

Sobre la reforma constitucional actual y sus problemas (*)

por Domingo García Belaunde

I

En diciembre de 2001 se aprobó la Ley 27600, mediante la cual, por un lado, se borraba la firma de Alberto Fujimori de la Constitución de 1993. Y por otro, se encargaba a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso, que preparase una reforma total de la Carta Política, teniendo en cuenta la constitución histórica del Perú, y en especial, la de 1979. La norma agregaba que el proyecto así formulado, debería ser debatido y aprobado por el Pleno, y luego sometido a referéndum, que de ser ratificatorio, dejaría sin efecto la Constitución de 1993 y entraría en vigor una nueva.

Precisamente eso es lo que está ocurriendo ahora, pero hay que preguntarse porqué y cómo se llegó a esa decisión tan importante.

(*) Publicado en AA.VV, Propuestas de reforma constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2002. Y con ampliaciones en Actualidad jurídica, suplemento de "Gaceta Jurídica", Lima, tomo 109, diciembre de 2002. En esta oportunidad se ha revisado nuevamente el texto, pero manteniendo el límite cronológico al que se contrae.

II

Antes de continuar, conviene tener presente ciertos datos de nuestra historia y del acontecer político. El primero, es que las clases políticas en el Perú –con las excepciones que nunca faltan– no tienen ni han tenido, un verdadero sentimiento constitucional que las hiciese respetar una Constitución, por más deficiente que ésta fuese. Sino que más bien, con gran dosis de vanidad, han pensado que eran ellas las que deberían dar una nueva Constitución, convencidas, casi siempre, que lo que hacían era divino y salvador por excelencia. Los hechos, sin embargo, han demostrado todo lo contrario. Repasemos algunos datos.

El Perú a nivel constitucional, queda articulado en cierto sentido, con la Constitución de 1860, que tuvo larga vida, no obstante sus imperfecciones. Sobrevivió a épocas de crisis -como fue la conmoción interna de 1867- y guerras internacionales -como la del Pacífico de 1879-, y otros avatares más. Esa Constitución fue cuestionada desde su origen e impugnada por su dudosa procedencia, en críticas que tenían mucho de validez. Pero el tiempo se encargó de darle un aura de serenidad y de prudencia, que la hizo perdurar y que fue sometida a algunas reformas, cuando se creyó conveniente hacerlo. Puede pues decirse, que las clases políticas de esa época, tuvieron la sensación de que con ellas no empezaba la historia patria, y sobre todo, creyeron que más importante que las constituciones, eran los hombres y las instituciones que las sostenían.

Esto cambió con la llegada de Legüía al poder en 1919. Hombre moderno pero que se sentía predestinado, forzó la hechura de una nueva Constitución en 1920, convencido de que con él nacía un nuevo país. Esta Carta era evidentemente superior a la de 1860, por lo menos en su sentido formal, y además traía novedades, que dicho sea de paso, no eran tan graves como para no haber sido incluidas en

una reforma. Pero pasó lo que pasó, y eso llevó a que se aprobase una nueva Constitución, que naciendo en un estado óptimo, fue sin embargo violada desde el día siguiente de su publicación, lo que pronto la llevó a un total descrédito.

Así, a la caída de Legüía, su Constitución cayó en desgracia y estuvo destinada a morir. Esto explica la Constituyente de 1931 y la consiguiente Constitución de 1933, también aprobada en medio de grandes problemas, pero que curiosamente, tuvo una vigencia formal de 47 años, y sólo dejó de estar en vigor en 1980, cuando entró en plenitud de vigencia la de 1979.

Desde un punto de vista formal y material, la Carta de 1933 era inferior a la de 1920, pero políticamente fue necesaria. Pero lo que llama la atención es que haya estado en vigencia tanto tiempo, y que nadie se haya atrevido a cambiarla. Sin embargo, los gobiernos (civil en 1965 y militar en 1970), habían apostado por la reforma, si bien no se sabía si lo era total o parcialmente.

El siguiente paso histórico es la Constitución de 1979, que merece ser tratada en lugar aparte.

III

Cuando los militares llegaron al poder en 1968, se habló de dar una nueva Constitución, pero luego la idea fue abandonada. Pero reapareció en el período 1976-1977, como una decisión de la cúpula militar. Ahora bien, ¿por qué los militares se empeñaron en dar una nueva Constitución? Es difícil saber cuáles fueron los motivos, pero se pueden hacer conjeturas. En primer lugar, habían estado doce años en el poder, y querían, como era evidente, guardarse las espaldas. Luego, como era natural, deseaban que algunos logros del

experimento militar se mantuviesen. Además, era una especie de pacto que sellaba la unión de los civiles con los militares. Y finalmente, una salida honrosa y una entrega del poder a la civilidad. Lo importante es que en 1977, la Constitución fue ideada por los militares, como una salida de la escena. Esto es, dejaban una nueva Constitución que ellos no preparaban y que tampoco a ellos les serviría, pues todo quedaba en manos de los civiles.

No hay que olvidar que muchos entonces se opusieron a esta propuesta, y hubo resistencias a cambiar de Constitución, pues algunos sostenían que perfectamente podía adaptarse la Carta de 1933 a los nuevos cambios y a la nueva situación. Esto era factible desde un punto de vista técnico. Pero si no se impuso este criterio, fue por razones políticas. Y por eso, todas las fuerzas políticas se comprometieron con el proceso constituyente y lo apoyaron, con lo cual le dieron legitimidad al proceso. El único partido que estuvo fuera de estos arreglos, fue Acción Popular, liderada por Fernando Belaunde Terry, que se abstuvo de todo. No obstante, dicho partido envió sus propuestas constitucionales a la Comisión Principal de Constitución en 1978 a pedido de Luis Alberto Sánchez, presidente de aquella Comisión. Y cuando más tarde intervino en los comicios de 1980, ganándolo tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo, sus principales líderes no sólo juraron cumplirla, sino que le extendieron su conformidad y gobernaron de acuerdo con ella. Quedó así, pues, sellada cualquier duda sobre su legitimidad.

IV

Ahora bien, toda Constitución es hija de su tiempo, y no puede ser de otra manera. Lo que se hace en estos casos, esto es, cuando el tiempo deja sus huellas, simplemente se hace una reforma y

se continua con el texto. La totalidad del texto se modifica solamente en grandes situaciones que sacuden un momento histórico, y no por cualquier evento. Paradigmático es el ejemplo de Alemania, dividida en dos países durante varios lustros, y que cuando se reunificó en 1991, no cambió la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sino que se limitó a hacer algunos cambios pequeños.

Pero en los pueblos de la América meridional, parecen existir otros hábitos y otras costumbres políticas. Así, se ha incrementado la fiebre de constituciones, como si esto pudiera solucionar todos nuestros problemas.

V

La presencia de Fujimori en las elecciones de 1990, en las que salió vencedor, presentó en su más cruda realidad la crisis de los partidos tradicionales y sobre todo, la crisis política por la que atravesaba la sociedad. Un outsider como Fujimori, no entendió la institucionalidad y tampoco le interesaba. El golpe de Estado de 5 de abril de 1992, fue la lógica resultante de un gobierno autoritario, que quería deshacerse de todo tipo de controles. Fujimori pensó que iba a gobernar con una democracia plebiscitaria, pero se equivocó. Fue obligado a convocar un Congreso Constituyente para hacer reformas constitucionales, pero a la larga terminó haciendo una nueva Constitución, que fue la misma de 1979, pero adelgazada, con rasgos autoritarios y con un nuevo capítulo económico, que era en realidad el único cambio importante. En todo lo demás, desarrolló lo que ya existía o lo eliminó, pero no hubo nada significativo. Lo grave de esta situación, es que los partidos políticos de entonces y el grueso de la opinión pública lo apoyó, y eso explica no sólo la aprobación de la

Constitución de 1993 -si bien en un referéndum discutible- sino su permanencia más allá de la caída de Fujimori en noviembre de 2000.

La verdad es que el "fujimorismo" atravesó la conciencia del país, y éste vió en el gobierno autoritario un agente eficaz del orden, del progreso y de la disciplina fiscal. Ante esto, muchos quedaron encandilados con el hechizo. Nadie pensó que estábamos ante una cara de la moneda, y que detrás había montado todo un aparato de corrupción y de mafia, que empequeñecía todo lo hecho.

VI

Y esto explica por que caído Fujimori en noviembre de 2000, hubo todo un intento de hacer mejor las cosas y enmendarlas. Pero nadie pensó en cambiar su Constitución.

Luego vino el gobierno transitorio de Valentín Paniagua, en donde se dieron los primeros pasos para enderezar el país hacia una recuperación institucional. Y en este punto, se nombró primero una Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 (diciembre de 2000) y luego una Comisión de Estudio de Bases de la Reforma Constitucional que impulsó su Ministro de Justicia, Diego García Sayán. Esta Comisión entregó oportunamente su trabajo en julio de 2001, ante la indiferencia de la opinión pública. El mismo Paniagua se pronunció varias veces por la reforma constitucional, por una Asamblea Constituyente y por una nueva Constitución (mayo de 2001), pero no tuvo ningún eco. Incluso, puede afirmarse que no podía ir más allá.

VII

Lo que pasó en el proceso electoral de 2001, o sea, entre enero y junio de ese año, fue realmente penoso. La Constitución de 1979 no tuvo defensores, por lo menos en las principales fuerzas políticas. Es cierto que algunas personalidades y alguna entidad importante, como el Foro Democrático, pujaban por volver a la Carta de 1979, invocando el artículo 307, pero esto no tuvo respaldo en la clase política. El candidato favorito de las encuestas, Alejandro Toledo, había declarado que él pretendía construir el segundo piso, ya que el gobierno de Fujimori sólo había construido el primero. Y luego en la campaña del 2001 dijo cosas parecidas, lo que daba a entender que el problema constitucional no lo entendía, o quizá no le interesaba. De hecho, el toledismo adquirió una fisonomía acorde con la parte “buena” de Fujimori y aun más, estaba rodeado de antiguos fujimoristas arrepentidos o de fujimoristas doctrinarios de reciente data. Su entorno, pues, lo empujaba a eso.

Igual sucedía con las otras dos fuerzas políticas de mayor significado. Por un lado, el Partido Popular Cristiano no quería mover las cosas, pues pensaba que se podía asustar a las inversiones y apostaba a la Carta de 1993. Y por parte del APRA, Alan García declaró que ese no era el punto, que había que dejar la Constitución como estaba y que las urgencias estaban en otro lado. Acorde con esto, nadie dijo nada del problema constitucional, al igual que los medios de comunicación, que se mostraban complacientes. Y Toledo, al asumir el mando en julio de 2001, en ceremonia solemne ante el Congreso de la República, no dijo una sola palabra sobre el problema constitucional, demostrando así su postura ajena a todo cambio.

El problema surgió meses después, cuando en el seno del Congreso se discutió la regionalización y se preparó el correspondiente cambio en la normativa constitucional (pues muchos descubrieron entonces, con tristeza, que la Carta de 1993 era hipercentralista, y había que cambiarla). Es decir, el toledismo y las fuerzas políticas afines, se convencieron de modificar ciertas partes de la Constitución de 1993, a la que recién entonces empezaron a ver defectos.

Fue así, algo tardíamente, que el APRA reaccionó y postuló la vuelta a la Carta de 1979, pero ya no tuvo mayor apoyo. Al interior del Congreso se produjo una pugna: entre aquellos que querían retornar a la Carta de 1979, con reformas y actualizaciones, y los que pretendían mantener la Carta de 1993, igualmente con reformas. Ambas tensiones terminaron en una situación que se zanjó políticamente, mediante una fórmula de compromiso, cual es la redacción de una nueva Constitución y que está contenida en la mencionada Ley 27600. Al principio, el toledismo no fue partidario de esta idea, pero al final, y a regañadientes, la aceptó. Al fin y al cabo, ser constituyentes y estampar su firma en un nuevo texto, era algo que superaba la imaginación de muchos de ellos, que jamás habían soñado llegar a tanto. Se pusieron, pues, a la tarea febril de hacer una nueva Constitución, y así empezaron, a marcha forzada, a preparar un proyecto, que nada nuevo ha aportado hasta ahora.

Indudablemente, la Constitución de 1993 no se podía mantener, pues estaba manchada desde su origen y totalmente deslegitimada. Esto no lo vieron los toledistas, pues como he dicho, no tenían una visión de las instituciones y tampoco visión de futuro. Se aferraron a ella con desesperación, pero luego cambiaron y buscaron una transacción política, que es la nueva Constitución, como lo hemos señalado.

Ahora bien ¿era ésta la única salida? Lamentablemente, debemos constatar que Fujimori, no obstante su estela de corrupción y autoritarismo, ha impregnado la mentalidad nacional, tanto a nivel empresarial como político. Son muchos los que respetan lo “bueno” que hizo Fujimori y ponderan su Constitución. Y más los que se alegran de haber sido elegidos bajo su vigencia y haberle jurado lealtad al asumir el cargo (olvidándose que toda constitución, aun la más inmoral, tiene siempre que cumplir un papel de transición, y que los juramentos se hacen por la Constitución como valor y no por un documento en crisis). Pero en fin, lo que hay que lamentar es que nadie, salvo los académicos y no todos ellos, apostase a la Carta de 1979 y ni siquiera presentasen propuestas de reforma.

A decir verdad, desde una perspectiva histórica, la Constitución de 1993 era innecesaria, al igual que la de 1920. Y como ésta, estaba destinada a no perdurar. Pero si en 1931 no se regresó a la de 1860, era porque estaba muy lejos y habían pasado más de setenta años. Pero era fácil regresar a la de 1979, pues estaba muy cerca.

Por tanto, por encima de limitaciones, excesos o errores, lo importante es que la Constitución de 1979 había incorporado al Perú al constitucionalismo contemporáneo en sus grandes líneas, tanto en sus instituciones, como en sus derechos y estructura organizativa. Y lo que se debió haber hecho es simplemente una adecuación a los tiempos, desde la Constitución de 1979, y que ésta se mantuviese con la misma estructura, aun cuando el contenido lo cambiásemos en un 30% o un 50%. Esto es lo que debió haberse hecho, si hubiéramos

tenido una clase política lúcida y con conocimiento de la historia. Pero esto no es lo que existe en el Perú, lamentablemente: Y por eso es que, salvo excepciones, nadie se jugó por ella.

X

Recordemos ahora lo que sucedió. El toledismo y su entorno fujimorista, con la adhesión de otros más del mismo talante, quisieron mantener a toda costa la Carta de 1993, pero al no poder hacerlo, tuvieron que transar y aceptar el compromiso de hacer una nueva Constitución. La Ley 27600 antes referida, se compromete a ello, y opta por la reforma total desde el mismo Congreso, y sin recurrir a una asamblea constituyente, por el temor de perder poder (y para eso han esgrimido una multitud de argumentos falaces, descartando la convocatoria a una asamblea, olvidándose no sólo de lo que la doctrina señala, sino de ejemplos recientes del entorno latinoamericano, como son los casos de Colombia en 1991 y de Venezuela en 1999, que han modificado totalmente sus constituciones con constituyentes no previstas, pero con respaldo plebiscitario). Pero en fin, si bien desde un punto de vista político, más legítimo hubiera sido una consulta previa al pueblo para ver si deseaba o no una Constituyente, lo cierto es que la fórmula adoptada no es tampoco algo reñido con la doctrina ni con la práctica. Por eso, el camino escogido, si bien no es el mejor, tampoco es descartable.

Ahora bien, la Comisión de Constitución se puso a trabajar denodadamente, según se dice, con el concurso de asesores internos y de más de 90 personalidades convocadas, y dio a luz un ante-proyecto el 5 de abril de 2002, que era realmente desastroso. Inmenso, repetitivo, indeciso en las grandes decisiones, pésimamente redactado, indocumentado, se notaba a la vista que era algo

apresurado, que si bien contenía ideas interesantes, no había ido más allá por falta de síntesis, y sobre todo, de mayor información. En todo caso, era valioso como un primer borrador, pero hubo demasiada vanidad en publicarlo como una contribución original, que en realidad no lo era.

Según se dice, este documento fue ventilado públicamente en varios certámenes realizados en todo el país por miembros de la Comisión de Constitución y sus colaboradores, que han debido ser muy pobres o muy poco difundidos, pues se ha señalado por representantes calificados de provincias, que tales convocatorias apenas si tuvieron eco en la población, y más que todo fueron parafernalias para consumo interno y vanidad de sus integrantes. Aun más, hubo localidades en donde los pifiaron y no los dejaron hablar (Ica, Huaraz, etc.).

Un segundo borrador fue puesto en circulación en julio de 2002, que mostraba, a simple vista, que era mejor documento que el anterior, no obstante las deficiencias que se le veían. Aquí se ve un mejor orden, una clara opción por alternativas y una apariencia que lo asemeja externamente en algo a la Carta de 1979, con lo cual se da a entender que la tuvieron a la vista, si bien existen algunas modificaciones o aspectos novedosos. Tal como está, es una versión modernizada de la de 1979, pero con el agravante de que es más declamatoria, llena de retórica, añade planteos innecesarios, comete errores teóricos serios y acentúa el aspecto asistencialista y populista que eran explicables en 1979, pero no en 2002. En sí mismo no representa ni representará novedad alguna ni aportes originales, porque no existe en sus autores nada especial que hayan aportado, salvo confusiones y algunas ideas tomadas de otros. Y en cuanto tal, ha empezado a discutirse en el Pleno, que al momento que redacto estas líneas (diciembre de 2002) ha aprobado sólo uno cuantos artículos del inmenso proyecto. Veamos, con todo, algunos aspectos generales de este documento sometido al debate parlamentario y a la discusión pública.

XI

Lo primero que cabe señalar, es que el proyecto constitucional contempla la existencia de un "Título preliminar", que es totalmente exótico, y además innecesario. Es exótico, pues es una técnica propia de los códigos, y en especial, de los códigos de Derecho privado, si bien es cierto que luego se ha extendido a otro tipo de códigos, como es el caso de nuestro Código Tributario. Pero en materia constitucional, eso no existe y no conocemos nada por el estilo. Una propuesta de esta naturaleza no tiene razón de ser, ni se encuentra en el Derecho Constitucional comparado.

Lo que sí existe en ciertas constituciones de la última posguerra, es un apartado dedicado a los principios generales del ordenamiento, y que se caracteriza por:

- a)* ser parte integrante del texto constitucional,
- b)* tener una numeración arabiga, y en consecuencia correlativa, que empieza y continua con el resto del articulado, y
- c)* trata aspectos generales y de principio, que luego se desarrollan en el texto, pero sin llegar a repetirse.

Pues bien, esto que existe en otras partes, y no muy generalizado, no se da en el Perú, en donde el modelo, análogo por cierto, se ha tomado mal y sin precauciones.

Siempre en la parte inicial, cabe llamar la atención, en el apartado de los derechos fundamentales:

a) su excesiva frondosidad, y su retórica grandilocuente.

b) la abundancia de los detalles, que lo llevan al reglamentarismo.

c) se encargan demasiadas labores al Estado, a sabiendas que no las va a cumplir (si el Estado no paga sus deudas contraídas con entidades públicas y privadas, a nivel interno, si paga tarde, mal y nunca sus obligaciones laborales y pensionarias e incluso con los expropiados, es difícil pensar que el Estado utópico que se pinta, llegue a funcionar).

d) hay mezcla de preceptos jurídicos con lo que son obligaciones morales; por ejemplo, la obligación de los padres de dar afecto a sus hijos y viceversa, que parece propio de una novela rosa de mal gusto.

e) se mantiene el precepto de que no hay prisión por deudas, lo cual era explicable en 1979, pero que hoy, no existe,

f) se llega incluso a lo utópico, cuando se precisa que existe un derecho a la nutrición (art. 26).

En síntesis, hay frondosidad en los derechos fundamentales, con desarrollos excesivos que deberían ir en una ley, superando así los errores o defectos de la Carta de 1979, a la que sigue en grandes tramos, olvidándose del tiempo transcurrido y de que ahora el panorama político es otro.

Hubiera bastado, a mi entender, que se mencionen expresamente los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual es más que suficiente. Y adicionalmente, hacer algunos desarrollos que se estimen pertinentes, pero sin llegar a excesos.

XII

Contrariando toda una tradición, los procesos constitucionales se ubican al inicio del texto constitucional, cuando en realidad ahí va la parte sustantiva, pues lo instrumental va al final, en la parte referida a los poderes u organismos autónomos, como lo ha sido en las constituciones de 1979 y 1993. Hay, pues, una ubicación que no obedece a criterio alguno, salvo un gusto por las uniones que es fruto de un capricho personal y nada más. Lo mismo puede decirse de la inclusión, en la primera parte, de un título dedicado a la garantía de los derechos, que es innecesario y repetitivo.

En lo relativo a los procesos constitucionales, advertimos lo siguiente:

a) se reiteran todos los existentes, pero agravados. Así se puede ver, por ejemplo, en la Acción de Cumplimiento, a la cual destinan incluso para ser incoada por omisión o renuencia de cumplir la Constitución, lo cual no sólo es complicado, sino que en todo caso debe ser desarrollado como una modalidad de la Acción de Inconstitucionalidad por omisión, y con algunos matices. Tal como está, ha sido mal diseñada y peor entendida, y debe merecer no sólo el replanteo, sino la supresión total, pues no ha traído mayor beneficio a los justiciables.

b) en la parte del Amparo se nota, como en todo lo demás, una ausencia de creatividad, ya que repite el enunciado anterior, sin tener en cuenta que lo que precisamente se ha visto en los últimos años, es un exceso en el uso del Amparo, con la complacencia de un Tribunal Constitucional, que no sabe distinguir

entre derechos constitucionales, derechos legales y derechos estatutarios. Todos defendibles por los jueces, pero sólo los primeros por el Tribunal Constitucional. Lo que se agrava si se considera que un Amparo así concebido en forma tan amplia, parece una figura introducida de contrabando, pues lo que la Comisión de Constitución aprobó en su momento era un Amparo "residual" de acuerdo al modelo argentino, y así figura en la Exposición de Motivos del primer proyecto (pág. 149).

XIII

En la parte económica, se ha hecho una síntesis, mal armada, entre algunos aspectos de la Carta de 1979 y los excesos liberales de la Constitución de 1993, a la cual se ha llegado luego de diversas concesiones entre los grupos que trabajaron en el tema. Es quizá la parte más lograda del proyecto.

Sin embargo, hay que señalar que se ha eliminado la parte referida al contrato-ley, que aparece en la Constitución de 1993, no como aporte original del fujimorismo, sino como un reclamo de los organismos internacionales para dar seguridad a los inversionistas, y más aun para los extranjeros.

Es cierto que el tema no es estrictamente constitucional, sino legal, y así apareció en el Código Civil de 1984 y así debió mantenerse. Pero los excesos del período 1985-1990, cuando la Administración desconoció contratos firmados por el Estado peruano, llevó a la convicción de que este principio debería tener nivel constitucional.

Y así debe ser entre nosotros. En el Perú, como todos sabemos, tenemos un Estado tramposo que no paga sus deudas, que

se apropia indebidamente del dinero de terceros, y que no ofrece lo mínimo en seguridad, salud y educación. Por tanto, frente a estos incumplimientos, lo que hay que hacer es tomar las seguridades al más alto nivel normativo, ya que por lo menos de esa manera, quedará constancia de alguna violación, si la hubiera.

XIV

Aspectos novedosos en el proyecto, son los relativos a los clásicos poderes del Estado, o sea, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que mantienen los criterios adecuados, apartándose así del modelo autoritario de 1993, que a tantos encandiló.

Se reproduce sin apenas cambio, lo concerniente a la estructura del Poder Ejecutivo, aun cuando se reduce la vicepresidencia a una sola, como ha sucedido en anteriores oportunidades y que también se da en constituciones extranjeras. Momento hubo, como en la Carta de 1933, que no existía vicepresidencia, lo cual creó un problema a la muerte del general Sánchez Cerro en 1933, y que motivó a que Benavides más tarde, y luego Odría, confirmasen la figura de la vicepresidencia por partida doble.

En cuanto al unicameralismo, éste ha sido abandonado definitivamente, no obstante que muchos añoraban la experiencia fujimorista, en la que se movían a sus anchas. Y que en realidad fue un fracaso.

El fujimorismo, como todavía recordamos, dentro de su simplicidad primaria sostuvo la conveniencia de una sola cámara porque era más barata, y así lo dijeron los principales voceros del

oficialismo, ayunos de todo aparato doctrinario. En realidad, el unicameralismo en sí mismo no es malo, pero puede ser inconveniente. Lo fue el modelo consagrado en la Carta de 1993, no sólo por los poderes que tenía, sino porque siendo muy pequeña carecía de representatividad, y además, no tenía el control de la segunda lectura, lo que facilitó las llamadas "leyes sorpresa".

El Poder Legislativo retoma la tradición bicameral del Perú y ahonda la separación de funciones iniciada en 1979, y que es uno de los pocos aciertos que se ven.

En la parte referida al Poder Judicial, se notan algunas novedades, pero tampoco mayores. Pero hay dos puntos que merecen reparo: el primero es conceder a la Administración la capacidad de ejercer el control difuso de constitucionalidad (art. 198) que nunca lo ha tenido y que tampoco le corresponde. Y el segundo, es haber eliminado el concepto de jurisdicción arbitral, que si bien discutible en doctrina, es importante para reafirmar su validez y la fuerza vinculante de sus decisiones. No estaría de más modificar el membrete "Consejo Consultivo" (art. 193) que son dos palabras que tienen el mismo significado etimológico, y por ende, son redundantes.

Como dato curioso debe señalarse que se ha eliminado la institución de la ratificación judicial, que estuvo vigente en el Perú con las constituciones de 1920, 1933, eliminadas en 1979, aun cuando la misma Carta dispuso ratificaciones, y nuevamente en vigor en 1993.

En realidad, la ratificación judicial en cuanto tal, esto es, el apartamiento de una persona de la carrera judicial sin expresión de causa, aun cuando medie una investigación previa y no sea considerada una sanción, es algo que no debe existir en un Estado de Derecho debidamente conformado, con una burocracia sólida y permanente, y con un cuerpo judicial de carrera. Esto es lo que existe en la Europa continental, y por eso es que allá no se dan las ratificaciones judiciales, y tampoco en el mundo sajón (Inglaterra y los

Estados Unidos), en donde no hay carrera judicial y más bien se dan otro tipo de controles.

Pero en el Perú nunca ha existido una carrera judicial, sino solamente un sistema administrativo mediante el cual una persona ingresaba a las labores manuales del sistema de justicia en sus primeros niveles, estudiaba abogacía con suerte y muchas veces en las noches en universidades de nivel medio y bajo, y por inercia llegaba a ser juez en primera instancia. Y con el tiempo, por la misma inercia ascendía los siguientes escalones, hasta eventualmente llegar a ser magistrado supremo. En el camino, lo único que hizo fue acumular años de servicios y quizá trabajo honesto pero no siempre productivo, y lo más probable es que sin más lectura que la del periódico oficial. Con tal configuración, la judicatura no ha hecho otra cosa, desde los años sesenta, que entrar en un deterioro generalizado, invirtiéndose los porcentajes, pues si antes la ineptitud y la ineficacia eran la excepción, en las últimas décadas se han convertido en la regla.

Con tan bajos niveles, era inevitable la pérdida de valores, y de ahí a la corrupción existía un solo paso como ya se ha comprobado. Jueces mediocres e ineptos, por no decir ociosos, llenaron los estrados judiciales en los últimos años, con las excepciones que nunca faltan.

Y el problema serio es que todo esto muchas veces no puede probarse, y fue así como las ratificaciones judiciales practicadas en el período 2001-2002 han servido -por encima de algunos errores manifiestos- para purificar el aparato judicial, pues era la única manera de hacerlo.

Por tanto, so capa de caer en idealismos innecesarios, creo que es conveniente retomar las ratificaciones judiciales, aun cuando no sea sino transitoriamente, y mientras no se haga en serio una reforma del Poder Judicial. Y por cierto, que se hagan con mejor ánimo y más garantías en las evaluaciones.

El Tribunal Constitucional se mantiene, con el esquema que viene desde atrás. Llama únicamente la atención que se hayan incorporado en él temas estrictamente legales, como lo relativo al quórum, que debería ir, como se sabe, en la correspondiente ley orgánica. Lo mismo podemos decir de su carácter de supremo intérprete de la Constitución, que va de suyo. Y más aun, eliminar la frase con sabor hispanizante, de que el Tribunal es órgano de la "*justicia*" constitucional (sic), término que entre nosotros no se usa casi, aun cuando si lo hacen algunos países europeos (sobre todo Italia). Y en cuanto a su alcance, precisar que la jurisdicción constitucional se lleva a cabo no sólo por el Tribunal Constitucional, sino también por el Poder Judicial, por lo que una definición acorde debe ser establecida.

Además, no queda claro en dónde queda la Academia de la Magistratura, pues parece que está en el aire y es un órgano tan autónomo como el Poder Judicial, lo cual es un absurdo, pues dicha Academia tiene un fin que es ajeno a ella misma. La Constitución de 1993 la hizo dependiente del Poder Judicial, con lo cual hizo mal, pues nada se avanzó ni nada se formó, salvo cursillos y actividades eventuales que daban una cultura epidérmica. La Academia no puede depender de aquel poder a quien sirve o suministra información. Y tampoco puede ser independiente, pues en ninguna parte lo es, ya que carece de peso específico.

Por el contrario, la Academia de la Magistratura debe estar ligada al Consejo Nacional de la Magistratura, pues es

precisamente al cual está vinculada en lo relacionado con los nombramientos judiciales.

XVI

En la parte electoral es donde más se aprecia el tufillo fujimorista subyacente en el proyecto de Constitución, pues en lugar de reunificar el sistema electoral en uno solo, como siempre lo fue, lo ha mantenido tripartito. Si bien con ingenioso juego de palabras, hace al RENIEC independiente y fuera del sistema, y a la ONPE la mantiene en igual situación, sin darse cuenta que esto fue precisamente lo más triste de la herencia fujimorista.

Tampoco se ha tenido en cuenta el proyecto formulado por la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional, de ir hacia un Tribunal Electoral, que es la forma moderna como opera el sistema electoral en América Latina. Ha faltado, aquí como en otras partes del proyecto, bastante imaginación.

XVII

El título de Descentralización es realmente lamentable. Se limita a repetir lo que el Congreso aprobó en meses pasados, en vista de las regiones anunciadas solemne como irresponsablemente por el oficialismo. Se vuelve a las nubosidades de antes, pues se confunden por momentos, y en otros se identifica, las regiones con los departamentos, sin darse cuenta de que o son lo mismo o son

diferentes. Aún más; se ignora que las regiones obedecen a criterios distintos a los que primaron en la creación de los departamentos. Igual sucede con las competencias que se les asignan, y hasta se propone, cosa curiosa, que el Callao sea una región, lo cual es una tesis que no resiste el menor análisis.

Es importante recordar que el mejor intento teórico de descentralizar lo hizo la Constitución de 1933, con sus Concejos Departamentales, que fueron orgánicos y bien pensados, si bien en la práctica nunca se instalaron, no empecé que contaron con ley expresa en 1934.

Por otro lado, la Constitución de 1979, esbozó un capítulo sobre las regiones que era muy genérico, pues los grupos políticos no se pusieron de acuerdo en los enunciados básicos, con lo cual se optó por remitir todo a la legislación. El proceso fue largo y al final nunca concluyó, pues estuvo mal diseñado.

Este proyecto, por el contrario, parte de un concepto erróneo de las regiones, y se pierde en el camino. No se sabe qué pasará con ellas, pues recién han empezado su andadura, sin que se haya completado su marco normativo. El panorama regional, se presenta así bastante sombrío.

En cuanto al aspecto municipal, en lo cual existe más experiencia y más conocimiento, se ha limitado el proyecto a restablecer lo que siempre existió, y que fue cercenado por la dictadura fujimorista, para doblegar a los gobiernos locales.

XVIII

El problema final que presenta este proyecto, es que no se sabe cómo será puesto en práctica. En doctrina existe lo que se

conoce como "Derecho transitorio", y en nuestro caso concreto, "Derecho constitucional transitorio", en el cual se dice cómo y cuándo las nuevas instituciones se implementan y que se hace para el pase de la legalidad actual a la legalidad futura. Un caso gráfico es, en concreto, el Parlamento, que en la Constitución de 1993 es unicameral, y en el proyecto se ha previsto una estructura bicameral, que al parecer es la que prevalecerá. Pues bien, dependiendo del tiempo en que la nueva Constitución se ponga en vigor, se podría hacer una elección total o elecciones parciales, o incluso fórmulas distintas que se han ensayado en otros países. Pero esto debe decirse, pues la "transición" no sólo es un problema político o sociológico, sino también jurídico.

Las dos últimas constituciones tienen estas fórmulas transitorias. Pequeñas en número son las que existen al final de la Carta de 1993, pero abundantes y detalladas en la Constitución de 1979, inevitable por el contexto de la época. Estas normas adquieren su fisonomía y configuración en cada momento histórico.

En esta oportunidad, la Comisión de Constitución trabajó tan a prisa y tan desinformadamente, que se olvidó de este pequeño detalle. Pero la omisión se detectará en su momento, cuando el debate llegue al Pleno.

XIX

Esto es, en grandes lineamientos, nuestra visión del actual proyecto de Constitución, cuyo debate se ha iniciado en

semanas pasadas y del que está saliendo una nueva versión, que no se ha publicado aun. Y frente a esto, cabe hacer las siguientes preguntas:

- 1)¿Qué balance puede hacerse del proyecto y de los cambios que hasta ahora el Pleno ha introducido?
- 2)¿Qué futuro tiene o puede tener?

Veamos estos puntos en forma separada.

XX

A primera vista, del análisis global del proyecto y de las modificaciones que ha tenido, es fácil concluir que es deficiente en sus aspectos generales. Diríamos que tiene una dorada medianía: no es ni mucho ni poco.

Mayores novedades no puede traer, si relativizamos cada situación. Porque decir que son aportes los que son frutos del momento que vivimos, es lo mismo que decir que el Código Civil peruano es mejor que el napoleónico, porque previó accidentes automovilísticos que no están en el Código francés de 1804. Olvidándose de que esto no es en rigor innovación, pues en aquél momento los medios de transportes eran otros.

Lo importante es que la innovación sea en el producto total, no en los detalles, que además son copiados de otras partes.

En tal sentido, nuestra conclusión es que siendo deficiente el proyecto, no puede aspirar a mucho. Será, en el mejor de los casos, una puesta al día de la Carta de 1979, con los discretos aportes de la de 1993.

Aprobado a troche y moche y en forma por demás autoritaria -como lo demuestra el hecho de que se dejaran de lado muchas ideas aprobadas por la Comisión, por decisión unilateral de los pocos congresistas que a la hora undécima dieron el retoque final al texto- es claro que en el Pleno pueden pasar muchas cosas, si bien por el hecho de no disponer de tiempo ni tranquilidad para hacerlo, es muy improbable que sea mejorado sustantivamente. Y lo avanzado hasta ahora, no presenta ninguna mejora sustantiva.

XXI

Cabe, finalmente preguntarse, qué futuro tiene este proyecto cuando finalmente llegue a aprobarse. Y esto es difícil saberlo, pues los acontecimientos políticos muchas veces tienen velocidad de vértigo y rápidamente las previsiones pueden ser superadas por los acontecimientos.

Indudablemente, se ha iniciado la discusión del articulado en el Pleno si bien no se ha avanzado mucho. Es probable que se afinen muchas cosas, pero el problema que presenta nuestro actual Congreso, es que tiene una composición variopinta, sus diferentes grupos no tienen ellos solos ninguna mayoría, y tampoco se aprecia interés en hacer cambios constitucionales, ni gente capaz que haya sido consultada y aceptada su colaboración. Lo cual quiere decir que en cuanto a calidad se refiere, no tendrá mejoras significativas, y es probable que se den retrocesos.

Ahora bien, como reflexión final cabe hacerse la siguiente pregunta: si pasado todo este tiempo, se llega a aprobar el articulado, y se sanciona en el Pleno en su totalidad ¿será aprobado por el referéndum previsto?

Aquí es difícil hacer una predicción, más aun en materia política y cuando el entorno puede variar sensiblemente.

Y en consecuencia, no se puede saber si un futuro referéndum apruebe o no el proyecto constitucional. Si no lo aprueba, la situación se complicaría enormemente, y en tal supuesto, no quedaría más remedio que convocar a una Constituyente. Y si lo aprueba, tendríamos una nueva Constitución, la decimotercera en nuestra historia republicana, que tendría que afrontar el reto de enrumbar políticamente el país durante los próximos años.

XXII

Lo que parece fuera de toda duda razonable, es que en el futuro tendremos una nueva Constitución. Si bien no se sabe cuándo ni cómo será ésta, ni menos cuándo entre en vigencia. Pero lo más importante es que se mantenga la vida democrática que penosamente hemos recuperado tras una década ominosa.

Lima, diciembre de 2002
Revisado, junio de 2003