativa de certeza», que al decir de Sagüés es una acción concreta de inconstitucionalidad, pero muy limitada, la cual -pensamos- podría evolucionar jurisprudencialmente en el futuro, hacia nuevas formalidades. Por otro lado, cabe destacar que a nivel provincial (Chaco, Buenos Aires) existe la Acción de Inconstitucionalidad y la reciente Constitución de Tucumán (1990) crea un Tribunal Constitucional en la vertiente europea, pero estos hechos están limitados por el entorno de la provincia, por lo que aquí no nos extendemos en ellos.

v) Brasil

Si bien enrolado en la tradición del modelo americano, el Brasil incorporó paulatinamente la acción directa de inconstitucionalidad bajo dos modalidades. La primera llamada *interventiva*, fue creada en la Constitución de 1934, y tiene por objeto cautelar el orden interno en un país federado con diversos ordenamientos, y facilitar la intervención en éstos. Por otro lado, en 1965 fue creada, mediante expresa reforma constitucional, la acción de inconstitucionalidad *genérica*, y procede contra leyes dadas o por omisión de éstas. La sentencia de la ley declarada inconstitucional se comunica al Senado Federal, el que suspenderá su aplicación. Conviene recalcar que la acción general está confiada en exclusiva al Supremo Tribunal Federal, y que existe en el resto del Poder Judicial, el llamado control «difuso», motivo por el cual el Brasil puede considerarse también como un modelo mixto. Todo lo anterior ha sido recogido en la vigente Constitución de 1988.

vi) Guatemala

En la Constitución guatemalteca de 1965, se creó la Corte de Constitucionalidad, compuesta por 12 miembros, pero que no tenía carácter permanente, sino que tan sólo se reunía cuando existían causas que resolver. Para actuar ante ella existía una legitimación restringida a diversos órganos o entidades calificadas (Colegio de Abogados, Ministerio Público, etc.) con un carácter de acción (aun cuando la norma la calificaba de recurso) y como resultado tenía una declaratoria general de carácter derogatorio. Fue, pues, el primer país latinoamericano que introdujo, aun cuando en forma algo tímida, un tribunal especial de constitucionalidad,

cuyas sentencias eran abrogatorias, y que además, mantenía el control difuso a través del Poder Judicial (con lo cual se daba aquí el modelo dual o paralelo). Derogada esta Constitución, fue reemplazada por otra en 1985, que estableció otra vez una Corte de Constitucionalidad permanente, integrada por 5 magistrados, y que configura un modelo mixto, pues conoce no sólo asuntos de inconstitucionalidad, sino también de otros recursos constitucionales.

vii) Chile

Durante su larga historia institucional, Chile confió el control de la constitucionalidad de las leyes al órgano legislativo, demostrando aquí ser más sensible a la influencia francesa que a la americana. Tan sólo en la Constitución de 1925, se introdujo el control constitucional a cargo exclusivo de la Corte Suprema, y como cuestión prejudicial, o sea, como inaplicación en el caso concreto y con efectos particulares. Sin embargo, como ha señalado Teodoro Ribera, el Poder Judicial chileno no tuvo históricamente, interés alguno en ejercer esta atribución y si lo hizo a partir de 1925 fue en forma cauta y sin mayores consecuencias. Esto explica el porqué se gestara, desde fines de la década de 1950, la idea de crear un Tribunal Constitucional con amplias facultades, en especial para resolver diversos conflictos entre órganos constitucionales. Fue así como, mediante reforma constitucional expresa realizada en 1970, se creó el Tribunal Constitucional, el cual sin embargo tuvo corta duración y existencia bastante agitada (1970-1973). Lo importante de este Tribunal es que introdujo el control de la constitucionalidad de las leyes, pero en forma abstracta y preventiva (previa a la promulgación) manteniendo la Corte Suprema el control concreto y represivo (o correctivo). A fin de evitar conflictos entre ambos órganos, se estableció que la Corte Suprema no puede, con posterioridad, declarar inaplicable una norma, por el mismo vicio que fue materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La vigente Carta de 1980, actualmente en proceso de revisión, mantiene en lo sustancial esta situación antes descrita, lo que nos permite concluir que al modelo chileno cabe ubicarlo dentro de lo que hemos denominado dual o paralelo.

viii) Perú

El Perú conoció por vez primera el control constitucional de las leyes en 1936, a través del Código Civil de ese año, pero en la vertiente americana. Sin embargo, no fue aplicado este precepto por falta de reglamentación, lo que ocurrió tan sólo en 1963, mediante articulado expreso insertado en la Ley Orgánica del Poder Judicial sancionada ese año. Este modelo subsiste hasta ahora, pero al lado de él, en la vigente Carta de 1979, se ha

introducido el Tribunal de Garantías Constitucionales que tiene dos específicas competencias: una de ellas, conocer de la Acción de Inconstitucionalidad contra leyes y demás normas con rango de ley, con legitimación restringida para acceder a ella, pero que no requiere agravio concreto y directo, y cuyas sentencias son de carácter general y abrogatorio. En el ordenamiento peruano existen pues los dos modelos, el americano y el austriaco, pero sin cruzarse y sin interferencia alguna, motivo por el cual, lo hemos llamado dual o paralelo, casi sin antecedentes, y como uno de los modelos derivados (el otro sería el mixto, que se ha dado de manera relevante en Venezuela, Colombia y Brasil, como ya se ha indicado).

ix) Costa Rica

Quizá el más reciente y más orgánico esfuerzo por sistematizar la jurisdicción constitucional, lo constituya Costa Rica, que sancionó una ley específica, dedicada a ella, en 1989 (previa modificación a la vigente Carta de 1949) creando una Sala Especial en la Corte Suprema, con carácter exclusivo para juzgar estas materias, y entre ellas las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad que son de tres clases: i) acción de inconstitucionalidad, que es contra leyes, tratados, actos con valor de ley, etc., ii) consulta de constitucionalidad (proyectos legislativos) y iii) consulta judicial de constitucionalidad (que se hace desde el Poder Judicial). La primera, o sea, la Acción de Inconstitucionalidad en sentido estricto, se dirige contra leyes, la cual se puede promover mediante asuntos pendientes, pero también en abstracto, y lo más importante, es que sus efectos son de carácter general, o sea, abrogatorios. Rubén Hernández afirma, al comentar esta normativa, que en Costa Rica se ha adoptado el sistema austriaco, pero con la variante de que el carácter concentrado se da dentro del Poder Judicial y confiado a una sola Sala.

5. Conclusiones preliminares

Un rápido recuento de algunas de las más significativas variantes que en materia de control constitucional en vía de acción existen en los países de América Latina, nos muestra que, por encima de matices y diferencias de tono, desde muy temprano existió en el constituyente y en el legislador común, la idea de afirmar la supremacía de la Constitución. Esto aparece desde los primeros documentos constitucionales que se dan en nuestro continente y como tal figura en la Constitución de Venezuela de 1811, la primera de la América Hispana. En segundo lugar, luego de afirmada y reconocida esta soberanía, y con independencia a la protección de los derechos humanos (llamados también garantías individuales y sociales, en fórmula anacrónica, pero que todavía subsiste en algunas legislaciones) se ha intentado sentar reglas para controlar los excesos del Legislativo, y para

ello, ya desde mediados del siglo XIX se idearon diversos sistemas. El más notable es sin lugar a dudas el Amparo mexicano, al que sigue el sistema mixto ideado en Venezuela en la década de 1890. En forma casi paralela, diversas variantes del modelo americano se afirmaban de manera lenta pero segura, como lo es el Recurso Extraordinario que la Argentina conoce desde 1863 y ya entrado el siglo XX, se avanza con características que luego aparecerían sólo en los tribunales europeos (como es el caso de Colombia y Venezuela). En la década de 1960, ya en este siglo, empieza a surgir la idea de las Cortes o Tribunales constitucionales, que ha ido entrando en forma muy lenta todavía, pero que ha estado en el tapete del debate constitucional de diversos países. Puede pues decirse, que nuestros pueblos han adoptado, desde el siglo XIX, diversos controles de constitucionalidad, bajo el influjo de los Estados Unidos y otros modelos, y que en cierto sentido han significado un adelanto sobre las concepciones europeas, demasiado apegadas al dogma de la soberanía del Parlamento, del cual se han librado muy lentamente y recién en nuestro siglo.

Nuestro continente ha sido, pues, un campo fecundo para los diversos modelos de jurisdicción constitucional, no sólo porque creó uno de ellos (el americano) y lo desarrolló ampliamente, sino porque a partir de este modelo, ha avanzado muy lejos, anticipando el tardío modelo europeo, y creando además dos categorías derivadas, pero no menos importantes: la mixta y la dual o paralela.

Todo lo anterior debe ser matizado teniendo en cuenta el ámbito en el cual tales concepciones jurídicas se desarrollan; esto es, las limitaciones del entorno socio-económico y sobre todo el entorno político. En tal sentido, tales controles, amplios y generosos en teoría, se han visto limitados en su accionar y alcances, como ha sido puesto de relieve en diversas oportunidades. Sin embargo, la presencia de estas limitaciones, y sobre todo de cortapisas que impiden la existencia de un Poder Judicial independiente, no atenúan la importancia de tales logros normativos.

Lima, febrero de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

El tema al que esta ponencia se contrae, tiene una bibliografía inmensa; aquí nos limitamos a una enumeración esquemática. Para un tratamiento general de la problemática, con abundante bibliografía, véase nuestra voz *Jurisdicción constitucional* en "Enciclopedia Jurídica Omeba". Apéndice, tomo VI, (y ampliada y corregida en AA.VV. *Sobre la jurisdicción constitucional*, Anibal Quiroga León, compilador, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1990); y

más extensamente en las actas del Primer Congreso Latinoamericano sobre Justicia Constitucional (Santiago de Chile, octubre de 1987) en *La Revista de Derecho*, (número 1, 1988, número 1, 1989). Como referencia general, cf. AA.VV. *Le contrôle juridictionnel des lois. Legitimité, effectivité et développements récents*, Economica, Paris 1986 (la parte dedicada a la *Amérique Latine*, está escrita por Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio; la versión castellana de este importante trabajo apareció con el título de *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", enero-abril de 1985, núm. 52). Véase además el texto clásico de Mauro Cappelletti *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Ed. Giuffrè, Ristampa, Milano 1978 (hay versión castellana). Sobre Austria, aparte de lo indicado en las obras generales de Cappelletti y Fix-Zamudio, cf. Félix Ermacora *El Tribunal Constitucional austriaco* en AA.VV. "Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales", CEC, Madrid 1984 y Theo Öhlinger *L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria*, en AA.VV. "Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato", a cura di Giorgio Lombardi, Maggioli editore, Rimini 1985. Sobre México, Alfonso Noriega, *Lecciones de Amparo*, Ed. Porrúa, México 1975 e Ignacio Burgoa *Juicio de Amparo*, Ed. Porrúa, México 1990; para Venezuela, Humberto J. La Roche *La Constitución de 1961 y la custodia de su integridad en Venezuela*, en AA.VV. "Estudio sobre la Constitución". Libro homenaje a Rafael Caldera, tomo IV, Caracas 1979 y Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y control judicial*, Madrid 1987; para Colombia, Luis Carlos SÁCHICA, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Ed. Têmis, Bogotá 1980 y Carlos Restrepo Piedrahíta *El principio de supremacía de la constitución en el derecho constitucional colombiano* en AA.VV. "Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato", cit; para Argentina; Germán J. Bidart Campos *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar Bs. Aires 1987; Néstor P. Sagiés *Recurso extraordinario*, Edit. Astrea, Buenos Aires 1989; A. Joaquín Salgado *Juicio de Amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1987 y Raúl Enoc Calderón *El control judicial de constitucionalidad* en Pérez Guilhou et al., "El Poder Judicial", Ed. Depalma, Buenos Aires 1989; para el Brasil, Rogério Laura Tucci y José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, Edit. Saraiva, São Paulo 1989; para Guatemala, Jorge Mario García Laguardia *El Tribunal Constitucional, nueva institución de la Constitución guatemalteca de 1985*, en "Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional" UNAM, México 1987, tomo I; para Chile, Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963, tomo II; Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977 y Emilio Pfeffer Urquiaga, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago 1990, tomo II; para el Perú, Domingo García Belaunde, *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú*, en "Ius et Praxis", junio de 1989, núm. 13 y Gerardo Eto Cruz *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*, en "Revista Jurídica", núm. 129, Trujillo 1990; para Costa Rica, cf. Rubén Hernández, *El control de la constitucionalidad de las leyes en Costa Rica*, IVS Ediciones Jurídicas, San José 1988 y *La tutela de los derechos fundamentales*, Ed. Juricentro, San José 1990.

XI

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ ¹⁻²

1. Preliminar

Como la mayoría de los países latinoamericanos, el Perú adoptó desde muy temprano la terminología de «garantías constitucionales», para referirse a los derechos fundamentales, derechos naturales o como hoy se acostumbra decir, derechos humanos. Así, para sólo referirnos a los textos constitucionales que ha tenido el Perú durante la última centuria, tengamos presente que las últimas constituciones (con excepción de la vigente de 1979) se refieren en forma recurrente a las garantías constitucionales, que primero aparecen en su vertiente clásica y liberal, llamándose garantías individuales, a las que más tarde se unen las garantías sociales, las que

-
- 1 Ponencia presentada al simposio sobre «Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Iberoamérica» (México, 8-10 de julio de 1991), auspiciado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
 - 2 Publicado en AA.VV. **Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica**, UNAM, México 1992; en **Revista de Faculdade de Direito de Caruaru**, Pernambuco núm. 20, 1992; en **Reflexiones Jurídicas** (Chiclayo) núm. 3, mayo 1993 y en **Derecho** (Lima) núm.46, diciembre de 1992.

conjuntamente con las denominadas garantías nacionales (principios rectores de política de gobierno) formaban el tríptico que se había hecho común en nuestro constitucionalismo.

Es tan sólo en la vigente Constitución de 1979, que se abandona esta honorable tradición -que todavía tiene seguidores, aun cuando cada vez en menor número- y se hace un distingo bastante claro, por encima de algunas inexactitudes. Por un lado los derechos fundamentales de la persona, a los que se consagran los primeros artículos de la Carta, y, por otro, las garantías constitucionales, a las que se dedica un apartado especial (arts. 295-305) que incluye, aparte del novedoso Tribunal de Garantías Constitucionales, el *habeas corpus* y el amparo, para la protección de los derechos fundamentales. Estos dos instrumentos son en la actualidad los únicos, a nivel constitucional, que permiten una defensa adecuada de tales derechos. Veremos más adelante las limitaciones que tienen para su mejor desarrollo. En el mismo sentido, haremos una referencia a la manera como se procesan y operan a nivel jurisdiccional.

2. Antecedentes

La protección de los derechos humanos, a nivel jurídico, sólo puede darse cuando existen realmente vías procesales adecuadas para acceder a dicha protección (lo que por otro lado supone, con certeza, la existencia de un aparato jurisdiccional). Pero es importante mencionar que de las revoluciones del siglo XVIII, la francesa, que tanta acogida tuvo en la América Latina, hizo referencia a los derechos humanos, y se deslumbró con su descubrimiento y proclamación solemne, pero no se percató de la necesidad de que ellos fuesen defendidos jurídicamente. Y en efecto, existen muchas maneras de defender los derechos humanos, pero una de sus formas, la jurídica, sólo es posible cuando existen canales procesales adecuados e instituciones que a ello se dediquen. Nada de esto existió en la Francia revolucionaria, y Europa dio muy poco o nada en este aspecto. Nos referimos, por cierto, a la Europa continental, porque la influencia de Inglaterra, en este punto, es algo de sobra conocido como para poder soslayarlo.

En fin, lo cierto es que los primeros textos constitucionales peruanos, al igual que muchos otros, consagraron los derechos individuales clásicos que venían de la gran tradición liberal, pero nada hicieron para buscar instrumentos protectores de su vigencia. Fue tan sólo en 1892 que se presentó en la Cámara de Diputados, tomándola de la experiencia británica, un proyecto de ley de *habeas corpus*, para proteger la libertad individual, tal como aparecía en la entonces vigente Constitución de 1860. Pero aspecto curioso: este proyecto de ley dio muchas vueltas y fue observado bajo diferentes criterios aparentemente técnicos, y al final fue promulgado en

1897 por el Presidente del Congreso, ante la renuencia del Presidente de la República (en esa época, Nicolás de Piérola, fundador de un partido que curiosamente se llamaba Partido Demócrata). Esta ley matriz de 21 de octubre de 1897 tuvo poca aplicación, pero fue abriendo surco. En 1916, mediante leyes 2223 y 2253 se hicieron diversos perfeccionamientos; el más importante es que el artículo 7 de la ley 2223 hizo una virtual extensión del *habeas corpus* para la defensa de todos los derechos consagrados en la Constitución, con lo cual en cierta medida preludeaba un amparo amplísimo al estilo mexicano. Pero tal norma, poco precisa en su enunciado, no tuvo mayor trascendencia y al final quedó sin efecto alguno. Esto se ve, por ejemplo, en la Constitución de 1920, que al sancionar los derechos individuales y sociales que dicha Carta incorpora novedosamente (aun cuando con el rótulo tradicional de «garantías constitucionales») eleva al más alto rango al *habeas corpus*, el que de esta suerte resulta consagrado, por vez primera y a nivel constitucional, en este texto fundamental. El instituto fue, sin embargo, limitado a la libertad individual, y tuvo por lo demás poca vigencia, pues el régimen endureció su política interna, y acabó convirtiéndose en una dictadura que sólo fue derrocada en 1930.

Una nueva Constitución en 1933 continuó en la misma línea, pero amplió el espectro procesal: consagró un *habeas corpus* múltiple, protector de todos los derechos individuales y sociales (usando también la arcaica nomenclatura de «garantías»), con lo cual hizo que este instituto se acercase en mucho al modelo mexicano, ya que durante algunos períodos fue empleado también como contralor de la constitucionalidad de leyes y dispositivos reglamentarios del Poder Ejecutivo. Si bien interesante, la medida decididamente deformaba la institución, pues siendo el *habeas corpus* un instrumento procesal, no podía tener iguales cauces para la protección de tantos derechos, tan disímiles entre sí (como lo demostró su reglamentación en el Código de Procedimientos Penales de 1940). Esto ocasionó diversos problemas de aplicación jurisprudencial, así como cuestionamientos, tanto a niveles del foro como en la docencia y en la literatura especializada. Fue así que, curiosamente en 1968, y bajo un gobierno de facto que más tarde pasaría por encima de sus propios enunciados, se promulgó el Decreto-Ley 17083, que dividió el *habeas corpus* en dos: uno en la vía penal para la clásica protección individual (libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito) y otro en la vía civil, en donde se ventilaría la defensa de los demás derechos fundamentales. Quedó así esbozada una diferencia que más tarde sería recogida por la vigente Constitución de 1979.

Cabe finalmente anotar que en 1974, mediante Decreto Ley 20554, se creó ante el fuero agrario, el Recurso de Amparo, para proteger a los propietarios que hubiesen sido indebidamente afectados por el proceso de reforma agraria, entonces en curso.

3. La vigente Constitución de 1979

El Perú de 1968 a 1980, vivió bajo un gobierno militar, con un total de doce años. A su interior se gestaron diversas ideas que debían culminar en una reforma a la Carta vigente de 1933. Pero diversos sectores y sobre todo el gobierno militar en funciones, tuvieron, desde un primer momento, la idea de hacer una nueva Constitución, lo que prevaleció al final. Para ello se confeccionó un cronograma político que marcaría el proceso de transición a la democracia; 1977: convocatoria a una Asamblea Constituyente; 1978-79: elaboración de una nueva Constitución por esta Asamblea, en un período que no excedería el año; y 1980: elecciones generales y restauración de un gobierno democrático. Todo esto se realizó prácticamente de consenso, expreso o tácito. La Constitución quedó sancionada en 1979, aun cuando sólo entró en vigencia al año siguiente, 1980, y desde entonces no ha dejado de regir.

Esta Constitución, a diferencia de las anteriores, es muy amplia en su tratamiento de los derechos fundamentales (o derechos humanos), caracterizándose por haber incorporado prácticamente todos los derechos expresamente recogidos en los textos internacionales (especialmente los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969), y porque además consagró fórmulas abiertas para incorporar nuevos derechos (art. 4) y señaló que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional (art. 105).

Igualmente, teniendo en cuenta los antecedentes antes señalados, así como el entorno jurídico latinoamericano, se consagraron expresamente el *habeas corpus* y el amparo, como únicos instrumentos protectores de los derechos humanos (a nivel constitucional) pero con una defensa reforzada, como lo veremos más adelante.

Así, el artículo 295 establece que la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de *habeas corpus*. Prosigue el artículo indicando que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución, que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. Se agrega finalmente que la acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de *habeas corpus*, en lo que le es aplicable.

Estas acciones se tramitan ante el Poder Judicial, que tiene, a nivel nacional, la siguiente estructura básica de carácter piramidal: Jueces de Primera instancia (en las provincias), Cortes Superiores (en los Distritos Judiciales) y Corte Suprema de Justicia (en la capital de la República, y como última instancia).

Posteriormente, la ley 23506 de 7 de diciembre de 1982 sancionó la reglamentación del *habeas corpus* y el amparo. Dicha ley delineó expresamente los principios básicos de estos procesos constitucionales, así como la naturaleza y procedencia de ambas acciones, a las que calificó como «acciones de garantía». Igualmente, sentó principios nuevos en relación con la vieja temática procesal peruana, deslindó los derechos protegidos en cada caso, y delineó un proceso especial para cada uno de ellos con los caracteres de simplicidad y agilidad, aun cuando el de *habeas corpus*, por el derecho protegido, es mucho más breve e informal.

Volviendo al texto constitucional, hay que tener presente que el Constituyente tuvo una gran desconfianza del Poder Judicial, que lamentablemente no mantuvo una actitud enérgica frente a los desbordes del poder *de facto*, muchos de cuyos actos cohonestó irresponsablemente. Por eso, a través de los debates, en todo momento se puso en duda la real efectividad de la defensa judicial, a la que en algún momento se quiso evitar. Al final se optó por mantener la postura tradicional y quedó el Poder Judicial a cargo del *habeas corpus* y del amparo. Sin embargo, por encima de aquél, colocaron expresamente al Tribunal de Garantías Constitucionales, que al terminar el debate quedó limitado a dos escasas competencias, una de ellas la de conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de *habeas corpus* y de la acción de amparo, agotada la vía judicial.

Como si esto no fuese poco, el art. 305 expresamente señala que agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución le reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú. En síntesis: una protección reforzada.

Debe agregarse como complemento adicional, que para evitar la presencia de personas vinculadas con el entorno militar (gobierno que contó con una importante colaboración del foro local), el artículo 297 señala que para ser miembro del Tribunal de Garantías se requiere, entre otros requisitos, tener probada ejecutoria democrática y en defensa de los derechos humanos (lo que no tiene precedentes, hasta donde alcanza nuestra información).

Se quiso, pues, a nivel normativo, dar una amplia protección procesal y jurídica a los derechos humanos, tanto en el orden doméstico o interno, como en el orden externo o internacional.

Hay que señalar aquí la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales núm. 23385 de 13 de mayo de 1982, que entre otros aspectos, regula el recurso de casación, al que ya nos hemos referido, así

como a la ley 25011, que modifica la ley de *habeas corpus* y amparo en algunos aspectos, en especial, la medida cautelar; y el Decreto Legislativo núm. 611, que es significativo por haber destacado lo relacionado con la defensa del medio ambiente. Finalmente, mencionemos el Reglamento de la ley 23506, sancionado por Decreto Supremo núm. 024-90-JUS de 7 de diciembre de 1990, que si bien tiene aportes importantes, ha sido condenado expresamente por el Congreso de la República, y en su lugar ha aprobado una ley complementaria, que, tras diversos vaivenes, debe ser puesta en vigencia antes de fin de año.

4. Vigencia de las acciones de garantía

La ley que regula las acciones de *habeas corpus* y amparo, es, como ya se dijo, de 1982; en la misma época se instala, en la ciudad de Arequipa, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Desde entonces han proliferado estas acciones, tanto en sede judicial como ante el Tribunal de Garantías. Sobre ellas se han hecho muchos análisis, pero no se cuenta todavía con una información global y fidedigna; en consecuencia, la que aquí se ofrece es tan sólo una referencia tentativa y aproximada, pero que a nuestro criterio encierra aspectos significativos.

De 1982 a 1990, el total de acciones es el siguiente:

i)	Acciones de amparo	:	2,329
ii)	Acciones de <i>habeas corpus</i>	:	1,671
	Total	:	4,000

Esto está referido al Poder Judicial. De las 4,000 acciones de este período, han llegado al Tribunal de Garantías 460, es decir, un aproximado de 11%; a su vez, de este 11%, sólo un 19% ha sido casado en el Tribunal de Garantías, y remitido nuevamente a la Corte Suprema para que emita un nuevo fallo de acuerdo a las pautas señaladas por el Tribunal. El comentario que surge es el siguiente:

- i) Se ha señalado un universo, en el período 1982-1990, de 4,000 acciones de garantía, que, por cierto, es tan sólo aproximado. Cabe notar que no obstante que la ley establece la obligatoriedad de publicar todas las sentencias de *habeas corpus* y amparo, tan pronto queden consentidas y ejecutoriadas, esto en rigor sólo se cumple integralmente con las emanadas de jueces y tribunales en la ciudad de Lima y en el Callao, no así con las de las provincias. Se tiene información que muchas sentencias finales emitidas en Cortes Superiores de provincias, cuando son remitidas al Diario Oficial para

su publicación, o no son publicadas, o, por el contrario, sufren la exigencia de un pago por su publicación. Sabemos de esto, por cuanto muchas veces, con el afán propio de publicidad en un proceso importante, los propios accionantes han hecho publicar, como aviso, la sentencia final en el Diario Oficial o en otros diarios de circulación nacional, ante la renuencia de aquél, en actitud que debe ser severamente censurada. El diario oficial «El Peruano», no cumple, lamentablemente, con el rol que le corresponde. Esto dificulta, por otro lado, obtener estadísticas e información exacta.

- ii) Del total de amparos interpuestos, un aproximado de 60%, está relacionado con procesos regulares finalizados o en trámite en sede judicial. Esto es, en la gran mayoría de este 60%, se nota que los accionantes pretenden enervar, mediante la acción de amparo, una resolución judicial firme emitida en un proceso común o regular, lo que en principio es censurable. La tendencia jurisprudencial es casi uniforme -con algunas excepciones-, en no admitir los amparos contra juicios concluidos luego de seguirse los tramos procesales de los códigos de la materia.
- iii) Del conjunto de *habeas corpus* reseñados, sólo el 8.7% resulta fundado, lo que, en principio, es preocupante. En cuanto a los amparos interpuestos, resultan fundados enteramente tan sólo el 8.6%; se dejan de lado los calificados como improcedentes e inadmisibles. Estos porcentajes incluyen tanto la sede judicial como el Tribunal de Garantías.

5. Conclusiones provisionales

Las estadísticas antes mencionadas (con márgenes de error e inevitables imprecisiones, pues están hechas por particulares), demuestran que no obstante el amplio uso del *habeas corpus* y del amparo en este periodo de análisis (1982-1990) los finalmente declarados fundados son muy pocos, y lo son en porcentajes insignificantes. Esto puede merecer diversos comentarios: por un lado, es evidente que en materia de acciones de garantía, sobre todo en el amparo, se ha desatado un fervor y entusiasmo desbordante por parte de abogados por remediar todo lo existente en la sociedad civil, a través de este instrumento (con lo cual han terminado por distorsionarlo, creando un "amparismo" desenfrenado, obviando las instancias regulares y reemplazándolas por el amparo); por otro, los jueces, por lo general, tampoco han sido pródigos ni audaces en la protección de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que un balance definitivo sólo podría hacerse con una atenta y meditada lectura de los expedientes, la impresión que se tiene de la lectura de las resoluciones publicadas en la gaceta oficial, es que la protección que dan los órganos jurisdiccionales (incluido el Tribunal de Garantías Constitucionales) es bastante frágil. Por

cierto, sin estas instituciones y, sobre todo, sin la existencia del sistema democrático, esta desprotección sería aún mayor. Con estos antecedentes, hagamos algunas reflexiones de orden general que se extraen de la lectura de la jurisprudencia publicada:

- i) Con las excepciones que nunca faltan, la jurisprudencia constitucional, tanto a nivel del Poder Judicial como del Tribunal de Garantías Constitucionales, puede ser calificada de poco garantista y nada creadora. Cuando defienden acertadamente un derecho, hacen un razonamiento silogístico, en donde no se dan elementos nuevos que puedan enriquecer el instituto, ni menos aún resolver nuevos problemas con audaces planteamientos.
- ii) El *habeas corpus* ha tenido una trayectoria modesta, pero constante. No ha podido ser libremente ejercido en las zonas sometidas a regímenes de emergencia, y menos aún para cautelar derechos en el caso de personas desaparecidas. Ha operado parcamente contra autoridades y casi nunca contra particulares. Por cierto, hay casos resonantes de empleo exitoso contra altas autoridades (caso Liberona), pero son la excepción.
- iii) El amparo tiene dos etapas bien definidas: una primera que arranca de 1982, y otra que se inicia en 1987 con motivo de la nacionalización de la banca (que al final no prosperó). Poco después se dicta la ley 25011, que reglamenta la medida cautelar de manera tal, que al final la desnaturaliza. Esta desnaturalización en la medida cautelar proviene, no sólo de la modificación legal (que podría haber sido superada) sino sobre todo de la *praxis* judicial, que ha hecho casi imposible obtener medidas cautelares en casos de grave e inminente peligro o daño.
- iv) Los órganos jurisdiccionales no han asumido todavía un rol importante en la protección de los derechos fundamentales básicos. Sin que ello signifique un rasgo definitivo, cabe señalar que en las primeras instancias (juzgados de primera instancia y cortes superiores) se ve un impulso que podría calificarse, en sentido amplio, como activismo judicial. Es decir, en los primeros niveles hay mayor audacia, más creatividad, mayor defensa del ciudadano, pero conforme se sube en la jerarquía, el aire se enrarece: en la Corte Suprema, y sobre todo en el Tribunal de Garantías Constitucionales, se presenta una tendencia conservadora, defensora del *statu quo* e inmovilista. Incluso en el ámbito del Ministerio Público, defensor de los intereses de la sociedad y del Estado, no se aprecia -en sus altas esferas- una línea modernizante o innovadora. Por el contrario, se tiende a un cómodo conformismo, inexplicable en magistrados que han alcanzado las más altas jerarquías.
- v) En un país convulsionado por continuos abusos de los derechos fundamentales, el número de *habeas corpus* interpuestos, y el bajísimo

porcentaje de los que son declarados fundados, son síntomas evidentes de la desprotección existente.

- vii) A nivel de amparo, ha habido una evidente desnaturalización del instituto, que fue creado con mucha generosidad, pues entonces el país salía de una larga dictadura. Esto, sin embargo, que era una concesión para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, motivó que los abogados hagan un uso abusivo del amparo, que ha tenido como consecuencia congestionar las vías judiciales, y ha provocado cierto rechazo a la concesión del amparo por parte de la magistratura. Esto se muestra en la reciente tendencia jurisprudencial, sentada por la Corte Suprema, de angostar la vía del amparo creando causales de improcedencia que, la mayoría de las veces, se apoya en argumentación deleznable.
- viii) No obstante que la ley de *habeas corpus* y amparo intentó dar fuerza a la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos, estableciendo su obligatoriedad en caso de principios generales, así como la publicación de sus decisiones finales -que antes no sucedía, sin embargo, la jurisprudencia, de la cual se esperaba tanto, no tiene, en los actuales momentos, ninguna relevancia.
- ix) En las acciones de *habeas corpus* no ha logrado imponerse el criterio de razonabilidad.

Lima, 30 de junio de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

La legislación sobre la materia puede verse en *Legislación sobre garantías constitucionales*, edición del Ministerio de Justicia, Lima 1989 y en *Legislación constitucional*, EDDILI, Lima 1991. Sobre la jurisprudencia, cf. *Jurisprudencia constitucional*, Editorial Normas Legales, Trujillo, tomo I (1988), tomo II (1990) y Samuel Abad *Selección de jurisprudencia constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990. Aspectos diversos: cf. Fernando Zubiato Reyna *Acción de Amparo*, Editorial Cuzco, Lima 1990; Hermilio Vigo Zevallos *El habeas corpus*, Editorial Cuzco, Lima 1989; Alejandro Ranilla Collado *Habeas Corpus y Amparo*, Arequipa 1990; AA. VV. *Sobre la jurisdicción constitucional*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Aníbal Quiroga (compilador), Lima 1990; Francisco J. Eguiguren *Los retos de una democracia insuficiente*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990; Diego García Sayán, *Habeas Corpus y estados de emergencia*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1988; Victor Julio Ortecho, *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marsol Perú editores, Trujillo 1990; Marcial Rubio y Enrique Bernaldes *Constitución y sociedad política*, Ed. Mesa Redonda, Lima 1988; Jorge Power Manchego-Muñoz, *Constitución y estados de excepción*, Lima 1990 y Jorge Ramos Neyra, *La casación en el Tribunal de Garantías Constitucionales*, Tesis de Bachiller, Universidad Católica, mecanografiado, Lima 1990.

XII

EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL ¹

El 31 de octubre de 1993 se llevó a cabo un referéndum constitucional en el Perú, en el cual se puso a votación el proyecto de Constitución elaborado, fatigosamente, por el denominado «Congreso Constituyente Democrático (CCD) durante el periodo enero-septiembre del mismo año. Los resultados oficiales, dados a conocer recientemente, no difieren en mucho de las proyecciones hechas por empresas encuestadoras al día siguiente del referéndum y permiten hacer algunos apuntes, aun cuando sujetos a posteriores revisiones.

El golpe de estado como antecedente

El 5 de abril de 1992, el presidente Alberto Fujimori dio un golpe de Estado atípico. Elegido Presidente de la República en 1990, en segunda vuelta, y con impecable mandato constitucional, sufrió en carne propia el desfase de ser ganador en una segunda elección, y tener que gobernar con un Congreso elegido en primera ronda electoral en el cual, en el mejor de los casos, sus partidarios llegaban al 20% de los votos. El mismo estilo presidencial, decididamente confrontacional (si cabe el término) empezó a manifestarse con mano firme en un país de indecisiones, y a enfrentarse con

¹ Publicado en **Boletín electoral latinoamericano**, San José, núm. X, julio - diciembre de 1993 y en **Gaceta Jurídica** (Lima) Tomo IV, abril de 1994.

todo el orden constituido, primero en el aspecto verbal y luego en la vía de los hechos. En una democracia sólida y asentada, estos conflictos se hubieran solucionado con diálogos y mutuas concesiones, lo que en el Perú lamentablemente no ocurrió. Fujimori, respaldado en la Fuerza Armada y la Policía Nacional, dio un golpe de Estado para asumir todos los poderes, y de hecho, a todos los titulares de los demás órganos del Estado los despachó a su casa. Su idea entonces era gobernar a través de plebiscitos napoleónicos. Pero la opinión pública internacional y cierta presión interna le obligaron a cambiar la agenda, y al final, acogiendo la propuesta de la oposición, convino en convocar a un Congreso Constituyente para hacer reformas a la Constitución de 1979, y en aspectos muy puntuales en los cuales se había llegado a un amplio acuerdo (Poder Judicial, régimen económico, regiones, y relaciones Ejecutivo-Legislativo). Las elecciones fueron convocadas para octubre de 1992, y el 31 de diciembre del mismo año se instaló el CCD, con una triple función: fiscalizar, legislar y hacer las reformas constitucionales del caso.

El debate constitucional

Iniciado en enero de 1993, terminó oficialmente el 07 de septiembre, o sea, nueve meses más tarde. En el camino se publicaron tres distintas versiones del proyecto de Constitución en el diario oficial «El Peruano», de las ocho que finalmente fueron confeccionadas, la última de las cuales lo fue el 07 de septiembre de 1993. Luego los demás diarios de circulación nacional publicaron y reprodujeron íntegro el proyecto final de Constitución, del que se hicieron tiradas adicionales, por obra del Estado y también de los particulares.

Como primera observación, cabe señalar que la composición del Congreso era mayoritariamente gobiernista (44 representantes de un total de 80) con lo que el oficialismo, en principio, podía hacer una reforma a su libre arbitrio (y esto como producto de una defectuosa legislación electoral, pues en realidad el oficialismo apenas superó el 38% de los votos válidos). A poco de instalarse, la Comisión de Constitución empezó a diseñar un proyecto de nueva Constitución, cuando en realidad lo que se pensó era hacer tan sólo reformas parciales a la Carta Vigente, por lo demás muy moderna en sus grandes lineamientos. Pero al parecer, la idea del Gobierno era hacer un nuevo texto, si bien ahora se puede comprobar que tal tentativa no tenía sentido, ya que no han aportado nada original; han copiado hasta la estructura de la Carta de 1979, y finalmente han repetido el 65% de su articulado, casi siempre textualmente, y en veces, desfigurándolo.

El segundo aspecto que debe llamar la atención es que, salvo las honrosas excepciones que nunca faltan, este Congreso está compuesto por

gente de muy escasa cultura y con preparación muy elemental, muchos de ellos sin primaria completa, y con el único respaldo que da el poder.

A lo anterior, debe agregarse que ninguno de los voceros del oficialismo tenía una vaga idea de lo que quería o necesitaba el país en materia institucional. Tuvieron en mente tan sólo tres ideas: a) aligerar la normatividad económica acercándola al liberalismo, acorde con los vientos que, por lo demás, flotan hace tiempo en nuestro continente, b) introducir la pena de muerte para el delito de terrorismo, largamente anhelado por la población afectada por este flagelo, y c) consagrar la reelección presidencial inmediata e indefinida, a favor del propio Fujimori por supuesto. Al final, no todo se pudo hacer: quedó adelgazado el Estado y su labor promocional, incorporada la pena de muerte para los casos de terrorismo y consagrada la reelección presidencial inmediata (contrariando una fuerte tradición en América Latina). Pero salvo estas ideas, no se tuvo nada en claro, como lo demuestran los debates habidos durante estos meses, en los cuales el oficialismo no hizo más que dar marchas y contramarchas en temas y aspectos tan variados y distantes entre sí, como los derechos sociales o la composición del Consejo Nacional de la Magistratura (cf. Domingo García Belaunde - Pedro Planas, *La Constitución traicionada- Páginas de historia reciente*, SEGLUSA editores, Lima 1993).

Finalmente, cabe destacar que en materia estrictamente jurídica, no contaron con ningún apoyo, y menos aún en el área constitucional, en donde si bien es cierto que llamaron a algunos especialistas, al final no les hicieron caso, lo cual explica la gran cantidad de errores técnicos y conceptuales. (Aún más, en gesto sin precedentes, días antes del referéndum, una veintena de profesores de Derecho Constitucional de diversas universidades del país, y que decididamente representan a dicho gremio, publicó un comunicado adverso al proyectado texto constitucional, cf. *La República*, 29 de octubre de 1993).

Los días previos al referéndum

Aprobado el texto constitucional por el CCD, debía éste someterse a referéndum. Las encuestas hechas por las empresas especializadas de opinión, daban al SI un margen del 80%; es decir, una mayoría aplastante que daría al nuevo texto una validez y una legitimidad inobjetable. Hubo además un debate sobre si la Constitución debería someterse a votación en forma total o sólo de ciertas partes de ella, triunfando al final la primera tesis. Finalmente, el Presidente Fujimori politizó el debate al manifestar que lo que se votaba no era una nueva Constitución, sino la aprobación de su gestión presidencial, tras lo cual emprendió una campaña frontal a favor de

la nueva Carta, que lo hizo llegar a decir, la semana previa al referéndum, que si la población no aprobaba el nuevo texto constitucional, él renunciaría al cargo (lo cual era un exceso pues además nadie lo había pedido).

En fin, por esas cosas raras del destino, los 20 días previos al referéndum, las empresas encuestadoras advirtieron, con sorpresa, que la votación a favor del **No** subía en forma lenta, pero segura. Sin publicidad alguna, en medio del silencio de la prensa y de los medios (que optaron por un prudente silencio o por una complicidad inexplicable), el **No** fue creciendo de manera insospechada, alimentado por el grueso descontento existente en grandes sectores de la población. Todo hacía prever un desenlace inesperado.

Los resultados del referéndum

Las cifras oficiales manejadas hasta el momento, arrojan que sobre 8'158,550 de votantes, hay un 52.24% por el Sí, y un 47.76% por el No. Según esta información, existe entre ambas una diferencia aproximada de 4 puntos, que en materia constitucional es realmente insignificante y nada representativa. Otras constataciones que pueden hacerse, *grosso modo*, son las siguientes: i) la votación por el Sí fue decidida en la ciudad de Lima y en sus alrededores, en donde vive un tercio del electorado nacional, ii) el resto del Perú, es decir, el llamado Perú provinciano o Perú real, votó por el No; iii) ha sido seriamente cuestionada la participación presidencial en la campaña a favor del Sí, en clara violación de la ley electoral, iv) igualmente cuestionada ha sido la campaña publicitaria a favor del Sí, en medios masivos de comunicación, en la cual se estima que se han gastado varios millones de dólares, contrastando con la campaña por el No, que actuó en un nivel informal, v) si bien existe un porcentaje bajo de votos nulos o viciados (9% aproximadamente) hay un ausentismo que bordea el 30%, vi) han sido denunciados diversos actos de autoridades políticas para adulterar los resultados de ciertas circunscripciones electorales.

Lectura provisional sobre el resultado

Toda lectura a partir de cifras escuetas, aun cuando sean las oficiales, es difícil de precisar de manera exacta. En todo caso, caben varias lecturas, no necesariamente coincidentes entre sí. Tratemos de extraer algunas de ellas; en primer lugar, las que podemos llamar pacíficas, y en segundo lugar, las que podemos calificar como opinables o discutibles.

Algunas opiniones pacíficas son, sin lugar a dudas, las siguientes: a) la Constitución aprobada de esta forma, nace con una debilidad congénita; sin amplios consensos, sin mayores expectativas en el texto, lo más probable es que esta Constitución, tal cual, no sobreviva al régimen

que la hizo nacer; b) salvo algunas maniobras oficialistas -los llamados fraudes subliminales o manejos administrativos y ciertas irregularidades alimentadas por algunas autoridades políticas- parece ser que las elecciones y sus resultados -más allá de ciertas limitaciones-, han sido transparentes, en parte por la existencia cada vez mayor de una opinión pública vigilante, en parte por la naturaleza misma del sistema electoral que funciona con cierta regularidad desde 1963, o sea, hace 30 años, c) salvo el caso de Lima, (la capital y sus provincias) el resto del Perú votó mayoritariamente en contra del proyecto constitucional, d) Más de 700,000 votos que representan al voto nulo y en blanco, muy superior a la diferencia que existe entre los votos por el Sí y por el No, permiten suponer que para efectos prácticos, el Sí no ha tenido más éxito que el que le otorga la legalidad establecida.

En cuanto a las opiniones debatibles sobre los resultados del referéndum, anotamos los siguientes puntos, cada uno de ellos con distinto valor, y que pueden ser analizados con más detenimiento en otra oportunidad y que aquí señalamos como factores que explican el No, que, como decimos, era inconcebible en tan alto margen: i) la recesión que sufre el país como consecuencia de los cambios económicos realizados, y cuyos frutos todavía no se ven, ii) el descontento por la abusiva utilización de Abimael Guzmán, líder de «Sendero Luminoso», en su comunicación epistolar y casi amical con el Presidente Fujimori, iii) el rechazo al serio recorte de los derechos económico-sociales, iv) el rechazo al centralismo consagrado en la nueva Carta, cuyos efectos negativos ha conocido el pasado, v) el desacuerdo con la reelección presidencial inmediata, y vi) el descontento con el modelo presidencial exacerbado, consagrado en el nuevo texto (puntos estos que pueden ser exagerados, pero que fueron vistos de esta manera por la opinión pública).

Los factores que alimentaron el Sí fueron, por otro lado, fundamentalmente dos; a) la esperanza del éxito futuro del programa económico y b) la esperanza de que la política antisubversiva lleve a la total desaparición del terrorismo y conduzca a la pacificación del país.

Más allá del referéndum

En la práctica, el referéndum dejó de ser referéndum, y se convirtió en un plebiscito; esto es, en el pronunciamiento sobre un hombre (Fujimori y su gestión). Si bien el Sí ha ganado por puesta de mano, es indudable que hay un No que prácticamente es la mitad del país. Pero esa mitad no tiene todavía un rostro. Hay un No que oculta a un inmenso vacío y una gran insatisfacción que por ahora es impredecible. Pero estos resultados, tan ajenos a los deseos y a las expectativas del oficialismo, dan lugar a pensar

que algo distinto y nuevo se está gestando desde abajo, si bien no se sabe aún cuándo podrá aflorar y tomar forma en el rostro electoral del país.

RESULTADOS OFICIALES (2)

RESUMEN ACUMULADO NACIONAL (al 98.91%) **		
Aprobación a la nueva Constitución	Votos	%
SI	3,878,964	(52.24%)
NO	3,545,699	(47.76%)
En Blanco	215,613	(2.64%)
Nulos	518,274	(6.35%)
Total	8,158,550	

(**) Sólo resta adicionar el resultado de la votación de los peruanos en el extranjero, pero esto no variaría porcentualmente el resultado de los comicios.

RESULTADOS OFICIALES A NIVEL DEPARTAMENTAL

(Al 100%)

Departamento	SI	NO	Blanco	Nulos
Amazonas	27,859 (42.25%)	38,083 (57.75%)	3,745 (4.77%)	8,820 (11.23%)
Ancash	145,276 (50.64%)	141,589 (49.36%)	14,330 (4.25%)	35,668 (10.59%)
Apurímac	27,999 (41.54%)	39,404 (58.46%)	6,754 (7.70%)	13,544 (15.44%)
Arequipa	192,542 (50.09%)	191,823 (49.91%)	6,405 (1.57%)	16,273 (4.00%)
Ayacucho	45,913 (50.51%)	44,981 (49.49%)	8,455 (7.35%)	15,625 (13.59%)
Cajamarca	127,375 (49.33%)	130,820 (50.67%)	17,057 (5.42%)	39,323 (12.50%)
Cuzco	99,836 (37.76%)	164,589 (62.24%)	13,426 (4.40%)	27,205 (8.92%)
Huancavelica	30,803 (43.09%)	40,674 (56.91%)	7,497 (7.94%)	15,496 (16.40%)
Huánuco	66,981 (52.32%)	61,032 (47.68%)	8,927 (5.84%)	15,924 (10.42%)
Ica	129,990 (52.65%)	116,925 (47.35%)	4,486 (1.71%)	11,639 (4.42%)
Junín	188,486 (58.67%)	132,784 (41.33%)	10,093 (2.85%)	22,322 (6.31%)
La Libertad	204,425 (47.21%)	226,574 (52.79%)	13,947 (2.89%)	34,898 (7.24%)
Lambayeque	157,009 (48.25%)	168,375 (51.75%)	8,838 (2.50%)	19,203 (5.43%)
Lima	1,730,193 (60.08%)	1,149,859 (39.92%)	40,787 (1.35%)	110,664 (3.65%)
Loreto	65,234 (41.81%)	90,801 (58.19%)	2,954 (1.77%)	7,452 (4.48%)
M. de Dios	6,678 (49.58%)	6,790 (50.42%)	345 (2.36%)	798 (5.46%)
Moquegua	20,786 (41.24%)	29,612 (58.76%)	972 (1.81%)	2,207 (4.12%)
Pasco	31,502 (50.73%)	30,599 (49.27%)	4,384 (6.03%)	6,255 (8.60%)
Piura	202,741 (49.18%)	209,528 (50.82%)	14,876 (3.23%)	33,068 (7.19%)
Puno	64,304 (20.31%)	252,362 (79.69%)	12,293 (3.28%)	45,686 (12.19%)
San Martín	59,349 (51.48%)	55,940 (48.52%)	6,127 (4.48%)	15,409 (11.26%)
Tacna	35,890 (45.46%)	43,060 (54.54%)	1,218 (1.45%)	3,842 (4.57%)
Tumbes	20,103 (45.41%)	24,171 (54.59%)	920 (1.94%)	2,201 (4.64%)
Ucayali	47,924 (64.59%)	26,278 (35.41%)	2,460 (3.03%)	4,484 (5.53%)
Callao	149,766 (54.10%)	127,046 (45.90%)	4,317 (1.48%)	10,268 (3.52%)

Nota de 1994: Los resultados oficiales consolidados y finales del referéndum, no difieren de las cifras antes señaladas, y han sido publicados por el diario oficial «El Peruano», el 26 de agosto de 1994.

XIII

MISCELÁNEA

1) EL PRECIO DE PELEAR*

Abogado, experto constitucionalista, autor de varios libros sobre la materia y prestigioso catedrático de la Universidad Católica, Domingo García Belaunde, desprovisto de sesgos políticos, advierte acerca de los riesgos que puede traer en el futuro la agudización del conflicto que enfrenta el presidente Alberto Fujimori con el Congreso de la República.

Parece que no sólo es un caso insólito el que se hayan promulgado tres leyes de presupuesto, sino que, además, en las idas y venidas, los parlamentarios han cometido una serie de errores jurídicos, como el declarar nula una ley ya promulgada. ¿Es correcta esta apreciación?

- Sí. Creo que el Congreso ha estado mal asesorado o se ha precipitado. Una ley publicada no se puede declarar nula, porque una ley nula es aquella que nunca ha tenido vigencia. La Ley de Presupuesto promulgada por el Presidente Fujimori tuvo vigencia hasta el instante en que el Congreso decidió reemplazarla. Entonces debió declarar su anulabilidad, y no su nulidad. El Congreso, desde el punto de vista jurídico, ha cometido un error.

Lo que hay es un caos jurídico, con tres leyes de presupuesto promulgadas en menos de un mes...

- Yo no diría que hay un caos jurídico, lo que hay es un mal manejo legislativo, que puede ser ordenado.

Más allá de la técnica jurídica, en términos políticos, el Ejecutivo volvió a crear un enfrentamiento con el Poder Legislativo...

- Creo que la solución dada por el Ejecutivo, de promulgar la ley parcialmente, fue fundamentalmente pragmática. Lo sucedido es inédito, no tiene precedentes y es probable que no se repita.

* Publicado en **El Suplemento** del diario «Expreso», domingo 27 de enero de 1991.

Pero, el precedente, está creado y el Ejecutivo puede repetir el procedimiento para otras leyes.

- No, porque la solución dada no fue la más adecuada. Fue una solución pragmática que buscó solucionar dos impasses: la fecha de vigencia de la ley, y el derecho de observar. Fue una solución heterodoxa para salir de un conflicto

Antes que salir de un conflicto ha terminado ocasionando un conflicto mayor.

- Por un lado salió de un conflicto, y por otro, originó uno nuevo. Y eso puede ser preocupante a largo plazo.

¿Se ha originado un peligroso enfrentamiento de poderes?

- Diría que todavía no existe un enfrentamiento de poderes. Creo más exactamente que no existe una sintonía de poderes. Nuestra Constitución es presidencialista, pero no en términos absolutos, porque contempla que en determinados asuntos tiene que existir una coordinación, una interacción de poderes. En este momento, tenemos el caso patente de un Presidente de la República elegido con el 58% de los votos en segunda vuelta, pero que tiene en las cámaras un 23%. La falta de sintonía hace que el Presidente trate de hacer las cosas por su lado y el Congreso las haga por el suyo, con lo cual no hay una cooperación de poderes, con el riesgo de que en el futuro esto se agudice y se convierta en un serio conflicto. El fuego todavía no ha estallado, pero podría estallar.

¿No cree que desde que Fujimori asumió la presidencia hay un enfrentamiento cada vez más evidente entre el Ejecutivo y el Legislativo?

- Sí, pero en política hay que distinguir el fondo, de la forma. Los políticos por lo general tienen dos discursos: uno ante el micro, y otro, ante el buró político. Lo que importa no es lo que dicen en la televisión o ante la multitud, sino lo que se acuerda en los comités políticos.

Pero, no parece que detrás de los gestos exista una voluntad de entendimiento y de cooperación.

- De hecho no la hay todavía y no sé si exista. Mi preocupación no es si existe o no esa voluntad, sino que la falta de diálogo y de acuerdos termine en un antagonismo, en un conflicto de poderes declarado y formal.

Eso sería gravísimo para la estabilidad democrática...

- Los efectos son impredecibles. Si continúa este desencuentro entre el quehacer parlamentario y el quehacer presidencial, podría ocurrir una parálisis institucional en aquellos temas que requieren interrelación institucional, y eso llevaría a una ruptura que pondría en riesgo el sistema. Ya hemos tenido dos casos en este siglo en los cuales el pleito entre el

Ejecutivo y el Legislativo produjo la parálisis del sistema, y luego un golpe de Estado. Fueron los casos de Bustamante y Rivero el 48 y Belaunde el 68: ninguno de ellos tenía mayoría en las cámaras, hubo enfrentamientos y al final, el sistema voló.

Si las cosas se siguen manejando como hasta ahora, ¿se estarían alimentando las posibilidades de un golpe de Estado?

- No hay que ser tremendista, ni profetizar desastres, porque ahora tenemos más cultura política que hace 40 años, pero hay que señalar el riesgo que existe. Y no hay que olvidar que nuestro sistema está concebido a partir de la interrelación de poderes.

¿Si no existe esa cooperación el sistema colapsaría?

- Colapsaría y el país puede paralizarse, con los graves riesgos consiguientes. No es recomendable que estos desencuentros se agudicen. En un Parlamento atomizado, en el cual nadie tiene mayoría, lo único que queda es negociar, en el sentido de ponerse de acuerdo, conversar, como ocurre en todas las democracias modernas.

El Presidente de la República no parece muy dispuesto al diálogo y al entendimiento, parece preferir la imposición de su voluntad...

- Existe una tradición de autoridad presidencial que siempre se ha ejercido. El caso excesivo fue el de Alan García. Creo que Fujimori la está empezando a ejercer. El problema es que al Parlamento le falta conciencia de lo que es su misión. Este es un Parlamento anodino. Salvando algunas figuras interesantes en todas las tiendas, en términos generales, es un Parlamento de mediano rango.

La mediocridad del Parlamento ya no es una novedad, en términos generales, es más bien una norma.

- El problema es que, desde que tengo uso de razón, los Parlamentos siguen empeorando. No hay una voluntad común para hacer las cosas bien. Lo que pasa es que en el Perú lo que ha funcionado, de alguna manera, es el Poder Ejecutivo y lo que no funciona es el Legislativo. No funciona desde hace 10 años, esto no es de ahora. Acá se ha vendido la idea de que el Parlamento es el primer poder del Estado. Esa es una tesis falaz y, además, dañina. Si sostenemos que hay un primer poder, entonces también hay un segundo poder, y un tercer poder; eso no tiene sentido.

¿Estaríamos en la curiosa contradicción de una Constitución que crea un sistema presidencialista, y ciertos políticos que sostienen que el Parlamento es el primer poder?

- Así es, El poder es uno solo. Lo que importa es quién lleva el peso determinante en el reparto de funciones para llegar a una buena

organización. En Inglaterra es el Primer Ministro, en España es el Jefe de Gobierno, en el Perú es el Presidente de la República, al cual la Constitución le señala que coordine con el Parlamento. Es un régimen presidencialista atenuado.

No se puede responsabilizar exclusivamente al Parlamento de esta falta de coordinación; ¿No cree que el presidente Fujimori ha puesto mucho de su parte para alimentar este enfrentamiento?

- No es un problema de sólo uno de ellos. Responsabilidad hay en ambas partes. ¿Quién va a dar el primer paso? no lo sé, pero esta situación debe solucionarse con la voluntad de ambas partes. Esto se produce porque el Ejecutivo no tiene mayoría y tiende a actuar por su lado y porque, como en todas partes, el Legislativo tiende a ser muy lento.

El problema de Fujimori no sólo es que no tiene mayoría en el Parlamento, sino que tampoco tiene una organización política bien estructurada que lo respalde en el Congreso, aunque sea desde una posición minoritaria. Hasta ahora, Cambio 90 parece ser apenas una etiqueta sin contenido.

- Cambio 90 era una inspiración con tres ideas genéricas. Cambio 90 como organización política parece que concluyó el 90. Tal vez esta constatación esté llevando al presidente Fujimori a no tomar en cuenta al Parlamento.

Y también a legislar por encima del Congreso.

- Hay muchas cosas que han salido por decreto supremo porque simplemente el Parlamento no las quería aprobar, y como todo se iba a empantanar en una discusión, entonces la salida parece haber sido: «mejor que salgan por decreto a que no salgan nunca». La verdad es que no he estudiado todos los decretos supremos porque son muchos, pero al parecer en algunos casos ha habido exceso.

¿Para muchos analistas políticos el hecho de que ningún partido tenga mayoría absoluta en el Parlamento, antes que debilitar fortalece la democracia. ¿Está usted de acuerdo?

- No, esos son slogans. Esa opinión vale para países como Inglaterra en donde hay partidos políticos con 200 años de vigencia. La democracia es un producto de lujo que nos ha llegado de las democracias avanzadas; lo que en esos países funciona bien, no significa que sea bueno en sí mismo, significa que funciona bien allá, no significa que funciona bien acá. En el Perú es necesario que el Ejecutivo tenga, si no una mayoría absoluta, por lo menos una mayoría representativa.

En los últimos diez años el Ejecutivo ha contado con mayoría en las cámaras, y el Parlamento respaldó, sin sentido crítico, todos los actos del Ejecutivo...

- Sí, pero por lo menos el sistema caminó. La experiencia no ha sido positiva porque los dos Parlamentos anteriores también han sido muy

mediocres, pero por lo menos las cosas, bien que mal, salían.

Pero, más allá de la mediocridad del Parlamento ¿no es negativa la experiencia de un Poder Legislativo que se mueve de acuerdo a la voluntad del Ejecutivo?

- Hemos tenido 10 años con un Parlamento mediano que sintonizaba con el Ejecutivo, pero ahora tenemos un Parlamento, igualmente mediano, que se va a enfrentar al Ejecutivo y puede poner en riesgo el sistema democrático. ¿Qué es mejor?

En este forcejeo entre Ejecutivo y Legislativo para ver quién puede más, no se está percibiendo las consecuencias para la estabilidad del sistema democrático...

- El problema es que la pasión política impide ver el largo plazo. Se vive el momento y a veces no se mide lo que puede pasar. Ningún político está buscando deliberadamente alterar el sistema. Pero, se está dando un juego de susceptibilidades muy inconveniente.

Juego peligroso en el que parece difícil que alguno de los dos ceda ¿Qué hacer?

- El tiempo, la cordura, la opinión pública, pueden tranquilizar las aguas, porque si no, al final, todos perdemos.

¿El enfrentamiento de poderes no es más peligroso con un Presidente como Fujimori que desde un inicio ha buscado el apoyo militar?

- Ese es un hecho que no podemos negar. Creo que Fujimori es un hombre práctico y se ha dado cuenta que en este país hay dos instituciones de gran influencia: la Iglesia Católica y el Ejército.

¿No cree que es poco alentador el panorama de un Presidente cada vez más distanciado y enfrentado con el Parlamento y, a la vez, más recostado en los militares?

- No creo que en sí mismo, el hecho tenga tanta importancia. Un político como Fujimori, sin partido y sin base social organizada, tiene que buscar algún punto de apoyo. Lo que sí importa, y se le debe exigir, es no quebrar la institucionalidad del país.

¿Cree que existe, como señalan algunos, el riesgo que se produzca, en algún momento, una bordaberrización?

- Ya sabemos cómo terminó Bordaberry; cerró el Parlamento y al final los militares lo mandaron a su casa. La legitimidad del Presidente nace conjuntamente con la legitimidad del Parlamento. Si el Ejecutivo prescinde del Parlamento se está quitando legitimidad. Un Presidente que intente cerrar el Parlamento se estaría haciendo el harakiri, sin ninguna alusión personal, por supuesto.

2) DE LOS POLÍTICOS, LIBRANOS SEÑOR... *

Como todos recordamos, el laureado escritor Mario Vargas Llosa postuló a la Presidencia de la República de su país, el Perú, en 1990. En una primera vuelta alcanzó un triunfo muy ajustado, cercano al 27%, contra el 23% de su opositor, Alberto Fujimori. De acuerdo a la legislación peruana que ha adoptado el sistema de la segunda vuelta francesa, (aun cuando sólo para la composición del poder ejecutivo y no así del resto del sistema), el ganador debería alcanzar, para ocupar la Presidencia, más del 50% de los votos válidamente emitidos, lo cual no logró ninguno de los dos. En este supuesto, se iba a una segunda elección entre las dos primeras mayorías relativas, en la que ganaría quien alcanzase la mayoría simple. Esta se llevó a cabo en junio de 1990; en ella el escritor mantuvo un porcentaje similar, pero perdió frente al Ing. Fujimori, quien redondeó el 58% de la votación; esto es, dobló en números redondos a su ganador de la primera vuelta. Este hecho sorprendió a muchos y sobre todo a la clase política, no acostumbrada a este tipo de sorpresas, más aún cuando se trataba del descalabro de un escritor acreditado no sólo internacionalmente, sino ampliamente conocido por el público peruano, familiarizado con sus novelas y con las crónicas que habitualmente publicaba en la prensa local. Poco después, los analistas políticos, los comentaristas del acontecer local y hasta sociólogos y parte interesada, han escrito largamente sobre este suceso electoral, espectacular no sólo por sus resultados, sino por sus consecuencias. Incluso el mismo Vargas Llosa publicó un extenso ensayo en donde explicaba su propio punto de vista sobre las elecciones en las que participó. Detengámonos un poco en este enfoque de quien fue actor importantísimo en la contienda electoral de 1990.

Si bien la figura de Vargas Llosa es conocida desde la década del sesenta,

* Publicado en la revista **MADRID**, N° 14, mayo de 1992, y escrito con anterioridad al golpe de Estado de 05 de abril de 1992.

y quizá más ampliamente desde la década del 70, lo cierto es que, su paso, o mejor, cercanía a la política se da recién en los años ochenta. En el artículo que escribió al respecto (*A fish out of the water*, El pez fuera del agua) nos relata que todo se inició en 1987, con motivo de la estatización de la banca, en agosto de ese año. El dato sin lugar a dudas es exacto, pero hay que rescatar el hecho de que nuestro laureado escritor rondó los predios de la política mucho antes: en un primer momento, cuando fue llamado por el Presidente Belaunde (1980-1985) para integrar y, eventualmente, presidir un gabinete ministerial, que al final no prosperó por aparentes exigencias de su colaborador de entonces, Hernando de Soto. Luego Vargas Llosa aceptó integrar una Comisión Especial que investigó la matanza de un grupo de periodistas en la comunidad campesina de Uchuracay, en los Andes centrales, que tanto dio que hablar (y en la que el escritor, por lo demás, cumplió un papel decoroso y honesto). En fin, con estos antecedentes, no era de extrañar que Vargas Llosa se animase a dejar su veraneo en la playa norteña de Punta Sal, para salir al frente de la ciudadanía y combatir la estatización de la banca, que dentro del contexto político del momento y bajo el gobierno aprista encabezado por Alan García, pretendía acentuar el autoritarismo que por entonces asomaba. Sin lugar a dudas, la incursión de Vargas Llosa fue todo un éxito: el mismo Presidente Alan García salió a las calles a combatirlo, y el proyecto de estatización de la banca, resultó enormemente mediatizado luego de un áspero debate en las cámaras legislativas y, al final, la ley fue promulgada, pero no se aplicó: una verdadera hostia sin consagrar. Hasta ahí todo estuvo bien. Luego, los dos principales partidos de oposición, Acción Popular, fundado por el ex-Presidente Belaunde, y el Partido Popular Cristiano, liderado por el ex-Alcalde de Lima, Luis Bedoya Reyes, creyeron oportuno juntar sus fuerzas y lanzar, a consuno, a Vargas Llosa a la Presidencia de la República, juntos y bajo la bandera de un recién formado Frente Democrático Nacional (FREDEMO). Al principio todo fue bien, pero más tarde, cuando se iniciaron las conversaciones, empezaron los problemas, no sólo en la disputa por los cargos y la utilización del financiamiento electoral, sino incluso sobre los aspectos programáticos. Para ese momento, para justificar su presencia dentro del FREDEMO, Vargas Llosa había fundado el Movimiento Libertad, de manera tal que ante la opinión pública se presentaron como tres fuerzas políticas que ofrecían un mensaje nuevo. Según cuenta el mismo Vargas Llosa, a diciembre de 1989, las encuestas arrojaban un 55% a favor de su candidatura, lo cual daba a entender, muy a las claras, que ésta era imbatible. Pero al interior del FREDEMO continuaban los problemas. En un momento, Vargas Llosa renunció y sólo aceptó retomar la posta cuando sus otros dos socios hicieron concesiones. Lo cierto es que a partir de enero de 1990, Vargas Llosa empezó a manejar directamente su campaña, sin intervención de nadie. Fue entonces que acentuó su mensaje liberal, habló claramente de hacer una reducción del aparato burocrático en

unas 600,000 personas, en racionalizar la educación escolar eliminando prácticamente la gratuidad de la enseñanza escolar (que es precepto constitucional) y otras medidas de claro matiz recesivo.

Indudablemente, los hechos han dado la razón a Vargas Llosa, por lo menos en sus grandes lineamientos, pero lo cierto es que habló un lenguaje muy descarnado, duro y en cierto sentido inmisericorde. Se cuenta que en alguna reunión privada, uno de sus socios, el Presidente Belaunde, al ver lo que libre e irrestrictamente hacía un socio en campaña, exclamó que Vargas Llosa pensaba que la política era un confesionario público.

Lo cierto es que a partir de enero de 1990, cuando Vargas Llosa prescinde (en la práctica) de sus socios, empieza a perder puntos en las encuestas. Cuando vienen las elecciones en abril, sus desaciertos habían sido capitalizados por el Partido Aprista, que lo acusó de querer aplicar una política hambreadora (tipo shock económico), tan bien manejada, que asustó al elector medio. El día mismo de las elecciones, en abril de 1990, las encuestas daban como un hecho que Vargas Llosa ganaría con un ajustado margen que no excedía el 30%, lo cual hacía inevitable una segunda vuelta. En el lapso entre la primera y la segunda elección, el estilo de Vargas Llosa siguió siendo el mismo, mientras que su rival Fujimori aparecía ante el público como un peruano sencillo, trabajador y que haría una política de concordia y de protección a los sectores menos favorecidos.

Ya sabemos lo que sucedió: Fujimori ganó en toda la línea; la derrota de Vargas Llosa fue rotunda y el famoso escritor se ausentó del país desde entonces y no ha retornado más, salvo por breves periodos y para entender asuntos domésticos. Adicionalmente, se ha alejado de toda política partidaria, desinteresándose de ella.

Ahora bien, cabe preguntarse una vez más, a qué se debió esta derrota, que definitivamente no estaba anunciada. Repasemos los hechos: sus aliados políticos (Acción Popular y el Partido Popular Cristiano) habían obtenido más del 50% en las últimas elecciones municipales; por lo que bien podría considerarse dicho aporte, importante: si a eso se sumaba el contingente de independientes que arrastraba Vargas Llosa, la victoria se presentaba holgada en la primera elección. Así por lo demás, lo constataban los sondeos electorales. Adicionalmente, el nuevo candidato tenía imagen personal y presentaba un mensaje liberal que empezaba a ser grato en esos momentos, no sólo por corrientes de opinión internacionales, sino como reacción frente al exagerado estatismo del gobierno saliente.

Tratando de explicar su derrota, Vargas Llosa la ha atribuido a factores externos, como son, entre otros, los siguientes:

- a) Su unión con partidos que él o sus correligionarios denominan «tradicionales», y que aparentemente le quitaron fuerza (lo cual no se condice con las encuestas electorales que le dieron el revés sólo en los tramos finales),
- b) Su buena fe, porque habló la verdad y no quiso ocultar nada al electorado.
- c) Los malos manejos de los caciques lugareños, que no actuaron con el idealismo con que él actuó, y;
- d) El entorno político que hizo que su propio movimiento cayese en los viejos vicios del politicismo.

Sin embargo, siendo importante su declaración, peca de incompleta. En efecto, Vargas Llosa nos describe con pesar el mundo de la política, hecho de intriga, de engaño, de luchas intestinas por el poder, lo cual demuestra que no conocía este mundo y menos aún lo comprendía. Tampoco nos dice que al final, en los últimos tramos de su campaña, se deshizo de sus socios, con amplia experiencia política y empezó a actuar solo, sin escuchar a nadie, ni siquiera a sus publicistas (época en la cual precisamente las encuestas le empiezan a ser desfavorables). Tampoco nos dice el escritor que en los últimos meses se ensimismó en su entorno familiar, y confió la dirección de la campaña a uno de sus hijos, casi adolescente, y sin ninguna experiencia política. Y esto es sólo una parte de lo que silencia.

Leyendo a Vargas Llosa, lo que él explica y lo que dicen sus allegados, se arriba largamente a la convicción de que el escritor es (o era) un ingenuo en política y un improvisado en estas lides. Da pena comprobar cómo descubre a la altura de los años noventa, que la política es la lucha por el poder, verdad que los sociólogos y politólogos descubrieron hace siglos. La conclusión es clara: en el fondo, lo que existe en la ingenuidad de Vargas Llosa es un hecho macizo que, aun cuando tiene excepciones, se aplica aquí enteramente: el programa, la oportunidad, las ideas de Vargas Llosa estaban llamadas a triunfar, pero Vargas Llosa era el menos indicado para ejecutarlas. La culpa de su derrota no la tiene el electorado, sino él mismo, por ingenuo y por cierta arrogancia que mostró en los últimos meses de la campaña.

Su fracaso, sin embargo, nos ha devuelto a la literatura a un escritor extraordinario. Ha vuelto a donde siempre debió estar y de donde nunca debió salir. Pero Vargas Llosa debe alegrarse, porque no está solo. Sin necesidad de remontarnos a Platón (figura cumbre del pensamiento filosófico, que incursionó en la política y acabó prisionero y vendido como esclavo) recordemos a dos escritores laureados que alcanzaron la presidencia de la República, y acabaron derrocados por sendos golpes de Estado: Rómulo Gallegos (Venezuela) y Natalicio Gonzales (Paraguay).

3) PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL SE PRONUNCIAN CONTRA GOLPE DE ESTADO *

Los abajo firmantes, profesores universitarios de Derecho Constitucional y Ciencia Política manifiestan lo siguiente:

- I.** Lamentamos profundamente los hechos ocurridos el 5 del mes en curso, toda vez que significan el quebrantamiento del orden constitucional y la instauración de un gobierno de facto.
- II.** Expresamos la convicción de que los graves problemas que afligen al país deben y pueden resolverse dentro del orden constitucional, siempre y cuando exista voluntad de diálogo y respeto a las instituciones democráticas.
- III.** Expresamos nuestra protesta por los atropellos sufridos por las autoridades constitucionalmente elegidas, por dirigentes políticos y ciudadanos que han sido víctimas de atropellos diversos.
- IV.** Reclamamos el más irrestricto respeto a los derechos humanos consagrados en la Constitución vigente y en los Pactos Internacionales que son ley de la República, en especial, la libertad de expresión y el libre tránsito. En el mismo sentido exigimos la inmediata liberación de todos aquellos que, sin acusación ajustada a ley, se encuentran privados de su libertad.

* Publicado en **El Comercio** del 14 de abril de 1992.

- V. Esperamos el retorno a los cauces constitucionales y la plena vigencia de las libertades.

Lima, 8 de abril de 1992

Domingo García Belaunde
Jorge Power Manchego-Muñoz
Francisco Eguiguren
Enrique Bernaldes
Gastón Soto Vallenas
José F. Palomino Manchego
Walter Olivari,

Francisco Miró Quesada Rada
Alfredo Quispe Correa
Valentín Paniagua
César Valega G.
Francisco J. del Solar
Victor García Toma
Luis Ramírez Daza.

4) EL PLEBISCITO POSIBLE *

El Perú tiene hoy un gobierno de facto, que controla el Estado y que quiere realizar cambios constitucionales. Para hacerlo pretende recurrir al plebiscito, un arma conocida en la historia y en el derecho comparado para tomar decisiones, reformar leyes o textos fundamentales.

Uno de los aspectos preocupantes del plebiscito convocado por el ingeniero Fujimori es que no se sabe cómo va a ser llevado a cabo. En el país, la historia de los plebiscitos es negativa. Son fácilmente manipulables. En este siglo pueden mencionarse dos ejemplos de este mal uso del mecanismo plebiscitario de consulta. Uno es el caso de Augusto B. Leguía, que convocó a un plebiscito en 1919 para reformar la Constitución. La cambió y se hizo un dictador, hasta que lo destituyó Sánchez Cerro en 1930.

El otro caso es el del general Oscar R. Benavides, cuando en 1939, hizo un plebiscito para modificar la Constitución. Esto no estaba previsto en la Carta Fundamental de ese entonces. La reforma rigió solamente seis años, hasta 1945, cuando el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero la derogó por inconstitucional. Esto significa, pues, que las dos experiencias plebiscitarias más importantes en este siglo, han tenido resultados negativos.

Otra dificultad que se plantea es la forma de la consulta ¿Cómo pueden responder con un «sí» o con un «no» los diez millones de votantes a cuestiones que son estrictamente de carácter técnico-jurídico? Este obstáculo plantea otro problema de fondo: la permanencia de una consulta plebiscitaria. Si el plebiscito del 5 de julio se hace para legitimar un acto de facto, la interrogante es qué permanencia van a tener sus resultados,

* Publicado en la revista **SI**, núm. 270 de 27 de abril de 1992.

cuánto tiempo van a tener vigencia las reformas plebiscitarias que se aprueben.

El objeto de una reforma constitucional es la elaboración de normas que tengan futuro y permanencia, evitando reincidir en modificaciones constitucionales, tan precarias como las que se produjeron durante el gobierno del general Benavides.

La salida que encontró el general Francisco Morales Bermúdez fue distinta. Cuando sintió que era hora de irse no convocó a un plebiscito, sino a una asamblea constituyente. Esta salida permitió comprometer a las fuerzas políticas y sentar las bases para el reinicio de la democracia en 1980.

Lo importante de las normas, de las instituciones y de los cambios, no es que se hagan, sino que permanezcan.

Otra experiencia poco edificante fue la de Juan Domingo Perón, que elaboró en Argentina, contra viento y marea, una constitución en 1949, y en 1955, sólo seis años después, fue derogada luego de su derrocamiento, y restablecida la Carta Magna anterior.

Ahora bien, si el plebiscito del 5 de julio presenta una batería de preguntas jurídico-técnicas, que el pueblo no conoce, puede tener un claro sello manipulador. En este caso, se debería asegurar, por lo menos, que las reformas sean hechas por una comisión inobjetable, políticamente neutral, y que se convierta en la gran conciliadora de las fuerzas políticas. Dentro de esta alternativa, el plebiscito podría tener ciertos visos de democracia, de permanencia y seriedad. Si no fuera así, le veo poco futuro a esa consulta.

En la situación en que se encuentra el país, podría ser más adecuado, siempre que el diálogo esté abierto, convocar a una pequeña asamblea constituyente que sesione dos o tres meses, tomando como base un trabajo previo efectuado por una comisión ad hoc. Esta comisión tendría que ser inobjetable, y podría estar integrada por el Colegio de Abogados, la Iglesia u otros sectores representativos. De tal forma que la propuesta de esta comisión se presente a la Asamblea, y el Perú regrese a la constitucionalidad lo más pronto posible.

Esta sería, por otra parte, la forma de comprometer a las fuerzas políticas y sociales en este nuevo proyecto constitucional. Y, se quiera o no, la representación de las fuerzas políticas pasa a través de los partidos. Eso es incuestionable. La tesis del no-partido ha demostrado ya su inviabilidad

y ha fracasado en el Perú. La necesidad, por eso, de un diálogo, es imprescindible, como también lo es la voluntad de ofrecer concesiones por las partes en conflicto.

En la lógica del cronograma, resulta absurdo que se pretenda constituir una comisión para elaborar las reformas constitucionales, después de realizado el plebiscito, porque no pasaría de ser una comisión redactora. No creo que ninguna persona sería en el Perú se prestaría a formar parte de una comisión de redacción. Es evidente que los hechos tendrían que ser al revés. Una comisión -tal como he señalado líneas arriba- debería elaborar la propuesta para ser discutida posteriormente por una asamblea constituyente.

La comisión, tal como se plantea en el cronograma actual, al tener un mandato dado por el plebiscito del cinco de julio (en caso de realizarse) podría estar formada simplemente por funcionarios de un ministerio. ¿Para qué llamar, entonces, a juristas o especialistas en estos asuntos?

De Gaulle en Francia tomó, con corrección, un camino distinto al que quiere aplicarse aquí. En 1958 Francia vivía una profunda crisis institucional, con un parlamento sumamente dividido. Y nombró una comisión de juristas de alto nivel, tratando de recoger el sentimiento mayoritario de los partidos. Esta comisión, sobre la base de orientaciones muy generales, elaboró el documento constitucional, que fue posteriormente ratificado a través de un plebiscito. Hoy la Constitución francesa tiene más de 30 años de plena vigencia.

Otro ejemplo positivo fue el de España. El rey Juan Carlos I convocó a las Cortes Generales y les presentó un proyecto que fue debatido luego de manera democrática y plural, fruto del cual fue el texto constitucional. Posteriormente fue sometido a plebiscito y conquistó la aceptación de la mayoría del pueblo español y esa constitución tiene cerca de quince años. Este procedimiento permitió lograr un gran consenso y hacer una norma que tiene permanencia.

Por principio, no se puede desechar el mecanismo plebiscitario, dado que, como arma jurídica, es un mecanismo que existe desde la antigüedad. Y es bueno que exista. Incluso podría incorporarse a la Constitución peruana, como de hecho lo está en otras constituciones. Eso permitiría normar constitucionalmente su utilización y evitar cualquier uso arbitrario o manipulador.

En cuanto a nuestra Constitución, pienso que es moderna, y si son necesarias algunas correcciones, éstas serían reformas muy pequeñas.

Deben ser pequeños ajustes entre el poder Ejecutivo y Legislativo, o para reestructurar la parte que aborda el Tribunal de Garantías Constitucionales, que tiene una función muy importante y que funciona bien en toda Europa.

No deben confundirse personas con instituciones. ¿Por qué eliminar el TGC? Se trata de un asunto de selección de personal, más que de consideraciones de tipo institucional. Hoy funciona además en diversos países de América Latina, como Chile, Colombia, Guatemala. Una cosa semejante sucede en el Parlamento: si algunos parlamentarios trabajan mal, no tiene por qué cerrarse el Parlamento.

Finalmente, en relación con la necesidad de reformar la Constitución de 1979, bastaría con modificar 30 ó 40 artículos para que resulte plenamente actualizada. Y se habrían salvado los impasses que existen. Es un grave error, alentar reformas constitucionales si no están sólidamente sustentadas. Es imprescindible insistir en la necesidad de que el texto constitucional tenga el máximo de solidez, para que adquiera la fuerza de una ley fundamental.

5) DEBE MODIFICARSE SÓLO UNA PARTE DE LA CONSTITUCIÓN *

Domingo García Belaunde es reconocido como uno de los más destacados constitucionalistas latinoamericanos y ha publicado varios libros sobre la especialidad. Para que nos dé su posición acerca de la reforma de la Constitución planteada por el Ejecutivo, así como del papel de los partidos políticos y la OEA, *El DOMINICAL* lo entrevistó.

Existe el criterio generalizado de modificar la Constitución. ¿Significa que ya no tiene vigencia?

- En el contexto iberoamericano, la Constitución de 1979 es una de las más modernas, a excepción de la colombiana que es de 1991. Sin embargo, la nuestra tiene ventajas. Es mucho más estructurada, más orgánica. La colombiana es un poco desordenada e incluso incongruente en algunos aspectos. La Constitución peruana es una de las mejores a nivel normativo. Que en la práctica haya tenido tropiezos, no significa que deje de ser un magnífico documento constitucional.

¿En estos momentos resulta oportuna su modificación?

- Toda Constitución, en cuanto obra humana, es perfectible y por lo tanto la nuestra es susceptible de modificación. Pero, las enmiendas se están viendo como una salida política y no como un mejoramiento técnico. Estas deberían ser técnicas y con un consenso político.

¿Qué reformas deben incluirse?

- Haría algunos ajustes en lo que trata de la función parlamentaria, la regionalización, el Poder Judicial, especialmente el nombramiento de los

* Publicado en **El Dominical**, suplemento del diario «El Comercio» de 28 de junio de 1992.

jueces. También sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Consejo de la Magistratura. La Constitución con 40 ó 50 artículos modificados puede quedar ajustada y afianzada perfectamente.

¿Es partidario de la Democracia Directa?

- De algunos mecanismos de la Democracia Directa, como consulta popular, referéndum, la revocación de ciertos mandatos, de alcaldes y parlamentarios. También debería darse el voto a los militares, pero sin obligarles.

¿Cree que se debe modificar el artículo constitucional que obliga al voto?

- El voto debe ser voluntario, para que sea verdaderamente democrático.

¿Qué hacer para evitar el ausentismo?

- Habrá un ausentismo del 30 ó 40 por ciento. Pero los que votan reflejan la opinión pública, que es muy importante en todo sistema democrático.

¿Usted es partidario de la unicameralidad?

- Es más interesante. Sin embargo, creo que, políticamente, va a ser difícil que se concrete. El argumento en contra es que a la Cámara de Diputados va gente sin experiencia, que cometen excesos; razón por la cual el Senado resulta un buen filtro. La solución sería hacer un Senado más pequeño y con menos atribuciones, como ratificar magistrados y ascensos de militares. Habría que darle más fuerza a Diputados.

Golpe de estado

¿Qué opina sobre la interpretación constitucional de responsabilizar al Parlamento de ser el violador inicial de la Constitución y que el golpe de Estado del 5 de abril no fue más que un mecanismo de defensa?

- Esa es la tesis que ha dado un político y constitucionalista, en la que no creo. Se puede decir sí, que hubo un exceso parlamentario, pero la Constitución establece los mecanismos para corregirlos: el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Control Político, que fueron olímpicamente ignorados.

Sin embargo, en casos de conflicto, quien decide finalmente es el Congreso.

- Es que tenemos un gobierno presidencialista con matices parlamentarios, que establecen que, en casos de conflicto, se imponga la decisión del Congreso, con una mayoría calificada. Pero, yo no creo que el Parlamento haya violado la Constitución.

Nuestra Constitución tiene algunos mecanismos para defenderse de las leyes

inconstitucionales ¿Por qué cree que el gobierno no los utilizó?

- Hay un problema de personalidad en Fujimori. No sabe dialogar. La Constitución, como bien lo señala, prevé la existencia de leyes inconstitucionales, pero también la forma de combatirlas: la acción de inconstitucionalidad y control por parte del Poder Judicial. El Parlamento, en ningún momento, cometió una violación en sentido riguroso. Violarla es dejarla de lado, sentarse en ella. Eso es lo que ha hecho el Ejecutivo, el 5 de abril. El resto es palabrería.

¿Usted cree que los militares actuaron de acuerdo con la Constitución el 5 de abril, porque señala la obediencia al presidente como jefe supremo de las Fuerzas Armadas?

- Entiendo que los militares no han propiciado el golpe de Estado y tampoco creo que lo hayan hecho suyo. Se han embarcado en el golpe, que fue decidido por sí y ante sí por el presidente Fujimori.

¿No les quedaba el recurso de la desobediencia?

- Lo más probable es que de no adherirse, Fujimori los hubiese cambiado y colocaba a otros en su lugar. Las FF.AA. son entidades que siguen al presidente. El responsable es Fujimori y nadie más.

Democracia y partidos políticos

Hay quienes sostienen que el Perú no está preparado para vivir en democracia

¿Cuál es su opinión?

- El problema es que no hay otro sistema mejor. Nuestra democracia es deficitaria, pero estamos mejor que hace cincuenta años. Hay más participación, más opinión pública, más diarios, más gente que escribe, más autogobiernos, sobre todo municipales.

El Dr. Enrique Chirinos Soto sostiene que los gobiernos constitucionales con minoría parlamentaria terminan en golpe de Estado ¿Usted coincide con ese planteamiento?

- Así se ha confirmado en los últimos 50 años. Pero eso tampoco es un problema de la Constitución. Es obra y gracia del sistema de dos vueltas mutilado que rige en el país. Hay dos vueltas para el Ejecutivo y una sola para el Legislativo. Y, en el colmo, se ha creado el sistema de cifra repartidora. Acá tenemos que elegir al presidente en una sola vuelta, con un Parlamento de 50 por ciento más uno y el resto distribuirlo de acuerdo a la cifra repartidora.

¿Cómo solucionar la crisis de los partidos políticos?

- Hace más de veinte años que hay una crisis de representación y de partidos políticos. Es necesario renovar estas agrupaciones. El primer síntoma de

que algo andaba mal, en lo que a representación se refiere, es cuando sale elegido alcalde, Ricardo Belmont, candidato independiente. Eso fue una seria llamada de atención, de que algo estaba pasando en el electorado, que ya no creía en las propuestas de los partidos.

Dr. García Belaunde: ¿Cuál es su interpretación del apoyo popular hacia el presidente Fujimori?

- Es un rechazo a los partidos políticos y al Parlamento. Pero no significa un apoyo permanente al golpe de Estado. Al final se va a desinflar. También Velasco fue aplaudido, Pérez Godoy, Lindley y Odría.

Los partidos políticos exigen democracia. Sin embargo, hay muy poca democracia en su interior.

- El reto de los partidos es imponerla.

¿Quién debe promulgar la Ley de Partidos Políticos?

- Debe hacerse con los interesados. No se les puede dejar de lado. Es como si se quisiera hacer una Ley del Poder Judicial, sin la participación de los magistrados.

Se cuestiona el papel de la OEA en la restauración del sistema democrático en el país ¿Usted comparte esa opinión?

- La OEA se ha encontrado con los hechos consumados y trata, dentro de sus límites, de ayudar al regreso de la normalidad. No creo que esté avalando a Fujimori. La OEA no puede hacer más. No es un tribunal de sanciones.

Una pregunta inevitable ¿Piensa participar en el Congreso Constituyente?

-No he desechado totalmente esa posibilidad, pero tampoco me entusiasma. Me gustaría colaborar de la misma forma que lo he venido haciendo hasta ahora.

6) SOBRE EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN*

El destacado constitucionalista, Domingo García Belaunde, manifiesta su preocupación por la inminente aprobación en el Congreso Constituyente, del proyecto de Constitución que según él, tiene todas las características de haber sido elaborado por el Servicio de Inteligencia Nacional. Si esta reforma de la Carta Magna llega a prosperar, se pondrían en riesgo muchos derechos fundamentales como la libertad de expresión, señaló.

García Belaunde sostiene que, en la reforma de la Constitución, debe eliminarse el voto obligatorio y permitirse el derecho de sufragio a los militares. Sostuvo también que la reelección presidencial no debe ser aprobada por el CCD.

¿Qué opina del trabajo que realiza en la actualidad el Congreso Constituyente con respecto a la reforma de la Carta Magna?

- Yo diría que el trabajo que ha hecho hasta ahora es intrascendente. Se reúnen en la Comisión de Constitución, sin público, y además se trabaja sobre un proyecto que nadie conoce ni sabe cómo se ha hecho; inclusive se está anunciando un cierto sesgo autoritario en lo que se refiere a recortes en la libertad de expresión. Aparentemente se ha dado un paso atrás, Sin embargo, considero que la idea es aprobar, de todas maneras, estas restricciones a la libertad de los medios de comunicación. Es como una espada de Damocles que pende sobre los medios de expresión. Bajo la engañosa fórmula de evitar la apología del terrorismo, se pretende amordazar a los medios.

¿Por qué cree que al finalizar los trabajos de reformas de la Constitución se

* Publicado en **La Nación**, 14 de febrero de 1993.

incluirán restricciones a la libertad de pensamiento?

- En primer lugar, porque la alianza Cambio 90-Nueva Mayoría, es mayoría en el parlamento. En segundo lugar, porque este proyecto de reforma de la Carta Magna, no lo ha hecho la Comisión de Constitución. Basta hacer una minuciosa lectura para darse cuenta que no ha sido elaborado por especialistas en derecho, sino por miembros del servicio de inteligencia. Este proyecto ha sido redactado fuera del Parlamento, y ha sido alcanzado a los congresistas como una realidad. El borrador que he visto demuestra, muy claramente, que hay un ánimo muy marcado de señalar este tipo de pautas muy restrictivas, muy controlistas, aparte que está hecho con una mala redacción y mala técnica, lo que indica que es gente con poca experiencia en derecho.

Entonces, si este proyecto ha sido elaborado fuera del Parlamento y encima el Gobierno tiene mayoría parlamentaria, significa que la propuesta que han presentado de todas maneras será aprobada.

- Estoy seguro que, cuando se trate el tema de seguridad nacional, de todas maneras se van a incluir estas restricciones, como son la apología del terrorismo, el cierre de periódicos, canales de televisión y juicio en el fuero militar para los responsables.

¿Así de fácil va a ser cerrar un medio de expresión?

- Según esa norma, si un medio coloca un titular que para el Gobierno es considerado como apología de terrorismo, entonces le abren instrucción y cierran el periódico al día siguiente. Esta intención que tiene el presidente Fujimori es muy grave, porque si bien es cierto que los pactos internacionales de derechos humanos condenan toda apología de la violencia, el odio racial, la lucha, la agresividad entre pueblos y naciones, sin embargo, en ningún caso los pactos internacionales sancionan estas conductas con la clausura del medio. Una cosa es que condenen la apología de la violencia, y otra cosa es que esto sea acompañado por la clausura de un medio. Eso es completamente equivocado. Al contrario, lo que establecen claramente los Pactos de Derechos Humanos, es la absoluta libertad de prensa, con responsabilidad; entre ellas figura no hacer apología de la violencia. Los responsables deben ser sancionados civil y materialmente, pero eso no significa que se cierre el medio. Es como aceptar el absurdo de que porque los automóviles causan muchas muertes en los accidentes de tránsito, entonces los vehículos deben ser eliminados. No, en este ejemplo, lo que se debe hacer es sancionar a los choferes. En el caso de los medios, los responsables son: el director, el autor de la columna, del programa o quien firma el artículo.

¿En este proyecto de Constitución ha tenido algo que ver el asesor presidencial

Vladimiro Montesinos?

- No sé sinceramente, porque este asunto es algo muy reservado.

Lo que sí tengo conocimiento es de que el documento que yo he visto y que curiosamente está siendo adoptado por la Comisión de Constitución, es un documento que tiene todas las características de haber sido elaborado por gente vinculada al servicio de inteligencia y que no tiene ninguna formación jurídica. Por una simple inducción he llegado a esta conclusión, No me consta, pero supongo que es así, porque tiene todos los visos de que se trata de un proyecto redactado fuera del Congreso.

¿Los congresistas que forman parte de la Comisión de Constitución, no se han percatado de esta situación?

- No sé, quizás lo saben, pero confían que podrán modificar el proyecto; no quiero prejuzgar sobre sus intenciones.

¿Concretamente, en qué aspectos Ud. ha deducido que este proyecto ha sido elaborado por miembros de inteligencia?

- Porque hay mucho énfasis en lo que es seguridad nacional, terrorismo, subversión. Este lenguaje es típico de militares y no de juristas. El militar tiene un espíritu de su propio estamento. Cada persona tiene una formación profesional. Tanto es así que si se le da una Constitución a los médicos, este texto va a estar lleno de recetas sobre cómo conservar la salud, el ambiente, etc. Esto será normal.

¿El mismo documento que ha visto Ud. es el que tienen todos los miembros de la Comisión de Constitución o acaso ha sufrido algún cambio?

- El documento que yo he visto, tengo entendido que ha sido enviado a la Comisión de Constitución, pero en el camino ha sufrido algunas modificaciones. Parece que las variaciones que se le han agregado han sido en el camino.

¿Sin embargo, se dice que el autor de este proyecto es Carlos Torres y Torres Lara?

- No creo, él es un hombre experto en derecho mercantil. También conoce el tema del cooperativismo. Yo no creo que él haya elaborado el proyecto.

¿Qué aspectos deberían modificarse en la Carta Fundamental del 79?

- Deberían modificarse aquellos aspectos que demostraron no ser eficientes, por ejemplo el modelo regional; es necesario introducir ciertas formas de participación popular que se discutieron antes y fueron introducidas parcialmente. Es bueno hacer algunos afinamientos en lo que respecta a los derechos sociales y económicos, porque hay demasiados. Se debe cortar algunos. Debe perfilarse también la función del Poder Judicial.

Creo que los cambios que se deben realizar alcanzan apenas un 20 por

ciento; el resto son temas que pueden ser mantenidos. El mundo no ha cambiado tanto en pocos años. España, por ejemplo, sancionó su Constitución en 1978, un año antes que nosotros. Hoy este país se ha incorporado a Europa, ha bajado sus barreras, ha dado un gran progreso económico, social y político, sin cambiar su Constitución.

¿Sin embargo, hay algunos juristas que consideran que la Constitución del 79 no representa a las necesidades de la realidad nacional, porque es una simple copia de las de otros países?

- El problema es que nuestra Constitución tiene un inevitable desfase, entre otras razones, porque nosotros no somos creadores en materia constitucional.

Hemos creado, por ejemplo, en novela, cierto tipo de poesía, música. En materia jurídica no hemos creado casi nada. Esto obliga a tomar lo que otros han hecho. Nosotros no creamos el matrimonio, fue creado por los romanos. Lo que pasa es que lo importamos y aquí se adaptó. Estas razones explican porqué hemos adoptado creaciones de otros. Ahora, esa adaptación no siempre ha sido feliz, lo cual provoca algunas críticas.

¿Está de acuerdo con la aplicación de la pena de muerte para los terroristas?

- Considero que debe mantenerse sólo como está establecido en la actual Constitución. El fusilamiento no va a solucionar el problema del terrorismo. Cada subversivo que se mate tendrá su estatua y se le recordará como héroe. Incluso al Ché Guevara se le levantaron estatuas por más de 20 años en América Latina, y una lo fue en la Facultad de Derecho de San Marcos. Si se envía a Abimael al paredón, se hará un Dios de él.

¿En qué caso entonces debe aplicarse la pena capital?

- En casos de traición a la patria, en guerra externa.

¿Pero parece que de todas maneras el Gobierno quiere aplicar la pena de muerte para algunos terroristas?

- Así se establezca en la Constitución, no puede enviar a la cúpula senderista al paredón, por el principio de irretroactividad de la ley.

¿Doctor, acaso este Gobierno ha dado muestras de no ser respetuoso de las normas elementales del derecho?

- Bueno, en ese caso se tendrá que someter a la crítica internacional, por aplicar medidas retroactivas.

¿En la reforma de la Constitución, debe permitirse el derecho a voto de los militares?

- En este sentido creo que deben realizarse dos grandes modificaciones.

En primer lugar, considero que debe permitirse el derecho a voto de los

militares y efectivos policiales que estén en actividad. Lo segundo, es que el voto debe ser libre, porque actualmente estamos en un pueblo de carneros al que se le obliga a votar. Si queremos crear conciencia cívica, se debe dar plena libertad en este sentido. El que quiera votar por su candidato que haga el esfuerzo y vote. Yo tengo la impresión de que la gente sufraga porque se siente obligada. Si el voto fuera libre habría que ver qué pasa, cuántos ciudadanos de hoy van a votar. Yo le garantizo que los sufragantes bajan en 50 por ciento.

¿Además es una buena manera de comprobar si están de acuerdo con el sistema democrático que existe en el país?

- Así es. La verdadera democracia es esa, el voto libre.

¿Qué opina respecto del plebiscito y el referéndum de los que tanto se habla?

- Son fórmulas de participación, pero tal como se han aprobado es peligroso, porque se dice que esas fórmulas de participación estarán regidas por la ley, pero ésta puede decir cualquier cosa.

¿Cuál es la diferencia entre plebiscito y referéndum?

- Hay mucha confusión al respecto. En realidad el plebiscito es la consulta sobre asuntos importantes de carácter nacional y el referéndum es normalmente relacionado con normas que se van a dar o que se hayan dado. Las dos son consultas al pueblo. Por ejemplo, la pena de muerte va a ser sometida a un plebiscito y la Constitución a un referéndum. Sin embargo, estas definiciones varían de acuerdo a los autores.

Para evitar más confusiones, yo creo que debe establecerse en la Carta Magna qué se entiende por referéndum y qué, por plebiscito.

¿Qué opina de la reelección presidencial?

- No estoy de acuerdo, me parece que es un error que se aplique la reelección, en países en los cuales el presidente tiene un control absoluto de la situación económica. Creo que insistir en la reelección podría dar a entender que lo único que interesa es el poder. Lo que importa es el país, la política a seguir, las mejoras, los cambios, la reinsertión. Los hombres no son indispensables. En otros países hay reelección y se permite porque hay una conciencia cívica. Acá lamentablemente no la hay. Además, la historia en América Latina demuestra que los que desean la reelección presidencial, simplemente desean el poder. Por ejemplo, Leonidas Trujillo en República Dominicana, Juan Vicente Gómez en Venezuela, entre otros.

Además, las reelecciones presidenciales han sido condenadas por las historias políticas y constitucionales de cada país.

¿Aun cuando haya transcurrido un período presidencial?

- Eso es distinto. Estamos en contra de la reelección inmediata. La

reelección, tras un período, me parece que es normal.

¿Debe mantenerse la economía social de mercado?

- Lo que se ha propuesto es que se vuelva a la economía de mercado y eliminar lo que hoy es social; esto permitiría hacer aún más definido el liberalismo, lo cual me parece un poco exagerado y contraproducente. Lo mejor sería que los textos constitucionales en la economía, sean un poco ambiguos, que no sean muy precisos, para que permitan diversas políticas económicas, de acuerdo con los tiempos.

¿Cuál debe ser el espíritu de la reforma de la Constitución?

- En primer lugar, yo no creo que una nueva Constitución, sea necesaria, pues la de 1979 no es inservible. Si hay fallas, deben hacerse reformas. En todo caso, la reforma debe respetar las líneas históricas de nuestro constitucionalismo. Debe respetarse la existencia de mecanismos para proteger a las personas, la independencia del Poder Judicial, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, el libre funcionamiento del Poder Legislativo dentro de los ámbitos de su competencia, y mantener organismos que permitan el manejo imparcial de la voluntad popular, como el Jurado Nacional de Elecciones.

7) EL LIBERALISMO COMO FRENESÍ*

En un célebre ensayo publicado en la década del treinta, Lord Keynes se anticipó en señalar que la época del *laissez faire* había terminado.

Esto es, la vieja concepción del Estado-gendarme o mejor aún, guardián nocturno, había tramontado. El motivo para hacer tan audaz afirmación, venía avalado seriamente por los hechos. Por cierto, al dejar establecida la defunción de ese concepto, Keynes se estaba refiriendo fundamentalmente al liberalismo económico, y a una variante de éste: el que había utilizado el capitalismo occidental sobre todo en el siglo XIX. Por cierto, hablar de liberalismo es una cuestión hartamente espinosa. Si bien, como todos saben, su uso es relativamente reciente y está vinculado con las experiencias políticas españolas de principios del siglo XIX, hoy está desbordado por la realidad de los hechos. Se da el caso de que, mientras en unos países ser liberal es estar de acuerdo con las estrictas normas de la tradición, en otros es precisamente lo contrario. Igual puede decirse de los continentes o, mejor aún, de las áreas de países.

En el caso concreto de América Latina, el liberalismo fue, sin lugar a dudas, la ideología dominante en el siglo XIX y la que a la postre triunfó sobre los conservadores. Ser liberal era, fundamentalmente, profesar un credo político unido a la revolución, a la instauración de las nacientes repúblicas, a la consagración de los derechos individuales, la separación de poderes fijados en una Carta política, y al libre juego de la oferta y la demanda; dentro de un respeto sacrosanto a la propiedad privada y al libre ejercicio de la industria y el comercio. Por cierto, que esto no siempre era así, pero así se entendió que debería ser.

* Publicado en **APERTURA** (Lima, junio de 1992, núm. 5) y en **MADRID** (Madrid, enero de 1993, núm. 22).

En el siglo XX las cosas cambian en nuestro continente. Un hecho histórico fundamental removerá las conciencias. Es la revolución mexicana que estalla en 1910, la que da el toque de alarma. Como corolario de ésta, se sanciona en la tradicional ciudad de Querétaro y en 1917, la Constitución que hasta ahora tienen los mexicanos, aun cuando ha sido objeto de más de trescientas reformas. Se inició así no sólo el ocaso de las viejas oligarquías ligadas al sector agrícola, sino el proteccionismo social, que se acrecentaría con los años. Este texto, predecesor del soviético de 1918 y del weimariano de 1919, marca el inicio del constitucionalismo social, que en cierto sentido es una negación y, al mismo tiempo, una superación del constitucionalismo liberal. Más tarde, otro suceso, -la reforma universitaria- sacudió a la clase dirigente de nuestro continente. Esto ocurrió en la Argentina, en Córdoba (1918) aun cuando sus antecedentes pueden ser fijados en el Congreso Internacional de Estudiantes Americanos, que se celebró en 1908 en Montevideo.

Con alzas y bajas, lo que han visto los pueblos de América Latina, es un crecimiento cada vez mayor del Estado, la presencia de diversos correctivos al capitalismo, cuyos moldes manchesterianos importamos en el siglo XIX, y el crecimiento del Estado benefactor, a límites quizá más allá de lo aconsejable.

Otro período importante lo abre la revolución cubana de 1959. En esos momentos difíciles, el experimento cubano llamó la atención, y grandes personalidades visitaron la isla para comentar sus experiencias y apoyarla moralmente.

Luego vinieron las guerrillas que agitadas por el Ché Guevara, tuvieron un trágico final. El que hoy Castro nos parece -y sea- un dictador casi obnubilado y en cierto sentido obsoleto, no puede negar el hecho de que en la década del sesenta representó una esperanza y un cambio de estilo en nuestros países. En su momento, habrá que hacer un balance del experimento cubano.

Pues bien, todo esto empezó a cambiar en la década de los ochenta. La **perestroika** no es algo nuevo que modifica las cosas, sino al revés, no hace más que reflejar fielmente un cambio de situaciones. Igual se dio en otras partes del mundo, y en especial en América Latina. De un estado elefantiásico, protector, excesivamente asistencialista, prodigador de servicios y beneficios, se empezó a postular el giro opuesto. Esto es, volver a un sano liberalismo, que no propusiese nada, que no interviniese en nada, y que se limitase a lo esencial. En otras palabras, adelgazar al Estado para reducirlo a su mínima expresión. En el fondo, el ideal de Bentham: el mejor

gobierno es el que menos gobierna. Así empezó hace pocos años la reforma del Estado y el auge de las privatizaciones. Recetas fondomonetaristas fueron aplicadas en diversos países, sobre todo en el Brasil, México, Venezuela, la Argentina, el Perú y Bolivia. Los resultados no han sido siempre satisfactorios, y el costo social de este experimento ha sido tan grande en Venezuela, que estalló un intento golpista, que no llegó a consumarse. De hecho, el cambio de giro, esto es, la vuelta a un liberalismo entendido como abstención, está siendo aplicado en nuestros países, pero no siempre con igual fortuna. En el camino quedarán muchos muertos, dijo hace poco un economista peruano en un programa de televisión. La verdad es que estos pueblos ubicados al sur del Río Grande parecen haber vivido siempre en una situación pendular. Del estatismo más grande al liberalismo más extremo. Al parecer no se conocen las zonas intermedias ni los colores grises.

Por otro lado, luego del derrumbe primero, y extinción después, de la URSS, ya resulta inviable todo experimento de cuño socialista; o socialismo de Estado, que es lo que realmente hubo. No hay pues, otra alternativa. O apoyarse en el Estado, con lo cual todos terminamos asfixiados, o apoyarse en el individuo, con lo cual sólo los más fuertes sobrevivirán, al estilo de Darwin. Esta parece ser, por ahora, la alternativa en que se mueven los pueblos de América Latina. Quizá más adelante se puedan otear otros horizontes.

8) RESCATAR LA CONSTITUCIÓN *

Hace unas semanas, en el paraninfo de la prestigiosa Universidad San Agustín de Arequipa, tuve el honroso encargo de presentar el estupendo libro de Pedro Planas, **Rescate de la Constitución**. Como ya está circulando a nivel nacional, sólo quisiera hacer algunas reflexiones sobre la utilidad e importancia de este libro en la difícil circunstancia que atravesamos.

Son numerosas las ideas-fuerza que lo nutren; sin embargo, nos limitaremos a explicar el triple significado que engloba el **Rescate de la Constitución** que Planas propone.

En primer lugar el autor denuncia la ausencia del significado de una Constitución en la mentalidad peruana predominante y, en particular, dentro de los sectores dirigentes. Este diagnóstico -lamentablemente, acertado- marca el inicio del libro y es desarrollado desde varias facetas y con ejemplos muy puntuales, como cuando explica el contenido de una Constitución (páginas 83-106), evalúa al CCD como salida constitucional (páginas 381-386) y aborda el compromiso constitucional, entendido como el clima propicio para auspiciar la elaboración de una Constitución (páginas 431-436).

Tenemos así que, más allá de textos o artículos, existe la necesidad de rescatar el íntimo significado de la Constitución como un «pacto estatal de voluntad supragubernamental».

Guardando coherencia con lo anterior, Planas nos invita a revalorar la Carta de 1979. Sin una idea adecuada del significado de una Constitución -cualquiera que ésta sea- «no sólo será imposible evaluar, con perspectiva y serenidad, el actual texto constitucional, sino que resultará materialmente

* Publicado en **EXPRESO** (25 de junio de 1993).

imposible proyectar un texto fundamental de mayor alcance jurídico e institucional».

Planas hace un recuento muy completo de la formación, en la última década, de una doctrina constitucional peruana, antes inexistente en nuestra larga historia republicana. Esta doctrina desarrolló e interpretó las instituciones de la Carta de 1979, logrando numerosos consensos. Pero, precisamente cuando esta doctrina constitucional se consolidaba, «se lanza la iniciativa de hacer una nueva Constitución, cual si se tratase de una guía telefónica que hay que renovar cada cierto tiempo» (página 105).

Coincido totalmente con Planas, pues ya varias veces he afirmado que nada justifica, históricamente, que hoy se elabore -o que se nos imponga- un nuevo texto constitucional.

En tercer lugar, el autor nos convoca a rescatar nuestra Constitución Histórica, en uno de los aportes más valiosos y sugestivos que nos brinda el libro. Planas explica que, detrás de los artículos de la Carta de 1979, hay un conjunto de valoraciones institucionales que se ha ido labrando progresivamente desde mediados del siglo pasado.

Esta Constitución Histórica es definida como «un espacio valorativo extranormativo construido por varias generaciones de peruanos y que forma parte de una tradición democrática y republicana que guarda el Perú en sus entrañas y que es menester rescatar como proyecto histórico de Constitución». Ello implica, además, una coherencia interna entre las instituciones, tal como explica Planas al desarrollar las funciones del primer ministro y nuestra forma de gobierno, que denomina -en mi opinión, con poca fortuna- como sistema semipresidencial.

Recomiendo vivamente la lectura de **Rescate de la Constitución**. A la sólida y profunda versación en temas constitucionales (fruto de sus tres años como profesor de Derecho Constitucional), Planas ha unido la frescura y agilidad del estilo (fruto de su ejercicio periodístico), facilitando la compenetración del lector medio con las ideas fundamentales de su libro. Y lo presenta como una invitación a los ciudadanos a reflexionar sobre los problemas que afligen a la democracia en el Perú.

9) LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES IBEROAMERICANOS *

En el año del Quinto Centenario, son muchas las publicaciones y los actos conmemorando este hecho y rescatando la realidad social, histórica y política de los pueblos ubicados en tierras americanas. Sin embargo, en el aspecto jurídico propiamente dicho, España ha vivido a espaldas del mundo iberoamericano, no obstante que en ese campo se encuentran trabajos originales, contribuciones importantes y enfoques novedosos, sobre todo en materia constitucional. Esto contrasta cuando advertimos -con una simple constatación bibliográfica realizada en cualquier biblioteca- que más hizo el franquismo por Iberoamérica, que la restaurada democracia española de 1978. En efecto, como simple botón de muestra, puede verse **Las Constituciones Hispanoamericanas**, monumental colección fundada y alentada por Manuel Fraga Iribarne en la década de los cincuenta, que hasta la fecha, no obstante el paso del tiempo, no ha sido superada y menos aún completada en los pocos países faltantes. No hablemos de actualización, pues ya todos esos venerables volúmenes, que incluían estudios analíticos e históricos y colecciones de textos constitucionales, necesitan una actualización que sólo ha sido realizada, en parte, en los propios países interesados. Después, y en lo que a materia jurídica se refiere, las conmemoraciones del Quinto Centenario se han envuelto en un halo retórico, admirable por lo hueco y agravado por el maltrato que se dispensa a los iberoamericanos que viven o llegan a España.

Por cierto, que hay otros textos y otros esfuerzos que señalar. Antes que nada, es obligatorio referirse al maestro Adolfo G. Posada, quien siempre estuvo alerta de lo que sucedía en Hispanoamérica, y a la cual dedicó bibliografías, colecciones de textos y profundos análisis, no siempre continuados. Pero, en todo caso, es muy significativo que al fundador

* Publicado en **ÁGORA** (Lima), núm. 1, setiembre de 1993.

moderno del Derecho Político español, no se le haya escapado la atención sobre la realidad constitucional iberoamericana.

Luego viene un largo paréntesis, con algunas excepciones en discípulos de Posada (como es el caso de Pérez Serrano). Además, hay que llamar la atención sobre la larga estancia que en tierras de América tienen Manuel García Pelayo y Francisco Rubio Llorente, fundamentalmente en Venezuela, pero sin que esto se haya reflejado en la numerosa producción bibliográfica de ambos profesores.

En los últimos tiempos es importante destacar las contribuciones de Manuel Alcántara, sobre los regímenes políticos de América Latina (sobre todo de orden politológico) y el libro sobre el constitucionalismo iberoamericano de Antonio Colomer Viadel. En tierras americanas, un gran esfuerzo lo inició el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (que alentó trabajos individuales como los de Jorge Miranda y Vicente Herrero) y luego supo juntar y reunir a juristas españoles e iberoamericanos, en jornadas y certámenes en los cuales se estudiaba y discutía los diversos problemas de los países iberoamericanos. De ello da constancia la larga lista de volúmenes publicados por el acreditado Instituto mexicano, en los últimos veinte años. A lo anterior cabe agregar el libro sobre constituciones comparadas de América del Sur, que recientemente ha coordinado en Bogotá el profesor Jorge Mario Eastman, que además de contener el texto íntegro de la novísima Constitución colombiana de 1991, trae numerosos cuadros comparativos.

En fecha más o menos coincidente, el prestigioso constitucionalista argentino, Humberto Quiroga Lavié, ha lanzado a través de las prensas de la Universidad Nacional Autónoma de México, un completo y complejo texto titulado **Derecho Constitucional Latinoamericano**, que es quizá el primer abordaje, desde una perspectiva comparatista, del constitucionalismo iberoamericano en toda su dimensión, acompañado de amplia como generosa bibliografía. La obra tiene la desventaja de centrarse sobre todo en el complejo normativo, con escasas referencias a la realidad cotidiana o a la vida de las normas, pero es indudable que mantiene una unidad de concepción y ofrece un panorama útil.

A todo este bagaje, rico pero escaso, debe agregarse el reciente volumen dedicado a **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**, editado en Madrid y a cargo de la Editorial Dykinson, en casi mil páginas, y que constituye una obra colectiva, en la cual están tratados casi todos los países iberoamericanos. En su elaboración han sido coordinadores responsables Francisco Fernández Segado, catedrático de la Universidad de

Santiago de Compostela, Rubén Hernández Valle, profesor de la Universidad de Costa Rica, y quien escribe estas líneas, que regenta cátedra en diversas universidades limeñas. Tarea ardua y penosa, en la cual se ha contado con lo mejor del constitucionalismo iberoamericano, en esfuerzo que no sólo no tiene precedentes, sino que completa y perfecciona todo lo existente. La obra está dedicada a países en concreto, tratando de dar de cada uno de ellos un panorama histórico, un análisis de los derechos humanos, el régimen electoral y de partidos, la defensa procesal de los derechos humanos, el aspecto económico y social y sobre todo la real vigencia del texto, así como referencias bibliográficas. Se trata de un breviarío, si bien inusualmente extenso, que servirá de guía ilustrativa para todo aquel que desee internarse en nuestro constitucionalismo.

Quiero finalmente, en lo personal, dejar expresado mi reconocimiento al profesor Juan Ferrando Badía, a quien conocí y traté durante muchos años y quien fue el que me sugirió la idea original de sacar este libro colectivo. Para tal efecto, Ferrando Badía viajó en varias oportunidades por diversos países de Iberoamérica, a través de los cuales entró en contacto con diversos constitucionalistas del área, y los comprometió para colaborar en este libro colectivo. Pero al final, embarcado en otros proyectos, lo dejó de lado. Cuando nos vimos en Madrid en 1987, le dije que tenía la idea de llevar adelante un proyecto colectivo sobre sistemas constitucionales iberoamericanos, acogiendo su idea, pero con diversos replanteos y afinamientos; y por cierto, que requería su cordial aunque innecesaria autorización.

Su respuesta fue clara: lo importante de los proyectos no era quién los ejecutaba, sino que se concretasen. Luego vino una larga tarea con los demás coordinadores, ejemplares compañeros e infatigables colaboradores, que hizo realidad este hermoso texto que ha puesto en circulación la prestigiosa Editorial Dykinson.

Lima, diciembre de 1992.

10) DECLARACIÓN A FAVOR DEL «NO» *

Los firmantes, profesores universitarios de Derecho Constitucional, consideran necesario hacer del conocimiento público cuál es su posición frente al referéndum convocado por el Gobierno para el próximo 31 de octubre, a fin de que el electorado se pronuncie sobre el proyecto de Constitución elaborado por el Congreso Constituyente Democrático.

Al respecto, debemos manifestar que el nuevo texto es, desde todo punto de vista, innecesario en la actual coyuntura política, ya que no sólo ha sido preparado en función del actual gobernante, sino que esconde un esquema centralista, técnicamente imperfecto, desconocedor de importantes derechos económico-sociales reconocidos por los tratados internacionales de Derechos Humanos y consagra dispositivos que ponen en peligro ciertas libertades públicas, permitiendo abusos del fuero militar, entre otros excesos.

Si bien es cierto que gran parte de la estructura y del articulado de la Constitución de 1979 se repiten, y en tal sentido se ha producido un importante consenso, las pocas innovaciones introducidas pecan de exagerado autoritarismo, falta de técnica jurídica adecuada y riesgos para el desarrollo armónico, de una democracia en nuestro país.

Por tal motivo, invitamos a una serena reflexión a los ciudadanos del Perú, sobre los graves riesgos que este proyecto significa, declarando que, por tal motivo, nuestro voto el próximo 31 de octubre, será a favor del No.

Lima, 20 de setiembre de 1993.

* Publicado en **LA REPÚBLICA**, 29 de octubre de 1993. Por razones de tiempo, no llegaron a incluirse los nombres de otros adherentes.

- Dr. Samuel Abad Yupanqui (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Enrique Bernales (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Carlos Blancas B. (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Ernesto Blume Fortini (Prof. en la Universidad de Lima).
- Dr. Carlos Chipoco Cáceda (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) y en la Pontificia Universidad Católica.
- Dr. Washington Durán Abarca (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- Dr. Francisco Eguiguren (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Gerardo Eto Cruz (Prof. en la Universidad Nacional de Trujillo).
- Dr. José Ferreira Echevarría (Prof. en la Universidad Particular San Martín de Porres).
- Dr. Raúl Ferrero Costa (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- Dr. Domingo García Belaunde (Prof. en la Pontificia Universidad Católica y en la Universidad de Lima).
- Dr. Víctor García Toma (Prof. en la Universidad de Lima y Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega).
- Dr. Magdiel Gonzales Ojeda (Prof. en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa).
- Dr. César Landa (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Francisco Miró Quesada Rada (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima).
- Dr. César Ochoa Cardich (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dr. Víctor Julio Ortecho Villena (Prof. en la Universidad Privada Antenor Orrego - Trujillo).
- Dr. José Palomino Manchego (Prof. en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima).
- Dr. Valentín Paniagua Corazao (Prof. en la UNIFE y en la Universidad de Lima).
- Dr. Pedro Planas (Prof. en la UNIFE y en la Universidad de Lima).
- Dr. Jorge Power Manchego-Muñoz (Prof. en la Universidad de Lima).
- Dr. Aníbal Quiroga León (Prof. en la Pontificia Universidad Católica y en la Universidad de Lima).
- Dr. Alfredo Quispe Correa (Prof. en la Universidad Particular San Martín de Porres).
- Dr. Humberto Uchuya Carrasco (Prof. en la Universidad San Luis Gonzaga de Ica).
- Dr. César Valega (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).
- Dra. Ana Rosa Velazco Lozada (Prof. en la Pontificia Universidad Católica).

11) ¿QUÉ CONSTITUCIÓN? *

El día 29 de diciembre de 1993, el presidente Fujimori promulgó la nueva Constitución; el texto fue publicado al día siguiente 30, y el 31 de diciembre entró formalmente en funciones.

Analizada desde fuera, la Constitución es una copia, en cuanto a estructura y titulación, de la derogada Carta de 1979, a la que repite en más del 65% de sus prescripciones (por lo que bien cabría preguntarse por qué fue cambiada).

Pero la explicación es clara: la nueva Constitución ha sido hecha en función de una coyuntura y de un personaje, y nada más. Así, cuando repite la Carta de 1979, todo anda sobre rieles. Pero cuando nos enfrentamos a las novedades, como por ensalmo asoman los problemas. Para muestra basta señalar dos problemas recientes: el *habeas data* (cuya reglamentación se ha anunciado pomposamente, pero que en el fondo no resuelve el problema), y la conformación del tripartito sistema electoral, enredo del cual hasta ahora el oficialismo no ha sabido salir (aun cuando ha adoptado la solución transitoria que le preparó el Colegio de Abogados de Lima).

Los defectos de la vigente Carta empezaron aun antes de que entrara en vigencia, como todos recordamos. Y es claro también que no existe ningún ánimo de que ella sea acatada por sus autores. Y esto es así, por cuanto tratándose de un texto hecho en, por y para un hombre y un gobierno, no puede ser control de virtuales excesos.

No obstante lo señalado, es evidente que la vigencia de una norma se observa a través del tiempo, y los pocos meses transcurridos son muy pocos

* Publicado en **FORO DEMOCRÁTICO**, núm. 5, abril de 1994.

para saber si, al final, observarán o no la Constitución, los mismos que se ufanan de haberla aprobado.

Todo hace pensar que esto no será así. El proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional está siendo objeto de profundos análisis y estudios, pero lo más probable es que no se apruebe, y en su defecto, no se promulgue o el nuevo Tribunal no se instale. Y es que en donde existen tribunales constitucionales, éstos son sin lugar a dudas un control del poder; y en las actuales circunstancias, es impensable que el Gobierno quiera tener un control.

A ello pueden agregarse otros aspectos: el primero es el relacionado con las Comisiones Investigadoras, que el propio Congreso desestimó, haciéndole el juego a la Fuerza Armada. El segundo punto, es el relacionado con la conservación monopólica que se extiende por cinco años, para favorecer a una empresa que ha adquirido la Compañía Peruana de Teléfonos. El tercer punto, es la ley que se aprobó con nombre propio para la elección del Fiscal de la Nación. Si a esto se agrega la conocida ley Cantuta, que no ha hecho más que evidenciar la injerencia en el Poder Judicial, el cuadro queda completo.

Finalmente, señalemos que existe gran cantidad de dispositivos legales que, anunciados en tono ditirámico, se van a aprobar violando el sentido expreso de diversas normas constitucionales, o desvirtuándolas por límites arbitrarios (como el millón de firmas en la ley de participación popular).

De lo antedicho, se desprende que el Gobierno actual no tiene la menor intención de respetar su propia Constitución, la que hizo tan sólo para su propio uso (aun cuando esto mismo le está causando preocupación). Estaremos atentos al futuro desarrollo político del país, pues conforme vaya erosionando el texto constitucional, nos acercaremos a su descrédito total.

Lima, 25 de abril de 1994