

REVISTA PERUANA DE
DERECHO PÚBLICO

E D I T O R A J U R I D I C A G R I J L E Y

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 4, Número 6 • Enero-junio de 2003

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción

José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

Alemania	: Peter Häberle
Argentina	: Germán J. Bidart Campos, Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Brasil	: Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides
Chile	: Humberto Nogueira Alcalá
Colombia	: Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz
Costa Rica	: Rubén Hernández Valle
EE.UU.	: Robert S. Barker
España	: Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia	: Louis Favoreu, Franck Moderne
Italia	: Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México	: Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá	: César Quintero
Portugal	: Jorge Miranda
Venezuela	: Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

**Alberto Ruiz-Eldredge
Alfredo Quispe Correa
Gustavo Bacacorzo**



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
E-mail: jpalomino@terra.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1221 - Lima 1, Perú
Telf.: 427 3147
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

SUMARIO

Editorial	7
-----------------	---

ESTUDIOS

- GUSTAVO ZAGREBELSKY Interpretaciones políticas de Pilatos	11
- VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano	37
- GERMÁN J. BIDART CAMPOS Derecho Constitucional y cultura	91
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz	97
- SERGIO DÍAZ RICCI El abuso del derecho en materia constitucional: una categoría peligrosa	111
- LUIS GARCÍA-CORROCHANO MOYANO Bartolomé Herrera y su Proyecto de Reforma Constitucional de 1860	125

SUMARIO

NOTAS

- JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
La primera sentencia de Amparo en México 135

DOCUMENTOS

- Carta Democrática Interamericana 147
- Normas para los colaboradores de la «Revista Peruana de
Derecho Público» 159

EDITORIAL

El nuevo año se presenta con un panorama bastante variado. En lo interno, el régimen pese a sus buenas intenciones, no ha hecho más que crearse nuevos problemas, lo que ha ocasionado cuestionamientos desde otros frentes, así como los bajísimos índices de aceptación que tiene en la población. Pero esto no se limita al Poder Ejecutivo, sino que también alcanza a otros órganos del Estado, como es el caso del Legislativo y del Judicial; de éste último se espera que inicie los pasos hacia una verdadera transformación.

Lo anterior puede explicar que la reforma constitucional, tan solemnemente anunciada desde el interior del Congreso de la República, haya quedado paralizada, sin saber, por ahora, a donde vaya a parar.

En lo académico, ha habido sin lugar a dudas una viva actividad cultural, que se da por cierto en el ámbito constitucional, como lo acredita la publicación de diversos ensayos y artículos en revistas especializadas, así como de libros y folletos sobre el tema.

Dentro de esa línea, continuamos ofreciendo en la revista temas de actualidad, conjuntamente con trabajos de investigación. Así, tenemos como primicia el texto del constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, actual magistrado de la Corte Constitucional italiana, traducido por uno de nuestros más eficaces colaboradores, Edgar Carpio Marcos. Así, como textos de Valentín Paniagua Corazao, sobre la Constitución de 1828, fundamental en nuestra historia republicana, y documentos importantes como el que rescata José F. Palomino Manchego sobre el Amparo mexi-

cano. Y la Carta Democrática Interamericana, que reproducimos de su versión oficial, y de la que esperamos ofrecer algunas reflexiones en un futuro próximo.

Lima, junio de 2003.

El Director

ESTUDIOS

INTERPRETACIONES POLITICAS DE PILATOS (*)

Gustavo Zagrebelsky (**)

§ 1

La historia ha hecho de Pilatos un arquetipo del hombre político del mundo occidental. Sobre este tema quisiera desarrollar algunas reflexiones, las que no podrán eludir cierto grado de parcialidad. No en el sentido del espíritu de parte que, al menos como peligro, acompaña cada observación y palabra caída en el caldero de la política. La lección de Pilatos comprende, objetivamente, a la política y a los hombres políticos en todas sus manifestaciones, y se presta por ello a un uso imparcial. Bajo este aspecto, Pilatos, símbolo del hombre político, es, a la vez, un personaje no político, porque en su significado habla del mismo modo a todos y de todos, sin distinción de partido. La parcialidad nuestra, que se advertirá en forma creciente a medida que nos acerquemos a las conclusiones, lleva ínsita la imposibilidad de agotar todos los significados posibles, tanto del personaje como de las vicisitudes que lo han hecho inmortal, y coincide con el sentimiento de la insuficiencia y simplificación de su conocimiento.

(*) Traducción del italiano de Edgar Carpio Marcos.

(**) Magistrado de la Corte Constitucional de Italia.

§ 2

En efecto, esta es nuestra condición ante todas las figuras que, como la de Pilatos, forman parte de los fundamentos de nuestra civilización, y de la concepción que tenemos de nosotros mismos y de nuestra vida. Ellas se prestan a ser caricaturizadas y, a veces, las sobrecargamos de significados, convirtiéndose con el tiempo en fuentes inagotables de nuevos símbolos puestos a disposición de quien los sepa interrogar y descifrar. Las artes figurativas y la dramaturgia literaria y musical, han tomado el proceso y la muerte de Jesús como objeto de sus propias representaciones. Las doctrinas políticas la han hecho materia de reflexión y las han tratado como motivos para avanzar y justificar imágenes de alcance general, en las que podemos mirarnos para reconocernos, tomar medidas y, si es el caso, guardar las distancias necesarias. En una palabra, hacerlos conocedores de nosotros mismos.

§ 3

De este tipo es la utilización de figuras, como la pasión y la muerte del Nazareno, a la cual nos adherimos, no sin advertir un peligro. Las narraciones evangélicas han originado irreales caracterizaciones histórico-concretas que, sobre todo el pueblo judío y sus grupos dirigentes, han cargado como una maldición permanente, difícil aún hoy de erradicar, y ligada a trágicos prejuicios. No hablo sólo del pueblo judío, al que han considerado como símbolo del mal absoluto en tanto pueblo decida –acusación que en el ámbito cristiano de los últimos decenios, ha estado sujeta a revisión por medio de algunos, a mi juicio, no decisivos “distingos”–. Me refiero a sutiles engaños que se expresan en extraer fundamentos de figuras evangélicas para interpretar sucesivos acontecimientos, y servirse de estas interpretaciones, en un círculo vicioso, para revalorar el significado histórico de algunas figuras del pasado. Un ejemplo que exprofesamente no concuerda con la realidad en la que vivimos, es que para ellos existe continuidad y coherencia entre las palabras de Caifás, mencionadas por Juan: “Ustedes no entienden nada, y no consideran que pueda ser mejor que un solo hombre muera por el pueblo y no, que toda la Nación perezca” (11,49-50). Y el comportamiento de los Consejeros judíos que prestaron su colaboración con los nazis en la administración de los *ghetos* y en la planificación del exterminio; que según recuerda el historiador Raúl

Hilberg, de otra forma no habría podido tomar las proporciones que ahora conocemos. Se evoca, por ejemplo, la imagen de Chaim Rumkowski, jefe del Consejo de Lodz, que recitaba la trágica y grotesca parte del rey, mientras, *para hacer el bien*, es decir, para salvar lo salvable, cuidaba la ordenada administración del transporte en los campos de exterminio, estableciendo una relación de coherencia y continuidad con las palabras de Caifás, las mismas que condenaban a Jesús en el interés de todos. Se termina, de ese modo, por valorar una cínica inclinación de los judíos a sacrificar inocentes, en la esperanza de su propia salvación, y también para explicar la sorprendente docilidad demostrada (con excepciones) ante el aniquilamiento de su propio pueblo. Esta actitud de los Consejeros judíos viene así, guiada por una narración evangélica sobre la base de un presunto "carácter esencial" del pueblo judío que encuentra allí su raíz. Sin embargo, paralelamente, en la dirección contraria, del presente al pasado, el pasaje evangélico –de cuya atención sobre el plano histórico se ha dudado, a la luz de su posición estratégica en la narración de Juan sobre la pasión, y por el intento excesivamente programático de cargar sobre los judíos toda responsabilidad por la muerte de Jesús, absolviendo a Pilatos– viene revalorado por los acontecimientos de dos milenios sucesivos, colocados, a su vez, a la luz de la narración antigua.

§ 4

La lectura "simbólica" antijudía de los Evangelios, ha alimentado el antisemitismo de todos los tiempos y éste, a su vez, alimenta aquella lectura en un círculo vicioso que se refuerza, atribuyendo al mensaje evangélico un carácter siniestro, un diabólico significado que lo hace cómplice de trágicas operaciones pseudo-culturales, en las que han participado y que por tanto debemos observar (tanto mejor si es inconscientemente), aunque no fuese para otra cosa que para adherirnos al espíritu de hermandad y compasión que viene del mensaje cristiano.

§ 5

Volvamos, pues, a las figuras evangélicas en función simbólica, pero hagámoslo a condición de entenderlas como mitos, en los cuales los símbolos son separados tanto de su raíz histórica, como de la insidia del prejuicio que aquello comporta, y a condición de entenderlos como represen-

taciones esenciales, no de hombres y pueblos específicos, sino de la condición humana misma, de la condición de cada uno de nosotros, o en la versión de Pilatos, del hombre de gobierno en cuanto tal. Exactamente como los mitos clásicos que hablan, en general, a la humanidad y de la humanidad, y que ninguno imaginaría usar para señalar los caracteres específicos de los hombres y de las mujeres de Atenas, Tebas, Argos, Mileto o Ítaca, de entonces o de hoy.

§ 6

Si bien he hablado del mito, esto no debería afectar la sensibilidad de ninguno —en particular de los cristianos creyentes— como sí podría hacerlo, en cambio, si se pretendiera reducir las Escrituras a pura y simple mitología. A las Escrituras nos podemos aproximar con actitudes diversas, igualmente legítimas. Se puede buscar valores artísticos, informaciones históricas para la reconstrucción de la vida política y social de aquellos tiempos, máximas de conocimiento para una conducción recta de la vida y palabras de vida eterna en la perspectiva de la fe cristiana. Un uso literario, historiográfico, moral y *kerigmático* no se excluye, valiendo también para el uso paradigmático que aquí se pretende. Según esto último, las Escrituras no se nos presentan como una secuencia de sucesos humanos históricamente acaecidos y verificables, ni como eventos divinos, sino como espíritu humano consolidado en dos mil años de coloquio con las generaciones, en cuyas narraciones han sido revelados y reconocidos. No hay ninguna razón para negar a este espíritu una verdad, en su ámbito, semejante a cualquier otra. Si legítimamente tenemos distintos pareceres, para mirarnos en las figuras evangélicas no tenemos necesidad ni de adherirnos a la fe ni a confirmaciones históricas o reconstrucciones filológicas de los textos, a fin de armonizar sus significados en una narración coherente con los resultados de la investigación historiográfica; todas éstas, cosas esenciales para otros usos y sobre los cuales existe una literatura inmensa, de extraordinaria profundidad y sutileza. Podría sostenerse, sin paradoja alguna que el valor paradigmático, la fuerza de “verdad” de los Evangelios —en esta acepción— podría verse alimentada además, por el eventual reconocimiento de su no conciliación con la lógica de los acontecimientos históricos o también por la constatación que nada de aquello que se nos cuenta ha podido suceder realmente. Así se atribuya significado a la total ausencia de fuentes religiosas judías que hablen del proceso a Jesús (y, en cualquier modo, de Jesús); así se acepten, como único núcleo histórico

inimpugnable de las vicisitudes que nos interesan, sólo lo que ha dicho Tácito para explicar el significado del nombre cristiano (*Annali* XV, 44: "El autor de aquel nombre, Cristo, fue condenado a muerte en los tiempos de Tiberio, por el procurador Poncio Pilatos"), o por Flavio Josefo en el llamado *Testimonium flavianum* (*Antichità giudaiche*, XVIII, 3.3), donde se dice que "cuando Pilatos oyó que por nuestros hombres principales (de los judíos) era acusado, lo condenó a la cruz" –dos pasajes, a su vez, fuertemente sospechosos de no desinteresada interpolación–, se entiende que no existe posibilidad alguna de reconstruir un "texto originario", una lección primigenia que advierta sobre sus sucesivas manipulaciones abusivas y, muchas veces, contradictorias. Queda el hecho, por ello aún más sorprendente y significativo, de narraciones cargadas de valor, a pesar de su fragilidad histórica o filológica, a favor de cuya "verdad", habla la bimilenaria interrogante sobre la condición humana y los constantes hallazgos y redescubrimientos de trazos para una respuesta espiritualmente satisfactoria.

§7

Se ha observado que si la narración de gran parte de los eventos precedentes a la muerte de Jesús, se hubiese realizado en la tradición antes que en los Evangelios, variaría el relato de la captura, el proceso y la crucifixión. El material narrativo, a este propósito, es caótico. Rara vez en los Evangelios se encuentra una tal variedad de relatos y de contradicciones relativas a los mismos acontecimientos y sobre aspectos relevantes; por ejemplo: la secuencia temporal de los hechos, las modalidades del arresto de Jesús, el doble interrogatorio ante Caifás y el Sanedrín, la condena por los miembros del Sanedrín, la traición o –mejor– la negación de Pedro, las acusaciones contra Jesús ante Pilatos, el desarrollo del proceso ante este último a solas, o frente a la muchedumbre, el desenvolvimiento de la opción popular entre Jesús y Barrabás, y la atribución de responsabilidad por la muerte de Jesús (a los ancianos, a los sumos sacerdotes y escribas, a los hombres en general, a los gentiles, al pueblo de los judíos).

§8

Todo ello hace pensar en las efectivas dificultades y en las diversas tradiciones recogidas por quienes escribieron la Biblia, y pone el proble-

ma de las relaciones entre los cuatro Evangelios, que se complica por las siempre nuevas hipótesis acerca de su origen temporal y, por tanto, acerca del posible ligamen de los unos con los otros, así como la existencia de tradiciones independientes. No es esto sorprendente, pues los Evangelios no fueron escritos como relatos con fines historiográficos, sino como documentos vivos de un grupo de personas que buscaban alimento para la fe. La muerte y la resurrección son temas de importancia crucial en el mensaje cristiano. Cualquier cosa relacionada a estos puntos, debió ser meditada con el ánimo de los creyentes, dicha y repetida mil veces, y siempre enriquecida por la fe, desde tiempos remotos. Nuevos significados debieron ser atribuidos a los eventos y estos nuevos significados debieron, a su vez, dar lugar a progresivas reformulaciones de la historia originaria, ya que, sobre todo en los momentos decisivos, faltaban los testimonios directos. Y el mismo proceso de enriquecimiento y transformación continúa también hoy, no a través de la modificación de los textos, ya hace mucho tiempo fijados, sino a través de nuevas interpretaciones, más capaces de innovar que las verdaderas y propias reformulaciones.

§ 9

A la fuerza transformadora de la fe, con el tiempo debieron sumarse nuevos motivos teológicos el Cristianismo como nueva Jerusalén, irreductible a la vieja, y portadora de un mensaje de renovación universal que temía la conjura de todos los poderes constituidos –y políticas contingentes– la exigencia de una buena relación con la autoridad romana. Ello puede haber llevado al convencimiento general sobre la responsabilidad por la muerte de Jesús (*Hechos, 4, 26-27*: “Se alzaron los reyes de la tierra y los príncipes se juntaron, contra el Señor y contra su Cristo; de verdad en esta ciudad, Herodes y Poncio Pilatos, con las gentes y los pueblos de Israel, se alzaron contra su santo siervo Jesús, que ungió como Cristo”) y el predominio de apuntes antijudíos dirigidos a acentuar su responsabilidad, como pueblo en su conjunto, proyectada, además, sobre las generaciones venideras. Tal vez así se pueda explicar la inserción de episodios a primera vista sospechosos y, en efecto, discutirse temas como el envío de Jesús a Herodes, el sueño de la esposa de Pilatos, el sometimiento de la elección entre Jesús y Barrabás al gentío, el lavado de manos de Pilatos y la maldición de los judíos sobre sí y sus propios hijos. Para alguno, también la celebración del proceso por Pilatos ante el gentío de Jerusalén –históricamente no comprensible– sería acogida en

los Evangelios a fin de complicar la responsabilidad de los judíos. En la caracterización de la misma figura de Pilatos, nada negativa; en fin, los escrúpulos y tentaciones que a cualquier paso acompañan su acción se presentan, en verdad, sorprendentes, dada la época, las costumbres, el contexto político y aquel que las fuentes (esencialmente el *De bello judaico* y las *Antiquitates judaicae* de Flavio Josefo) nos dicen de su personalidad resuelta y cruel, y de la política romana en Judea, tal vez más despiadada que en otras provincias.

§ 10

Pero nada de esto nos interesa. Cada elemento de la historia asume un significado objetivo, del todo independiente de su verdad histórica. Si debiéramos poner atención a ésta, los pasajes del proceso más famoso, más denso de significado desde el punto de vista del significado espiritual –entiendo, sobretodo, el diálogo de Juan sobre la verdad y sobre el poder– deberían probablemente ser valorados. Es el mismo Juan quien nos dice que aquel diálogo se desarrolla en privado, sin testigos entre los dos dialogantes. ¿Pero quién, por esto, osaría dudar que no sucedió nada?

§ 11

Se trata de hacer hablar a los hechos relatados en los Evangelios por aquello que nos dicen hoy y sorprenderse de la vitalidad de aquellas narraciones. Ellas –según expresión de Sergio Quinzio– están allí, como una mano tendida que no cesa de brindarnos perspectivas impensables, que están al otro lado de la fe cristiana.

§ 12

Parece que nos encontramos frente a una escenificación, construida adrede como representación simbólica, de una conspiración general contra el Nazareno, por los tres principios del gobierno terrenal, el autocrático, el aristocrático y el democrático, representados por Pilatos, el Sanedrín y la muchedumbre reunida ante el Pretorio. Una representación paralela a la inscripción que contiene la condena de Jesús en las tres lenguas del

mundo antiguo, para decirnos que el rechazo de Jesús por parte del mundo fue universal. Sin embargo, desde el punto de vista de las enseñanzas políticas, allí podemos buscar las razones para comprender cómo el dogmatismo de una oligarquía, aliada con el escepticismo oportunista de un autócrata, puede conducir a una tragedia "democrática".

§ 13

Toda la secuencia es escandalosa y simbólica como ninguna, tanto más en cuanto se admite (aún con Quinzio) que ninguno de los actores de aquel drama fue impulsado por ánimos perversos, que cada uno hizo aquello que su deber o legítimo interés lo requería. Algunos (los miembros del Sanedrín) pensando en "prestar servicio a Dios" (Juan, 16, 2); otros (Pilatos) para rendir servicio al César romano; los otros (el gentío) por amor a su patria. Si se concede a aquellos que estuvieron sobre la escena del proceso a Jesús de haber obrado "sin intención" e inconscientemente, es decir, si se les atribuye una "culpa no culpable", los eventos pierden cualquier significado subjetivo particular, para asumir el valor del paradigma.

§ 14

En la consideración política de los sucesos, la figura de Pilatos asume, ciertamente, una posición central. Las otras, por así decirlo, hacen de contrapunto.

§ 15

En la vigilia del Pesach, el gobernador de Judea, de la predilecta Cesarea del Mar, salió de Jerusalén. Siempre el peregrinaje de los judíos, de toda Palestina, a Sión para celebrar la gran fiesta de la liberación de la esclavitud, era motivo de excitación de los ánimos y de tensión con las fuerzas de ocupación. En aquellos años, pues, la desesperación de la nación ultrajada y la esperanza mesiánica que ésta alimentaba, llevaba la intolerancia al límite de lo soportable. El pueblo judío estaba dividido. No había unidad sobre el modo de afrontar la situación política determinada por la dominación romana, y la discordia era fomentada por la presencia

de diversas e irreconciliables interpretaciones de deberes que, en aquellos momentos, la fidelidad a la religión de los padres les imponía. Eran, en suma, tiempos de turbulencia que no permitían presagiar nada bueno, tanto más si existían grupos violentos (los zelotes) que andaban reforzándose, otros grupos (los esenios) se preparaban para el advenimiento inminente del Mesías, que liberaría al pueblo de Dios, por lo que varios pretendientes se propondrían este objeto.

§ 16

Pilatós fue, pues, a cumplir con sus deberes de funcionario, el primero de los cuales era mantener el orden y reprimir cualquier manifestación sediciosa contra la autoridad romana y su Emperador. Disponía de plenos poderes para sancionar con la muerte cualquier tipo de *crimen lesae maiestatis* (fórmula de confines indefinidos que englobaba cualquier forma de ultraje, rebelión y resistencia a la autoridad imperial) y, más bien, según la *Lex Iulia Maiestatis*, la negligencia en la aplicación de la ley habría significado la comisión del mismo delito por parte suya. Aún en la peligrosidad del momento, se trataba de una actividad de represión que, como lo documentó Flavio Josefo, también podía ocasionar miles de víctimas entre la población, pero que estaba dentro de las competencias del gobernador.

§ 17

En esta tarea, él contaba con la colaboración de las autoridades judías, también interesadas en mantener el orden y preservar aquel residuo de autoridad que los romanos les reconocían, y garantizaba la subsistencia de la identidad religiosa y nacional del pueblo judío. Naturalmente, las cosas se hubieran rechazado *de plano* si se hubiese tratado de impedir perjudicar a un rebelde con poco o ningún apoyo popular. Diferente es el caso de Jesús de Nazareth, el galileo que en aquellos días entró triunfalmente en Jerusalén (Mt. 21, 8-10) acogiendo prosélitos y suscitando entusiasmo ("todo el mundo lo sigue", según la expresión de Juan, 12, 19). En este caso, la corresponsabilidad de la autoridad judía era del máximo interés del gobernador romano. Si él lo hubiese hecho sólo, o contra el Sane-

drín, habría corrido el grave riesgo de una confrontación radical judeo-romana, contraria a los intereses de la política imperial. A su vez, el Gran Sanedrín de Jerusalén, el órgano judío dotado del máximo poder político-religioso, era estricto entre exigencias opuestas; como, por ejemplo, colaborar con la autoridad romana y defender, o al menos no obstaculizar, un movimiento popular que, si fuese resultado de la expresión auténtica del espíritu nacional, inspirado por Dios, hubiese salido vencedor de cualquier intento de represión.

§ 18

Para todos, pues, existían razones de distinta naturaleza. Para el Sanedrín, podía tratarse de no arriesgar su imagen ante la población –que ya no debía ser elevado–, dejando su destino en las manos de los verdugos romanos a un judío amado por el pueblo, o bien, por el contrario, de desembarazarse de un incómodo reformador religioso que habría minado su poder. Pilatos, en cambio, podía temer de ser castigado por el Emperador, por su comportamiento débil y evasivo ante los riesgos en los que se colocaba a la autoridad romana.

§ 19

Esta mixtura de perspectivas, romana y judía, de intereses objetivos y subjetivos, explica muchas de las acciones de las que se dan cuenta en los Evangelios, incomprensibles en una lógica simple y lineal, y explica también las interpretaciones diametralmente opuestas que de aquellas acciones se han podido hacer, acentuando uno u otro significado que de aquellos sucesos pueden extraerse. Es consecuencia del modo de concebir la condición en la cual históricamente se hallaban (los sacerdotes, la población de Jerusalén y la autoridad romana, respectivamente), las interpretaciones tradicionales de la culpa conjunta, judía y romana, o exclusivamente judía, con Pilatos que se limita a ratificar la condena del Sanedrín bajo el amendrentamiento de los sacerdotes y del tumulto de la gente, en contraposición con la más reciente reconstrucción del proceso y la muerte misma de Jesús, como hechos esencialmente romanos, si bien en un contexto de turbulencia judía. Así, pues, es una primera condena de Jesús pronunciada por blasfemia por el Sanedrín, contrastada sin embargo, por cuantos ven en los relatos evangélicos sólo un interrogatorio para recoger pruebas para

revisar el único verdadero proceso, aquel llevado ante Pilatos. Y, en base a una peculiar reconstrucción de las condiciones histórico-políticas en las cuales se movieron los sujetos de los relatos, y estando, además, avanzada la idea revolucionaria que los Evangelios no dijeron que ante el Sanedrín no se celebró ningún proceso y tampoco se pronunció condena alguna, sino que el interrogatorio nocturno de Jesús, sirvió para predisponer pruebas y para obtener su renuncia (la renuncia al pretexto mesiánico) para poderlo defender en el proceso romano por lesa *maiestas* y obtener la liberación.

§ 20

Nosotros no podemos ni siquiera detenernos en estos argumentos, sobre los cuales existe una amplia literatura histórico-jurídica, de la cual se puede tener una idea en el estudio rico y fascinante, recientemente publicado en lengua italiana, del jurista y juez de la Corte Suprema de Israel, Chaim Cohn, al cual se debe la argumentación sorprendente de la última tesis aludida, acerca de la intervención del Sanedrín a favor, y no en contra, de Jesús. Los puntos de vista reconstruidos que se han hecho notar, no son para nosotros el objeto de una investigación histórico-crítica con el objeto de establecer el grado de veracidad. Estas sirven exclusivamente para colocar sobre un fondo la figura política de Pilatos y, en particular, las dos mayores interpretaciones que se le han dado.

§ 21

A) PILATOS, EL POLITICO COBARDE QUE REHUYE DE SU RESPONSABILIDAD

Es ésta la concepción popular tradicional que ha encontrado innumerables interpretaciones artísticas, en la literatura, las artes figurativas y la música. Algunos argumentos y revisiones serán suficientes.

§ 22

Pilatos estaba convencido de la inconsistencia, según el derecho romano aplicable, de las acusaciones contra Jesús. En un inicio señaló: "He-

mos encontrado a éste incitando al pueblo a la revuelta, prohibiendo que se paguen los tributos"; pero después de haber interrogado a Jesús, dijo a la muchedumbre: "yo no encuentro ninguna culpa en este hombre". Pese a confirmar esta convicción, Pilatos no hizo lo único que le competía hacer: absolver a Jesús. Mas bien, él apuntaba a alcanzar el mismo resultado con el asentimiento de la muchedumbre, sin asumir la responsabilidad por una decisión de autoridad, que era de su competencia. El recurso al llamado *privilegium paschale* (una costumbre, cuya existencia, además, no está mínimamente probada), que consistía en la elección propuesta a los judíos entre Jesús y Barrabás, fue el primer intento fallido. Esto hacía desaparecer la presunta incompatibilidad moral —que según Pilatos (¡ignorancia del mundo!) habría jugado a favor de Jesús—, entre un criminal común (como parece decir Juan, 18, 40) o un subversivo homicida (como resulta en cambio de Lucas, 23, 19; Marcos 5, 7) bien conocido en la ciudad (Mt, 27, 16) y un moderado profeta desarmado, que predicaba el amor entre los hombres. El segundo intento fue la flagelación, presentada indistintamente por los Evangelios, pero en modo de sugerir (no así en Mt, 27, 26 y en Lc, 15, 15) que el "hecho hombre" referido por Juan (19,5) debiese levantar el sentimiento de la piedad humana e inducir a los acusadores de Jesús a desistirse de su pedido capital y de contentarse con ello. Era esta, en el fondo, una propuesta de compromiso que habría podido salvar la vida a Jesús.

§ 23

Así, fallaron todos los intentos de evitar la crucifixión. El pueblo estaba instigado y difícilmente, una vez puesto en marcha, habría entendido razones. Hasta aquí, de frente a la *vox populi*, Pilatos muestra su cobardía. A ella se une la hipocresía cuando busca el modo de hacer que la muerte de Jesús sea responsabilidad de otros, y no suya. La actitud de Pilatos, que no quiere verse comprometida, aparece ya en la sorprendente pregunta (para un gobernador romano) dirigida a la multitud enfurecida: "¿Qué hago con el que ustedes llaman Rey de los judíos?" (Mc, 15,12). Juan (18, 29-31) agrega que, antes de interrogar al prisionero, después de haber pedido cuenta de las acusaciones que le levantaron y al escuchar algunas respuestas que decían: "Si no fuese un malhechor, no lo habríamos entregado", Pilatos dijo: "Tómenlo ustedes y júzguenlo según sus leyes". El desplazamiento del proceso hacia los judíos todavía no tiene éxito, porque los judíos respondieron no estar "autorizados a sancionar

con la muerte". Una respuesta que ha dado lugar a complejas conjeturas acerca de la extensión de la competencia del Sanedrín en aquella época, pero que, en cualquier caso, no habría podido ser jurídicamente resuelta. Aunque la competencia para los delitos capitales hubiese sido sustraída –como muchos entienden– queda el hecho de que el mismo Gobernador lo estaba restableciendo para el caso de Jesús. Como sea, Pilatos se llena de miedo, tal vez también por la inminente amenaza de delación ante el Emperador ("Si tú lo liberas, no eres amigo del César", Juan, 19,12). Otro intento de declinar su propia jurisdicción es el episodio relacionado con Herodes de Antipa, narrado por Lucas (23-7). Después de haber oído que Jesús era un Galileo, súbdito por tanto del rey judío, Tetrarca de Galilea, que en aquellos días se encontraba también en Jerusalén, se lo envió a fin de que fuese él quien lo procese según la ley judía. Habiendo afirmado "no encontrar culpa alguna en este hombre", esperaba tal vez que alguna culpa le encontrase el Tetrarca, según el derecho judío, y así se satisficiera por esta vía a la muchedumbre exaltada. Sin embargo, Herodes parece haber aprovechado de la ocasión para poner (inútilmente) en prueba la capacidad milagrosa de Jesús, de cuya fama conocía, antes que para procesarlo. Al final, declina la responsabilidad y, después de haberse burlado y mofarse de haberlo vestido con un espléndido manto, lo devuelve a Pilatos.

§ 24

Fallados todos estos intentos, y no habiendo otros, "queriendo satisfacer a la muchedumbre" (Mc., 15, 15), Pilatos no tiene otra alternativa que abandonar a Jesús a su suerte: la crucifixión. Pero no es todo. Queda un último paso de la vileza y de la infamia: "Pilatos, viendo que no obtenía nada, mientras que el tumulto crecía cada vez más, trajo agua y se lavó las manos delante de todos: "¡No soy yo responsable de esta sangre, es cosa de ustedes!". Y todo el pueblo contestó: "que su sangre recaiga sobre nosotros y sobre nuestros hijos" (Mt. 27, 24-25). Tampoco es aquí posible detenernos en las infinitas discusiones que ha suscitado este pasaje, cargado de condenas para el pueblo judío. Si, por ejemplo, el gesto de Pilatos, para un romano, tuviese algún significado; sí la auto-maldición de los judíos (¿todo el pueblo?) pueda tener una base histórica sobre un episodio que, en conjunto, resulta demasiado antijudío y en exceso pro-romano y pro-cristiano por evitar sospechas de una intencionalidad maliciosa. Y tampoco discutiremos la impresión de incredulidad que debería derivar de

estas anotaciones de los Evangelios sobre el comportamiento de Pilatos. Para aliviar o eliminar la responsabilidad, él termina por ser presentado "como un auténtico cobarde, sin dignidad, racionalidad y coraje", como alguien que ha utilizado un recurso indecoroso y subterfugio, no obstante "su convicción de que Jesús fuese la víctima inocente de la maldad de los judíos, en vez de comportarse con dignidad y firmeza, como hubiese sido la aptitud de un juez romano que, contando con su fuerza militar, podía rechazar la acusación contra Jesús". Y, finalmente, como un ser no sólo débil, sino también increíblemente torpe.

§ 25

Fieles a la idea original de no discutir la veracidad histórica, semejante es la caricaturesca representación registrada en los Evangelios –representación que, en lugar de glorificar el sentido de justicia del gobernador romano, el "justo juez", según una compartida convicción, suena a un perenne entredicho–, de ella a nosotros no nos queda más que tomarla por buena en su significado arquetípico, un significado encerrado en el uso que de aquí en adelante, irremediabilmente, ha asumido el adjetivo "pilatesco".

§ 26

B) PILATOS, EL POLITICO PRO-DEMOCRATICO

Puede parecer y, en efecto, es arriesgado considerar a Pilatos –quien era sobre todo un funcionario– con la imagen de un hombre político en sentido moderno, y presentarlo como ejemplo de democracia –cuando todo en él y en su tiempo era sobretodo autocracia–. No obstante ello, está el hecho que en una cuestión controvertida con el Sanedrín, renuncia de hacer prevalecer la fuerza y abre un procedimiento dejando la decisión a la preferencia de los más. Por este comportamiento "democrático", alguien lo ha sindicado como uno de los padres fundadores de la civilización política occidental, a la manera de un Carlo Magno o de un Luis XIV.

§ 27

La teorización del Pilatos democrático, ha sido realizada por un maestro de la filosofía del derecho y de la política –Hans Kelsen– a partir, sobre todo, del celeberrimo pasaje del Evangelio de Juan (18, 37-38), que narra el diálogo entre Jesús y Pilatos sobre la verdad, una “simple historia, expresada con palabras ingenuas, [que] es uno de los más sublimes fragmentos de la literatura mundial”. El intercambio entre Jesús y Pilatos relataría un encuentro que, “sin intentarlo, termina en un trágico símbolo del antagonismo entre absolutismo y relativismo”. Jesús era el absolutista, porque conocía –más aún, era– la verdad y Pilatos, el relativista porque la ignoraba: “Yo he nacido por esto y venido al mundo para dar testimonio de la verdad. Todo el que sigue a la verdad, oye mi voz”. Pilatos le dice: “¿Qué es la verdad?”. Dicho esto (sin tener una respuesta, que consideraba de cualquier modo insensato) salió de nuevo donde estaban los judíos.

§ 28

El episodio narrado por Juan, repetidamente invocado por el pensamiento político antidemocrático para demostrar a qué escándalos se puede llegar remitiéndose a la fuerza de los números –el asesino (Barrabás) preferido al hijo de Dios, la libertad para el primero y el patíbulo para el segundo– es invertido por Kelsen en su significado y termina en una apología de la democracia. “Pilatos, porque era un relativista escéptico y no sabía qué cosa fuese la verdad, la verdad absoluta en la que aquel hombre creía, actuó de modo democrático –con absoluta coherencia– poniendo la decisión del caso al voto del pueblo. Para aquellos que creen en el hijo de Dios y rey de los judíos como testimonio de la verdad absoluta, este plebiscito es ciertamente un serio argumento contra la democracia. Nosotros, los científicos de la política (al contrario) estamos obligados a aceptar este argumento, sujeto a una condición: de estar muy seguros de nuestra verdad política para imponerla, si es necesario, con lágrimas y sangre; de estar muy seguros de nuestra verdad como el hijo de Dios estaba seguro de la suya”.

§ 29

La condena popular de Jesús, en suma, es un argumento definitivo, sólo para quien está seguro de poseer la verdad. Sólo bajo esta condición –el conocimiento de lo verdadero y lo falso, del bien y el mal– el ¡crucifícalo! de la muchedumbre, podría surgir como prueba irrefutable de la insensatez de la democracia. Lo verdadero y lo falso, el bien y el mal no pueden depender, en efecto, de la cantidad de personas y de las opiniones. Sin embargo, si en vez de ello rechazamos aquella pretensión de conocimiento –la suprema tentación de la serpiente (Gen, 3,5)– la condena popular de Jesús no nos dice nada sobre la democracia, y Pilatos puede legítimamente levantarse como su símbolo. La discusión sobre la ética política de la democracia finaliza así, por oscilar entre dos extremos: el dogma y la duda, el absolutismo y el relativismo de los valores. La democracia, inadmisibile para el espíritu dogmático, sería posible sólo en un contexto espiritual escéptico y relativista. Democracia y escepticismo se leerían así, la una a la otra, como la consecuencia de sus necesarias premisas. Jesús, firme en su verdad, sería el campeón de la antidemocracia, esto es, de la autocracia, mientras que el personaje positivo, desde el punto de vista democrático, sería Pilatos, que no sabe, no quiere saber y tampoco cree que se pueda saber qué cosa sea la verdad.

§ 30

Las interpretaciones tradicionales de Pilatos, que lo consideran como símbolo de la cobardía del hombre de gobierno y como símbolo de la democracia, no son alternativas. Por el contrario, son perfectamente compatibles entre sí. En efecto, se puede decir que el Pilatos democrático provee la base y, además, ennoblece al Pilatos cobarde. Si no existe la verdad, y si la lógica de la democracia es sólo aquella de los números, cómo podríamos reprochar a Pilatos de haberse plegado al bramido del pueblo, de no haber ordenado el desalojo de la plaza, de no haber salvado a Jesús. La cobardía de Pilatos, en esta lógica “democrática”, aparece en modo diferente, no como vicio, sino como virtud. La única “verdad” para un espíritu escéptico es la fuerza de la realidad, en la forma que la muchedumbre quiere. Y así la hipocresía del lavado de manos se convierte en el verdadero símbolo de la esencia de aquello que debe ser el comportamiento del político auténticamente democrático: “no yo, sino ustedes lo han querido, y yo estoy a vuestro servicio, ¿qué más quieren?”.

§ 31

No hay necesidad de señalar en qué medida esta “visión auténtica de la democracia” sea también una visión criticada, una visión por la cual no valdría la pena quizás sacrificarnos, ni tampoco sacrificar un poco de tiempo. Sin embargo, es necesario preguntarnos ¿podremos negar fácilmente que sea una postura que ha calado profundamente en nuestras sociedades? ¿No nos parece que la “democracia de Pilatos” esté haciendo escuela, y se presenta más bien como fuente estratégica de inspiración para hombres y grupos políticos?

§ 32

Todos ahora se dicen democráticos, y la lucha política no se presenta ya como un enfrentamiento entre partidos democráticos y antidemocráticos, sino como una disputa en la cual cada uno reivindica para sí y le echó en cara al otro una carencia de democracia. En ese sentido, la carencia de ideas directrices (para no decir de ideales o de ideología), presentada como el instrumento para ponerse democráticamente en sintonía, y así obtener más fácilmente el favor de los electores con la finalidad de conquistar o mantener el poder; la eliminación en la contienda política de cualquier elemento simbólico de identificación social y programática, y sustituirlo con signos huecos, puramente emotivos; la liquidación de los centros estables de elaboración política como son los partidos y la sustitución con volátiles estructuras culturales de corte periodístico adaptados a la llamada así comunicación política, son todos ellos, medios para obtener la máxima plasticidad de la clase “política” en su adecuación a los “humores” que emergen de la sociedad, constante y obsesivamente observados bajo técnicas *demoscópicas*. Y, finalmente, esta adaptabilidad viene exhibida como la máxima prueba democrática y, si no es plena, se denuncia una carencia de democracia.

§ 33

El hombre político se adapta. Se mueve sobre un palco escénico que busca mantener lo más iluminado posible, haciéndolo por placer y para obtener un consenso dirigido más a su persona que a las cosas que, even-

tualmente, proponga y haga (proponer y hacer no son condiciones para una carrera política). Su vanidad, que se traduce en la búsqueda de un poder vacío de contenido y de sentido –un pecado capital para el hombre que quiere seguir una auténtica vocación política– lo lleva continuamente a adaptarse a aquello que la gente quiere de él, y a aquello que piensa pueda ser funcional al espejismo de la satisfacción creciente de aquella vanidad y de aquel poder. De aquí que la insensatez, la necedad, los estilos de vida mostrados, basados sobre la superficialidad y banalidad y, sobretudo, la capacidad de contradecir sin pudor, hasta con complacencia y, por tanto, sin alguna rémora ética, sean ideas hasta hace poco profesadas con (aparente) convicción. La perseverancia –para no usar la palabra desusada de coherencia– en seguir un proyecto, como carácter de una personalidad política, parece totalmente olvidada. No es así nada sorprendente que se la considere un defecto y se teja hasta en el elogio del transformador sin escrúpulos un personaje que, a diferencia de Pilatos, no siente ni siquiera la exigencia de lavarse la conciencia con las manos.

§ 34

Estos son pasos destinados a hundir la política como fuerza directriz y dimensión independiente de la vida colectiva, y ello adviene en el momento en el cual –contrariamente a las previsiones sobre la muerte de la política en la época actual– los recursos del Gobierno aparecen indispensables de frente al caos que enviste a las sociedades humanas, en una dimensión, por lo demás, mundial. Y, en cambio, tal hundimiento se convierta en una perspectiva coherentemente perseguida y teorizada, a favor de la espontaneidad de las fuerzas económicas y sociales que al hombre político le piden simplemente seguir las o a lo mucho, acompañarlas, y en caso de crisis, intervenir solamente utilizando el instrumento diabólico de la fuerza armada. No siendo posible llegar a abolirla, la política deviene una función sumisa. Los hombres políticos, en cuanto halagados y respetados exteriormente, son objeto de íntimo desprecio a causa de aquello que se puede llamar la continua “disponibilidad”.

§ 35

Debemos ser conscientes del inevitable condicionamiento que las instituciones públicas sufren, como consecuencia de la conducta de los hom-

bres políticos. Los méritos y los defectos de éstos –como enseñaban los clásicos que teorizaban las formas de gobierno y sus degeneraciones– se convierten directamente en la conciencia colectiva, en valores y defectos de aquéllas. El descrédito que alcanza a los primeros corre a los segundos, tornándose difícil que en base a abstractos discursos, se pueda defender la democracia de los riesgos que corre, el mayor de los cuales no está representado por los detractores que la combaten abiertamente (hemos dicho que hoy no hay quien no le ofrezca homenaje) sino de la apatía, el cansancio, el desinterés y el desentendimiento que le quitan contenido desde adentro. La democracia está viva y fuerte cuanto más viva y fuerte está la política que ella produce.

§ 36

El enunciado de los males a las cuales también nosotros nos estamos refiriendo, no debe, sin embargo, *llevar* a considerar que ellos no representen del todo una novedad de los años presentes. Cambia el contexto y cambian las condiciones, pero el problema central de nuestro tiempo –que a mí me parece ser, repito, la decadencia de la política y de la clase política, en cuanto se refiere a autonomía, capacidad de gobierno y, finalmente, dignidad– viene de hace mucho. Basta recordar la lección de Max Weber sobre la “política como profesión [o vocación]” de 1919. En ella, la fuerza que atentaba contra la autonomía de la política venía identificada en la burocracia, aquella jaula de acero, que en los pronósticos, la había triturado. Hoy, el diagnóstico podría ser diferente, en cuanto las fuerzas que la corroen se desarrollan tal vez dentro de la sociedad misma, a partir de sus energías económicas, científicas y tecnológicas, aliadas y difíciles de contener. De la evaluación de estas diversas condiciones, pueden nacer diversas estrategias de reacción, y no es para nada dicho que la propuesta que Weber desarrollaba entonces para reforzar la política y proteger su autonomía del asalto de las burocracias –la considerada *Führerdemokratie*, apoyada sobre la investidura popular del jefe de Gobierno– sería hoy productiva y no contraproducente, cuando el mismo problema se debe a causas diversas. En cualquier caso, aquello de lo cual no se puede prescindir, como el mismo Weber muestra magistralmente en la parte final de su conferencia, es una postura de la cual todo se puede decir, menos que sea “pilatesco”, es decir, su sujeción a un objeto, a una “causa” (*sache*), de parte del hombre político. Sometimiento en la cual, pasión, inteligencia, desinterés, sentido de responsabilidad y perseverancia, deben encontrar

el modo de combinarse. La exteriorización que caracteriza la política en los medios actuales de comunicación de masas –exteriorización que es de todos modos condición de cualquier carrera política– no vuelve del todo inactual aquella exigencia de interioridad, lo que hace más difícil su traducción en la práctica. Pero sólo quien posee aquella sujeción (*sachlichkeit*) puede efectivamente decirse llamado a la política y puede, con honor, decir que es un hombre político y puede pretender ser considerado como tal. El resto es agitación estéril que deshonra a la persona que se pasa como hombre político (Weber habla de *Windbeuteln* farolón) y descalifica la función a la que se le ha confiado o bien, en la mejor de las hipótesis, es veleidad romántica de razones sin fundamento.

§ 37

Con el “sometimiento a una causa”, retomamos una vez más –la última– a la interpretación kelseniana de Pilatos. Hablando de “sometimiento a una causa”, ¿no hay riesgo de caer en el peligro opuesto para la democracia, con la adhesión dogmática a sus propias ideas? Kelsen erró buscando el relativismo de Pilatos y su relación con la democracia, pero tiene razón cuando afirma la incompatibilidad entre verdad y democracia. La verdad poseída no acepta ser tratada como opinión, ni ser puesta en duda en la libre discusión y de ser verificada mediante el conteo de los votos, discusiones y votaciones que son, después de todo, reglas esenciales de la democracia. La verdad no acompaña a la democracia, sino a la autocracia. Si “someterse a una causa” significase someterse a una verdad dada y absoluta, no tendríamos procedimientos y debates democráticos sino proselitismo y luchas.

§ 38

La dedicación a la causa de la cual hablamos, es otra cosa. Es la apertura a las posibilidades, un “pensar y hacer por posibilidad” propia de quienes rechazan tanto la arrogancia de la verdad poseída, como la renuncia que deriva de la cínica aceptación de la realidad. La exigencia ética que aquí está en cuestión no es la verdad o la justicia absolutas, como lo es para el espíritu dogmático, sino, que entre las varias posibilidades que cualquier situación concreta tiene, la búsqueda orientada a lo

mejor, se realice según un proyecto. Una exigencia que sólo el espíritu radicalmente escéptico podría negar, en nombre de una invertida tentación absolutista.

§ 39

A la democracia que asume esta actitud del espíritu, se adhiere el nombre de "democracia crítica". La duda es la fuerza eficiente o, para usar la expresión de Montesquieu, el *ressort*. Y aquí es preciso desbaratar una opinión común: que sea una fractura insalvable entre creyentes y no creyentes, en el hecho de que los primeros, en cuanto hombres poseedores de la verdad, pondrían en riesgo esta democracia. Al contrario, la duda es el terreno de encuentro en la cual hay puestos para creyentes y no creyentes, no siendo enteramente condición existencial exclusiva del laico. ¿Quién ha dicho que el laico sólo vive de dudas y el creyente sólo de certezas? ¿Se puede dudar sin tener convicciones? Quien no tiene convicciones, el escéptico absoluto no puede dudar de nada (si no acaso de su misma sistemática duda) porque le falta el objeto y está privado de energía en la búsqueda de las posibilidades. Vivir sólo de dudas sería, correctamente, escepticismo. Ser hombre de dudas significa, en cambio, tener convicciones para no caer en la soberbia hasta el punto de no estar dispuestos a confrontarlas y a cuestionarlas. Pero, contrariamente a aquel que se dice formar parte de los no creyentes, una cosa análoga vale también para el hombre de fe, a condición de que tome en serio su libertad y su responsabilidad, escuchando en la experiencia de la vida la palabra de Dios, con el temor de quien teme de no oírla o, habiéndola oído, con el temor de no entender su significado. La palabra de la cual el salmista (Salmo, 62,12) dice: "Una vez Dios habló, dos veces yo lo oí", significa la duda del hombre de fe, la palabra que a los vivientes no se manifiesta en los pasajes de la resurrección, sino al escuchar las voces susurrantes que acompañan la maravillosa teofanía sobre el monte Oreb. (1Rey, 19,11-13). "Yahvé va a pasar. Vino primero un huracán tan violento que hundía los cerros y quebraba las rocas delante de Yahvé, pero Yahvé no estaba en el huracán. Después hubo un terremoto, pero Yahvé no estaba en el terremoto. Después brilló un rayo, pero Yahvé no estaba en el rayo. Y después del rayo, se sintió el murmullo de una suave brisa [otra lección: una voz de silencio sutil]. Elías, al oírlo, se tapó la cara con su manto", en signo de humildad y respeto.

§ 40

No es pues sólo la renuncia a la verdad lo que conduce a un vacío poder, sino también lo opuesto, es decir, el gobierno de la verdad, que lleva a inflar la intolerancia. En la representación evangélica, Pilatos nos advierte de los riesgos del escepticismo. Jesús, que rompe el silencio sólo para proclamar ser la verdad (Juan, 18.37), pero no haber venido a reinar en este mundo (Juan 18, 36), nos previene sin embargo del riesgo contrario: que nosotros pretendamos hacer aquello que ni siquiera él quiso hacer. Entre estos dos errores –que podríamos llamarlos también, horrores– está aquello que compete al hombre político y, por tanto, en lo que nos corresponde, también a cualquiera de nosotros: la búsqueda de la verdad alimentada por la duda –búsqueda humilde, tenaz, paciente y circunspecta– sabiendo que no se nos presentará en la vida que vivimos, completamente descubierta y que, por tanto, no será posible realizarla completamente.

BIBLIOGRAFIA

Nota: Los números remiten a los párrafos en los que el trabajo se divide.

3

La referencia a Raúl Hilberg es a su libro **The Destruction of the European Jews**, de 1985 (traducción italiana **La distruzione degli ebrei d'Europa**, Torino 1995). Los pasajes sobre la organización de los ghets polacos bajo los nazis y el rol de los *Judenrate* están en el capítulo VI, en el párrafo *L'organizzazione del ghetto*, pág. 222 y sgtes.)

8

La afirmación acerca de la existencia de un texto evangélico todavía no "fijado" en su base griega (que ha dado lugar, por otro lado, a nuevas traducciones), debe ser relativizada a la luz de la reciente noticia de una nueva edición de los textos bíblicos, promovida por los Padres Dominicos de la *Ecole biblique*, donde serán anotadas, en paralelo, las diversas versiones existentes, "si bien validas".

9

Los pasajes de Flavio Josefo relacionados con Pilatos, están contenidos en *Antiquitates Iudaicae*, 18.3 y en *De bello Iudaico* 2.9.

11 y 13

Las referencias a Sergio Quinzio en su **Un commento alla Bibbia**, 2da. edición, Milano 1991, págs. 31 y 504, respectivamente.

16

Sobre el *crimen lesae maiestatis*, como fundamento de la condena romana de Jesús, véase el volumen citado en el n. 20, capítulo VI de la II parte. Según K. Rosen, *Roma e gli Ebrei nel processo a Gesù Cristo (intorno al 30 d.c)*, en A. Demandt, K. Meyer, K. Rosen, H. Schutt, A. de Zayas, **Processare il nemico**, Torino 1996, pág. 54 y sgtes., el motivo de la condena sería sustancialmente la *contumacia*, es decir, el silencio ante las acusaciones que le dirigen. Se trata de una postura cuyo significado teológico ha sido innumerables veces estudiado y que, en el plano penal, conllevaba la pena de muerte, según el testimonio de Plinio, prefecto de Bitinia, hacia el 112 d.C, extraída de su carta al emperador Trajano.

17

Las observaciones finales del párrafo (la inutilidad de la represión de un movimiento auténticamente inspirado por Dios) se basan en el discurso de Gamaliele al Sanedrín, reportado en *Hechos*, 5, 34.

20

El estudio de Chaim Cohn es **Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico** (Torino 2000).

21

La cobardía es uno de los filones conductores de la interpretación de Pilatos –el Pilatos con las manos en el lavabo–, por ejemplo, en las alabanzas medievales (v. Jacapone da Todi, del *Laudario di Santa Maria della Scala di Siena*, en **Antologia della poesia italiana**, dirigida por C. Cases y C. Ossola, Vol. I, Torino 1997, pág. 330) hasta en la narrativa contemporánea (por ejemplo, *Il maestro e margherita*, {Torino, 1967} de M. Bulgakov). En cuanto a las artes figurativas, el lavado de las manos como símbolo de la personalidad de Pilatos es, por lo demás, un lugar común (por ejemplo, el hoyo de la derecha del sarcófago de María Magdalena en la *Basilique Royale de Saint-Maximin-la-Sainte-Baume*). Las varias *Pasiones* barrocas, pues, han contribuido generalmente a la misma interpretación.

24

Las palabras citadas y el contexto de la cita son extraídos de S.F.G. Brandon, **Jesus and the Zealots**, Manchester 1967, pág. 261 y sgtes. A mi juicio, la discusión, desde el punto de vista histórico-crítico, más profundo sobre el lavado de las manos es el trabajo de C. Cohn, **Processo e morte di Gesù**, cit., págs. 307-321.

25

Pilatos como “juez justo” es el título del volumen dirigido por C. Bonvecchio y D. Caccopalmerio, **Ponzio Pilato o del giusto giudice. Profili di simbolica politico-giuridica**, Padova 1998 (con contribuciones de G. Ravasi, L. Martignoni, C. Risé, M. Miglietta, G.M. Chiodi, G.L. Cecchini, G. Parotto y T. Tonchia).

27

La reflexión de Hans Kelsen sobre el significado del proceso de Jesús para la teoría democrática, la elección del pueblo entre Jesús y Barrabás y, sobre todo, el diálogo sobre la verdad entre Jesús y Pilatos, citado por Juan, está en un párrafo breve, bajo el título *Jesús y la democracia*, que cierra uno de sus trabajos más importantes: **Vom Wesen und Wert der Demokratie (Sobre la esencia y el valor de la democracia)** (primera edición 1920), traducido al italiano en **La democrazia**, Bologna 1981, pág. 143 y sgtes. Sobre el mismo tema, con algunas modificaciones, también se ha referido el autor en el parágrafo final de **Staatsform und Weltanschauung (Forma de Estado y visión del mundo)**, de 1933, traducido al italiano en **Il primato del Parlamento**, Milano 1982, pág. 39 y sgtes., donde se encuentra inserto un tratamiento general de las consecuencias político-constitucionales de la contradicción entre "absolutismo" y "relativismo ético". Ver también, **Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics** (1948) y **Foundations of Democracy** (1955-1956), ambos traducidos en **La democrazia**, citado, pág. 452 y sgtes. y 264 y sgtes.

36

La politica come professione (o vocación) (**Politik als Beruf**) es el título de una conferencia que Max Weber pronunció en 1919, como diagnóstico y prognosis de la condición política de Alemania después de su derrota en la primera guerra mundial. Este texto famoso, conjuntamente con uno similar, de 1919, dedicado a la ciencia como vocación (*Wissenschaft als Beruf*), ha sido publicado en Italia en Max Weber, **Il lavoro intellettuale come professione**, Torino 1948, y vuelto a publicar bajo el doble título de **La scienza come professione. La politica como professione**, Torino 2001 (Traducción castellana de Joaquín Abellán, **La ciencia como profesión, la política como profesión**, Colección Austral, Madrid 1992).

39

Un desarrollo de la noción de "democracia crítica", en el sentido del texto, a partir precisamente del proceso a Jesús, en mi **Il "crucifige! e la democrazia**, Torino 1995 (Traducción castellana, de Atilio Pentimalli Melacrino, **La crucifixión y la democracia**, Editorial Ariel, Barcelona 1996).

El problema de las relaciones entre fe y democracia, nuevamente ha sido propuesto en el debate por G. E. Rusconi, **Come se Dio non ci fosse**.

I laici, i cattolici e la democrazia, Torino 2000. La expresión *etsi Deus...* (debe traducirse preferiblemente como *Anche se Dio non ci fosse*, en vez de *como se...*) es del setecientos, fue planteada por Hugo Grocio, y ha estado presente en las reflexiones del teólogo protestante Dietrich Bonhoeffer, acerca de las relaciones entre el mundo moderno, la religión y la fe en Dios: Su planteamiento, en síntesis, es que Dios no es un *deus ex machina* que salva a sus fieles de la tarea de buscar responsablemente la solución de los problemas que los azotan como ciudadanos. Este Dios –el Dios de la religión– no existe. El Dios de Bonhoeffer, en cambio, es un Dios diferente, es el Dios de la cruz que el mundo ha derrotado, y que nosotros podemos buscar y que nos responde en la fe. No es, en suma, un gobernante en cuyas manos nos podamos entregar. Véanse las cartas desde las cárceles nazis del 8 de junio, del 16 y 18 de julio de 1944, recogidas en D. Bonhoeffer, **Widerstand und Ergebung**, (1970), traducción italiana **Resistenza e resa**, al cuidado de A. Gallas, Cinisello Balsamo, 1988, pág. 397 y sgtes., 437 y sgtes. y 440 y sgtes., respectivamente (las mismas cartas constituirán el Vol. VIII de las **Opere di Dietrich Bonhoeffer**, Brescia, Queriniana. Véanse, además, F.L. Marcolungo, “*Etsi Deus non daretur*” *Le radici della secolarizzazione*, en A. Conci-S.Zucal (al cuidado de) **Dietrich Bonhoeffer, Dalla debolezza di Dio alla responsabilità dell’uomo**, Brescia 1997, pág. 93 y sgtes.

A las citas bíblicas de este párrafo, se puede agregar la imagen de los “vasos de creta” en la que está custodiada la palabra de Dios, imagen que Pablo emplea (2 Cor, 4,7) para indicar la distancia de las fuentes y la debilidad del entendimiento humano. Esta cita es sugerida por una conferencia de Christoph Schoenborn, realizada en Viena, el 10 de setiembre pasado, sobre los problemas de la vida común de los cristianos y no cristianos. Una amplia síntesis, particularmente interesante con relación a nuestro tema, está en *Il sole-24* del 16 de setiembre.

LA CONSTITUCION DE 1828 Y SU PROYECCION EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

Valentín Paniagua Corazao (*)

Sumario: I. Introducción. II. Las fuentes de la Constitución de 1828. III. El gran dilema: federalismo o unitarismo. IV. El proyecto y el debate constitucional. V. Las instituciones de la Constitución de 1828. VI. Críticas, influencia y persistencia de la Constitución de 1828.

I. INTRODUCCION

La Constitución de 1828 tiene un significado emblemático en el constitucionalismo peruano. Es la primera constitución genuinamente nacional. No sólo por su contenido sino por las circunstancias en que se expidió. La Constitución de 1823 se inspiró y siguió muy cercanamente el texto de la Constitución gaditana y expresó el romanticismo iluso de los fundadores, en una hora apremiante y angustiosa; la de 1826, era la Constitución boliviana que el Libertador impuso, a sangre y fuego, y que el Perú, obviamente, jamás acataría. Los constituyentes de 1827 pretendían que la Constitución reflejara la identidad, esencial y privativamente peruana, y su voluntad de constituirse como una nación verazmente soberana e independiente, ajena, por entero, a los proyectos políticos del Libertador y distante, por cierto, de las tendencias separatistas del sur que alentaban Santa Cruz y otros bolivianos.

(*) Ex Presidente del Perú.

Desde luego que el momento histórico resultó más propicio que otros para su dación. No estaba el Perú, en 1827, inmerso, como en 1823, en el fragor del combate emancipador ni en la tarea impostergable de improvisar, en medio de la guerra, un régimen político estable. Tampoco vivía ya el ambiente opresivo de una autocracia que se había tornado intolerante y agresiva contra todos los que advertían que, detrás de los proyectos de integración del Libertador, había un claro designio hegemónico de la Gran Colombia. Por el contrario, su hostilidad al Perú —que provocaría luego la guerra entre ambos países— sirvió para afinar el espíritu nacionalista peruano y templar el ánimo para la obra organizadora del derecho.

Derivada, como todas las constituciones peruanas, la singularidad de la Carta de 1828 radica no tanto en su autonomía respecto de fuentes de inspiración extranjeras cuanto en la del propósito que animaba a sus inspiradores. Querían una Constitución que respondiera, con realismo, a las necesidades y posibilidades del Perú. Autoritarios y liberales habían asimilado las lecciones de las dolorosas experiencias derivadas de sus respectivos desvaríos y excesos ideológicos en el primer lustro de vida independiente. Por eso mismo, decidieron inspirarse en los principios liberales de la Carta de 1823 y recoger, con sentido pragmático, normas e instituciones de otras Constituciones americanas como la colombiana de 1821 y la argentina de 1826 que parecían haber hallado recetas concretas y específicas para resolver problemas que, a la sazón preocupaban o agobiaban también al Perú.

La lucha por la libertad que, al final de cuentas, es la lucha por la Constitución ⁽¹⁾, no comenzó, en el Perú, en 1820 o en 1824, “en que arriban las expediciones libertadoras del sur y del norte, ni éstas trajeron una semilla desconocida” ⁽²⁾. Culminaron simplemente un largo proceso en el que los peruanos, pese a haber sido los primeros en combatir por la libertad, paradójicamente, fueron los últimos en conseguirla. La significación económica, administrativa y política del Virreinato convirtieron al Perú en el último bastión sudamericano del poder español y en el escenario final de la emancipación americana. Surgieron en el Perú —en palabras de Porras— “al mismo tiempo que en los demás pueblos de América, los agitadores y los tribunos, los ideólogos embargados por la quimera de

⁽¹⁾ Cfr. Ignacio de Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 1991, 2da. edición, p. 12.

⁽²⁾ Raúl Porras Barrenechea. *Los ideólogos de la emancipación*. Lima: Editorial Milla Batres, 1974, p. 41.

Rousseau y los rebeldes fanáticos que pagaron con el martirio la valerosa inoportunidad de su empeño” (3). Ocurre simplemente que, en esos empeños –la revolución precursora de Tupac Amaru en 1780 o la insurrección de los Angulo y Pumacahua en 1814– no surgió “ningún caudillo genial para las batallas”. “El guerrillero obstinado en la breña natal, el insurgente de cuartel que revoluciona una ciudad o una fortaleza para perderla por la traición o por inhabilidad estratégica, el indio cabecilla de huestes ignaras y desarmadas, son las incompletas individualidades de nuestra gesta épica”. Por ello, “fueron mayores y mas constantes los fracasos, (y) más cruenta y brutal la represión y por ello más viril y admirable la rebeldía”. La independencia, sin embargo, no se habría logrado sin la idea revolucionaria, “fruto (...) de una obra civil e intelectual de la cátedra y el periódico, alentada por apóstoles y soñadores que son los que preparan la acción heroica, aunque desafortunada de los precursores”. No fue menor el esfuerzo de los luchadores.

La revolución de Tupac Amaru, en 1781 no sólo agitó el Cusco, el sur del Perú o Bolivia. Conmovió a la América entera y abrió el camino de la emancipación del continente. En ella halló inspiración Viscardo y Guzmán para publicar, diez años después, su “*Carta a los españoles americanos*” (4). En 1805, una vez más, el Cusco se pronuncia. Esta vez, en la conspiración frustrada de Gabriel Aguilar y Manuel Ubalde que, finalmente, son ejecutados. En 1810 se descubre la conspiración de Anchoriz en Lima. No obstante hallarse en pleno funcionamiento las Cortes de Cádiz, se producen diversos levantamientos con claro propósito independentista: en 1811, es la revolución de Tacna encabezada por Francisco Antonio de Zela; en 1812, es la revolución de Huánuco y la conspiración de Huamanga; en 1813, Enrique Pallardelli se pronuncia, nuevamente, en Tacna. Finalmente, en 1814 estalla la gran insurrección cusqueña encabezada, por cierto, por los hermanos Angulo Torres y Mateo García Pumacahua que agita, durante un año, todo el sur del Perú y Bolivia. En 1816, José de la Riva Agüero

(3) Ibid., p. 50.

(4) Publicado originalmente con el título: “Lettre aux Espagnols Américains par un de leurs compatriotes” (Filadelfia, 1799). En verdad este folleto se imprimió en Londres. Desde allí, se hizo varias ediciones. En el Perú, recién fue publicada en 1822, en el *Correo Mercantil, Político y Literario*, Lima, 28 de febrero y 7, 14 y 22 de marzo de 1822. Para mayores detalles vid., Juan Pablo Viscardo y Guzmán. *Obra completa* (prólogo de Luis Alberto Sánchez, bibliografía crítica por César Pacheco Vélez, edición a cargo de Percy Cayo, recopilación efectuada con la colaboración de Merle E. Simmons, traducciones de Ana María Juillard). Lima: Banco de Crédito del Perú, 1988.

publica en Buenos Aires las famosas "*Veintiocho causas para la revolución de Hispanoamérica*"⁽⁵⁾ y promueve permanentes conspiraciones en Lima. En 1819 se descubre una nueva conspiración en el Callao por obra de Gómez, Alcázar y Espejo. Ese mismo año, Supe proclama su independencia. Un año después, desembarca San Martín en Paracas y en julio de 1821 proclama la independencia, en Lima. La larga lucha, aparentemente, había concluido. Hasta entonces, sólo sangre y esfuerzo peruanos, habían permitido la emancipación del Perú. La consolidación del proceso y la derrota final de España requeriría el concurso de Bolívar.

No fue menor la lucha ideológica. A propósito de la formación de la conciencia nacional Pablo Macera distingue tres etapas ideológicas que influyeron de alguna manera también en el proceso de la emancipación⁽⁶⁾. Dos de ellas se ubican en el siglo XVIII: una, representada por Bravo de Lagunas, Montero del Águila y Baquijano y Carrillo, y otra, por la Sociedad Amantes del País y el Mercurio Peruano. La tercera, encarna en el movimiento liberal de principio del siglo XIX.

Caracterizase la etapa inicial por la introducción de las nuevas inquietudes europeas y su aprovechamiento para criticar el régimen colonial. Son críticas económicas como las de Bravo de Lagunas, sociales como las de Victorino Montero o políticas en el caso del Elogio al virrey Jáuregui de Baquijano y Carrillo que expresan "un progresivo criollismo nacional" de "crítica y de conciencia de la singularidad del país". Es notoria, en la segunda etapa, particularmente en los Amantes del país "la coherencia ideológica entre todos sus miembros" en tanto que la actividad doctrinaria del Mercurio Peruano está inspirada "por el amor patrio, los deseos de reforma y la presencia del pensamiento de la ilustración, modificado por el de la religión católica". La investigación que realiza el Mercurio versa sobre "la realidad geográfica, económica y pedagógica" del Perú sin referirse a temas de carácter político. Tributarios del despotismo ilustrado confían en "una reforma con moderación y control; se cree que los progresos del conocimiento son preparativos de los del gobierno".

⁽⁵⁾ *Manifestación histórica y política de la Revolución de la América y más especialmente de la parte que corresponde al Perú, y Río de la Palta. Obra escrita en Lima, centro de la opresión y del despotismo, en el año de 1816, e impresa en Buenos Aires.* Buenos Aires: Imprenta de los Expósitos, 1818.

⁽⁶⁾ Pablo Macera. *Tres etapas en el desarrollo de la conciencia nacional.* Lima: Ediciones Fanal, 1955.

Al liberalismo de la iniciación republicana perteneciente a la generación de El Mercurio, no le interesan ya la descripción de las provincias ni los planes económicos o pedagógicos sino “el ciudadano libre”. El liberalismo critica el régimen de la colonia, impugna “los fundamentos ideológicos del régimen como la historia misma de su administración” y divulga las ideas de soberanía popular, libertades, derechos individuales, igualdad ante la ley. Pero, es tradicionalista y moderado –como el liberalismo español– y por ello mismo “se declara partidaria de un régimen monárquico constitucional que impida los excesos de la aristocracia y del pueblo”. Encarnan esta etapa peruanos de la más diversa posición social y económica como Baquijano, Villalta, Unanue, José Ignacio Moreno, Larrea, Larriva, López Aldana, etc. No hay, por cierto, total afinidad ideológica ni política entre ellos además que predicaron sus ideas a través de muy diversos periódicos como *El Satélite*, *El Peruano*, *El Verdadero Peruano*, *El Peruano Liberal*, *El Argos Constitucional* y *El Investigador*. Comparten sin embargo, algunas ideas básicas tales como la aceptación de la soberanía popular, la separación de poderes, la limitación del poder monárquico por una Constitución sancionada por los representantes del pueblo. Defienden, por cierto, una monarquía constitucional, moderada, naturalmente, por la separación de poderes.

El ideal del constitucionalismo es asumido y alentado, decididamente. “Se puede suponer –dice un periódico liberal– que el sistema colonial del Perú concluyó con el siglo anterior y con la edición del último volumen de la Guía. En este año de 1813 comienza una nueva era con la jura de la Constitución de la monarquía española”. Ese entusiasmo, sin embargo, no les hacía compartir los ideales emancipadores. Por el contrario. “Para los liberales peruanos la revolución independiente era reprobable sobre todo por que suponía destrucción y guerra. El espíritu que anima a sus argumentos es más que el fidelismo, el temor a las luchas; el deseo de aprovechar las concesiones constitucionales dentro de una etapa de paz”. Juzgaban, en ese sentido, que el amor a la patria era el fundamento de cualquier reforma a realizar en el Perú. Sin embargo, tampoco había consenso entre ellos mismos en torno de tan fundamental tema. Para unos, patria era España y sus “provincias”, eufemismo con que los doceañistas intentaron identificar a las “colonias” del pasado y a las que vinculaban religión, idioma, sangre, costumbres y, desde luego, su régimen político. Para otros, patria es sólo la América. “Por Patria entendemos –resume *El Satélite*– toda la vasta extensión de ambas Américas”. Sin embargo, “el continente no es sólo una noción física e histórica; ser americano es tener fe en la libertad de los hombres, en la soberanía del pueblo. América –dice *El Satélite*– es la tierra liberal”.

Quien encarna, mejor que nadie el espíritu, genuinamente nacional, en esta etapa es, sin duda, Rafael Ramírez de Arellano. Baste recordar su proclama titulada *Los verdaderos hijos de la nación, son los amigos de la Constitución* ⁽⁷⁾ exigiendo el cumplimiento precisamente de la Carta gaditana y la realización de las elecciones municipales en el Cusco. Junto a él compartiendo sus ilusiones, entonces sólo constitucionales y, después, francamente republicanas, está el estudiante aun, Faustino Sánchez Carrión, para hacer prevalecer los derechos reconocidos al pueblo en la Constitución de Cádiz contra las asechanzas del Virrey Abascal ⁽⁸⁾. Ambos serían, luego, en el primer Congreso Constituyente, apasionados defensores de la república y de las instituciones liberales.

La creación de la Sociedad Patriótica pone fin, en la práctica, a los intentos monarquistas de San Martín. Se convoca al Congreso constituyente que se instala el 20 de septiembre de 1822. El 27 de febrero de 1823 estalla el motín de Balconcillo contra la Junta Gubernativa y, al día siguiente, el Congreso elige presidente a José de la Riva Agüero. Tres meses después, se suscitan graves diferencias entre el Congreso y Riva Agüero y el 22 de junio el Congreso decreta su cese en el cargo. Entre tanto, Sucre encarga el mando transitoriamente a Torre Tagle y Bolívar llega al Perú y se le confiere autoridad militar y política y, finalmente, facultades dictatoriales el mismo día en que se promulgaba la Constitución, suspendiéndola en su vigencia.

Como dijera Porras Barrenechea, no fue necesario llevar los debates, a los claustros de la antigua Universidad de San Marcos (sede del Primer Congreso Constituyente) para definir nuestra forma republicana de gobierno, que ya se había definido en las deliberaciones de la Sociedad Patriótica, se proclamó la independencia, se definió la forma política de estado y de gobierno, pero no se aseguró, por completo, la independencia del suelo peruano. En ese escenario y clima se diseña la Constitución de 1823 que como otras constituciones latinoamericanas se inspira en el texto de la Carta gaditana. Los avatares de la guerra de la emancipación obligaron a que el Congreso otorgara a Bolívar "la suprema autoridad política y mili-

⁽⁷⁾ Rafael Ramírez de Arellano. *Los verdaderos hijos de la nación, son los amigos de la Constitución*. Lima: Imprenta de los Huérfanos, 1813.

⁽⁸⁾ Cfr. "Arenga que en el besamanos del 19 de marzo de 1814 tenido en celebridad del aniversario del día, en que se publicó la constitución política de la monarquía española, pronunció en nombre del victorioso carolino D. José Sánchez Carrión, colegial maestro del mismo colegio", en *el Investigador del Perú*, N° 72, Lima, 25 de marzo de 1814.

tar de la República", declarara en suspenso el ejercicio de las funciones del Presidente, en receso el Congreso y "sin cumplimiento los artículos de la Constitución política, las leyes y decretos que fueren incompatibles con la salvación de la República" encomendándole la convocatoria del primer Congreso constitucional "luego que lo permitan las circunstancias". Tal el texto de la Ley de 10 de febrero de 1824 que se prorrogó, por ley de 10 de febrero de 1825, ampliándose las facultades del Libertador para permitirle, además de delegar o sustituir los poderes que se le conferían, "suspender los artículos constitucionales, leyes y decretos que estén en oposición con la exigencia del bien público en las presentes circunstancias y en las que pudieran sobrevenir, como también decretar, en uso de la autoridad que ejerce, todo lo concerniente a la organización de la república".

Bolívar, lejos de facilitar la celebración del Congreso constitucional –que debía ratificar o no la Carta de 1823– forzó la aprobación de la Constitución Vitalicia por los Colegios electorales. Ese hecho y su claro propósito hegemónico, a favor de Colombia, provocaron la reacción de la opinión popular que se volvió contra el régimen bolivariano. Y así el proyecto cesarista de Bolívar, fracasó en 1827, por su absoluta ilegitimidad. Los liberales encabezaron la resistencia contra la autocracia bolivariana que no sólo expresaba el cansancio y hastío frente a la dictadura impuesta sino también un claro sentimiento de afirmación nacional semejante al que se había suscitado, en 1822, frente a Monteagudo y San Martín⁽⁹⁾. Por ello mismo –Santiago Távara– expresaba que la lucha del Perú contra las aspiraciones de Bolívar fue el tercer triunfo de la independencia nacional y con ella, el de la democracia⁽¹⁰⁾.

En 1827, al cabo de un lustro de vida independiente, los peruanos, por vez primera en su historia, tenían, en sus propias manos, la decisión de su destino. Todos o casi todos, cuando menos en el Congreso constituyente de 1827, eran concientes de esa singular circunstancia que Mariano Alejo Álvarez, a la sazón Presidente del Congreso, había destacado. Dijo entonces: "Llegó al fin el día en que el Perú después de una larga serie de infortunios y sacrificios de todo género, se vea constituido por la libre y espontánea voluntad de sus pueblos. Hoy es el verdadero día de su regeneración política pues hoy asegura su independencia y libertad por me-

⁽⁹⁾ Jorge Basadre. "La historia de los partidos de Santiago Távara y la historia de los partidos en el Perú", en Santiago Távara. *Historia de los Partidos*. Lima: Editorial Huascarán, p. LVII.

⁽¹⁰⁾ Santiago Távara. *Historia de los Partidos*, p. 34.

dio de un Código que conteniendo los votos, los derechos y el poder de la Nación, destruye los abusos y fija las bases sólidas de la pública felicidad (...). Este día será siempre grande y sublime en nuestra historia, pues que nos da patria y libertad a los peruanos (...)" (11)

Era preciso, pues, enfrentar el trabajo constituyente desde una óptica harto diferente a aquella que había inspirado la redacción de la Carta de 1823. Había que alejarse también de toda tentación autoritaria como la que condujo a la imposición de la Constitución Vitalicia que el país había rechazado explícitamente. El proyecto de Luna Pizarro y sus partidarios partía de un esquema que contemplaba dos etapas. Una primera, en que imperaría un régimen destinado a sortear las dificultades de la iniciación republicana. Una segunda, que se iniciaría, al cabo de 5 años de experiencia, con el fin de consolidar o reformar el régimen previsto. Por ello mismo, sabiendo de las dificultades de todo inicio y, dejando de lado sus celos e ideales teóricos, configuraron una carta política moderada y, en cierto modo, consensual. La Carta de 1828 respondió, con acierto, a las exigencias inmediatas de su hora, sin embargo, se propuso y logró, además, poner los cimientos de nuestra constitucionalidad. En consonancia con esos ideales, la Carta de 1828 perseguía:

i) Recoger las aspiraciones de liberales y autoritarios en un balance equilibrado de posiciones, esto es, alejarse de las ideas extremas del jacobinismo de la Constitución inicial y del autoritarismo de la Constitución de 1826.

ii) Abrir las puertas "supuestamente" a la federación, vía la organización de un Estado con tendencia al federalismo, a través de entes locales como las Juntas Departamentales que gozarían de relativa autonomía.

iii) Impedir la inestabilidad política, por obra del caudillismo militarista, vía la reelección presidencial inmediata y mediata.

II. LA FUENTES DE LA CONSTITUCION DE 1828

La Constitución de 1828 es una Constitución síntesis. Equilibró las encontradas tendencias que enfrentaban a liberales y conservadores. Es, en ese sentido, tributaria de la Constitución de 1823 cuyos principios liberales preservó aunque se alejó, por completo, de sus instituciones políti-

(11) Cfr. "Discurso de Don Mariano Alejo Álvarez", en *La Prensa Peruana*. Lima, 22 de abril de 1828. Subrayado agregado.

cas. No desdeñó incluso los aportes de la Constitución Vitalicia. Recogió, íntegramente, el texto de su "Título XI De las Garantías" bajo el epígrafe de "Disposiciones Generales". Acogió la crítica persistente de los autoritarios que imputaban a los liberales ausencia de realismo al debilitar el Poder Ejecutivo en obsequio de un Congreso cuya ineficacia pudo comprometer el éxito de la guerra de la emancipación. Diseñó, en consecuencia, un régimen equilibrado que, permitiendo la fiscalización, hacía posible, asimismo, un fluido desenvolvimiento de la administración y el control jurisdiccional, con autonomía razonable de sus órganos.

Apartándose, por entero, de los modelos europeo y norteamericano, la Constitución de 1828 se inspiró, más bien, en dos constituciones latinoamericanas, algunas de cuyas instituciones recogió y amoldó a las exigencias concretas del Perú. Una fue la Constitución argentina de 1826 que intentaba atenuar el exceso federalista a través de un régimen de razonable descentralización y un presidencialismo moderado, por la refrendación ministerial además de la responsabilidad personal del Presidente por los actos de su administración, incluso durante su gestión. La otra fue, la Constitución colombiana de 1821. La reelección presidencial inmediata, prevista en esa Carta, tal vez podía poner coto a la inestabilidad política derivada de los apetitos caudillistas del militarismo.

Francisco Javier de Luna Pizarro –mentor indiscutido de la Carta– fue quien propuso y logró que la Comisión de Constitución adoptara, casi textualmente, el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales argentina de 1826 que aprobó la base sobre la que habría de redactarse la Constitución de aquel país. Esa base tenía el siguiente tenor: "La Comisión de Negocios Constitucionales redactará el proyecto de constitución sobre la base de un gobierno representativo republicano, consolidado en unidad de régimen" ⁽¹²⁾.

Como se ha anotado ya, Argentina pretendía frenar el afán federalista de las provincias para asegurar y consolidar la unidad del Estado argentino ⁽¹³⁾. El propósito de la Constitución peruana, –en teoría, pero no en los

⁽¹²⁾ "Dictamen presentado al Congreso por la Comisión de Negocios Constitucionales, sobre la forma de gobierno". Bs. As., 4 de junio de 1826, en *Mensajero Argentino*, N° 59, Buenos Aires, 6 de julio de 1826.

⁽¹³⁾ Como se sabe, en el Congreso Nacional argentino, celebrado en 1825, cinco provincias se inclinaban por el sistema federal (Córdoba, Mendoza, San Juan, Santiago del Estero y Santa Fe) y tres por el unitario (Salta, Tucumán y Rioja), las restantes, o bien espe-

hechos— era establecer los cimientos de la posterior federación del país. Sin embargo, su intención oculta era la misma que la de los unitaristas argentinos⁽¹⁴⁾. Trataba, en realidad, de contener los ánimos federalistas o separatistas que cundían en las provincias del sur del Perú y de consolidar la unidad del Estado peruano, amenazado por la hegemonía bolivariana. La fórmula para lograrlo, aparentemente, era legitimar a unas Juntas Departamentales que, al igual que los Consejos de Administración argentinos, tendrían participación en el gobierno de sus circunscripciones. Se esperaba reconciliar así el Estado con la Nación y apaciguar los enconos que el centralismo había provocado, de modo especial, en Arequipa y Cusco. La fórmula arbitrada por los argentinos y acogida por el Perú, era una suerte de repliegue del federalismo por el que habían optado muchos de los estados de América, entre ellos, la República de Colombia que había sufrido los avatares del enfrentamiento entre unitarios y federalistas⁽¹⁵⁾.

raban el pronunciamiento del Congreso o no se pronunciaron expresamente. El texto del dictamen, en José Rafael López Rosas. *Historia constitucional argentina*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, 5ta. edición, pp. 327-328.

⁽¹⁴⁾ Diego Abad narra el repudio que generó la Constitución de 1826 en las provincias consideradas partidarias del federalismo. No obstante, considera que la Constitución de 1826 era un “cuerpo de leyes sabiamente construido, con pleno dominio de la técnica constitucional, e inspirado en principios de liberalismo político. Algunos de sus preceptos pasaron a formar parte de la Constitución de 1856”. *Vid.*, Diego Abad de Santillán. *Historia institucional argentina*. Buenos Aires: Tipográfica editora argentina, 1966, pp. 346-353. Por su parte, López Rosas, admite que la Carta de 1826 no representó el consenso deseado, ya que fue ajena a la aspiración “autonómica y federalista de las provincias, demostrada elocuentemente en su violento rechazo, apenas sancionada”. Agrega, que “la sanción de la ley unitaria de 1826 significaba la muerte de las instituciones provinciales, reducidas a simples entes de la administración delegada, quedando los gobernantes bajo la inmediata dependencia del Presidente de la República, y estando sus nombramientos a su caprichosa decisión”. *Vid.*, *Historia institucional argentina*, p. 337. Esta posición lo confirma Chiaramonte, al expresar que, entre 1810 y 1853, “el llamado federalismo argentino era un conjunto de tendencias políticas doctrinariamente poco definidas, que lo más que produjo, sobre la base de un pacto, fue una débil confederación”. Cfr. José Carlos Chiaramonte. “Federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX”, en Marcello Carmagnani (coordinador). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 81 y ss.

⁽¹⁵⁾ No era raro, entonces que, en el Congreso reunido en Cúcuta en 1821, renaciera la “antigua disputa” entre centralismo y federalismo. “Se creyó que la debilidad que había conducido a la catástrofe, partía del apetito federal desorbitado”. Por ello mismo, Nariño se pronunció por el “sistema central-federal, amortiguando los excesos de la política que lo había conducido años antes al fracaso”. Al final de cuenta, triunfó la idea de república

Desde el punto de vista doctrinario, no era infrecuente que los liberales concibieran el federalismo, como la única forma de estado compatible, con su credo. Muchos de ellos identificaban, en verdad, autoritarismo y centralismo con absolutismo. No dejan dudas al respecto, la segunda carta de Faustino Sánchez Carrión⁽¹⁶⁾ o “Las ideas necesarias a todo pueblo independiente, que quiera ser libre”, del ecuatoriano Vicente Rocafuerte⁽¹⁷⁾ y, más explícitamente aún, el hecho de que, entre 1824 y 1830 diversos países latinoamericanos debatieron o se enfrascaron en agrias pugnas e incluso guerras en pro o en contra del federalismo como Brasil o Argentina y que otras naciones ensayaran, sin más, las formulas federales como Colombia, Venezuela y Chile.

2.1. La influencia de Luna Pizarro

Francisco Xavier de Luna Pizarro, sin duda el más lúcido legislador de la iniciación republicana, influyó decisivamente en la concepción, en la definición de las fuentes de inspiración y en la redacción de la Constitución de 1828. Por cierto también en la elección de José de La Mar como Presidente de la República, hecho que fue severamente criticado por sus adversarios. ¿Cuáles eran los proyectos políticos de Luna Pizarro y qué papel jugaban en esos proyectos la Constitución de 1828 y la elección de La Mar? Luna Pizarro que era un vehemente constitucionalista, anhelaba dar al sistema político peruano estabilidad, desde luego, longevidad, pero, por encima de ello, seguridad contra las acechanzas del caudillismo militarista que amenazaba ya, entonces, la vida constitucional y democrática del Perú. Los medios más eficaces para ese fin, plausible desde todo punto de vista, eran, a juicio de él, una Carta moderada como la de 1828 y un Presidente como La Mar al que se imaginaba respetuoso de la ley y de las instituciones.

centralista con poder ejecutivo, legislativo y judicial. *Vid.*, Diego Uribe. *Las Constituciones de Colombia (Historia-crítica y textos)*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, Tomo I, pp. 84-85.

⁽¹⁶⁾ Cfr. “Carta al editor del Correo Mercantil y Político de Lima, sobre la inadaptabilidad del gobierno monárquico al Estado libre del Perú”, en la *Abeja Republicana*, 15 de agosto de 1822, pp. 29-60.

⁽¹⁷⁾ *Vid.*, Filadelfia, D. Huntington, 1821. Merle Simmons, expresa, que “Rocafuerte compone un enjundioso ensayo que titula «Ideas sobre el federalismo». Aquí desarrolla la idea de que aun cuando el sistema federal de los Estados Unidos es el mejor gobierno de tipo republicano que se ha inventado en el mundo, el sistema centralista creado por la Constitución de Cúcuta puede ser, a fin de cuentas, el más conforme a las circunstancias particulares de un país donde no existen las mismas condiciones que han contribuido tan poderosamente al

Cuatro ideas parecen haber presidido el pensamiento de Luna Pizarro y de los liberales en el Congreso Constituyente de 1827-1828. Ellas eran:

1. Una Constitución inequívocamente liberal que, garantizando la libertad asegurara, sin embargo, el ejercicio de la autoridad y cuya vigencia definitiva quedaría sujeta a posterior ratificación a la luz de la experiencia vivida. Por tal razón, la primera "base" del proyecto constitucional, postulaba, de un lado, "adoptar en todo lo posible la Constitución de 1823" cuyo liberalismo e incluso romanticismo estaban fuera de dudas, y, de otro, someter las normas de la Constitución a un período razonable de prueba al cabo del cual, la nación ratificaría o no las instituciones creadas.
2. Un Estado unitario descentralizado para dar participación a los departamentos en la decisión y manejo de sus intereses a través de Juntas u órganos análogos, a fin de eliminar las tendencias separatistas y federalistas, de atenuar o eliminar la concentración y centralización del poder, y permitir, de ser conveniente, la creación de un régimen federal, naturalmente, en el futuro.
3. Un presidencialismo con atribuciones suficientes pero atemperado por un apropiado régimen de descentralización y un control de un Congreso bicameral sobre sus actos de administración y de gobierno, durante y después de su gestión.
4. Un Presidente, por lo menos inicialmente, capaz de contener, por su posición y prestigio personal, los desbordes del caudillismo militarista que habían conducido al desorden inicial de la república y, como reacción extrema, al régimen vitalicio.

Luna Pizarro orientó, sagazmente, al Congreso. Propuso y logró la designación de una Comisión encargada de redactar las "bases" de la Constitución que, como se verá, recogió, en mucho, las ideas antes anotadas y promovió luego, sin ambages, la elección de La Mar. Este hecho resultó definitivo en la suerte del régimen político creado.

La más elemental racionalidad aconsejaba diferir la elección de La Mar hasta después de la aprobación de la Carta constitucional. No sólo por que ésta señalaría –como lo hizo– los requisitos y los procedimientos para acceder a la presidencia, sino por que, cualquiera sea la elección,

buen funcionamiento del federalismo norteamericano". *Vid., La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*. Madrid: Editorial Mapfre, 1992, p. 214.

siempre se consideraría prematura o cuando menos, inoportuna. A ojos de Luna Pizarro, por el contrario, la experiencia del Congreso Constituyente de 1822, imponía una decisión distinta. La creación de un régimen provisorio como el de la Junta Gubernativa de 1822, presidida por La Mar, no fue obstáculo para que el ejército impusiera al “soberano” Congreso la designación de Riva Agüero como Presidente de la República. Su provisionalidad fue, en la práctica, un pretexto que había que evitar impidiendo, así, un nuevo golpe de mano, análogo al de 1823. Había, por cierto otras dos razones que entonces no se dijeron: evitar, naturalmente, un caudillo militar que, como Riva Agüero, se enfrentara al Congreso y al orden constitucional y, sobre todo, eludir, las restricciones que, en la propia Carta, harían inelegible a un extranjero, como La Mar que, adicionalmente, lo era, por aplicación de la propia Carta de 1823, cuya vigencia se había restablecido⁽¹⁸⁾.

La Constitución de 1828 tenía que establecer –como lo hizo en su numeral 85– que para ser Presidente se requería “haber nacido en el territorio del Perú”. La Mar nació en Cuenca (hoy Ecuador, y entonces, Colombia). Ese hecho, luego de las reacciones antibolivarianas de 1827, erosionó, inevitablemente la legitimidad de la elección y de la posición de La Mar. Lo revela la nota con que Gamarra, en plena campaña contra Colombia, no duda en exigir a La Mar que dimita: “El Perú ha querido desde ahora quince meses en que sancionó su carta, ser rejido por un hijo suyo. V. no lo es: y es preciso que no menosprecie la voluntad nacional, al tiempo mismo que ella ha emitido su primer fruto. Protesto a V. que no soy yo el que trato de sucederle, pero hablando francamente. quiero que en cumplimiento del artículo 85 que lo hemos jurado sea el último de los peruanos el que precida a los Pueblos de este Estado, que hasta hoy no ha podido ver realizada su soberana voluntad”⁽¹⁹⁾.

(18) Esa Constitución (art. 75 Inc. 1) sólo hacía elegibles a los “ciudadanos del Perú por nacimiento”.

(19) Cfr. “Carta de Agustín Gamarra a José de La Mar”, Piura, 7 de junio de 1829, en Alberto Tauro. *Epistolario del Gran Mariscal Agustín Gamarra*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1952, p. 154. Continuaba diciendo: “Respete V. mi Jeneral, ese Código que está timbrado con su nombre, y no nos haga a los a los hijos del País ese grande agravio de considerarnos incapaces de sostener nuestras Leyes, nuestro territorio, nuestra Libertad... Sea V. generoso como lo ha ofrecido mil veces: renuncie V. el destino que lo obtiene anticonstitucionalmente., y deje V. que los verdaderos interesados, y los que tenemos una natural obligación de sostenerlos, y defender nuestro suelo respondamos a nuestros hermanos de la suerte de esta República”, *ibid.*, pp. 154-155.

La Mar no era, pues, en 1828, la solución que imaginaba Luna Pizarro aunque evidentemente era el único caudillo que no se habría opuesto al Congreso y habría mantenido una muy dócil posición frente a Luna Pizarro.

III. EL GRAN DILEMA: FEDERALISMO O UNITARISMO

El Congreso constituyente de 1827, al rechazar de modo unánime el régimen federal, aseguró no sólo la unidad e indivisibilidad del Estado sino la unidad e independencia del Perú que, por virtud del numeral 2 de la Constitución, no podía admitir “con otro Estado unión o federación que se oponga a su independencia”. Esa declaración era congruente con el hecho que Basadre destaca al decir que, en 1828, quedó definida formalmente la República peruana ⁽²⁰⁾, así como con el carácter unitario y descentralizado de su Estado ⁽²¹⁾. Como sucedió en el Congreso constituyente de 1822, la estructura de la nueva Constitución se prefijó en unas bases previas cuya concepción y definición se confió a una Comisión ⁽²²⁾. En lo esencial, tales bases tenían relación fundamentalmente con la “forma de gobierno” (forma de Estado), problema que, por entonces afrontaba la América entera. El aparente o real dilema era: federalismo o unitarismo con las variantes propias de cada país. Fue ésta la principal discusión que afrontó aquel Congreso.

La mayoría de los constituyentes eran partidarios del régimen unitario, incluidos ciertos líderes liberales como Luna Pizarro y Gómez Sánchez. Su opción por el régimen unitario consolidado, con propensión al régi-

⁽²⁰⁾ Jorge Basadre. “El Perú de 1839 y la Constitución de Huancayo”, en *El Comercio*, Lima, 4 de mayo de 1939. Reproducido en *Ius et Veritas*, N° 11, Lima, 1995, p. 9.

⁽²¹⁾ Los constituyentes de 1823 y 1828 “tuvieron la fina sensibilidad que la cuestión del territorio no debía ser objeto de ensayos que pusieran en peligro la integridad del país”. “Con gran madurez política, o por ese «oculto instinto de conservación», la naciente clase política peruana no cayó en los experimentos federalistas durante la primera década de la República”, *vid.* Ángel Delgado. “Avatares de la «forma de Estado» en el período fundacional de la República (1820-1839)”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 5, Lima, 1998, pp. 253 y 265.

⁽²²⁾ El Congreso a propuesta de Luna Pizarro, adoptó provisionalmente como su Reglamento el que rigió las actividades de la constituyente de 1823, luego decidió designar una Comisión redactora de las bases y del proyecto de Constitución. La Comisión quedó integrada por Francisco Valdivieso y Mariano Alejo Álvarez (Lima); Justo Figuerola (Lambayeque); Juan Antonio de Torres (Cajamarca); Evaristo Gómez Sánchez (Arequipa); Manuel Jorge Terán (Cuzco); Fermín Pando (Parinacochas); y Rufino de Macedo (Azángaro). El 20 de Junio, se eligió a Francisco Valdivieso como Presidente y a Manuel Jorge Terán secretario de la Comisión.

men federal, sólo fue una concesión momentánea a las provincias para refrenar las tendencias federalistas o separatistas de los departamentos del sur. Con él preveían consolidar la unidad del Estado peruano, amagado por Bolívar, por el norte, y por Sucre, desde el sur, así como para preservar el régimen liberal. Preservada la unidad del Perú, fortalecido el gobierno liberal y superados los escollos bolivarianos, posteriormente podría darse solución al problema de Bolivia.

3.1. El unitarismo de José María de Pando

Aún antes de llevar el debate al Congreso, José María de Pando, arremetió contra el federalismo pronunciándose a favor de una república central o unitaria. A partir del análisis del régimen federal adoptado en México, Pando, recordaba que el ejemplo de un sistema federal homogéneo, fundado sobre la base de la igualdad democrática, definido explícitamente en todas sus partes por medio de una Constitución escrita, como la de Estados Unidos, era muy reciente en el mundo. Hacía notar que si el régimen había despertado justa admiración, debía analizarse en su contexto para establecer, apropiadamente, las razones de su éxito y la posibilidad de adaptación en otras realidades. Recordaba que las ex colonias inglesas, reunidas en una Confederación, al concluir la guerra de independencia, pretendieron reasumir su total soberanía con los riesgos que ello suponía frente a Inglaterra y a sus aliados. Las circunstancias imponían, por el contrario, una unión permanente e irrevocable. Y ello suponía una sustancial reforma del régimen constitucional que la Convención de Estado Unidos llevó a cabo dictando no sólo la primera Constitución formal del mundo sino consagrando el régimen federal que la experiencia había premiado con el éxito. Ese resultado, sin embargo, no era fruto del azar. Era previsible que ello aconteciera. El régimen ya estaba parcialmente preparado. Antes aun de nacer la Confederación, habían existido, en cada Estado, "separados gobiernos coloniales", con sus respectivos hábitos de autogobierno y participación popular. Esa incipiente cultura democrática facilitó no sólo los entendimientos posteriores sino el manejo exitoso que cada ex colonia hizo de sus propios asuntos.

Citando las opiniones de Hamilton y Destutt de Tracy⁽²³⁾, sobre las ventajas de un Estado consolidado con respecto a varios estados federados,

(23) Cfr. el texto traducido al español por Ramón Salas. *Comentario sobre el espíritu de las leyes de Montesquieu, por el Condé Destutt de Tracy*. Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1822, pp. 88-91.

reconocía que emitir un dictamen en materias de tanta importancia, exigía conocer todas las opiniones, analizar las cosas en todos sus aspectos, pasar de la consideración general a las explicaciones locales, “y no dejarse arrastrar jamás por el entusiasmo ni por la brillantez de los ejemplos”. En relación a la conveniencia o no del régimen federal para el Perú, creía que ninguna persona sensata y amante de su patria, en cualquier hipótesis, dudaría en que “*Primeramente debe establecerse la República en la forma central*”. La posibilidad de establecer, posteriormente, el federalismo, debería ser objeto de investigaciones juiciosas y profundas, y ello sólo se podría decidir “cuando se alegre nuestro cielo con el destello de la prosperidad, después de tan largo oscuro período de ruina y de desastres” (24).

3.2. Las bases de la Constitución. Discusión y aprobación

El 5 de junio de 1827, Luna Pizarro propuso al Congreso que la Comisión, si fuese posible, presentara la base sobre la forma de gobierno con que hubiese deliberado trabajar el proyecto de Constitución. La propuesta fue aprobada por unanimidad (25). El 16 de junio, se inició el debate. La Comisión presentó y fundamentó el Informe que servía de sustento a sus opiniones. Para comenzar, la Comisión entendía, como “bases de la Constitución”, algunos principios y criterios que, en términos generales, hacían relación con la inspiración general del Proyecto: la forma de gobierno compatible con la situación que el Perú vivía en ese momento, y, desde luego, con el procedimiento a seguir para asegurar la consolidación del nuevo orden constitucional. Tales bases eran:

1. El texto de la Constitución, en primer término, debía ajustarse, en todo lo posible a la Constitución de 1823.
2. Elaborar un proyecto de Constitución que predisponga a los pueblos a “un sistema federal”, teniendo a la vista las constituciones que la adoptan, a fin de aplicar de ellas lo que fuere más conveniente, de momento.
3. Disponer que la Constitución sea observada “indispensablemente” por el término de 5 años, vencidos los cuales sería ratificada por un

(24) José María de Pando. “Estados Unidos Mejicanos. Federalismo”, en *Crónica Política Literaria de Lima*. Lima, 11 de junio de 1827.

(25) Cfr. Actas del Congreso, Sesión del 5 julio de 1827, en *Historia del Parlamento Nacional. Actas de los Congresos del Perú desde el año de 1822*. Lima: Empresa Editorial “Cervantes”, 1928, Tomo III, vol. 1, pp. 75-76.

Congreso general que sancionaría la Constitución, “consultando al bien general y al particular de cada una de las provincias de que ésta se compone”. Es decir, después del término de 5 años, el Congreso determinaría la “forma de gobierno” más adaptable al país, sobre la base de la experiencia en la aplicación de la Constitución vigente ⁽²⁶⁾.

Francisco Valdivieso, Presidente de la Comisión, al fundamentar el dictamen, hizo constar, de inicio, la insuficiencia del tiempo disponible para su cometido en comparación al otorgado a Comisiones análogas en los Estados Unidos, en Francia de la época de la Asamblea, e inclusive en la anterior constituyente nacional. Advirtió que, la Comisión había resuelto adoptar de la Constitución de 1823, cuanto fuese posible, porque “era necesario hacer conocer a los pueblos que no adolecía de los pretendidos vicios, que sirvieron de pretexto para adoptar la (Constitución) boliviana”. En relación a la forma de gobierno, la Comisión se inclinaba por la “popular representativo central”, a la que consideraba la “más análoga a las circunstancias actuales del país”. El acento en “las circunstancias actuales” respetaba la aspiración de algunos ciudadanos, decididos por el “federalismo”, forma de gobierno por la que podría optarse en épocas más felices y oportunas, cuando se poseyera los muy necesarios datos estadísticos del país, de los que ahora se carecía ⁽²⁷⁾. Por tal razón, precisamente, se había concebido el proyecto de Constitución “de modo que fuese un ensayo... de esta forma de gobierno”.

Contra el informe de la Comisión hablaron los diputados Ruiz Dávila y Esteban Llosa. Este último, indicó que la “forma de gobierno” adoptada por la Comisión no bastaba para formar la Constitución del país porque era “inexacto e indefinido”. Con lo dicho, esto es, que el gobierno sería “popular representativo central” no se determinaba si adoptaríamos el de Inglaterra, Francia, Estados Unidos del Norte o Buenos Aires. Creía que en el régimen político de todos esos países tenía “parte el pueblo por medio de sus representantes y un centro de acción gubernativa”. Terán, miembro de la Comisión, contestó la impugnación manifestando que, con aquellas palabras, se definía exacta y perfectamente la forma de gobierno y que (tal forma) era “incapaz de equivocarse con ninguno de los de Euro-

⁽²⁶⁾ Cfr. Acta de la Comisión de Constitución. Acuerdo primero del 20 de Junio de 1827, en *El Fénix*, Lima, 23 de julio de 1827.

⁽²⁷⁾ Cfr. “Informe de la Comisión de Constitución de 10 de julio de 1827”, en *El Fénix*, Lima, 23 de julio de 1827.

pa, que tenían en sí un principio monárquico, ni con el de los Estados Unidos que es absolutamente federal; y que sólo se equivocaba con el de Buenos Ayres". Apoyaron el dictamen, como era previsible, los diputados Figuerola y Gómez Sánchez, miembros de la Comisión ⁽²⁸⁾.

Evaristo Gómez Sánchez, diputado por Arequipa, expuso las razones por las cuales los miembros de la Comisión decidieron prescindir del régimen federal, a pesar de que muchos constituyentes eran partidarios de aquél. Nadie ignoraba –dice– que el sistema federal era la forma más perfecta de organización del Estado republicano porque en ella retenían los pueblos "más soberanía" que en el sistema central o consolidado por lo que, aun no teniendo otras ventajas, "por sola esta calidad demandaba preferencia". Sin embargo, circunstancias propias del país, hacían "oposición y resistencia" a su aplicación, resultando, por el contrario, "muy nocivo y perjudicial".

Los principales obstáculos que hacían inviable el federalismo eran: *i) la falta de una estadística actualizada del país* para hacer una racional distribución del poder, para evitar dar demasiado poderío a unos estados en desmedro de los otros, generando así un inevitable desequilibrio que, a la larga, afectaría la estabilidad del sistema; *ii) el estado de "incivilidad"* en que se hallaban los pueblos de nuestra república no sólo indígenas, sino inclusive los constituidos por descendientes de inmigrantes de Europa. La razón –decía– es harto conocida: mientras "más perfecto es un gobierno, como es el federal, más ilustración se necesita en la masa de los pueblos (...) porque en cierto modo ellos mismos son los gobernantes"; y *iii) el estado de revolución en que todavía se encontraba el país, inclusive de guerra con España*, además de las disputas y dificultades fronterizas suscitadas con los otros Estados de América, que aún no se hallaban constituidos perfectamente. En este contexto –se preguntaba– ¿será prudencia dividirnos para debilitarnos o por el contrario unirnos para fortificarnos? Decídanlo la razón y la política. No ocurramos a sublimes pensadores, sino a los de un sentido común, para que diriman la cuestión".

En conformidad con tales premisas, propugnaba: "que por ahora, no debemos sino perfeccionar la Constitución peruana del año 23 que tiene

⁽²⁸⁾ "Reseña de las sesiones del Congreso constituyente del 16 y 17 de julio de 1827", en *El Fénix*. Lima, 23 de julio de 1827. *Vid.*, Actas del Congreso, Sesión del 16 de julio de 1827, en *Historia del Parlamento*, Tomo III, vol. 1, pp. 91-92.

la ventaja de estar ya en mucha parte plantificada, dándole desde luego más liberalidad, y acercándose, en lo posible, al federalismo con Juntas Departamentales más autorizadas e independientes del Gobierno; y que se acerquen a las asambleas legislativas de los Estados Unidos para que, de este modo, se vayan disponiendo los pueblos a recibir dentro de 5 años, que es el término que señala la comisión, el federalismo perfecto y riguroso, si se viere convenir”.

Frente a la acusación que se intentaba establecer un gobierno central “estricto y riguroso” que no otorgaba a los pueblos facultades para regir su propio régimen interior, respondía que era deseo de la Comisión dar participación a los pueblos en su desarrollo. Citando una parte del Dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales de Argentina, sobre la forma de gobierno expresaba: “¿Quién ha dicho que en un gobierno central o consolidado en unidad de régimen, se cierran los canales de la felicidad a los pueblos, y se paralizan los hombres para poder obrar el bien? Por el contrario, la constitución, después de garantizar los derechos nacionales e individuales; debe dejar en manos de los mismos pueblos aquellas facultades, que ellos solos y nadie mejor que ellos, pueden ejercer para sus mejoras físicas y morales” (29).

Finalizada la intervención del diputado Gómez Sánchez, Llosa Benavides pidió que se suspendan las sesiones, por tres o cuatro días, mientras se meditaba sobre la materia. Por su parte, Luna Pizarro propuso que la base de la Constitución vuelva a la Comisión, para que se presente una sola proposición, acompañada del informe respectivo e, incluso, recomendó que se adoptara la fórmula aprobada por la Constitución argentina de 1826, concebida en estos términos: “gobierno popular representativo consolidado en unidad de régimen” (30). La propuesta, apoyada por Anselmo Quiroz y discutida por Esteban Llosa, fue aprobada el 17, señalándose el 23 para que la Comisión presente el referido proyecto (31).

(29) Cfr. Evaristo Gómez Sánchez. “Discurso pronunciado en la tribuna del Congreso por el señor diputado Gómez Sánchez el día 16 de Julio, sobre bases de Constitución”, en *El Eco de la Opinión del Perú*, Lima, 30 de agosto de 1827. Reproducido en *El Sol del Cuzco*, Cuzco, 6, 13 y 20 de octubre de 1827.

(30) “Reseña de las sesiones del Congreso Constituyente del 16 y 17 de julio de 1827”, en *El Fénix*. Lima, 23 de julio de 1827. *Vid.*, Actas del Congreso, Sesión del lunes 16 de julio de 1827, en *Historia del Parlamento*, Tomo III, vol. 1, pp. 91-92.

(31) Cfr. Actas del Congreso, Sesión del 17 de julio de 1827, en *Historia del Parlamento*, Tomo III, vol. 1, pp. 92-93.

El asunto crucial de la definición inicial sobre la forma de estado, no estuvo alejada de la opinión pública que se expresó a través de los periódicos. Por ejemplo, *El Peruano* celebraba que el debate sobre la “forma de gobierno” haya sido desenvuelto con vigor, justeza, claridad, circunspección y madurez sobre una cuestión en que se resolvía “el problema de la felicidad social, que es dada aspirar a cada pueblo”. La Comisión había propuesto –decía– que el gobierno del Perú sea popular representativo central, principio general del que debían derivarse los artículos constitucionales que regirían las relaciones y derechos del ejecutivo con los demás poderes. Frente a él, ninguno de los representantes se opuso abiertamente, sin embargo se ordenó volviese a la Comisión para presentar redactada en única proposición. Este era, entonces, el estado de la discusión “más importante y vital de la República”, y que no sería perdida de vista por los editores del periódico, hasta que fuese sancionado por el Congreso⁽³²⁾. Frente a la actitud mesurada del periódico oficial, *El Telégrafo* publicó un artículo comunicado criticando, irónica y ferozmente, toda mención a la palabra “federalismo”: sinónimo de destrucción y anarquía⁽³³⁾.

3.3. El unitarismo pragmático de Manuel Lorenzo de Vidaurre

El 23 de julio, la Comisión presentó al Congreso “el proyecto de nueva Base” redactado en estos términos: “*El Gobierno de la Nación Peruana es popular, representativo, unitario, consolidado*”. Terminada la lectura,

(32) *El Peruano*, Lima, 18 de julio de 1827.

(33) “Hay voces que se hacen moda, y vengan o no el caso, se aplican a ideas que absolutamente pueden expresarse con ellas. De esta calaña es la de *federalismo*: Anoche me hallaba en una tertulia, y un joven presumido de lindo al verse desdeñado de una señorita, y que los tertulios le daban vaya diciéndole que acaso su inconstancia le habría proporcionado esa molestia: contestó que no la sentía, porque tenía federalismo con todas las bellas de Lima. Un diputado que estaba también en el corro se sonrió. Amostazado el monsalvete le pregunta la causa de la risa, y el diputado le responde, señor mío, no vino al caso el federalismo, ‘menos viene al Perú en las circunstancias del día, y sin embargo se cree que debe haberle’ (contestó el aludido). Enmudeció el diputado. No paró por este chasco el malditísimo uso de la tal palabra. Un reverendo lucio y de corpulencia (...) oyendo que regañaba un chico con una hermana suya, y que la madre le contuvo le dijo: el niño no ha hecho mal: federalísimo, federalísimo. La mujer contestó: destrucción, desorden. Instó su paternidad con un tono verdaderamente fraileesco, y exasperada la señora, increpó al Frayle con estas palabras: sea federal el Perú, que muy breve conocerá su error, yo quiero que mi familia sea central. Su paternidad es central, y ahora por estar de capellán del Sr. N. quiere federar a diestra y siniestra, ¡cuántos hay como el padre! Conozcámosles y burlémonos de ellos”. *Vid., El Telégrafo de Lima*, Lima, 23 de julio de 1827.

subió a la tribuna Vidaurre, Presidente del Congreso, apoyando la propuesta. Inició su alocución analizando los argumentos que podían esgrimirse contra la proposición unitaria (una república central tal vez nos llevaría a la esclavitud, el Presidente semejaría un monarca con plazo señalado, etc.) No obstante ello, postulaba el unitarismo por la sencilla razón de que los argumentos contra la federación eran más contundentes para rechazarla. Lo justificaban la seguridad exterior e interior del país, es decir, la guerra con España que aún no estaba concluida. "Seríamos unos imbéciles si depusiésemos nuestro estado bélico mientras no se hace la paz", decía. Lo fundamental, por lo tanto, era mantener unido el Estado, otorgando al ejecutivo las facultades necesarias para controlar el territorio, evitando una división que ocasionaría la extinción de la patria: "El jefe debe ser un Argos infatigable, y extender sus miradas sobre departamentos, pueblos e individuos", expresaba Vidaurre.

¿Produciría la división de los departamentos en estados soberanos, más felicidad que estando unidos? La respuesta negativa era concluyente: si estando unidos todo lo que se tenía no alcanzaba, divididos, la suerte de nuestro país sería incierta. Los ejemplos del éxito federal en Suiza y los Estados Unidos del Norte no podían compararse con nuestra realidad. Estos últimos siempre gozaron de la libertad e independencia, se gobernaban por sí mismos, tenían sus propias leyes. El sistema federal lo único que hizo fue perfeccionar la libertad. Así, el debate entre federalistas y antifederalistas tuvo un aspecto totalmente diverso al nuestro. Por tal razón, como buen americano, Vidaurre deseaba sólo dos cosas: "(...) la primera cosa que está en mi corazón es la libertad; la segunda la unión. Conozco que estando unidos, el querer desunirnos es disminuir nuestra libertad. Cuando más fuertes seremos más libres".

Para mantenerse independiente un Estado, según Vidaurre, éste debería tener una población acorde a su territorio, comercio, industria, buena administración de justicia, y hombres talentosos que la dirigiesen. Sin embargo, estando unido el Perú, apenas alcanzaba para sostener el país. ¿Qué de escaseses afrontaríamos dividiéndose el país en siete o cuatro estados? Haciendo un símil, expresaba: "Mantiene un pobre propietario una dilatada familia mientras vive. Se vende su heredad en su fallecimiento: se divide. Los hijos son mendigos: mendigos seremos divididos".

Citando el axioma político establecido por Destutt de Tracy, respecto a que una confederación producía menos fuerza que una íntima unión, pero valía más que la separación absoluta, enunciaba los peligros a que una federación podía arrastrar al país en caso de adoptarla en los actuales

momentos. Si se dividiese el Estado, el gobierno no tendría la fuerza necesaria, indispensable para atender a la seguridad y al bien público. No seríamos seguros ni felices. La prueba residía en que ninguno de los departamentos del país era tan poderoso como para resistir un repentino ataque, por sí solo, y sin el auxilio de los demás. Incidía, fundamentalmente, en que nuestras fronteras estaban abiertas a las invasiones extranjeras: tres departamentos eran litorales, uno limítrofe con Colombia y el otro con Bolivia. En caso de guerra, acometidos por mar y tierra, los enemigos no darían tiempo a que se reuniesen las fuerzas de la federación. Si esto se hiciese, ya el país estaría esclavizado, dominando el enemigo todo nuestro territorio.

Para demostrar las desventajas del régimen federal, esto es, la existencia de un gobierno que dependiera de otros para su subsistencia –citaba a Madison– que decía que “era un sofisma en la teoría y una verdadera nulidad en la práctica”. Por el contrario, la diferencia era absoluta con un gobierno consolidado. En él, el ejecutivo, con sólo una orden reparaba un vacío, no turbando un accidente la tranquilidad de la república. “Desengañémonos –exclamaba– la federación no sirve ni para mantener la armonía interior, ni para repeler las invasiones extranjeras”. Más aún, sabiendo que existía en el país un “partido numeroso por el federalismo”, estaba convencido que, persuadidos de su inaplicabilidad en el momento actual del país, renunciarían a él, en pro del bien patrio. La existencia de enemigos interiores y exteriores lo exigía. Por ello exclamaba: “Horrorízenos toda división, todo proyecto que nos desuna. Sin sistema federal podemos gozar de la libertad, de la igualdad, de la soberanía ¿Y con libertad, igualdad y soberanía podemos ser desgraciados? (...) Respetemos los sistemas federales; pero no los adoptemos, mientras permanezcamos en la cuna (...) Nueve años setenta días pasaron, antes que conviniesen los americanos del Norte en su actual constitución. ¿Porqué no tomaremos nosotros un plazo racional? ¿Porqué nos violentaremos a una repentina variación? (...) Me decido por el sistema popular representativo, unitario, consolidado. Tan pronto como sea convencido, votaré contra mis opiniones. No defiendo mi gloria: defenderé hasta el punto mismo de mi muerte a mi patria”⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. Manuel Lorenzo de Vidaurre. “Discurso pronunciado por el diputado doctor don Manuel L. De Vidaurre, en la sesión del 23 de julio de 1827, sobre la base de Constitución”, en *El Fénix*, Lima, 2 de agosto de 1827. *Vid., Discurso pronunciado por el ciudadano Manuel de Vidaurre, presidente de la Corte Suprema de Justicia y del soberano Congreso*

Finalizada la alocución de Vidaurre, Francisco Valdivieso, Presidente de la Comisión, explicó y expuso los fundamentos del proyecto de base. Sin embargo, Estevan Llosa propuso la suspensión del debate en vista que el proyecto presentado era distinto al original. La propuesta fue desestimada por 54 votos contra 10. El 24 se continuó con el debate, expresaron su desacuerdo con las bases de Constitución los diputados Cazorla y Francisco Pacheco. Las opiniones de este último, tienen, sin duda trascendencia. Era –no obstante habersele ignorado, en su época y posteriormente– uno de los más ilustrados y competentes miembros de la Constituyente.

3.4. Francisco Pacheco: Gobierno central con aproximación al federal

Pacheco se oponía tanto a un régimen de gobierno central, según lo indicaba la proposición, como a un gobierno federal absoluto. Consideraba que el primero era un baluarte seguro de la paz interna y externa y que respondía a las costumbres de los pueblos, lo que, por cierto, no ocurría en el Perú. Un gobierno central no podía mejorar la suerte de nuestra república porque ésta estaba muy decaída y sus diversos pueblos mostraban una heterogeneidad tal que hacía imposible un gobierno común a todos ellos. Más aún, estando revestido de “cierta forma monárquica”, inclinaba en demasía los poderes hacia el encargado de administrar el Estado. Esto, combinado con el absorbente centralismo de la capital, arrastraba “los intereses y derechos de todas las provincias a la capital”, naciendo de aquí las quejas, “la abyección de aquellas, y la opulencia de ésta”. Por tanto, un gobierno central implicaba la preeminencia de la capital sobre los demás pueblos, porque en ella se concentraban los poderes públicos, determinando estas nefastas consecuencias.

Ubicado el Ejecutivo en la capital, éste dispondría de la fuerza pública, de los fondos y producciones de las provincias siempre en beneficio de Lima, no revirtiendo jamás sobre aquellas, que yacerían en la miseria y el oprobio. Colocada en la capital la Corte Suprema de Justicia, Lima dispondría de los derechos de las provincias, pues el acceso de

nacional de la república del Perú, en el mes de julio sobre la base de la Constitución. Lima: Imprenta de la Instrucción Primaria, por S. Hurley, 1827. Reproducido en Domingo de Vivero. *Oradores parlamentarios del Perú.* Lima: Imprenta de la Librería Clásica y Científica, 1894, pp. 3-5.

éstas al supremo tribunal se complicaría por la infinidad de barreras a superar como la distancia, el tiempo, la miseria y pobreza, etc. Por último, reuniéndose en la capital el Congreso, distraía del seno de las provincias un número considerable de personas de mérito e instrucción, los únicos útiles para la prosperidad de aquellas. Así, no existiendo equilibrio entre la capital y la provincia, en un gobierno unitario consolidado, o centralizado, las provincias devendrían casi en unas verdaderas colonias de la capital.

La solución al problema, por ende, radicaba, a su juicio, en la combinación de los principios sustanciales de las formas federales y centrales, "la única que debería llamar nuestra primera atención", y que haría la felicidad de los pueblos. En ese sentido, postulaba también el rechazo de la fórmula federal que era reclamada, sólo creyendo en las posibilidades de una mudanza para mejor, sin advertir que el sistema podría arrastrarnos a mayores desastres, pues el eje principal de esa "forma de gobierno" giraba sobre la ilustración y las costumbres, lo que unido a otras dificultades, lo hacían inadaptable aún al país en su forma rigurosa.

Desde esta perspectiva, la proposición presentada por la Comisión de Constitución debería rechazarse porque –al parecer de Pacheco– equivalía a sancionar que la Constitución peruana sería "enteramente central", necesitando todavía de reforma para hacer el bien de los pueblos. Esa proposición, por sí, sujetaba toda voluntad combinatoria, restringiendo toda libertad para las mejoras ulteriores. En consecuencia, nada se aventuraba con procurar acercarnos al federalismo, como en la primera propuesta de la Comisión, acomodando algunos de sus principios a nuestra situación actual, de modo que no contradiga o afecten la "forma central de un gobierno". Se debía partir, entonces, no de las teorías o de los libros para establecer aquella combinación de principios, sino más bien de la realidad de los pueblos, de sus costumbres, de su carácter, de sus trabajos y de sus necesidades. Por tanto, concluía fijando su voto: "He notado señor, el agravio del que se resienten los pueblos sometidos a un gobierno unitario consolidado, o absolutamente central, al paso que, enemigo de un federalismo también absoluto, he producido (expresado) en cuanto ha estado a mi alcance las perniciosas consecuencias que resultan de él. Yo no quiero sino una reforma en nuestro gobierno actual, o más bien quiero un gobierno central con la posible aproximación al federal. No he tenido a la vista la proposición, sino en su relación con la porción pobre del Estado, tal vez será necesario considerarla en la que tiene con el Estado en general. Yo sólo he tenido a la vista repito, descargar la porción pobre de las grandes contribuciones que la agobian y de

la grande dependencia en que se la quiere poner y facilitarla los medios de su adelantamiento y giros" (35).

Concluido el discurso, expusieron a favor de la proposición los diputados Madalengoitia, Rodríguez, García de los Godos, Olano, Llosa Benavides, Iguain y Figuerola.

3.5. El eclecticismo de Llosa Benavides

Llosa Benavides, adoptó, sin citarlos, muchos de los argumentos y textos del dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales argentina (36). Sostuvo que el asunto no versaba sobre la forma de gobierno, pues todo el continente americano, de modo uniforme y constante, había proclamado su adhesión al "popular representativo", sino la cuestión se reducía a determinar la "forma de administración" más conveniente al Perú. En razón de ello se preguntaba: "¿Se gobernará el Perú bajo la forma de administración federal o de unidad? o lo que es lo mismo: ¿Los departamentos que componen la República Peruana, confundirán sus derechos, su libertad e independencia no formando en adelante más que un todo indivisible, observando las mismas leyes y obedeciendo a los mismos magistrados? O por el contrario ¿será el Perú una República compuesta de cuatro o más Estados que, reunidos por el vínculo de un Congreso General, como el amphiciónico de la Grecia, reserve cada uno su independencia para formar LL. acomodadas a su situación física, moral y política, nombrar los magistrados que deben gobernarlo: distribuir, recaudar y conocer la inversión de sus rentas, y procurar por ellos solo su mayor prosperidad?".

(36) "En cuanto a la naturaleza del gobierno que más convenga al régimen de las Provincias de la Unión, ellas han proclamado de un modo unísono, decidido y constante el representativo republicano. Esto no es una opinión del momento, las más veces errónea, y siempre peligrosa; es el voto perpetuo, reflexo, y permanente de toda la nación. La cuestión sólo se versa en cuanto a la forma de administración, y puede fijarse exactamente en estos términos: ¿Se ha de gobernar bajo la forma de administración federal o de unidad? ¿Se afianzará mejor el orden, la libertad y la prosperidad de la República dividiéndose en tantos estados como provincias, que, aliados políticamente bajo un gobierno federal para la dirección de los negocios nacionales, se reserven el resto de soberanía necesaria para su dirección particular; o formando de todas las provincias un estado, consolidada bajo un gobierno central, y encargado del régimen interior de todas? ¿Cuál de estas formas será más a propósito para organizar, conservar y hacer feliz a la República Argentina?". Vid., "Dictamen presentado al Congreso por la Comisión de Negocios Constitucionales, sobre la forma de gobierno". Bs. As., 4 de junio de 1826, en *Mensajero Argentino*, N° 59, Buenos Aires, 6 de julio de 1826.

Propuesta, de este modo, creía que no habría provinciano que no viera en el sistema federal la única administración que podía cortar, de raíz, los males de los pueblos distantes de la capital, aspirando a ver establecido, cuanto antes, esta "fuente de la abundancia y prosperidad general". Con ella, sin duda, se afianzaría el orden, la prosperidad y la libertad general; las leyes serían más adecuadas a las circunstancias peculiares de los pueblos, envolviendo un mayor respeto y observancia sobre ellas; multitud de fuentes de riqueza se generarían y pondrían en acción, inútilmente desaprovechadas hoy. A esta administración, creía, debían los Estados Unidos del Norte los grandes y rápidos progresos hechos en su carrera política.

Sin embargo, habían obstáculos para aspirar, de pronto, a un sistema federal. La continuación de la "Dictadura" de Bolívar en el Perú era la más decisiva. Y aun no existiendo ese peligro, habían otras dificultades para su instauración: nuestras luces y moral, bases indispensables del sistema, no auguraban un éxito feliz, porque siendo la administración federal "obra de muchos", en nuestros departamentos no existía un caudal suficiente de hombres ilustrados, versados en los negocios públicos. Propagar y generalizar la instrucción llevaría mucho tiempo; peligros interiores y exteriores amenazaban nuestra situación política, con sólo la íntima unión aquellos podían revertirse. En consecuencia, su opinión era a favor de una forma mixta, pues las formas simples histórica y actualmente habían demostrado ser viciosas. No obstante, apoyaba la proposición presentada, pues el espíritu de aquella se acercaba a una fórmula mixta:

"Yo concluyo –decía– apoyando el dictamen de la comisión y esperando como ella del tiempo de un gobierno más perfecto que el unitario consolidado. Sus conocimientos y virtudes patrióticas me hacen esperar que en el proyecto de constitución que va a presentar nos dará (sin la separación que se teme con justicia), juntas populares representativas que, teniendo más carácter y extensión de facultades que las antiguas departamentales, ilustren los pueblos con sesiones públicas tanto más que por la imprenta formen el espíritu público; acostumbren a los peruanos a ocuparse de los intereses del Estado; aumenten y mejoren los intereses de la hacienda; fomenten la industria, el comercio y las artes; y ensayado los representantes futuros en las juntas parciales se presenten en la jeneral de la nación sino con mayores sentimientos de honradez que el ocupa la tribuna, por lo menos, con mayores luces e inteligencia

en las ciencias sociales. Este será el tiempo de plantificar la administración federal" (37).

3.6. El unitarismo explícito de Luna Pizarro

El 30, continuó la discusión. Estevan Llosa intentó demostrar las equivocaciones en que incurrieron, según él, varios de los expositores, sobre su propuesta de adoptar una "forma de gobierno" mixta, en vez del unitario consolidado adoptado por la Comisión. Sostuvo, en lo fundamental, que los pueblos deseaban un gobierno mixto, cansados de buscar la prosperidad y felicidad "en la alternativa vana de las diversas especies de los despóticos simples". Como ésta era la opción de la Comisión, ella no podía ser atenuada, aunque se quisiera decir que el espíritu de esta base era aproximarse a la forma federal, pues fijado en un texto constitucional un determinado concepto, éste, las más de las veces, no era reconocido en su espíritu, sino en su rigurosa expresión por quienes la aplicaban. En seguida, ocupó la tribuna Luna Pizarro, apoyando la proposición de la Comisión de Constitución y refutando las afirmaciones de su predecesor (38).

Respondiendo a la pregunta sobre cuál era la mejor "forma de gobierno", argumentaba que ésta debía ser aquella "en que domine la ley, producto de la voluntad general; en que la violación de los derechos sociales pueda ser reparada por la misma ley; en que los poderes nacionales sean de tal suerte divididos y equilibrados, que el uno sirva de correctivo al otro en sus desmanes". Era evidente que estas cualidades sólo podían hallarse en el "sistema popular representativo", ya unitario o ya federal. Por tanto, no era menester detenerse sobre una cuestión en que la opinión de los representantes era unánime. El problema, más bien, residía en determinar ¿cuál de las dos variantes del gobierno popular representativo, la unitaria consolidada o la federal, era la que más convenía "por ahora" al Perú?, es decir, ¿sobre cuál de éstas podría constituirse el país sin riesgo de la seguridad pública y del reposo interno? ¿Cuál de éstas nos produciría más bienes, evitando los miles de males de que estábamos amagados?

(37) Cfr. Mariano Llosa Benavides. "Discurso pronunciado en la tribuna del Congreso el día 24 de julio sobre el sistema de gobierno que más conviene al Perú, por el señor diputado Llosa Benavides", en *El Eco de la Opinión del Perú*, Lima, 19 de agosto de 1827.

(38) Cfr. Actas del Congreso, Sesión del 30 de julio de 1827, en *Historia del Parlamento*, Tomo III, vol. 1, p. 111.

Consideraba que no venía al caso citar el ejemplo de Norteamérica, sino fijar la vista en nuestra propia casa, cuyos elementos habríanse de combinar para organizarla. Sólo estudiando las circunstancias físicas, morales y políticas del país, se hallaría la solución a las preguntas planteadas. Sin embargo, pese a la evidente desproporción entre la población y el territorio, así como a la falta de luces, costumbres y hombres para un sistema tan complicado como el federal, éstas no eran objeciones de gran fuerza para constituirnos federalmente. Los mismos argumentos opusieron los españoles cuando los americanos emprendieron la “sublime obra” de la emancipación. Más, venciendo todos los obstáculos se conquistó la independencia. La “dificultad insuperable” para fundar un régimen en que “podíamos dar a los pueblos cuanta parte es posible prestarles en su administración; que proclamando la soberanía e independencia de los departamentos en lo relativo a su gobierno interior, los haríamos árbitros de su prosperidad y ahogaríamos en su cuna los celos y rivalidades provinciales, o más bien, les daríamos una dirección hacia el bien general”, estribaba en las circunstancias políticas.

El máximo de los bienes sociales en el corazón de los peruanos –exclamaba– era la independencia de todo poder extranjero; constituirnos según los principios sancionados por las principales repúblicas de América, evitando la imposición armada de modelos tomados de Haití (aludiendo a la Constitución Vitalicia). Esa independencia aún no estaba consolidada y nuestro principal enemigo se encontraba en nuestra frontera norte: Bolívar y la Gran Colombia⁽³⁹⁾.

Teniendo en perspectiva ese hecho, y aun cuando nada pudiera temerse, el país estaba forzado a mantenerse en una aptitud militar imponente, que sería inasequible (de hallarse) predispuestos los departamen-

⁽³⁹⁾ Esta latente amenaza lo obligaba a pronunciar: “Este bien, esta seguridad pública, esa independencia, es preciso ser ciego para no verla amagada, y sin duda perdida, desde que con la proclamación de la independencia de los departamentos se pusiesen en movimiento más activo las pasiones demasiado agitadas en el día. Pueda decirse que para organizar el Estado en federación, sería preciso desorganizarlo antes, como en efecto se desorganizaría con una transición tan intempestiva. Y en tales circunstancias, ¡adiós libertades! Un vecino astuto, cuya existencia es muy precaria triunfando en el Perú el imperio de la razón, sabría aprovechar los momentos, atizar la discordia, dar impulso a los elementos que por desgracia abundan en nuestro seno: él se apoderaría otra vez del Perú a pretexto de sofocar la anarquía”. *Vid.*, Francisco Javier de Luna Pizarro. *Escritos políticos* (recopilación, introducción y notas de Alberto Tauro del Pino). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 189.

tos a la federación. El gobierno federal, en esta circunstancia, dependería de los contingentes que (pudieran) enviarle los futuros estados. La demora en la reunión de las legislaturas estatales, la elección de los correspondientes ejecutivos, además de otras muchas dificultades impedirían que los contingentes o dinero alguno dieran cuerpo al ejército nacional. Si disueltos los lazos, el problema era gravísimo, anudados aquellos tampoco se resolvería: el ejemplo de Norteamérica lo había hecho notar en toda su extensión, y el mismo Washington formuló críticas al respecto. Había que acudir, entonces, al axioma político de Destutt de Tracy. Así, conviniendo en lo complicado del sistema federal, la consecuencia de ello debía ser su debilidad. Además, sería "poco favorable en los conflictos de una guerra, en especial si ésta acaece (Luna Pizarro ya preveía la guerra con Colombia) cuando no se ha entablado aquél sólidamente, y el espíritu se halla por formar". En conclusión, mientras la seguridad exterior del país no estuviera libre de peligros –afirmaba Luna Pizarro– muy funesto sería el tránsito de la forma consolidada a la forma federal.

Añadía a esas reflexiones una observación decisiva. Partiendo de la tesis de que los legisladores no debían inventar las leyes sino revelarlas (ya que preexistían, de conformidad con el Derecho Natural, en la condición moral y política del Estado) no pudiendo recibir vigor y fuerza sino de la aceptación espontánea y gustosa de los pueblos, lo que sólo se podía conocer consultando su voluntad, preguntaba: "¿Cuál es la voluntad de nuestros comitentes en la cuestión actual?" La respuesta era negativa respecto a la forma federal. Ninguno de los representantes la había propugnado. Los más adictos y apasionados a ella querían se retarde, mientras se preparaba a los pueblos para recibirla con provecho. La opinión pública tampoco habíase expresado a favor de la federación, no existiendo ni en las imprentas de la capital ni en las de provincias, alguna palabra en su apoyo. Más aún, "habiendo los periódicos de Bolivia tomado empeño, de resultas de nuestro feliz cambio, en provocar a los departamentos de Arequipa, Cuzco y Puno, para que se separaran de nuestra sociedad, constituyéndose en federación, este proyecto como nacido de una fuente tan impura, y cuya tendencia claramente era dividirnos para dominarnos, se ha hecho odioso a los pueblos, y ha sido mirado por ellos con alto desprecio, como se ve en el *Sol del Cuzco* y otros papeles de Arequipa" (40).

(40) Cfr. "Aviso", en *El Sol del Cuzco*, Cuzco, 14 de abril de 1827. Vid. "Contestación al artículo Federación del Cóndor de Bolivia número 72", en *El Sol del Cuzco*, Cuzco, 12 de mayo de 1827.

En virtud de todo ello, el líder liberal, obrando en consonancia con esa voluntad, expresó su adhesión al dictamen de la Comisión de Constitución diciendo: "Estando, pues, manifiesta la voluntad general de un modo tan inequívoco, es consiguiente que los legisladores se pongan en armonía con ella. Por lo que respecta a mí, ésta es una regla infalible, y en su virtud voto por la proposición de la Comisión".

Por último, refiriéndose a la adición propuesta por Estevan Llosa, sobre adoptar como base la forma consolidada mixta, mostraba sus dudas sobre la combinación de dos formas tan opuestas. En los libros de política sólo se conocían la forma unitaria y la federal, anotaba Luna Pizarro, aunque admitía que la "mixtión" podría ser tal vez un descubrimiento con que enriqueciésemos la ciencia política. Más, combinar aquellas dos formas haría que una misma cosa fuese "simultáneamente dependiente e independiente sobre un mismo objeto", lo que resultaría un contrasentido. Sin embargo, comprendiendo que la finalidad de la adición era indicar que el sistema unitario adoptado, sería desarrollado en la Constitución "de un modo que predisponga a los pueblos para el federalismo, al modo que lo ha hecho la Constitución argentina dada por su actual Congreso"; afirmaba que ése era el propósito de la Comisión de Constitución. Por tanto, la adición de "mixta" era inadmisibles, debiendo sancionarse la proposición tal cual fue presentada ⁽⁴¹⁾.

Finalizada la alocución del clérigo arequipeño, se declaró suficientemente discutido el asunto. Tomó la palabra Estevan Llosa y pidió que la votación fuese nominal. Rechazado por el pleno el pedido, se procedió a votación ordinaria. Sumados los votos a favor y en contra, resultó aprobado el proyecto de base, por 68 votos contra 10 ⁽⁴²⁾.

IV. EL PROYECTO Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Sancionada la base de la Constitución, los liberales emprendieron la tarea de elaborar una carta acorde a su proyecto político de largo aliento. Los elementos fundamentales para realizarlo ya estaban dados. La Mar, militar con alma de civil, reunía las cualidades y virtudes que imposibili-

⁽⁴¹⁾ Cfr. Francisco Javier de Luna Pizarro. "Discurso sobre la forma de gobierno, pronunciado en el Congreso constituyente el 30 de julio de 1827", en *Mercurio Peruano*, Lima, 7 de agosto de 1827. Reproducido, en Luna Pizarro. *Escritos políticos*, pp. 186-192.

⁽⁴²⁾ Cfr. Actas del Congreso, Sesión del 30 de julio de 1827, en *Historia del Parlamento*, Tomo III, vol. 1, p. 111.

tarían cualquier exceso presidencial sobre los derechos de los individuos y sobre las libertades públicas. Su entronización en el mando, además, evitaría la formación de cúpulas militares en el poder, tendiendo más bien hacia un gobierno de tipo civil, bajo la estricta vigilancia de Luna Pizarro y demás líderes de la facción liberal.

La adopción de un régimen estatal consolidado en unidad, propendiendo al "federalismo", no sólo atenuaría la excesiva dependencia de las provincias respecto al gobierno central, sería también una barrera momentánea para frenar los celos provinciales y las ansias federalistas o separatistas, previniendo todo intento de resquebrajar la unidad. De este modo, las Juntas Departamentales, entes descentralizados creados para preservar la unidad del Estado, servirían como contrapeso, al centralismo de la capital así como al ejecutivo fuerte que se diseñaba en el proyecto.

La decisión de otorgar, provisoriamente, amplias facultades al ejecutivo, si bien contrariaba los principios liberales, respondía a la necesidad de consolidar el régimen instituido. Las exigencias del momento político y la supervivencia del nuevo régimen lo ameritaban. Más aún. Conociendo Luna Pizarro las dificultades de constituir un régimen liberal duradero, sólo sobre la base de aquellas disposiciones, dadas las asechanzas de los caudillos militares y el peligro de la anarquía, concibió la posibilidad de la reelección presidencial inmediata. Así, un gobierno liberal sustentado en la personalidad y popularidad de La Mar, cuya duración sería, a lo más, de 8 años, tal vez serían suficientes para ir cimentando el respeto a la ley, el amor a la libertad e inculcando el civismo en los ciudadanos. Durante este período, los militares habrían sido contenidos en sus justos límites: defender la patria de la amenaza externa y no intervenir en los asuntos políticos de ella ⁽⁴³⁾. El Perú, después de esos 8 años, estaría gober-

⁽⁴³⁾ Congruentes con su proyecto político, de un futuro régimen civil, los miembros de la Comisión precisaron claramente el objeto de la fuerza pública: defender al Estado de los enemigos exteriores, asegurar el orden en el interior y sostener la ejecución de las leyes. Por tanto, deberían ser "esencialmente" obedientes y no podrían deliberar. Más aún, estando el país afrontando riesgos internos y externos, se flexibilizaron ciertas disposiciones relativas a esta materia, otorgando al ejecutivo facultades que en otras circunstancias habrían parecido "excesivas" a los liberales. Por consiguiente, la Comisión expresaba que: "Siendo una de las primeras necesidades de la República el hacer respetable su independencia en lo exterior y sus leyes en lo interior, ocupa un lugar en la Constitución la Fuerza Pública. Se ha significado con bastante precisión su objeto y su inhabilidad para deliberar como consecuencia de su ser obediente; así las libertades, lejos de temer de la fuerza armada, tendrán en ella su más firme sostén". *Vid.* "Nota con que la Comisión de Constitución presentó al

nado por los civiles, bajo un régimen de la más amplia libertad y respeto de las instituciones.

Ilusorio o no aquel proyecto político, al menos parecía haberse iniciado auspiciosamente. Sin embargo, la realidad impediría su consolidación. El desengaño que esa frustración provocó en los liberales, los indujo a abominar de su Constitución tras la asunción del mando por un caudillo militar como Agustín Gamarra. Un texto del año 1833 revela explícitamente la existencia del frustrado proyecto político liberal y aclara el por qué del contenido de la carta de 1828. Contestando unas críticas a la Constitución contenidas en un folleto cuzqueño titulado *A los pueblos*, los editores de *El Telégrafo* decían: "Graciosa y digna de un pensador la razón que nuestro contrario alega para hacer ver los defectos de nuestra constitución. Se temía dice, que el general Libertador volviese al mando del Perú, fue por esto que estrechando o limitando las restricciones del ejecutivo, se dispuso este Poder en nuestra constitución en un círculo tan extraño que poco le falta para llamarse ridículo. ¡Qué raciocinio! ¡Qué convencimiento! Confesamos que estamos abrumados ¿Con que si el presidente Vitalicio hubiera sentado reales en nuestra patria; habría obedecido y gobernado conforme a la constitución? ¿Te cabe esto en la cabeza? Pues sábete que nadie lo ha pensado; que los diputados del año 27, jamás creyeron que Bolívar mandase nuevamente en el Perú, y que por si desgracia tal cosa hubiera sucedido habría establecido su Constitución. Nosotros seremos más verídicos. Los legisladores conocían el republicanismo, moderación y virtud del general La Mar, por eso dieron tantas facultades al ejecutivo, facultades que se quitarán en gran parte, si se reforma la Constitución" (44).

4.1. El debate constituyente y periodístico del proyecto

El 27 de octubre, la Comisión de Constitución presentó al pleno del Congreso el proyecto de Constitución, acompañado de un nota en la que se hacía el análisis de las instituciones que contenía aquel proyecto, luego se ordenó su impresión (45).

Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga", en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral, por la comisión respectiva el día 27 de octubre de 1827 y mandado imprimir de orden del mismo Congreso*. Lima: Imprenta de la Instrucción Primaria, por S. Hurley, 1827, p. 7.

(44) Cfr. *El Telégrafo de Lima*, Lima, 10 de agosto de 1827.

(45) Cfr. Actas del Congreso, Sesión del 27 de octubre de 1827, en *Mercurio Peruano*, N° 75, Lima, 30 de octubre de 1827.

El 19 de noviembre, Tomás Diéguez, Presidente del Congreso, en un vibrante discurso dijo: “Vamos a formar el código que establezca sólidamente la felicidad pública, y que afianze para siempre la suerte de nuestros con ciudadanos”. “Quiera el Supremo Padre de las sociedades, que establezcamos la nuestra de suerte que no vuelva a ser el juguete de la codicia y de la ambición, ni el propio de la humanidad, y que una Constitución libre y arreglada a la naturaleza y a la razón, sea para los peruanos el premio de sus gloriosos esfuerzos por defender su libertad e independencia política, que si bien hemos llegado a conseguir, poco habríamos avanzado sino atinásemos en el modo de conservarla; y he aquí el punto que jamás debemos de perder de vista al sancionar nuestra nueva Constitución. Si ella, como lo espero, corresponde a nuestros deseos, y a los de nuestros continentes, y concluiré asegurando que no sólo haremos feliz la antigua patria de los incas, sino que prepararemos con nuestro ejemplo la suerte aun de la Europa misma”⁽⁴⁶⁾.

El debate constitucional, fue fecundo tal vez en elocuentes discursos, pero no se distinguió, precisamente, por la profundidad y prolijidad en el conocimiento y debate de los aspectos estrictamente jurídicos, políticos y constitucionales. Aprobadas “las bases de la Constitución” el Proyecto se ajustó a sus previsiones, esto es, a las concepciones del Estado y de la sociedad que se han señalado ya.

La opinión pública observaba con recelo las idas y venidas de los constituyentes. La dilación en sus trabajos así como las discusiones innecesarias por asuntos triviales, suscitaron agudas críticas, y luego, fueron objeto de burla. Así lo prueba un artículo-comunicado suscrito por *Un millón de republicanos*, publicado en *El Telégrafo*. En él, se hacían las siguientes *preguntas sueltas e interesantes*.

¿Nos constituiremos?

¿Cuántos años durará la discusión del proyecto de Constitución?

¿Habían en el Perú, personas interesadas en que no se dé la nueva Constitución?⁽⁴⁷⁾

Otros, reclamaban a los constituyentes expedir prontamente la Constitución:

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Tomás Diéguez. “Alocución que dirigió al Congreso constituyente, su actual presidente antes de procederse a la discusión del proyecto de Constitución”, en *El Telégrafo de Lima*, Lima, 23 de noviembre de 1827. Subrayado agregado.

⁽⁴⁷⁾ *El Telégrafo de Lima*, Lima, 6 de diciembre de 1827.

“Padres de Patria, esté o no en peligro nuestra libertad, tiempo es ya de que nos deis la constitución tiempo es de que os disolváis: no es vitalicia vuestra misión: vuestra existencia deja de ser necesaria y principia a perjudicar. Vosotros lo conocéis: sólo falta que para acelerar vuestras importante tareas os desprendáis de las impertinentes y criminales travas con que algunos las entorpecen: vosotros recibiréis las bendiciones y los que os contraríen e desprecio y reprobación de los Pueblos” (48).

No obstante sus reconocidos aciertos, el Congreso constituyente de 1827 no gozó del prestigio que habría sido del desear. No fue, en ese aspecto, la excepción. Extrañamente todos los Congresos constituyentes fueron siempre muy impopulares.

4.2. Aprobación y promulgación de la Constitución

Aprobada la Constitución, el 18 de marzo de 1828 fue remitida al Poder Ejecutivo para su promulgación. Se fijó, el día 5 de abril para su publicación en la capital, y al día siguiente, su juramentación por el Presidente de la República y otras altas autoridades. Sin embargo, un terremoto producido el 30 de marzo obligó a que se postergaran los actos solemnes, que se cumplieron los días 19 y 20 de abril. El 20, después de jurar el Presidente y vicepresidente: “observar y hacer cumplir la Constitución”, Mariano Alejo Álvarez, presidente del Congreso, pronunció un elocuente discurso destacando el significado verdaderamente “nacional” de la carta (49) y el carácter fundacional que, entonces se le atribuía y que, naturalmente, posee.

La prensa resaltó el significado político de la Constitución. Comparando las celebraciones y fiestas en su honor con las que se efectuaron en homenaje a la Constitución Vitalicia “*El Republicano*”, decía:

“Es concluida la obra más grande para que se reunieron los Representantes. Por primera vez, tienen los pueblos una Constitución suya formada por su expreso encargo, y en virtud de los poderes que libremente confirieron a sus diputados. Después de la feliz revolución del 26 de enero, se ha hallado el Perú en una libertad tan completa para declarar su voluntad que no puede ni aun esperarse que otros pueblos logren igual ocasión” (50).

(48) *El Republicano*, Arequipa, 29 de diciembre de 1827.

(49) *Vid.*, nota 12.

(50) Artículo publicado en *El Republicano*, reproducido en *Mercurio Peruano*, Lima, 29 de abril de 1828.

A su turno, "*El Telégrafo*", expresaba:

"Cuánta distancia entre estas fiestas cívicas, celebradas en el transporte de los más nobles sentimientos, y consagradas a la dignidad de los derechos del hombre, a su libertad y ventura, y aquellos en que no siendo parte más que el gobierno, veían con indignación los peruanos, dar un vano aparato de solemnidad a su degradación y envilecimiento, el funesto y ominoso nueve de diciembre; día en que entre bayonetas extranjeras, se intimó a la nación la obediencia a la Constitución Boliviana" ⁽⁵¹⁾.

V. LAS INSTITUCIONES DE LA CONSTITUCION DE 1828

5.1. La dogmática constitucional

La Constitución de 1828, no obstante declarar su adhesión a la Constitución de 1823, se apartó de ella en lo que, a declaración de derechos, concernía. Esa Constitución, siguiendo la huella de la de Cádiz, carecía de un capítulo especial que, bajo el epígrafe de "garantías constitucionales" recogiera, formalmente, una declaración de derechos. Sin embargo, de modo escueto y bajo el título de "Disposiciones Generales" y, en un solo artículo (art. 193), declaraba inviolables la libertad civil, la seguridad personal, del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, el derecho de petición, el derecho al honor y buena reputación, la libertad de imprenta y las libertades de agricultura, industria, comercio y minería así como la igualdad ante la ley. Por cierto, proclamaba el derecho a reclamar el uso y ejercicio de tales derechos así como el deber de respetarlos y hacerlos guardar religiosamente (art. 194).

La Carta de 1828 recogió, como se ha recordado antes, el texto de la Constitución Vitalicia que, en este aspecto, extrañamente, es largamente más rico y cuidadoso que la Carta de 1823. En concordancia con el pensamiento liberal, garantizaba la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley y la propiedad. Hacía luego la declaración de los derechos y proclamaba la libertad jurídica, la irretroactividad de la ley, la igualdad ante la ley, la libertad de los esclavos, de pensamiento, y expresión y prensa, de locomoción, la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, la igualdad ante la ley, y para la admisión a cargos públi-

⁽⁵¹⁾ Artículo publicado en *El Telégrafo*, reproducido en *Mercurio Peruano*, Lima, 26 de abril de 1828.

cos, el derecho a que las contribuciones se repartan proporcionalmente y a que se respete su buena reputación.

Declaraba la inviolabilidad de los derechos de propiedad y de indemnización en caso de privarse a alguien de sus bienes; desconocía los empleos y privilegios hereditarios así como las vinculaciones laicales haciendo enajenable todo tipo de propiedad. Reconocía el derecho de invención y autoría, así como los derechos de trabajo, industria y comercio.

En materia de seguridad era igualmente prolija la Carta. Ningún peruano podía ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, decía el numeral 162, para declarar luego que las cárceles eran lugares de seguridad y no de castigo. Sorprendentemente consagraba la independencia del Poder Judicial como un derecho de todos los ciudadanos declarando que ninguna autoridad podía avocarse a causas pendientes, sustanciarlas ni revivir procesos fenecidos. Todo peruano tenía derecho de presentar peticiones al Congreso o al Poder Ejecutivo individualmente y a las instituciones "para objetos que estén en sus atribuciones". Finalmente, garantizaba el pago de la deuda pública interna y externa y la instrucción primaria gratuita así como la inviolabilidad de las propiedades intelectuales y los establecimientos de piedad y beneficencia. Por cierto, imponía a todos el deber de concurrir a la protección de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos por medio de las armas y de las contribuciones en razón de sus fuerzas y de sus bienes.

5.2. La forma de Estado: El Estado unitario

El proyecto prescribía que la nación peruana "adopta para su gobierno la forma *popular representativa consolidada en la unidad*". La Comisión expresaba que, al definirse esta "base", "fue el espíritu del Congreso que la Constitución se aproximara en lo posible al federalismo", procurando adoptar un "sistema medio" o "federación moderada"⁽⁵²⁾. Esto mismo afirmaba Francisco Pacheco en sus *Esclarecimientos a la Constitución*: con "el objeto de aproximarse a la federación y de adoctrinarse para ella, se ha organizado la Constitución". Teniendo a la vista ese objetivo se habían adoptado los principios más reconocidos y experimentados, incorporando las doctrinas más aplicables de las mejores constituciones libera-

⁽⁵²⁾ Cfr. "Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga", en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral, por la comisión respectiva*, p. 3.

les, así como deduciéndolos de la naturaleza en cuanto fue posible ⁽⁵³⁾. Estas expresiones, sin embargo, tenían por finalidad apaciguar los ánimos federalistas o separatistas incubados en los departamentos del sur. Eran, nada más, que una concesión a las provincias, destinada a preservar y consolidar la unidad del Estado peruano, similar a la finalidad que abrigaron los miembros de la Comisión de Negocios Constitucionales argentina y plasmada en la carta de 1826.

Los principales líderes liberales, Luna Pizarro entre ellos, no pretendieron ni pretendían adoptar un régimen federal similar al de los Estados Unidos de Norteamérica. Tampoco un régimen descentralizado permanente, el llamado modelo "mixto". Deseaban poner coto, eficazmente, a las tendencias separatistas del sur y al ansia de autogobierno de las provincias. Pensar, en ese momento, en la reunificación del Alto y Bajo Perú era ilusorio. Bolivia estaba sujeta a la influencia de Bolívar, además que la guerra con Colombia era inminente. Por esa razón, es que la Constitución prohibió cualquier "unión o federación que se oponga a su independencia", prohibición que se eliminó con la Constitución de 1834 ⁽⁵⁴⁾ que, además, suprimió las Juntas Departamentales e instauró un régimen unitario centralizado.

Usando una fórmula –que se repetiría en las demás constituciones– el poder se concebía concentrado y dividido en los tres clásicos poderes: "(La nación) Delega el ejercicio de su soberanía en los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en que quedan distinguidas sus principales funciones", decía el numeral 8. Se trataba, obviamente, de un Estado en que los tres poderes ejercitaban sus respectivas potestades, a plenitud, sobre todo el territorio y con exclusión de los demás. La Constitución se cuidó de consagrar las normas necesarias para asegurar la autonomía funcional de cada uno de los poderes –como se verá–, así como su plena competencia sobre todo el territorio. Sin embargo, para evitar la concentración del po-

⁽⁵³⁾ Francisco Pacheco. *Esclarecimientos a la Constitución dada al Perú en el año de mil ochocientos veintiocho*. Lima: Imprenta de la Instrucción Primaria por J. Fabián Solórzano, 1828, p. 41.

⁽⁵⁴⁾ "La nación peruana es para siempre libre e independiente de toda potencia extranjera. No será jamás patrimonio de persona o familia alguna; **ni admitirá con otro Estado unión o federación que se oponga a su independencia**" (art. 2 de la Constitución peruana de 1828). La Carta de 1834 no reprodujo esta norma, sólo se limitó a conservar el primer párrafo: "La nación peruana es independiente, y no puede ser patrimonio de persona o familia alguna (art. 1).

der se adoptó una fórmula de descentralización a través de las Juntas Departamentales.

Establecida la forma de Estado unitario descentralizado, se instituyeron Prefectos, Subprefectos, y Gobernadores para velar por el cumplimiento de las disposiciones emanadas por el aparato central y para ser los ejes de la unidad del Estado en Departamentos, Provincias y Distritos. Su presencia en todo el territorio era fundamental para preservar la estabilidad de la forma de gobierno adoptada por la nación. No obstante su dependencia del Ejecutivo y la naturaleza de sus funciones, su elección no correspondía al Presidente sino a las Juntas Departamentales que presentaban ternas para su nombramiento. En cierto modo, se mantuvieron las normas de la Constitución de 1823. Se apartaban del proyecto argentino. Otorgar, semejantes atribuciones a los Consejos de Administración significaba introducir elementos perturbadores con respecto a la unidad del Estado y a la autoridad del gobierno central, finalidad esencial que perseguía el proyecto unitario argentino. Sin embargo, en el debate constituyente, los sustentadores del régimen unitario tuvieron que ceder a los reclamos de los federalistas. En el caso peruano esta decisión era coherente con la intención de hacer concesiones a las tendencias provincialistas, federalistas o separatistas existentes.

5.2.1. Las Juntas Departamentales

En concordancia con el “espíritu de la base aprobada” según la cual la descentralización debía “aproximarse” al régimen federal, la Comisión replanteó las atribuciones de las Juntas Departamentales, establecidas en la Carta de 1823. En cada departamento debía haber una Junta encargada de promover los intereses del departamento y de las provincias. Sus miembros (dos individuos por provincia) serían elegidos, popularmente, al igual que los diputados y gozarían de la misma prerrogativa de la inviolabilidad por las opiniones vertidas durante el ejercicio de su cargo. La duración del cargo de diputado departamental sería de 4 años, renovándose, por mitades, cada dos años.

El proyecto rediseñó las Juntas Departamentales sobre la base de los Consejos de Administración provincial del Proyecto argentino, con algunas variantes. Así, a diferencia del modelo, las Juntas, según la Comisión se habían “(...) colocado en seguida del Poder Legislativo, como cuerpos deliberantes, a quienes se concede una parte considerable en la formación de las leyes particulares de sus respectivas provincias. Son una imagen de las legislaturas de los estados federados, con todas las atribuciones que es

posible designarles, a fin de que los departamentos se predispongan a recibir oportunamente su independencia en los negocios domésticos”⁽⁵⁵⁾. La descripción era exagerada. Las Juntas, si bien eran cuerpos deliberantes por el asambleísmo que caracterizaría su funcionamiento, eran, más que todo, órganos de administración de los departamentos, tal como fueron concebidos en el Río de la Plata. La facultad de proponer “leyes particulares” para promover la agricultura, minería e industria fabril de sus respectivas provincias, sólo implicaba ejercitar iniciativa legal sobre dichas materias, y nada más⁽⁵⁶⁾.

El proyecto de la Comisión, otorgaba a las Juntas exiguos fondos para atender las necesidades del departamento y de las provincias. Las rentas provenían de los derechos de pontazgo y portazgo, de los bienes y rentas de las comunidades de indígenas, de los fondos de las municipalidades, deducidos sus gastos naturales. Para suplir la escasez de fondos se facultaba a las Juntas proponer al Congreso las contribuciones y arbitrios que considerasen necesarios para aumentar sus recursos, los que podían o no ser aprobados⁽⁵⁷⁾. En realidad, se ampliaron las atribuciones de las Juntas Departamentales a punto que perdieron “el perfil de órgano consultivo y supervigilante que ofrecían las Juntas de 1823”⁽⁵⁸⁾ para ser sustituido por

⁽⁵⁵⁾ Cfr. “Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga”, en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso general*, p. 4.

⁽⁵⁶⁾ Por esa razón, Francisco Pacheco expresaba que, recayendo en las Juntas cierta imagen del poder legislativo, no era el sistema sino la aproximación al federalismo lo que había dictado su creación. Eran cuerpos que representaban al departamento, pero que todavía no podían ni debían dictar leyes. *Vid.*, Francisco Pacheco. *Esclarecimientos*, p. 51. Desde otro ángulo, Toribio Pacheco recalca la calidad de órgano administrativo de las Juntas Departamentales. Así, las consideraba “como un accesorio del Poder Legislativo, sin duda por cierta semejanza que con éste tienen en cuanto a su modo de obrar, aunque se distingan esencialmente en sus atribuciones, pues las que corresponden a esos cuerpos son puramente administrativas”. *Vid.*, *Cuestiones Constitucionales* (Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio preliminar de José F. Palomino Manchego). Lima: Grijley, 1996, tercera edición (1ra. edición, Arequipa, 1854), p. 85.

⁽⁵⁷⁾ La Constitución argentina, por el contrario, dejaba en manos de los Consejos de Administración acordar los recursos, presupuestarlos y pasarlos, anualmente, al Poder Ejecutivo para su inclusión en el Presupuesto general del Estado para su posterior aprobación por el Congreso. De este modo, establecían sus rentas, las recaudaban e invertían. La diferencia, justificada por la crisis del erario nacional, demostraba también la inconsecuencia de los liberales respecto a su real voluntad de establecer un régimen estatal unitario “moderado”, tendiente al federalismo.

⁽⁵⁸⁾ Pedro Planas. *La descentralización en el Perú republicano (1821-1998)*. Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 1998, p. 101.

el de un órgano ejecutivo. Poseían, en efecto, atribuciones para promover la educación pública; distribuir las contribuciones que correspondan al departamento; velar porque las municipalidades cumplan sus deberes; dar razón al Congreso de las infracciones a la Constitución, entre otros.

Con ser importantes las atribuciones reseñadas, no eran las fundamentales. La mayor fuerza e influencia de las Juntas derivaba de su intervención en el nombramiento o elección de ciertos funcionarios públicos. Así, tenían ingerencia en la elección de senadores de las listas formuladas por los colegios electorales de provincia. Les correspondía presentar al Senado ternas dobles para que éste formule las ternas respectivas para los nombramientos del Vocal de la Corte Suprema que correspondía al departamento, para vocales de la Corte Superior departamental, para Jueces de Primera Instancia. De semejante modo, debían formular y presentar al Jefe del Ejecutivo, al Prefecto y Subprefecto ternas dobles de candidatos para el nombramiento, respectivamente, de Prefecto, Sub Prefecto y Gobernadores del departamento, Provincias y Distritos. Era su atribución, asimismo, elegir seis individuos de la lista que, para Obispo diocesano, forme el Cabildo Eclesiástico. Finalmente, les competía informar al Presidente de la República acerca de las personas más aptas para todos los empleos civiles del departamento y para las prebendas de la diócesis.

¿Por qué las Juntas no funcionaron con normalidad? Raúl Rivera atribuye el hecho tanto a factores internos como internacionales. Conspiraron contra su éxito, internamente: la carencia de élites departamentales capaces de administrar con eficiencia los intereses locales, la pobreza del estado y del país en general, que no permitía disponer de los recursos necesarios para el cumplimiento de los fines propuestos y, finalmente, la agitación interna que se vivió en los cuatro (4) años de la administración de Gamarra. No era menos sombrío el panorama en el plano internacional: la invasión de Gamarra a Bolivia, el conflicto con la Gran Colombia y los continuos movimientos militares dentro del territorio o hacia la frontera absorbían las exiguas rentas compitiendo así con los organismos a quienes competía la promoción del desarrollo departamental. Debe añadirse a todo ello, la falta de capitales y, por cierto también, de brazos para el fomento de la industria, agricultura, la ganadería, etc.

Las rentas asignadas a las Juntas eran más nominales que reales. Debían depender de los derechos de portazgo y pontazgo provenientes de las contribuciones de los muy escasos viajeros y visitantes y del muy irregular y reducido comercio de productos; de los bienes y rentas de las propiedades de comunidades de indígenas que se habían reducido considerablemente,

de las casi inexistentes rentas municipales que apenas podían cubrir los gastos indispensables de su administración y de la renta de tierras municipales que producían deficientemente. Como si ello no fuera suficiente, la legislación tributaria, uniforme y general, perjudicó a las Juntas al no tener en cuenta la gran diversidad del país y la diversa forma cómo afectaba a las actividades de cada circunscripción. Finalmente, la excesiva extensión de los departamentos y las dificultades de comunicación afectaban, de manera inevitable, la buena administración política y económica ⁽⁵⁹⁾.

Basadre atribuye el fracaso de las Juntas a la situación política que se vivía: “En los años en que funcionaron las juntas, 1829 a 1834, el Perú estuvo gobernado por Gamarra y este gobierno creó una despótica oligarquía militar para mantenerse en el poder contra las múltiples asechanzas. Dentro de este despotismo cuartelero, fue imposible que las juntas pudieran desenvolverse” ⁽⁶⁰⁾. Otra era la visión de Paz Soldán: “Si estos cuerpos –dice– no se hubieran pervertido, los unos por ignorancia de sus miembros, los otros por falta de probidad y de patriotismo, este poder hubiera labrado la ventura de la República, y las instituciones democráticas del país se hallarían a gran altura, permitiendo el gobierno descentralizado de las diversas circunscripciones territoriales de la nación” ⁽⁶¹⁾.

Los liberales que eran unitarios convictos, atemorizados por el separatismo, creyeron que, haciendo concesiones coyunturales a las provincias, vía organismos de nombres pomposos pero, en realidad, inoperantes, refrenarían el “federalismo” o “separatismo” de las provincias del sur. Se equivocaron. Las concesiones, en vez de atenuar los males, los acentuaron y añadieron a la frustración política un factor adicional de desconfianza en relación a quienes –como los liberales– sintonizaban con los sentimientos descentralistas de los pueblos.

5.2.2. Las municipalidades

La Comisión de Constitución acordó, en primera instancia, prescindir de las municipalidades. La experiencia había demostrado que su tra-

⁽⁵⁹⁾ Raúl Rivera Serna. “Las Juntas Departamentales durante el primer Gobierno del Mariscal don Agustín Gamarra”, en *Boletín de la Biblioteca Nacional*, N° 31-32, Lima, 1964, pp. 3-4.

⁽⁶⁰⁾ Jorge Basadre. *Perú: Problema y posibilidad*. Lima: Banco Internacional del Perú, 1979, tercera edición, (Reproducción facsimilar de la primera edición de 1931), p. 209.

⁽⁶¹⁾ Mariano F. Paz Soldán. *Historia del Perú Independiente. Tercer período 1827-1833*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1929, p. 25.

dicional politización era aprovechada por determinadas "facciones", para hacer pronunciamientos sobre temas nacionales, con el fin de provocar situaciones de cisión, inconformismo y rebeldía en perjuicio de las decisiones y autoridad del gobierno central. Así ocurrió, incluso, con el propio Congreso constituyente. Diversas provincias del Cuzco desconocieron, a través de sus municipalidades, la autoridad del Congreso, tras la elección de José de La Mar, como Presidente propietario de la república. No obstante ello, las Municipalidades no fueron abolidas por una razón fundamental: su honda raigambre en el país, sobre todo en las provincias del interior. Sin embargo, fueron reguladas como órganos encargados de asuntos exclusivamente locales y, naturalmente, como órganos de apoyo a las labores correspondientes a las Juntas Departamentales, en el ámbito local. Francisco Pacheco recalca que, como el pueblo debía tener siempre un cuerpo de "protección" que se encargara "privativamente" de sus intereses locales, no era menester que éstos tuvieran representación popular ni tampoco facultad de deliberar⁽⁶²⁾. La limitación de estos cuerpos sólo a la dirección de los "intereses locales", prohibiéndoseles intervenir en los asuntos que versaran sobre "intereses nacionales", perseguía evitar el provincialismo y los intentos de resquebrajar el orden y la unidad del Estado con los "pronunciamientos" o actas.

La tradición permitió, pues, su supervivencia. En realidad, las Municipalidades eran imprescindibles, para el control de los indígenas. Estos estaban ya "acostumbrados a su gobierno económico, a sus maneras e importancia". El desempeño de funciones edilicias era reputado como una forma de ascenso social, alternando ufanos, en su desempeño, con los otros grupos sociales y mirándolos "con todo el respeto de la antigüedad". Por lo demás, solo las Municipalidades podían conservar el orden, arreglar la moralidad de sus costumbres, asegurar su ornato y promover la ilustración de los pueblos del interior. Sin ellas la asignación y determinación de cuotas de hombres y contribuciones no habrían sido posibles y efectivas⁽⁶³⁾. No era diferente la opinión de Toribio Pacheco: "No puede negarse que el sistema municipal establecido por la Carta de 1828 era bastante perfecto y que habría producido algunos buenos frutos si se hubiese llevado a cabo, o, más bien, si nuestro carácter, nuestras costumbres y nuestros desacier-

(62) Cfr. Francisco Pacheco. *Esclarecimientos*, p. 52.

(63) *Ibid.*, p. 53.

tos permitiesen a las instituciones desarrollarse libremente y no ser cada día presa de conmociones violentas” (64).

5.3. La forma de Gobierno

El proyecto, como la Constitución, consagraron un equilibrado y racional sistema presidencial fundado, desde luego, en una neta separación e independencia de poderes y en un bicameralismo asimétrico. Excepción hecha de los mensajes anuales al Congreso y de la iniciativa en la formación de las leyes, el Ejecutivo no podía interferir en la vida del Congreso ni éste en la de aquél. Las Cámaras, a su turno, no podían interpelar o censurar a los ministros de estado aunque sí acusar al Presidente de la república, a los Ministros y a los Vocales de la Corte Suprema por delitos de función y por infracciones de la Constitución.

5.3.1. Equilibrio de Poderes

El proyecto adoptó, como fundamento de la relación entre los poderes, el principio del equilibrio de poderes. Desechando todo rasgo de preeminencia del Poder Legislativo, presente en la carta de 1823, la Comisión decía que, distinguidos los poderes unos de otros, independientes de los demás, resultaba la “distribución de las funciones de la soberanía sin riesgo de acumulación en una sola mano, ni de oscilaciones que puedan causar disturbios ruinosos” (65). El fundamento de esta opción, contradictoria con las ideas liberales de predominio del Congreso, tenía relación con el proyecto político emprendido. Controlado el Poder Ejecutivo por los liberales no había que temer de sus posibles excesos. Por esta razón fue que Vidaurre consideró que el proyecto concedía demasiadas facultades al ejecutivo y que, tal como estaba configurado, “era servil hasta para una monarquía constitucional”. Por ello decidió “batir los artículos” pilares de este plan “monárquico”, según él, de Luna Pizarro y su facción.

Conforme al principio de separación, el poder judicial, organizado jerárquicamente hasta la Corte Suprema, gozaba de la misma supremacía e independencia que los otros poderes. Los jueces, por tanto, eran perpetuos y sujetos a responsabilidad para evitar la arbitrariedad en el ejercicio

(64) Toribio Pacheco. *Cuestiones constitucionales*, p. 86.

(65) Cfr. “Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga”, en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral*, p. 3.

del poder y los abusos en que podrían incurrir en su actuación. En el ámbito criminal se establecían los juicios por jurados, los cuales debían ser regulados por ley especial que nunca se expidió.

5.3.2. Poder Legislativo

El proyecto previó un Congreso bicameral. Consideraba la Comisión que existiendo dos cámaras, el Congreso deliberaría “con la madurez y sabiduría que no es de tan esperar de una sola cámara”. La razón y la experiencia positiva de su aplicación en otras naciones aseguraba el buen resultado del sistema ⁽⁶⁶⁾. La elección de los diputados era popular e indirecta por circunscripciones provinciales. La Comisión de Negocios Constitucionales argentina justificaba la elección por considerar que era “el órgano inmediato de la opinión pública”, por lo que debía tener toda la popularidad y toda la fuerza para “promover los derechos de los pueblos” ⁽⁶⁷⁾. La duración del cargo de diputado era de 4 años, renovándose la cámara, por mitad, cada dos años. Monopolizaba esta cámara las atribuciones económicas y financieras. En virtud, tenía competencia exclusiva para imponer contribuciones, como en el modelo argentino, pero también para el negociado de empréstitos y arbitrios y para extinguir la deuda pública. En el aspecto político, tenía la facultad exclusiva de acusar ante el senado al Presidente de la república y a otros altos funcionarios por delitos, incluida la violación de la Constitución.

La elección de los senadores, en ambos textos, era popular e indirecta. No obstante, a diferencia del modelo argentino, en el cual los electores eran quienes elegirían por mayoría absoluta a los senadores, en el proyecto, eran las Juntas Departamentales las que habrían de elegir a los senadores de las listas enviadas por los colegios electorales. La razón para adoptar esta forma de elección, en que el pueblo intervenía “de un modo que puede llamarse más circunspecto”, eligiendo a los ciudadanos más caracterizados por sus aptitudes y servicios, se basaba en que éstos serían miembros de un “un cuerpo mediador entre el poder armado, y el poder popular, que calme sus mutuas pretensiones”, el cual también debía “moderar

⁽⁶⁶⁾ Ibid.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. “Manifiesto de la comisión de Negocios Constitucionales del Congreso general constituyente de las provincias unidas del Río de La Plata, presentado junto con el proyecto de Constitución a que se refiere”, en *Mensajero Argentino*, N° 84, Buenos Aires, 2 de setiembre de 1826.

los sentimientos de localidad, de que pueden ser animados los representantes, sometiéndolos en cuanto sea dable a los intereses nacionales". Por esto, era conveniente que el senado desde su origen recibiese "un carácter más independiente, y más nacional" (68). En virtud de ello las juntas electorales en Argentina, así como los colegios electorales en el Perú, debían elegir o proponer listas dobles, en las cuales la mitad de los individuos no tenían que ser naturales ni vecino de la provincia. Los senadores duraban en su cargo 6 años (según la Constitución argentina) y se renovaban por tercios. Les correspondía, en exclusiva, juzgar públicamente a los acusados por la cámara de diputados, no produciendo su sentencia más efecto que separar a los acusados de su empleo. La cámara de senadores, así como la de diputados, eran los jueces para calificar la elección de sus propios miembros.

La elección diferenciada de ambas cámaras también respondía al régimen unitario adoptado por el Congreso, aunque según Francisco Pacheco ésta se justificaba porque los diputados eran elegidos "de modo que llenen el sistema popular representativo unitario", mientras que los senadores "de modo que indiquen la aproximación al federalismo" (69). No era así. La razón de la diferencia en el sistema de elección era la misma que justificaba la opción consagrada en la Constitución argentina: "Adoptada esta diferencia de elección entre los representantes y senadores, puede deducirse esta consecuencia como un principio fundamental de la organización del país. Los representantes llevarán al Congreso la voluntad y los sentimientos de sus provincias consideradas en sí mismas, los senadores serán investidos de esas mismas facultades y de esas mismas disposiciones, en la razón precisa del compromiso de las provincias entre sí, y de su subordinación a los intereses de toda la nación" (70).

5.3.3. Poder Ejecutivo

El proyecto, a semejanza de la Constitución de 1823, confió la dirección del Poder Ejecutivo a un Presidente y vicepresidente. Sin embargo,

(68) Ibid.

(69) Francisco Pacheco. *Esclarecimientos*, p. 44.

(70) Cfr. "Manifiesto de la comisión de Negocios Constitucionales del Congreso general constituyente de las provincias unidas del Río de La Plata, presentado junto con el proyecto de Constitución a que se refiere", en *Mensajero Argentino*, N° 84, Buenos Aires, 2 de setiembre de 1826.

se apartó de aquella Carta en cuanto a la organización, la forma de elección y atribuciones. Tomó del modelo presidencial norteamericano, además de la figura del Vicepresidente, como Presidente del Senado, la elección popular e indirecta del Presidente, así como la intervención del Congreso en su elección, cuando ninguno de los candidatos hubiera obtenido la mayoría absoluta de sufragios. Decía la Comisión que la “elección de Presidente y Vicepresidente emana de los pueblos, intervienen en ella por medio de electores nombrados al efecto, único arbitrio de dar a los ciudadanos la mayor acción en el nombramiento del jefe común, y que éste recaiga en personas de su entera satisfacción” (71). En defecto del vicepresidente, los miembros de la Comisión proyectaron que sea el vicepresidente del Senado quien asumiera la conducción del gobierno.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron resultado de una combinación de los preceptos de la Constitución de 1823, de la Constitución argentina de 1826 y de la Constitución de Cúcuta. No obstante, previendo las amenazas internas y externas a la seguridad pública, esto es, al propio régimen liberal, concedieron al Congreso la posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al poder ejecutivo en caso de invasión o de sedición, quedando el ejecutivo obligado a dar razón motivada de las medidas que adoptara. La norma, con algunos matices, estaba consagrada ya en la Constitución colombiana de 1821 (72). De ésta se tomó, además, la reelección presidencial inmediata, uno de los artículos esenciales del proyecto político liberal (73), así como la refrendación ministerial. Los Ministros de Estado eran los agentes ejecutores de la administración del Estado. Todos los actos del Presidente debían ceñirse a la ley expresa y contar con la refrendación del respectivo ministro. De este modo, el Presidente nada podría

(71) “Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga”, en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso general*, p. 5.

(72) El numeral 25) del artículo 55 facultaba al Congreso colombiano a “conceder durante la presente guerra de independencia al Poder Ejecutivo aquellas facultades extraordinarias que se juzguen indispensables en los lugares que inmediatamente están sirviendo de teatro a las operaciones militares, y en los recién libertados del enemigo; pero detallándolas en cuanto sea posible, y circunscribiendo el tiempo, que sólo será el muy necesario”. *Vid.* Diego Uribe. *Las Constituciones de Colombia*, Tomo II, p. 719.

(73) El artículo 107 de la Constitución de Cúcuta señala que: “La duración del Presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión”, *Vid.* “Constitución de la República de Colombia dado en la Villa de Rosario de Cúcuta, el 30 de agosto de 1821”, en Diego Uribe. *Las Constituciones de Colombia*, Tomo II, pp. 709-745.

disponer ni por sí solo, ni contra la ley debiendo adecuarse a la opinión de los ministros. Por esta razón, precisamente, se les atribuía la misma responsabilidad por sus actos de gobierno y administración.

A diferencia de la Carta de 1823, que confería únicamente la iniciativa de las leyes al Congreso, el proyecto la otorgaba también al Ejecutivo por medio de los ministros, a excepción de materias exclusivas de la cámara de diputados. Expresaban los miembros de la Comisión que en ella se daba al ejecutivo "cuanta parte puede y debe tener por sus conocimientos prácticos de las necesidades de los ciudadanos, de la naturaleza y extensión de éstas y del tiempo y modo más propio de reglarlas" (74). Sin embargo, en caso de discordancia de opiniones de las Cámaras sobre un proyecto de ley, se permitía que el Poder Ejecutivo fuera oído. Desechado un proyecto por la Cámara revisora ésta pasaba al Ejecutivo para que hiciera observaciones. Si su dictamen era conforme a la Cámara que desechara, el proyecto no podría ser presentado hasta la legislatura siguiente. Si su opinión era favorable a la Cámara que aprobaba se admitía el proyecto nuevamente a discusión por la Cámara que desechó. Si ésta se mantenía inflexible, el proyecto se reservaba para la legislatura siguiente, caso contrario se convertía en ley.

Se facultaba al Ejecutivo a hacer observaciones en el término de 10 días útiles. Para insistir en su aprobación, ambas Cámaras debían aprobar el proyecto por los dos tercios de sus miembros presentes, de lo contrario el proyecto se reservaba para la siguiente legislatura. Este veto, inspirado en la Constitución norteamericana, fue certeramente sustentado por Francisco Pacheco: "Las observaciones del Poder Ejecutivo a la ley salvará a ésta alguna vez de error, de arbitrariedad o capricho (...) debe decir su opinión, debe ser considerada previamente y debe ser respetada por el peso que le dan sus vastos conocimientos. Por eso es que la Constitución exige algunos más sufragios de lo ordinario para resolver contra ella" (75).

Esta combinación de disposiciones, tomadas de diversas constituciones, hizo decir a Vidaurre que la facción liberal fue trasladando, en el proyecto, textos de todas las constituciones, los más análogos al fin que se proponían los miembros de la Comisión: "Así es que agradó mucho el

(74) "Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga", en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral*, p. 4.

(75) Francisco Pacheco. *Esclarecimientos*, p. 46.

poder ser reelegida una misma persona” (76). El proyecto, aunque otorgaba amplias facultades al Presidente, liberándolo de excesivos controles que pudieran frenar su actuación, propendía también a moderarlo por medio de determinados órganos como el Congreso, el Consejo de Estado, las Juntas Departamentales, la refrendación ministerial, etc. (77)

5.3.4. El Consejo de Estado

El Consejo de Estado, órgano previsto en la Constitución gaditana y cuyas características esenciales conservaba, actuaba como Comisión Permanente del Congreso tras el receso de éste y como cuerpo conservador de la constitucionalidad y legalidad. Se integraba por diez (10) Senadores bajo la presidencia del vicepresidente de la república. Así era, en la práctica, un ente de naturaleza parlamentaria que fiscalizaba a la administración y, de modo especial, al Poder Ejecutivo. Sus principales funciones, además de ser un contrapeso del ejecutivo en receso del Congreso, eran velar por la observancia de la Constitución y las leyes, formando expediente sobre cualquier infracción para dar cuenta al Congreso; prestar su voto consultivo al Presidente de la República en los negocios graves de gobierno; convocar, por sí, o, a propuesta del Ejecutivo, a Congreso extraordinario; desempeñar ciertas funciones del Senado; entre otros aspectos.

(76) Cfr. Manuel Lorenzo de Vidaurre. “Manifiesto primero que presenta al pueblo el ciudadano Manuel de Vidaurre del atentado contra la seguridad personal, habiéndolo sacado de su casa preso con soldados, el martes 25 de diciembre primero de pascua, a la una y media del día, por orden del Presidente de la república, expedida por el ministro de guerra don Juan Salazar”, en *Efectos de las facciones en los gobiernos nacientes. En este libro se recopilan los principios fundamentales del gobierno democrático constitucional representativo. Obra escrita por el ciudadano M. L. Vidaurre, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la república del Perú, ministro plenipotenciario en el gran Congreso de Panamá, ministro de Estado y de relaciones interiores y exteriores, diputado por la provincia de Lima en el Congreso Constituyente, resulta de su expatriación*. Boston: WW. Clapp, 1828, p. 42.

(77) Los miembros de la Comisión decían que: “El Poder Ejecutivo confiado temporalmente a un ciudadano, con calidad de no ser reelegido, sin intermisión del periodo señalado, sino una sola vez, tiene todas las facultades para responder cumplidamente a los fines de la sociedad. Para impedir sus desmanes se le han puesto las trabas convenientes, además, de la inmensa responsabilidad a que están sujetos el jefe de administración y agentes subalternos”. Vid., “Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga”, en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral*, p. 5.

La doble función asignada permitía al Consejo de Estado convertirse en un verdadero órgano con influencia y poder. Al formar expediente por infracciones constitucionales no establecía la responsabilidad del infractor, ni declaraba la nulidad del acto. Esta función le correspondía al Congreso. Así lo hizo, cuando menos, en dos oportunidades. El Congreso por decreto de 22 de noviembre de 1832 declaró "nulo y sin efecto" un "decreto del Ejecutivo de 1830 que aplicó 2,700 pesos de la contribución de la provincia de Huaylas al colegio de la ciudad de Huaraz, por infringir el Art. 48° inciso 8 de la Constitución de 1828, que daba al Congreso la atribución exclusiva de determinar la inversión de las contribuciones". El otro caso fue aquel en que el Congreso declaró nulo el decreto del "Ejecutivo de fecha 26 de enero de 1830 mediante el cual mandó observar en todas las Cortes de Justicia de la República un acuerdo de la Corte de Lima, disposición que no ordenó la ley, infringiendo el artículo 48 inciso 1 de la Carta del 28" (78).

Las atribuciones otorgadas al Consejo de Estado, suscitaron temores en los comentaristas de la Carta. Así, Toribio Pacheco no ocultaba su preocupación dado que esta institución "encerraba un vicio capaz, por sí solo, de producir consecuencias de la mayor gravedad. Y, en efecto, era de esperarse que un cuerpo formado de una parte importante del Poder legislativo, reclamase para sí, los privilegios de este poder, y se presentase ante el país como una corporación excepcional, superior a todos los poderes y con una tendencia marcada a dominarlos" (79). No aconteció así nunca.

El Consejo de Estado, como Comisión Permanente y órgano consultivo, entró en funcionamiento tras la clausura del Congreso constituyente de 1827-1828. La ley del 17 de junio de 1828 lo habilitó hasta la instalación del Congreso ordinario de 1829. El Consejo de Estado diseñado en la Carta política de 1828 cumplió funciones consultivas y conservadoras. Daniel Soria refiriéndose al desarrollo histórico de sus atribuciones dice: el "Consejo de Estado en el Perú tiene dos períodos: de 1821 a 1855, donde fue corporación con facultades consultivas y conservadoras; y de 1879 hasta la década de los años 20 de este siglo, donde fue concebido como un cuerpo meramente consultivo del Poder Ejecutivo" (80).

(78) Cfr. Daniel Soria Luján. *Los mecanismos iniciales de Defensa de la Constitución en el Perú: El Poder Conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*. Tesis para optar el título de abogado, PUCP, Lima, 1995, pp, 32-33.

(79) Toribio Pacheco. *Cuestiones Constitucionales*, p. 87.

(80) Daniel Soria. *Los mecanismos iniciales de Defensa de la Constitución en el Perú*, p. 154.

5.4. La vigencia obligada y posterior ratificación de la Constitución

El proyecto de Constitución –como se dijo– contrariaba algunos ideales teóricos y políticos de los liberales. No obstante, era el punto de partida de un proceso mucho mayor. Por ello mismo, era obvio que debían prever su posterior modificación, luego de que los peligros internos y externos que amenazaban al régimen hubieran sido sorteados. En ese sentido, la hicieron temporalmente rígida. Debía regir, sin modificaciones cinco años. Transcurrido ese plazo, la Constitución podía ser reformada, en todo o en parte. La experiencia lo diría. Tal vez así se intentaba frenar también el afán constituyente de la primera hora. No obstante, previendo dificultades en la marcha del plan, establecieron una cláusula por la cual la Carta podía ser reformada antes del plazo de los 5 años, si “circunstancias muy graves” así lo exigieran. De producirse tales eventos, la cuarta parte del Congreso podía aprobar la reforma, en caso de presentarse la proposición en cualquiera de las dos cámaras. En virtud de aquellos objetivos, era evidente la intencionalidad política que perseguía⁽⁸¹⁾.

V. INFLUENCIA Y PERSISTENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1828 EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

A diferencia de las Cartas de 1823, 1826, 1834, 1856 y 1867 que, en la práctica, tuvieron escasa vigencia, la de 1828 echó las bases de nuestro sistema político. Sólo con ella el Perú pudo comenzar a cotejar los textos con la realidad. Bajo su imperio se eligió el primer Congreso constitucional en 1829. Con ella se convocó a los colegios electorales que elegirían a Agustín Gamarra que, así fue el primer Presidente designado en conformidad con las normas de una Constitución. Rigió, por cierto, con sobresaltos. No sólo antes de la destitución de La Mar por Gamarra y Gutiérrez de la Fuente sino, de modo particular, después. Bajo su imperio y en apli-

(81) La Comisión de Constitución sostenía que: “La observancia de la Constitución se limita el período de cinco años (...) aun antes, si circunstancias muy graves lo demandasen (...) así puede considerarse esta Constitución, como provisoria, y en realidad no es más que un ensayo para predisponer los pueblos a la federación, que resisten nuestras actuales circunstancias, en que el arrojó a este sistema, nos acarrearía males sin número. El Perú sería feliz si en tiempo de conflicto se pone en planta esta Constitución por el concurso unánime de los pueblos que nunca deben olvidar, ser imposible llegar de improviso a la perfección”. Vid., “Nota con que la comisión de Constitución presentó al Congreso el proyecto de Constitución política que se le encarga”, en *Proyecto de Constitución política presentada al Congreso jeneral*, p. 8.

cación de sus normas, el Congreso intentó la primera y tal vez la más famosa acusación contra un Presidente de la República. Con ella, se hizo asimismo, la primera experiencia descentralizadora y también se celebraron las primeras elecciones municipales durante la república, aunque sólo en algunas pocas circunscripciones del país. En otras palabras, echó las bases de un orden constitucional que resultó precario y, lamentablemente, efímero. La razón y la realidad tenían que encontrar pues un punto de equilibrio en un régimen de razonables balances y contrapesos. Esa fue precisamente la obra de los constituyentes de 1827⁽⁸²⁾.

No todos creían en sus virtudes. Gamarra, el 20 de diciembre de 1829, al jurar como Presidente Constitucional, la calificó como un "conjunto vicioso, imperfecto e inverificable de las formas constitucionales". Criticaba la extensión del derecho de sufragio, la elección indirecta de los representantes, la limitación del derecho de petición y naturalmente las relaciones e independencia de los poderes públicos. El Legislativo, a su juicio, estaba desconectado del país por obra de las Juntas Departamentales que cumplirían funciones meramente informativas sobre los intereses locales; el Ejecutivo, "débil" aparecía sometido en el nombramiento de sus funcionarios a dichas Juntas; de modo análogo, debía velar por la administración de la justicia "sin detallarle los medios de llenar ese deber sagrado y primordial", "la administración numerosa y complicada sin otro resultado que ser muy costosa a la nación y trabar la acción de las leyes y el poder judicial sometido a una responsabilidad puramente nominal". Muchos pueblos, decía, "han manifestado su displicencia a la Gran Carta; y emitido, sin embozo, su opinión acerca de la necesidad de reformarla" estableciendo instituciones "exentas del principio desorganizador" de que adolecen⁽⁸³⁾.

Gamarra pretendía que el Congreso anticipara la convocatoria de la Convención Nacional que, conforme a la propia Constitución, debía revi-

⁽⁸²⁾ José Gálvez cree que esta Constitución "limó las asperezas y subsanó los errores de las disposiciones pasadas, proporcionándole al país un marco estatal más equilibrado. Sin embargo, se requirió de una voluntad para controlar el manejo del poder en los años siguientes". Vid., *La política como pasión. Breve historia del Congreso de la República (1822-1968)*. Lima: Fondo editorial del Congreso del Perú, 2002, p. 93.

⁽⁸³⁾ Cfr. "Discurso de Agustín Gamarra ante el Congreso al asumir la Presidencia Constitucional en 1829", en Manuel de Odrizola. *Documentos históricos del Perú*. Lima: Imprenta del Estado, 1877, Tomo noveno, pp. 306-307. Vid., Mariano F. Paz Soldán. *Historia del Perú Independiente. Tercer período*, p. 121.

sarla, cinco años después de su dación, salvo que mediaran “circunstancias muy graves”. El Congreso no creyó que se hubiere producido ese evento y desoyó el requerimiento de Gamarra.

Pando creía que la Constitución tenía dos clases de adversarios : los “tímidos sectarios” que estaban convencidos que la Carta era demasiado avanzada y los “reformadores insaciables” que veían en sus instituciones impregnado el germen del espíritu antiguo. Estaba convencido que, junto a ellos, había otro grupo el de los “moderados” que, no siendo adversos a la Carta, pretendían, sin embargo, conservarla introduciéndole las reformas necesarias⁽⁸⁴⁾. Pando se ubicaba entre estos últimos. Consideraba que la Carta era modificable excepto en los siguientes principios: *i*) Que la nación es para siempre libre e independiente de toda nación extranjera; *ii*) Que no puede ser patrimonio de persona o familia; *iii*) Que la religión es la católica, apostólica, romana; *iv*) Que la forma de gobierno es la popular representativa consolidada en la unidad y cuya soberanía se ejerce por delegación en los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; *v*) respeto de los derechos imprescriptibles de las personas. “Más allá de esta escena —decía— todo lo que se encierra en el Código político nos parece susceptible de la revisión autorizada en el artículo (177 de la Constitución) que hemos citado”⁽⁸⁵⁾.

Las virtudes de la Constitución de 1828 deben juzgarse por dos hechos igualmente significativos. No obstante el agudo conflicto que, finalmente, enfrentó a Gamarra con el Congreso, el régimen constitucional salió indemne. Gamarra, por su parte, no sólo sobrevivió a dieciocho (18) diferentes conspiraciones sino que coexistió con un Congreso hostil al que hizo víctima de diversas agresiones y en el que, no obstante ello, superó airoosamente la primera y tal vez la más solemne de las acusaciones constitucionales que se hayan formulado en el Congreso. Por ello, y a pesar de haber regido apenas cuatro años, sus instituciones tuvieron carácter modélico. Perduran e influyeron en las Constituciones que se dictaron posteriormente a ella.

Manuel Vicente Villarán, estudioso de nuestras Cartas constitucionales, sostenía en 1916, que los legisladores de 1827 pusieron “con firmeza los cimientos de la obra constitucional que hasta ahora perdura”. Sus

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *La Verdad*, Lima, 9 de febrero de 1833.

⁽⁸⁵⁾ Más detalles de la crítica de Pando a la Carta del 28, en los números 27-31; 47-50; 54-58; y 60-61 del periódico político *La Verdad*, Lima, marzo a julio de 1833.

bases, en realidad, se conservaron, en esencia, por lo menos, hasta la dación de la Carta de 1920 que, como se sabe, constitucionalizó, tímidamente, algunas instituciones de carácter social consagradas, en su mayoría, por leyes dictadas previamente. Posteriores Cartas políticas se alejaron del modelo instaurado en 1828, pero no en sustancia. Los nuevos tiempos trajeron consigo una nueva etapa en el desarrollo del constitucionalismo tal como la introducción de los derechos económicos, sociales y culturales.

Villarán considera que la Constitución de 1834 es como una segunda edición de la del 28. Por su parte, la de 1839 “presenta un poco más de diferencia, por cierta propensión natural a robustecer el Poder Ejecutivo y a rodearle de gran prestigio, para que así se hallase hábil para combatir la anarquía y el desorden que había reinado en la época precedente a la dación de esta Constitución”⁽⁸⁶⁾. Las constituciones del 28, del 34 y del 39 –diceson como diferentes “ediciones de un solo libro”. “La del 60 es, fundamentalmente, la misma Constitución del 28 con ciertas innovaciones que la experiencia había hecho necesarias”⁽⁸⁷⁾. Finalmente, afirma, que entre las constituciones que no han seguido este modelo, están: “la del 56 inspirada por un liberalismo exaltado y la del 67 que representa esa misma tendencia. Ambas constituciones tuvieron una vida efímera, lo cual revela que el tipo creado por la Constitución del 28 es el que mejor se adapta a las condiciones especiales de nuestro país. Es mérito del Congreso de 1827 –según Villarán– haber hallado las instituciones y las formas que podía adoptar el Perú, en las condiciones entonces vigentes, como base de su organización constitucional. La historia ha demostrado que no se equivocaron. Las constituciones que siguieron el modelo de la Carta de 1828 lograron perdurar en tanto que fueron efímeras las que se apartaron de su inspiración”⁽⁸⁸⁾.

En un estudio, publicado en 1938, Villarán señala que la Carta de 1828 es “el primer experimento de una distribución equitativa de los poderes públicos”. Está convencido que su “mérito principal” “es haberse alejado, al organizar los Poderes, de los excesos opuestos en que cayeron las cons-

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Manuel Vicente Villarán. *Lecciones de Derecho Constitucional* (Revisión, prólogo y notas de Domingo García Belaunde). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, p. 525.

⁽⁸⁷⁾ Ibid.

⁽⁸⁸⁾ Ibid.

tituciones del 23 y 26". "La verdad es que ni debilita el Poder Ejecutivo ni lo fortalecía demasiado, para las circunstancias de aquel tiempo. A esta mesurada actitud –agrega– debe la Constitución del 28 su influencia perdurable en nuestra evolución política. En cien años, desde 1828 hasta al presente, ha dominado en nuestro régimen constitucional cierta uniformidad traducida por una carta política típica que, con secuencias y variaciones, ha sobrevivido a las convulsiones; las que se apartaron mucho del tipo, sea en el sentido de exagerar el poder presidencial y el centralismo, como la de 1839, o en el sentido de debilitarlo, como las del 56 y el 67, no duraron mucho. La del 60 que se acercó, más que las otras, al espíritu de los hombres del 28, prolongó su existencia sesenta años. El modelo ha envejecido. Necesita enmiendas y perfeccionamiento; pero sería locura destruirlo por amor excesivo a novedades irrealizables" (89).

Ugarte del Pino destaca la estructura formal, el origen inequívocamente democrático y la racional distribución de las instituciones de la Carta de 1828 (90). Por su parte, Lizardo Alzamora, hace especial énfasis en la ecuanimidad de los constituyentes de 1827: "ya que nuestros liberales radicales habían cedido en sus teorías extremas. No hablaban de violaciones del "pacto social", como en 1823, ni osaban discutir el asunto de la pluralidad o singularidad en el Ejecutivo. El experimento había sido doloroso, y había pasado la época de las declamaciones exageradas" (91). Es un hecho, por fin, que la Constitución de 1828 resolvió del único modo posible y razonable, el segundo problema fundamental relacionado con la forma de estado en el Perú, al optar por un Estado unitario descentralizado. De esa manera, cerró el camino a las dos tendencias extremas que podían habernos conducido a la disolución por obra del enfrentamiento de dos concepciones que resultaron igualmente aplacadas por obra de una fórmula ecléctica que resolvió armoniosamente la oposición de unitarios y federalistas. Abrió así el camino para la construcción de una estructura estatal descentralizada cuya fórmula específica no se hallado aun pero que, desde 1828 tiene validez plena.

(89) Cfr. Manuel Vicente Villarán. "La Constitución de 1828", en *La Crónica*, Lima, 1 de enero de 1932, pp. 5 y 31. Reproducido en la obra del mismo autor: *Páginas Escogidas*. Lima: P.L. Villanueva, 1962, pp. 45-53.

(90) Juan Vicente Ugarte del Pino. *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina, 1978, pp. 223-224.

(91) Lizardo Alzamora Silva. *La evolución política y constitucional del Perú independiente*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1942, p. 29.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y CULTURA (*)

Germán J. Bidart Campos (**)

1. El tema a que alude el título puede parecer ambiguo, además de ser muy elástico y abarcativo. No obstante tal apariencia, contiene un riquísimo arsenal de cuestiones que, para decirlo muy abreviadamente, convergen a explicar cuál es el nexo que relaciona a una Constitución, al Derecho Constitucional, al constitucionalismo, con la cultura propia de una sociedad, o de varias.

Habría que empezar diciendo qué entendemos aquí por cultura, pero adelantar que a eso que llamaremos *cultura social* le asignamos en el ámbito constitucional la naturaleza y la dimensión de un *bien jurídico colectivo*.

2. Que hay bienes jurídicos colectivos a los que, con un nombre u otro, o sin ninguno, el constitucionalismo actual les depara atención y cobertura, no parece dudoso. Por ejemplo, el medio ambiente, la comunicación social, el mercado de bienes y servicios, la información pública, etc. Por supuesto, acá no hay que pensar ni imaginar que los bienes colectivos tengan necesariamente ingredientes patrimoniales o económicos, el carácter de bien colectivo les viene dado por la valiosidad de un "algo" (material o inmaterial) que es compartido grupalmente (por toda una sociedad, o por un sector de ella).

(*) Ponencia presentada al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Piura, 8-10 de agosto de 2002).

(**) Profesor Honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina).

3. Si al conjunto de circunstancias culturales que hace parte de un entorno social y que influye en él y en su gente le atribuimos la dimensión peculiar del "ambiente" (o medio-ambiente), es fácil que a la cultura la hagamos formar parte de ese *ambiente* en el cual convive una sociedad. La cultura dentro del ambiente, como integrante de él, se hace visible –por ejemplo– cuando pensamos en el patrimonio histórico, artístico, natural, etc., de una comunidad. Las personas que componen tal comunidad "com-parten" y "tienen-parte" en ese patrimonio-cultural-dentro del ambiente donde se hallan situadas e influenciadas.

No es raro, entonces, que la Constitución, el constitucionalismo, el Derecho Constitucional, también participen de esa *cultura ambiental* de la sociedad respectiva y que, en alguna forma, queden condicionados por ella.

4. Derecho Constitucional y cultura guardan afinidades relacionadas entre sí, de forma que la cultura social influye en el Derecho Constitucional y éste en ella, como si se tratara de una realimentación recíproca. Y, al día de hoy, la cultura social como propia de una sociedad determinada y concreta no elude la fuerte bisagra unitiva con la dimensión *universal* de una cultura que, en muchos de sus contenidos y aspectos, esta *globalizada* –a veces para bien, otras para mal–. Pensemos nada más que en los derechos humanos acogidos en el Derecho Internacional y en el Derecho Comunitario, para comprender que una cultura favorable para la defensa y la promoción de los derechos ahora está más allá de las fronteras estatales y exhibe una difusión intersocial muy fuerte, sin perder por eso su espacio intrasocietal.

5. Sigamos hilvanando nociones elementales que esclarecen el temario; una Teoría Constitucional, un Derecho Constitucional, un constitucionalismo concreto puede propiciar una cultura social pluralista y diversificada, o una cultura homogeneizante y uniforme. El resultado constitucional podrá coincidir o no con la tendencia cultural elegida, pero siempre queda de algún modo influido o condicionado por ella. Así, en una sociedad multinacional tan plural como lo fue la que la Unión Soviética amalgamó en un solo Estado totalitario (aparentemente federal), los vínculos unitivos que la política partidaria quiso crear, mantener y reforzar, no consiguieron impedir que, a la postre, una implosión inesperada pulverizara al monstruoso aparato artificialmente construido. Algo similar lo testimonió la ex-Yugoslavia. Los dos casos prueban que donde existe una profunda diversidad cultural se hace imposible aherrojar al pluralismo durante largo tiempo. La reacción llega, tarde o temprano.

Otras veces, el pluralismo cultural latente, o recluso en su propio espacio, termina siendo constitucionalmente asumido. Lo atestigua el caso

tan frecuente de nuestras comunidades indígenas en Latinoamérica, cuando con mucho atraso algunas constituciones –México en 2002 y Argentina en 1994– incorporaron a sus textos una normativa nueva de reconocimiento amplio y favorable.

6. Hace bastante que, con insistencia y casi hasta el hartazgo, echamos mano (para aplicar en muy distintos campos) de la dualidad de un derecho a la *identidad* y un *derecho a la diferencia*, algo así como anverso y reverso de una misma medalla.

La identidad, la mismidad, el ser “uno mismo” exigen que, en reciprocidad, se asuma y respete la diferencia, lo que distingue a cada uno de los demás, del resto al cual está integrado. Derecho a la identidad y derecho a la diferencia. Parece obvio que, trasladada la noción al Derecho Constitucional, la diversidad y el pluralismo culturales hallan en él una de sus mejores herramientas para, afinar, con plena legitimidad constitucional, cada una de las peculiaridades que registra la cultura social.

Se hace conveniente y útil, entonces, dar aplicación aquí a todo cuanto una esclarecida doctrina nos tiene enseñado acerca de la *sociedad abierta* y del *poder abierto*. Sin tal apertura en la sociedad y en el poder, que convoca por igual a la cultura social y al Derecho Constitucional, es difícil situar en plenitud a la identidad y la diferencia, a la diversidad, al pluralismo y al multiculturalismo. La apertura de la sociedad y del poder tienden asimismo, en común, a impedir que el multiculturalismo se abroquele en una especie de *apartheid* cultural antidemocrático.

7. Cuando miramos hacia fuera, hacia el mundo, donde dijimos que la globalización parece arrasarlo y transnacionalizarlo todo, es muy bueno y útil afianzar la identidad y la diferencia de las culturas que en cada sociedad perfilan su fisonomía, y a partir de ahí poder enunciar que la multiplicidad de etnias, comunidades, minorías, grupos inmigrantes, etc. dejan ver tres espacios a los que se ha de procurar armonizar con los valores propios de cada uno. Un espacio es el de cada grupo o comunidad de cualquier índole, tanto si cuantitativamente conforman una o más minorías como si son mayoritarios en el área de la sociedad a la que pertenecen; otro es el espacio del Estado cuya población integran; otro, finalmente, es el del mundo total que, aunque globalizado, deja subsistentes (¿todavía?) a los Estados y a sus sociedades.

Cuanto de homogeneización mundializada podamos percibir en muchas esferas y cuestiones no destruye, no ha podido destruir los localismos, que es algo así como hablar de identidades y de diferencias que muestran cómo lo parcial y lo plural convive con lo global sin perder esa identidad y esa diferencia. Seguramente, al revés, lo global las abroquele y las afian-

za, como en un desafío a todo lo que las amenaza o las coloca en situación de riesgo. No en vano, el vocabulario constitucional que se enfrenta con la transnacionalización y la globalización señala que, hacia fuera, los Estados responden a fuerzas centrípetas que los reúnen y unen –por ejem., en las integraciones regionales y comunitarias–; y hacia adentro, las fuerzas centrífugas apuntalan a entidades locales, provincias, municipios, y dan lugar a Estados federales o féderoregionales. Si la fuerza centrípeta centraliza, la fuerza centrífuga es aliada de las *descentralizaciones autonómicas* y, con ello, de las identidades y diferencias que no abdican de su propio nivel y de sus peculiaridades plurales.

9. La multiplicidad de actores sociales y de protagonismos que desde distintos ámbitos y agrupamientos –algunos espontáneos, otros organizados– registramos en las democracias contemporáneas aportan al pluralismo diversificado una buena cuota de contenidos culturales. A través de este visor nos damos cuenta de cuál es la percepción que ese mismo pluralismo cultural logra en el imaginario colectivo, y cuál la que le devuelve a éste desde las identidades y diferencias parciales.

10. Y vayamos ahora a la cultura, no de fácil ni simple definición, por cierto. A nuestros fines, bástenos decir que en lo que llamamos la cultura social se acumula una totalidad compleja de ideas, creencias, pautas éticas, valoraciones, costumbres, tradiciones, hábitos, normas, técnicas, elementos lingüísticos, etc. De alguna manera, todo cuanto hace el hombre en sociedad según fines valorados, todo cuanto permanece, se actualiza, se difunde y se transmite, merece considerarse cultura social. La antropología calificada como cultural o social es, precisamente, la que estudia al hombre según su instalación en un ámbito cultural determinado.

Se hace bastante fácil asociar esta inserción del hombre en una cultura cuando desde las líneas básicas de la filosofía existencialista se sostiene que el hombre no puede considerarse un “yo” sino por referencia a un “tú”, lo que lleva a afirmar que vivir es convivir, existir es co-existir. Este “ser-con-los-otros” define al nosotros, a la nostridad, que es el espacio donde se engendra y se desarrolla la cultura social. Sin un nosotros en convivencia no habría cultura social.

11. Como no sea demasiado audaz, propondremos que en cada sociedad hay una manera o modalidad de organizar política y jurídicamente la convivencia social que responde a un estilo cultural determinado. Ese modo de estar los hombres instalados en una convivencia organizada depende, de alguna forma, de condicionamientos que vienen dados por la cultura social. Y a su vez –esto ya lo insinuamos antes– la cultura social es recipiendaria de proyecciones que hacia ella se irradian Y refractan desde

el estilo organizacional que adopta cada Derecho Constitucional para la sociedad a la que confiere estructura.

Cuando ingresa el tema de los derechos humanos a la cultura social en dimensión global –mejor es decir: internacional– cobra ímpetu la necesidad de imprimir al plexo de derechos todo cuanto aporta la historicidad concreta y particular de cada sociedad. Quiere decir que, en este caso, una base cultural que se torna común y compartida, no cancela ni amputa lo que a esa base común le viene dado por las identidades y las diferencias vernáculas, lo que facilita adecuaciones y armonizaciones.

A la inversa, cuando desde la globalización se desconoce, desprecia o vulnera uno o más contenidos peculiares de una identidad cultural determinada, en el ámbito de ésta, y desde él, hay que oponer resistencia y rescatar la idiosincrasia local. De alguna manera, y sin caer en exageraciones, todo esto nos prueba que la globalización transnacionalizada muchas veces acrecienta, por reacción hacia su fuerza arrolladora, las identidades locales y les proporciona vigor para conservarse y para renacer, si es que estaban aletargadas o adormecidas.

12. A esta altura, sin pretender clasificaciones divisorias, se nos ocurre que cuando analizamos lo que el constitucionalismo recibe desde una cultura social subyacente, y lo que desde ese mismo constitucionalismo retorna a la cultura social, bien puede hablarse de un contenido de la cultura social al que cabe denominar como *cultura política*. De modo análogo, según las características de cada sociedad, es dable identificar dentro de una cultura social a una cultura religiosa, a una cultura económica, etc., con lo que reconocemos la multiplicidad de elementos que componen o pueden componer a los contenidos de una cultura social.

13. Cada vez que en la cultura política creemos descubrir apatía e indiferencia por parte de grandes sectores de la sociedad, o prácticas corruptas desde el punto de vista ético, o propensión a negociaciones espurias para lograr decisiones determinadas, o falta de credibilidad y confianza en la dirigencias partidarias, o manipulación de las candidaturas, o vicios en el sistema electoral, etc., estamos registrando aspectos negativos, desfavorables y disfuncionales en un sector tan vital de la cultura social como lo es el de la cultura política. Allí, entonces, habrá que analizar los factores y causas a efectos de que, de modo interdisciplinario entre el Derecho Constitucional, la ética de las conductas, la educación pública, la sociología, y tantas cosas más, se consiga remediar y superar las falencias de la cultura política. Una cultura política denigrada desquicia a la cultura social de la que forma parte.

14. De la *cultura económica*—tal vez la más infiltrada en la globalización en curso— podría hablarse largamente. Las multinacionales, los grupos financieros, las grandes factorías del capitalismo, las líneas más duras del empresariado, con la añadidura del estímulo al lucro, a la ganancia, a la riqueza, intercalan en la cultura social sus productos nocivos, de cuyos resultados de exclusión social, marginalidad, miseria, desempleo y necesidades básicas insatisfechas nos dan noticia muchísimas sociedades contemporáneas en todos los continentes del planeta. Otra vez, la cultura política habrá de ser nutrida por un constitucionalismo social capaz de neutralizar y revertir los perfiles malignos de una cultura económica desnacionalizada que se desliga del bien común público o bienestar general.

15. Hemos de ir cerrando nuestras reflexiones. Identidad y diferencia, en singular y en plural, con alcance individual y con alcance colectivo. Pluriculturalismo y diversidad cultural. Cultura como bien jurídico colectivo. Multiplicidad de actores sociales y de protagonismos. Hay un rico acervo temático para pensar, para repensar, para insertar en el Derecho Constitucional. Nuestras comunidades indígenas, sin que ahora interese que en un país sean mayoría y en otro sean acaso minorías. El peligro de los nacionalismos xenófobos que, disfrazados de defensores de supuestas identidades, encubren a veces —y otras veces descubren impúdicamente (Le Pen en la Francia de hoy)—un fundamentalismo enemigo del pluralismo cultural. Este breviarío a modo de recapitulación parcializada nos conduce a propugnar un desarrollo humano, un desarrollo social, un desarrollo económico, un desarrollo institucional que, con un pie en el constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho, y otro pie en la cultura social diversificada por identidades y diferencias, sea capaz de hacer verdad la existencia efectiva de un “derecho” al desarrollo y un “derecho” a la cultura para todas las personas sin diferencia de nacionalidades en todas las sociedades de este nuevo milenio, apenas comenzado, con poco sol y muchas sombras.

16. Desde el Perú de estirpe indígena, de cara a nuestra Indoiberoamericana (para usar una denominación acuñada por don Pablo Lucas Verdú, y en homenaje a él), y frente al mundo, a un mundo de culturas asiáticas y africanas, con más el avance proficuo de la Unión Europea, y sin renunciar al legado de nuestra hispanidad, hagamos votos por el crecimiento democrático de nuestros ambientes culturales, en el marco de una legitimidad constitucional alimentada por la diversidad propia del pluralismo y de las identidades que él alberga.

Que Dios, que para la fe cristiana es Uno y Trino, nos haga convivir en la unidad desde cada una de nuestras identidades plurales.

LA NUEVA SALA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE VERACRUZ (*)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (**)

*Al Dr. Germán J. Bidart Campos,
ejemplo de vocación académica e
inagotable inspiración científica.*

Sumario: I. Introducción. II. Hacia un derecho procesal constitucional local en México. III. La reforma a la Constitución veracruzana: A) Iniciativa de reforma, debate y aprobación. B) Competencia del pleno del tribunal. C) Competencia de la sala constitucional. IV. Primera sentencia en acción de inconstitucionalidad y su articulación con el juicio de amparo federal. V. El aval de la suprema corte de justicia federal. vi. a manera de conclusión.

I. INTRODUCCION

El marco jurídico del federalismo mexicano presenta nuevos derroteros al iniciar el siglo XXI. Las recientes reformas a los ordenamientos

(*) Ponencia preparada para el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad de Piura, 8-10 agosto, 2002).

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en México. Miembro honorario de la Asociación Venezolana de

supremos de las entidades de la República mexicana marca una corriente floreciente del llamado *Derecho Constitucional estatal*⁽¹⁾ y cobra un peso específico especial en los momentos actuales en el que se insiste en una reforma integral a la actual Constitución federal de 5 de febrero de 1917.

En este contexto se celebró el *Primer Encuentro de Derecho Constitucional Local* en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (22-24, noviembre 2000),⁽²⁾ y un año después el *Segundo Encuentro* en la Facultad de Derecho de Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, destacando en ambos eventos, como uno de los grandes temas el relativo a la *justicia constitucional local* y su posibilidad de desarrollo.

El objetivo del presente trabajo consiste en exponer de manera sintética un panorama de las reformas recientes a las Constituciones de los estados de Coahuila, Tlaxcala y Veracruz, que introducen distintos mecanismos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, cobrando especial relevancia la Sala Constitucional perteneciente al Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, debido a un fallo reciente de la Suprema Corte de Justicia federal que avala su competencia para conocer del juicio para la protección de los derechos humanos.

II. HACIA UN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL EN MEXICO

Los conceptos tradicionales de justicia o jurisdicción constitucional divulgados por Kelsen desde 1928, se han venido sustituyendo por la nueva connotación de *derecho procesal constitucional*, sobre todo en las últimas décadas. Esta dinámica y pujante disciplina jurídica está alcanzando progresivamente plena autonomía con serios esfuerzos de sistematización, como se advierte desde el ámbito de la doctrina al aparecer

Derecho Constitucional.

⁽¹⁾ Sobre esta materia, véanse las obras de Gámiz Parral, Máximo, *Resurgimiento del estado federal*, Durango, Universidad Juárez del Estado de Durango-UNAM, 2001; *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, UNAM-III, 2000; *Derecho y doctrina estatal*, México, Universidad Juárez del Estado de Durango-UNAM, 2000; asimismo, Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional estatal*, México, Porrúa, 1988; y *Derecho constitucional*, México, Harla, 1998, especialmente el Libro Tercero, relativo al "Derecho Constitucional Estatal", pp. 485-695.

⁽²⁾ Los trabajos presentados en este evento aparecen publicados en Andrea Sánchez, Francisco José de (coord.), *Derecho Constitucional Estatal. Estudios históricos, legislativos*

obras específicas con esa denominación en países como Alemania, ⁽³⁾ Argentina,⁽⁴⁾ Brasil,⁽⁵⁾ Costa Rica,⁽⁶⁾ Colombia,⁽⁷⁾ España,⁽⁸⁾ México,⁽⁹⁾ Nicaragua⁽¹⁰⁾ y Perú.⁽¹¹⁾

Asimismo, el derecho procesal constitucional en la actualidad se imparte como materia de licenciatura o posgrado en diversas universidades de América Latina (Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú, entre otros) ⁽¹²⁾ y existen institutos con el mismo nombre, como el *Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, y la *Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional* (Cúcuta, Colombia).

y teórico-prácticos de los estados de la República mexicana, México, UNAM-III, 2000.

⁽³⁾ Benda, Ernst, y Klein, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991; y Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª edición, Munich, C.H. Beck, 1991.

⁽⁴⁾ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional*, Belgrano, Universidad de Belgrano, tomo I, 1999; y Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, 4ª ed., Editorial Astrea, 4 tomos, 1995.

⁽⁵⁾ Gonçalves Correia, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1998.

⁽⁶⁾ Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 1995.

⁽⁷⁾ Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional, Derecho constitucional procesal, Derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; y García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

⁽⁸⁾ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

⁽⁹⁾ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2ª ed., México, Porrúa, 2001 (en prensa la 3ra. ed., 2002); Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

⁽¹⁰⁾ Escobar Fornos, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.

⁽¹¹⁾ Quiroga León, Aníbal, *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002 (en prensa); Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Trujillo, Marsol, 1998; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997.

⁽¹²⁾ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "Los desafíos del derecho procesal constitucional", en *Desafíos del control de la constitucionalidad* (coord. Víctor Bazán), Buenos Aires, Ediciones

Dicha denominación también ha repercutido en una codificación específica, especialmente en Argentina,⁽¹³⁾ Guatemala⁽¹⁴⁾ y Costa Rica,⁽¹⁵⁾ además de consolidarse en Iberoamérica tribunales u órganos de naturaleza constitucional encargados esencialmente de la interpretación y aplicación directa de la normativa suprema, con independencia de su denominación, a saber: *a)* sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); *b)* sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia); *c)* sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela); *d)* o sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).

Siguiendo las ideas del maestro Fix-Zamudio⁽¹⁶⁾ que ha desarrollado notablemente el pensamiento de Mauro Cappelletti, esta disciplina se divide para efectos de estudio en tres sectores:

a) Derecho procesal constitucional de las libertades, comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos; en el caso mexicano, por aquellos mecanismos que protegen esencialmente la parte dogmática de la Constitución, así como los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

b) Derecho procesal constitucional orgánico, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los distintos órganos de poder, donde también se puede ubicar el control constitucional abstracto de las disposi-

Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41.

⁽¹³⁾ Ley núm. 8369 de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos; y el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán. Sobre este último, véase Sagüés, Néstor Pedro, "El nuevo Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán" en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 4, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 443-462

⁽¹⁴⁾ Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986).

⁽¹⁵⁾ Ley Nacional núm. 7.135 de Jurisdicción Constitucional (1989).

⁽¹⁶⁾ Cfr. "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 89-119; también reproducido en *Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), op. cit., pp. 110-122. Asimismo, véase su reciente obra, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valen-

ciones legislativas. Fundamentalmente en México se prevén a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales.⁽¹⁷⁾

c) *Derecho procesal constitucional transnacional*, constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales, especialmente aquellos relativos a la protección de los derechos fundamentales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, que realizan una función semejante a los tribunales constitucionales en el ámbito interno.⁽¹⁸⁾

Sin embargo, en la actualidad se puede afirmar la configuración de un nuevo sector que podemos denominar *derecho procesal constitucional local*,⁽¹⁹⁾ que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Si bien en ciertos países como Argentina y Alemania ha tenido un desarrollo considerable, recientemente también en España, mediante la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, se ha introducido una nueva competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los *conflictos en defensa de la autonomía local*.⁽²⁰⁾

En Alemania, por ejemplo, se ha consagrado una doble jurisdicción constitucional (la desarrollada por el Tribunal Constitucional federal y la encomendada a los quince Tribunales Constitucionales de los *Länder*). Incluso, la Ley Fundamental alemana en su artículo 99, prevé la posibilidad de ceder la jurisdicción local hacia la jurisdicción federal, es decir, para que conozca el Tribunal Constitucional federal de los litigios constitucionales derivados de la interpretación de la normativa constitucional

cia Carmona), 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 203-216.

⁽¹⁷⁾ Debe destacarse que si bien estos instrumentos están diseñados especialmente para proteger la parte orgánica de la Constitución, de manera excepcional también pueden salvaguardar la parte dogmática, es decir, las garantías individuales y los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, México, 2002, pp. 121 y ss.

⁽¹⁹⁾ Preferimos la expresión "local" que la de "estatal" o "estadual", para comprender al Distrito Federal, así como en el derecho comparado a los estatutos u ordenamientos supremos de las provincias o comunidades autónomas.

⁽²⁰⁾ Cfr. Fernández Rodríguez, José Luis, y Brage Camazano, Joaquín, "Los conflictos en defensa de la autonomía local: una nueva competencia del Tribunal Constitucional", en

local, como es el caso del *Land* de *Schleswig-Holstein*, que carece de un jurisdicción constitucional propia. En este caso, como lo señala Norbert Lösing, "el parámetro de control del Tribunal Constitucional federal es la Constitución del *Land*".⁽²¹⁾

A pesar de que en México a partir de la Constitución federal de 1824, los ordenamientos supremos de las distintas entidades federativas han previsto diversos instrumentos para su propia protección (fundamentalmente encomendados a los poderes ejecutivo y legislativo), no han tenido aplicabilidad debido a la concentración del control de la constitucionalidad a través del juicio de amparo federal. No debe perderse de vista que la institución del amparo se previó por primera vez en un ordenamiento local, como lo fue la Constitución yucateca de 1841 (arts. 8º, 9º y 62) y que luego se consagrara a nivel federal en las Constituciones de 1857 (arts. 101 y 102) y en la actual de 1917 (arts. 103 y 107).

A partir del año 2000 se advierte en México una tendencia en desarrollar esta temática, como se pone en evidencia con las reformas a las Constituciones locales de Veracruz, Coahuila, y Tlaxcala, entre otras,⁽²²⁾ que prevén distintos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal. Lo anterior descansa en un principio de supremacía constitucional local, como se advierte de los nuevos artículos 158, primer párrafo, y 79, segundo párrafo de las Constituciones de Coahuila y Tlaxcala, que respectivamente establecen (reformas de 2001):

"Artículo 158. La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional". (Coahuila)

"Artículo 79. El Poder Judicial garantizará la supremacía y control de esta Constitución, y estará expedito para impartir justicia de manera pronta, gra-

Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 17, 2000, pp. 459-502.

⁽²¹⁾ Véase su trabajo inédito, "La doble jurisdicción constitucional en Alemania", que aparecerá publicado en *La Justicia Constitucional Local*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Vega, Rodolfo (coords.), México, Fundap, 2002 (en prensa).

⁽²²⁾ En los estados de México y Chihuahua también existen algunos mecanismos. En este último estado, por ejemplo, se prevé el llamado recurso de queja o "amparito", que si bien se encuentra vigente, no se ha reglamentado, lo cual lo convierte más que en un derecho en una ilusión o aspiración constitucional, como bien lo sostiene Villasana Rosales, Héctor, "La Constitución estatal frente a las decisiones fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el caso de Chihuahua", en *Derecho Constitucio-*

tuita, completa e imparcial, en los términos, plazos y condiciones que fijen las leyes". (Tlaxcala)

En el caso de Coahuila, el Tribunal Superior de Justicia en su carácter de tribunal constitucional local conoce de a) las *controversias constitucionales* (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del estado locales), cuyas resoluciones tendrán efectos de cosa juzgada únicamente respecto de las partes que intervienen o con efectos generales, cuando se forme la jurisprudencia local; b) de la *acción de inconstitucionalidad* (control abstracto de inconstitucionalidad de normas generales locales), teniendo efectos *erga omnes* las sentencias únicamente cuando exista mayoría absoluta de los miembros del Tribunal; y c) de un *control difuso*, al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declararla de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva.

De manera más amplia, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala, actuando como tribunal constitucional conoce: a) de los medios de defensa que hagan valer los particulares contra leyes o actos de autoridades que vulneren los derechos fundamentales consagrados en la Constitución local (una especie de amparo estatal); b) de los *juicios de competencia constitucional* (lo que en Coahuila y a nivel federal se conocen como controversias constitucionales, es decir, conflictos entre órganos del Estado locales); c) de *las acciones de inconstitucionalidad* que se promuevan contra normas jurídicas de carácter general locales (sea que provengan del Congreso del Estado o de algún Ayuntamiento o Concejo Municipal), con la particularidad que se legitima no sólo a las minorías parlamentarias, sino también a la Comisión Estatal de los Derechos Humanos y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; d) de *las acciones contra la omisión legislativa* imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o Concejos Municipales.

A continuación nos referiremos al caso del estado de Veracruz, cuya Constitución fue reformada de manera integral en el año 2000 creando una Sala Constitucional, y que constituye la punta de lanza para el resurgimiento del *derecho procesal constitucional local* en México.⁽²³⁾

nal Estatal, op. cit., p. 98.

⁽²³⁾ Sobre estas reformas, véanse Berlín Valenzuela, Francisco, "Nuevos contenidos

III. LA REFORMA A LA CONSTITUCION VERACRUZANA

El 3 de febrero de 2000 aparece publicada en la Gaceta Oficial número 24 del Estado de Veracruz, la Ley No. 53, que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de dicha entidad que data de 1917. Para comprender su importancia en lo relativo al control de la constitucionalidad local, es necesario acudir a su iniciativa, al debate en el Congreso y a su aprobación final que le atribuye una nueva composición orgánica a su Poder Judicial, así como novedosas competencias que resultan características de los tribunales constitucionales contemporáneos.

A) *Iniciativa de reforma, debate y aprobación*

El Gobernador del Estado de Veracruz presentó formalmente la iniciativa de reformas a la Constitución de dicha entidad el 13 de septiembre de 1999. En la exposición de motivos relativa se enfatizó en las nuevas e importantes atribuciones propuestas para el Poder Judicial, al servir como garantía a la supremacía constitucional local, materia de poco o nulo desarrollo tanto teórico como práctico en la historia jurídica nacional, proponiendo la creación de una Sala Constitucional integrada por tres magistrados y adscrita al Tribunal Superior de Justicia.

Otro aspecto fundamental lo constituyó la propuesta de introducir en el texto normativo supremo un catálogo de "derechos humanos", que constituye, en sí misma, una innovación de relieve, porque con ella se supera el limitado concepto de "garantías individuales" utilizado expresamente en la propia Constitución federal, para permitir el paso al reconocimiento y protección de los más recientes y universalmente aceptados derechos, como son los relacionados con el ambiente, el honor, la intimidad y el desarrollo de la personalidad.

Durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del mismo año, fue discutida en el seno del Congreso, formándose nueve subcomisiones para analizar la iniciativa. Con variaciones a muy pocos artículos, se aprobó el proyecto de ley con 34 votos a favor (8 en contra y 3 ausencias), así como por el voto favorable de 194 Ayuntamientos (16 en contra), entrando en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial,

constitucionales para el Estado de Veracruz"; y Aguirre Moreno, Judith, "Evolución del derecho constitucional veracruzano"; ambos trabajos publicados en *Derecho Constitucional Estatal*, op. cit., pp. 461-472 y 447-459, respectivamente.

es decir, el 4 de enero de 2000, excepto las disposiciones en materia electoral (que iniciaría su vigencia al día siguiente a aquél en el que se tenga por concluido el proceso electoral del año 2000); y lo relativo a la acción por omisión legislativa, cuyo conocimiento se encarga a la Sala Constitucional y al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, que iniciara su vigencia el 1º de enero de 2001, es decir, se otorgó una *vacatio legis* de más de once meses, con el objeto de que se revisara y actualizara el marco jurídico de dicho estado. Quedando pendiente la expedición de las leyes que reglamenten los nuevos procesos constitucionales locales, que hasta la fecha no se ha realizado.

Además de las disposiciones de la Constitución veracruzana, debe tenerse en cuenta las contenidas en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la Gaceta Oficial número 148, el 26 de julio de 2000, que armonizan la reforma constitucional aludida.

B) Competencia del Pleno del Tribunal

El Tribunal Superior de Justicia se integra por una sala constitucional; tres salas penales; tres salas civiles; y una sala electoral. Cada sala se compone de tres magistrados y durarán en su cargo diez años improrrogables. Sin embargo, el Pleno del Tribunal no se compone por todos los magistrados, integrándose únicamente por el Presidente del Tribunal y por los Presidentes de cada una de sus Salas, con excepción de la Electoral.

El Pleno actuando como tribunal constitucional, conoce de:

- I. Las *controversias constitucionales*, que surjan entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o el Legislativo locales; y el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Los efectos de las sentencias pueden ser generales, cuando sean aprobadas por las dos terceras partes de los miembros del Pleno.
- II. Las *acciones de inconstitucionalidad* (control abstracto) en contra de leyes o decretos, debiendo ejercitarse dentro de los 30 días siguientes a su promulgación y publicación. Tendrán legitimación el gobernador del estado y la tercera parte de los miembros del Congreso local, requiriendo la misma votación calificada que en el caso de las controversias constitucionales para que tengan efectos generales la sentencia.
- III. Las *acciones por omisión legislativa*, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local. Tendrán legitima-

ción el gobernador del estado o la tercera parte de los ayuntamientos. Este mecanismo que también lo prevé el estado de Tlaxcala representa una innovación en nuestro sistema, y debería servir de pauta para su incorporación en la Constitución federal, que ha tenido un desarrollo aceptable en el derecho comparado.⁽²⁴⁾

C) Competencia de la Sala Constitucional

Las atribuciones que se le confieren a la Sala Constitucional resultan menores:

- a) Conocer y resolver el *juicio para la protección de derechos humanos* (una especie de amparo local), por actos o normas de carácter general que conculquen los derechos humanos que el pueblo veracruzano se reserve, provenientes del Congreso o Gobernador del estado, o de los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos del propio estado.
- b) Conocer y resolver, en única instancia, de las resoluciones del ministerio público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el ministerio público.
- c) Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal; y
- d) Dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los demás tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local, en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de 30 días naturales.

Como puede apreciarse, la Sala Constitucional tiene reducida su competencia en materia de control de la constitucionalidad, ya que tratándose

⁽²⁴⁾ Sobre el tema, véase la documentada obra de Fernández Rodríguez, José Luis, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.

de las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa no resuelve, limitándose su actuación a la etapa de instrucción y a formular el proyecto respectivo que en definitiva se somete a la consideración del Pleno del Tribunal. De igual forma, por lo que hace al inciso b), en realidad su conocimiento y resolución sobre el no ejercicio de la acción penal y los demás supuestos ahí señalados, en principio no implican un genuino control constitucional.

La competencia de la Sala Constitucional actuando estrictamente como órgano especializado y terminal de naturaleza constitucional, se reduce a las hipótesis del juicio para la protección de derechos humanos (amparo local) y a la consulta que realicen los demás jueces sobre la constitucionalidad de una norma local en un proceso concreto.

En resumen, el control de la constitucionalidad local queda dividida entre el Pleno del Tribunal y la Sala Constitucional dependiendo del tipo de proceso constitucional de que se trate. Esta bifurcación de competencias no resulta lógica si se ha creado una sala especializada para la interpretación y aplicación de la Constitución veracruzana, por lo que en el futuro sería deseable ampliar sus atribuciones para configurarse como una auténtica jurisdicción constitucional, o bien desaparecerla, dejando tal atribución al Pleno del Tribunal.

IV. PRIMERA SENTENCIA EN ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SU ARTICULACION CON EL JUICIO DE AMPARO FEDERAL

Si bien la Sala Constitucional sólo ha conocido en los casos referidos por el no ejercicio de la acción penal y supuestos a que se hicieron mención en el inciso b) del epígrafe anterior (que en principio no implican un auténtico control constitucional),⁽²⁵⁾ substanció la acción de inconstitucionalidad 1/2001 y sometió el proyecto de resolución a la consideración del Pleno del Tribunal, el cual dictó su fallo el 14 de mayo del mismo año. En realidad no se entró al fondo, debido a que se resolvió

⁽²⁵⁾ Sobre la procedencia del juicio de amparo (directo o indirecto) en este supuesto, véase la tesis 137, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, cuyo rubro es: Tribunales colegiados de circuito. carecen de competencia legal para conocer, en amparo directo, de las resoluciones dictadas por la sala constitucional del tribunal superior de justicia del estado en el recurso de queja interpuesto contra el acuerdo de no ejercicio de la acción penal (legislación del estado de Veracruz), que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, abril de 2002, pág. 1371.

desechar la demanda, al carecer de legitimación activa la promovente, es decir, al haberla presentado una persona física y no el gobernador o el tercio de los integrantes del congreso del estado, únicos legitimados para intentar esta vía.

En contra de la resolución definitiva del Pleno del Tribunal, se promovió amparo directo a nivel federal, que correspondió conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (A. D. 666/2001), al estimar infringidas las garantías individuales previstas en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución federal. Dicho Tribunal de amparo resolvió negar la protección de la justicia federal, al estimar esencialmente que actuó correctamente el Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, al haber desechado la demanda de acción de inconstitucionalidad por falta de legitimación de la promovente. Esta última resolución resulta importante al trazar el camino relativo a la debida articulación entre lo que resuelva el Tribunal Pleno y la Sala Constitucional de referencia, y el juicio de amparo a nivel federal.

V. EL AVAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA FEDERAL

El 9 de mayo de 2002, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversas controversias constitucionales (15, 16, 17, 18/2000),⁽²⁶⁾ presentadas por varios Ayuntamientos del Estado de Veracruz que demandaron, entre otras cuestiones, la invalidez del decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana, al estimar que con la creación del juicio para la protección de derechos humanos, cuya competencia se le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, se invade la esfera competencial de los tribunales de la federación, específicamente por lo que hace al juicio de amparo federal.

La Suprema Corte federal (por mayoría de votos) estimó constitucional la reforma aludida, al estimar esencialmente que el juicio para la protección de derechos humanos sólo se limita a salvaguardar a la normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución del estado de Veracruz, como lo es la Sala Constitucional, sin que ésta cuente con

⁽²⁶⁾ Estas controversias constitucionales fueron presentadas por los Ayuntamientos del Municipio de la Antigua (15/2000), Municipio de Córdoba (16/2000), Municipio de Tomatlán (17/2000) y Municipio de San Juan Rodríguez Clara (18/2000), todos del Estado de Veracruz.

atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, además de que el instrumento local prevé la reparación del daño, característica ésta que difiere con el juicio de amparo federal. Asimismo, los artículos 39, 40 y 41, párrafo primero de la normativa suprema federal establecen las bases de la autonomía local, en tanto de ellos deriva el régimen de gobierno republicano federal, integrado por Estados libres y soberanos en todo lo relativo al régimen interno, aunque unidos en un pacto Federal; y que el pueblo ejerce su soberanía por lo que hace a dichos regímenes interiores, en los términos que dispongan las Constituciones locales. Esta autonomía local, incluso, se prevé de manera directa en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que establece la posibilidad de que los poderes de los Estados se organicen conforme a la Constitución de cada uno de ellos; y específicamente el Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y mediante las reglas que señalen dichos Ordenamientos locales ⁽²⁷⁾.

VI. A MANERA DE CONCLUSION

A partir del año 2000 mediante las reformas a las Constituciones de los estados de Veracruz, Coahuila y Tlaxcala, resurge un nuevo sector del *derecho procesal constitucional* en México, que denominamos como *local*, debido a la creación de distintos instrumentos de índole jurisdiccionales para la protección, preservación, interpretación y aplicación directa de la normativa suprema de esos estados, a semejanza de lo que ocurre en algunos otros países. Incluso se introduce la *acción por omisión legislativa* en los ordenamientos de Tlaxcala y Veracruz, normatividad que puede resultar de ejemplo para su incorporación a nivel federal, a través de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que paulatinamente ha incrementado sus instrumentos de control constitucional, al margen del tradicional y centenario juicio de amparo, que constituía hasta la reforma de 31 de diciembre de 1994 el único instrumento efectivo de la defensa a la Carta fundamental.

⁽²⁷⁾ Cuatro ministros formularon voto minoritario, sosteniendo la invalidez del precepto que regula el juicio para la protección de derechos humanos, considerando fundamentalmente que al coincidir el catálogo de los derechos humanos previstos en la Constitución veracruzana, con las garantías individuales establecidas en la Constitución federal, se duplican las instancias, siendo atribución exclusiva de los tribunales de la federación, a través del juicio de amparo, conocer de los actos o leyes que vulneren dichas garantías individuales, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución federal.

En este sentido, resulta relevante la creación de la Sala Constitucional adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, al constituir un intento por consolidar una jurisdicción especializada en esta materia, a pesar de las fallas técnicas que se advierten al dividir el control de la constitucionalidad entre la misma y el Pleno del Tribunal. Si bien recientemente la Suprema Corte federal convalidó parte de la competencia de esta Sala Constitucional cuando conoce del juicio para la protección de los derechos humanos (amparo local), se requiere de un mayor dinamismo en su actuación para que asuma el trascendental papel histórico que se le ha confiado en aras de consolidar el federalismo mexicano, lo cual puede lograrse, como primer paso, si el Congreso de dicha entidad expide las leyes que reglamenten los distintos instrumentos locales, que de conformidad con el artículo tercero transitorio de la reforma debió ocurrir en un lapso no mayor a 180 días naturales siguientes a su entrada en vigor. El éxito o fracaso del nuevo sistema dependerá de la expedición de esas leyes y, por supuesto, de la actuación eficaz de los magistrados integrantes de esta Sala que la confirme en una auténtica jurisdicción constitucional en su dimensión local.

EL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA CONSTITUCIONAL: UNA CATEGORIA PELIGROSA

Sergio Díaz Ricci (*)

Sumario: I. Introducción. II. El abuso del derecho en el Derecho Civil. III. El abuso del derecho en el Derecho Público. IV. El abuso del derecho en el Derecho Constitucional. V. El caso peruano. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCION

La recepción de la categoría jurídica "abuso del derecho" en el Derecho Constitucional merece una profunda reflexión en razón de las consecuencias que trae aparejada por tratarse de una limitación a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Si para la mayoría de los ordenamientos constitucionales este análisis puede parecer una cuestión teórica no lo es para algunos ordenamientos constitucionales como el peruano cuya Constitución de 1993 introdujo expresamente esta categoría iusprivatística en el artículo 103, último párrafo. "*La Constitución no ampara el abuso del derecho*". La amplitud de la norma, inserta dentro de la temática de la función legislativa, nos obliga a dimensionar la proyección de esta cláusula especialmente en su aplicación sobre los derechos constitucionales de la persona.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Tucumán.

Debemos partir de un principio jurídico universal sobre el descansa todo el Derecho: *el ejercicio de un derecho subjetivo puede llegar a afectar a terceros sin que éstos puedan reclamar ningún derecho o indemnización por ello*. El axioma del derecho romano define claramente esta situación: *qui iure suo utitur neminem laedit*, es decir, quien usa su derecho no causa daño a otro.

Sin embargo, algunas consecuencias derivadas del uso un derecho desde una perspectiva individualista (inspirada sobre todo en ámbito del derecho de propiedad) mostraron que, en ciertas circunstancias, el ejercicio regular de un derecho subjetivo podía provocar a un tercero un daño innecesario y reprochable. A partir de esta consecuencia dañosa se aceptó una visión social morigeradora de aquella concepción individualista en el ámbito de los derechos privados. El fundamento de esta limitación al ejercicio de derechos civiles se encuentra en la preeminencia de una categoría superior: el orden público, es decir, en el interés comunitario que haya justicia y equilibrio en el ejercicio de los derechos privados, que deben ceder ante los requerimientos de paz social y convivencia armónica.

Ya el derecho medieval conoció los "actos de emulación" como una vía de reprobación de aquellos actos que se llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otros. Sin embargo, ésta perspectiva, adoptada por la jurisprudencia francesa, al poner el acento en la "intención de dañar" fue criticada porque obligaba a los jueces a escrutar en el interior de las conciencias.

De allí que aparezca una nueva figura que propone un criterio objetivo de evaluación basado en la idea que todo derecho tiene un objeto, un destino propio, en consecuencia, el uso del derecho será "normal" si se ejercita *conforme a la finalidad* para la cual este derecho fue concebido y concedido. En caso contrario, se configura un "Abuso de Derecho".

II. EL ABUSO DE DERECHO EN EL DERECHO CIVIL

La figura del Abuso de Derecho o Abuso del Derecho –ambas expresiones (de/del) se usan indistintamente en el Derecho Civil– constituye una idea abierta, un concepto jurídico indeterminado, dirigido a poner un límite al ejercicio de los derechos privados del individuo.

Como todo límite entraña un *instrumento de control* en manos de los jueces para el caso de un ejercicio "anormal" de un derecho.

El eje de la cuestión se apoya sobre una idea de *normalidad* de ejercicio de un derecho, de modo que un ejercicio por fuera de esa *idea de normalidad* sería anormal y, en consecuencia, queda descalificado por "abusivo".

En suma, la figura del Abuso de Derecho constituye un mecanismo para limitar el uso "abusivo" de un derecho privado. Esta herramienta debemos ubicarla dentro de la Doctrina de los límites a los derechos individuales.

La figura del "abuso del derecho" se fue abriendo paso progresivamente a través de la legislación civil. El Código Civil argentino incorporó en 1968 (Ley 17.711) esta idea a través de un agregado al artículo 1071 –correspondiente al Título VII sobre "De los Actos ilícitos", de la Sección 2da. dedicada a los Hechos y Actos Jurídicos– con estos términos: "El ejercicio *regular* de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*".

No nos detendremos al análisis de esta figura en el Derecho Privado, por que el objeto de este estudio es indagar sobre su trasplante al ámbito del Derecho Constitucional. Para aquello remitimos a la abundante bibliografía que se escribió sobre el tema (Borda, *Tratado*, PG, I, p.51/65; Llambías, *Tratado*, PG, II, 178/193; Molina, J.C., *El abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Astrea, 1969, *passim*; Fernandez Sessarego, C., *Abuso del Derecho*, Astrea, 1992, *passim*, entre otros).

Interesaría aquí, subrayar de manera enfática que el derecho subjetivo en cuestión –a diferencia de un acto ilícito– es, en su origen, *lícito*, es decir, el derecho es válido en su nacimiento pues la descalificación se produce *a posteriori*, ya que su ejercicio "anormal" lo convierte en "abusivo".

III. EL ABUSO DE DERECHO EN EL DERECHO PUBLICO

La idea de ejercicio abusivo de derechos no era desconocida en el Derecho Público. Ya el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1789 expresaba en relación a la libertad de opinión:

“La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi”.

Pero del ejercicio abusivo sólo generaba una responsabilidad de naturaleza penal. Este fue el sentido dado por la Reforma constitucional argentina de 1949 que introdujo un agregado al art. 28 de la Constitución (entonces art. 35): “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio *pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes*”

El propio Sampay al fundamentar esta adición en la Convención Constituyente de 1949, expresó: “Elevamos, pues, a categoría constitucional el principio del abuso del derecho, consagrado en algunos códigos civiles modernos; pero vamos más lejos todavía, porque consideramos *delito* la falta de solidaridad social, el uso abusivo de la libertad personal... lanzamos con esto las coordenadas de un nuevo código penal”

IV. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Nosotros nos circunscribiremos aquí a analizar si la figura del Abuso del Derecho tiene cabida en el Derecho Constitucional. Es decir, no abarcamos todo el Derecho Público sino nos limitaremos al Derecho Constitucional porque consideramos que aquí las consecuencias son más graves y peligrosas. Para una opinión contraria es sostenida por Juan Antonio Martínez Muñoz (en *¿El abuso del derecho?*, Madrid, Fac. de Derecho- Univ. Complutense de Madrid, 1999?, pp. 116/120).

A su vez, es necesaria otra precisión adicional: no nos preocupa las consecuencias penales del ejercicio abusivo de derechos constitucionales (v.g. la recogida por el art. 16, 7º párrafo), sino los efectos de la figura del Abuso del Derecho como límite genérico a los derechos consagrados en la Constitución. Para hablar de limitación a los derechos constitucionales debemos referirnos, inevitablemente, a algún mecanismo de restricción, control y sanción.

En este campo hay que distinguir dos ámbitos en un posible el ejercicio abusivo: en los derechos fundamentales de las personas y en las atribuciones de los órganos constitucionales. A nosotros nos interesa resol-

ver la cuestión –más grave, por cierto– de si es posible aplicar la doctrina del Abuso del Derecho a los Derechos Fundamentales, es decir, como limitación implícita al ejercicio de los derechos del individuo con garantía constitucional.

1) En relación al ejercicio de potestades públicas

Vamos a comenzar por el final, donde pareciera que existe algún punto de contacto con el instituto del Abuso del Derecho, es decir, por las consecuencias o efectos derivados de un posible uso abusivo de competencias constitucionales. Para ello debemos detenernos brevemente a analizar los casos de ejercicio abusivo de potestades públicas.

En el ámbito del ejercicio de potestades públicas, la cuestión es clara. El funcionario no ejerce derechos fundamentales que le sean propios. Las instituciones y sus órganos, es decir, los sujetos que las invisten, no ejercitan derechos fundamentales propios, en consecuencia, el desvío de las finalidades para las que fue creada la potestad, no constituye un abuso de derecho porque no gozan de un derecho subjetivo individual (cuya titularidad le corresponda a un sujeto en cuanto tal) cuyo uso pueda desviarse.

En el campo del Derecho Público los agentes no ejercen derechos fundamentales sino “potestades” establecidas por la Constitución. De ella derivan su competencia. Por el contrario, es de la esencia del ejercicio de estas atribuciones su carácter limitado. El ejercicio abusivo, es decir, apartado de la finalidad por la cual le fue atribuida esta potestad, enciende unos mecanismos de control y sanción ajenos a la figura del abuso de derecho, porque no existe propiamente un derecho en cabeza del órgano. El desconocimiento de las limitaciones pueden derivar en sanciones administrativas (impugnación en la propia sede administrativa), en sanciones judiciales (por vía del contencioso-administrativo o más contundentemente por la inconstitucionalidad), o configurar un delito con una sanción penal.

2) En relación al ejercicio de derechos fundamentales

La cuestión queda, entonces, circunscripta a los Derechos Fundamentales. Pero aquí también debemos hacer una distinción según se trate de restricciones de alcance general o de una restricción individual originada en el uso abusivo de un derecho fundamental en un caso singular por parte de un sujeto determinado.

Debemos, pues, hacer esta necesaria distinción: limitaciones con carácter individual y limitaciones con carácter general. Es decir, si las restricciones que derivan del "abuso" del ejercicio de derechos fundamentales se dirigen a una persona o un grupo determinado de individuos, o si afectan a todos por igual.

(A) Restricciones con alcance general: La Constitución contempla dos casos de restricciones a los derechos fundamentales con alcance general. Dos institutos hacen posible la misma: el principio de reserva de ley y el Estado de Excepción.

a) por el principio de reserva de ley, los habitantes gozan de los derechos fundamentales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 Constitución argentina). La propia Constitución deriva al Legislador la reglamentación de los derechos fundamentales.

Las leyes que reglamenten el ejercicio de derechos fundamentales para ser válidas deben cumplir con determinados requisitos: carácter general y abstracto, que no alteren el sentido objetivo de los derechos (art. 28 CA), que no se aparten de los principios democráticos y republicanos (art. 33 CA). Respetando las garantías individuales (art. 18 CA) y restringiéndolos sólo por ilicitud penal (art. 75 inc. 12° CA).

En este caso estamos ante una limitación del ejercicio de los derechos fundamentales con alcance general permitida por la Constitución, a través de una reglamentación legal, que nada tiene que ver con la suspensión o pérdida fundada en un ejercicio abusivo.

En este sentido amplio debe interpretarse el art. 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) que expresa: "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta" que siguió los lineamientos de art. 17 del Convenio Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950).

b) En los Estados de Excepción también se admite la restricción de los derechos fundamentales con alcance general. En Argentina el Estado de Sitio, por el art. 23 lo permite bajo ciertas condiciones excepcionales: "en caso de conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro el

ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, *quedando suspensas allí las garantías constitucionales*".

Casi todos los ordenamientos constitucionales admiten estas hipótesis de emergencia como causal de restricción temporaria de los derechos fundamentales (p.ej. art. 29 de la Constitución de México; la Constitución peruana recoge dos modalidades en el art. 137: Estado de Emergencia y Estado de Sitio; vid. arts. 55.1 y 116 Constitución española). No vamos a detenernos en ello, aunque son conocidas las dificultades que hubo para determinar su alcance o definir sus límites, si se prefiere.

Pero en estas medidas de restricción del ejercicio de derechos fundamentales, no es el uso anormal de los mismos los que justifican la restricción por el abuso del derecho, sino el estado de conmoción general habilita esta medida excepcional. Algunos derechos permanecen incólumes por ello la Constitución argentina se ocupa de limitar las facultades del presidente en relación a la libertad física e, incluso, las leyes bajo ciertas circunstancias habilitan el hábeas corpus.

(B) Restricciones con alcance individual: La Constitución argentina no tiene ninguna referencia al ejercicio abusivo de derechos y libertades individuales constitucionalmente establecidos como lo tiene la peruana en su art. 103 expresa *"La Constitución no ampara el abuso del derecho"*.

Esta cláusula introducida en 1993 en la Constitución peruana, no encuentra una análoga en el Derecho Constitucional Comparado. De las constituciones consultadas, sólo la de Brasil utiliza la idea de abuso para el Derecho de Huelga (art. 9, parágrafo 2) de la que se deriva un delito penal, no una restricción individual. Asimismo también acude a la noción abuso en relación al ejercicio de las funciones públicas (art. 14 parágrafo. 9) pero, como señalamos más arriba, no se relaciona con los derechos fundamentales.

Debemos analizar si existe la posibilidad que *del ejercicio "anormal" de un derecho fundamental se derive su limitación a través de la figura del abuso del derecho*. Este es el tema más importante de nuestro análisis: si es posible dentro del sistema de nuestra Constitución restringir individualmente algún derecho fundamental de una persona por aplicación de la categoría "abuso del derecho". Aquí está la *crux* de la cuestión.

Conviene echar una mirada de cómo trataron esta cuestión otros textos constitucionales. Para ello basta con analizar dos casos emblemáticos

que abordan este problema: la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Española de 1978.

La LFB se ocupa expresamente en su art. 18 de este modo: "Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5 inc.1), la libertad de enseñanza (art. 5 inc. 3), la de reunión (art. 8), la de asociación (art. 9), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como el derecho de propiedad (art. 14) y el de asilo (art. 16 inc. 2) quien para combatir el régimen fundamental de la libertad y la democracia abuse de los mismos. La pérdida y alcance de la misma serán dictados por el Tribunal Constitucional Federal". Como vemos define una sanción gravísima ("perdida" de esos derechos fundamentales), una causa bastante amplia ("para combatir el régimen de libertad y la democracia") y un órgano sancionador: el Tribunal Constitucional Federal (sólo en la Ley del Tribunal Constitucional Federal se regula el procedimiento a seguir, arts. 37/40).

La LFB recoge expresamente la figura del Abuso de Derechos Fundamentales creando una sanción general: la pérdida de ciertos derechos. Esta sanción se diferencia del famoso art. 48 de la Constitución de Weimar, porque en ésta la decisión estaba en manos del Ejecutivo ("Cuando la seguridad y el orden público están gravemente perturbados o comprometidos en el Reich alemán, el Presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para su restablecimiento; puede recurrir a las fuerzas armadas en caso de necesidad. Con este fin, puede suspender total o parcialmente el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por los arts. 114 (libertad personal), 115 (inviolabilidad del domicilio), 117 (inviolabilidad de la correspondencia), 118 (libertad de expresión y de prensa), 123 (derecho de reunión), 124 (derecho de asociación) y 153 (derecho de propiedad)").

De hecho el art. 18 de la LFB no tuvo aplicación práctica porque los procesos iniciados fracasaron o nunca se dictó la normativa de ejecución. Esta norma fue el resultado de la preocupación del Consejo Parlamentario de Bonn de 1949 de impedir el suicidio de la democracia a través de este mecanismo de defensa luego de la experiencia de Weimar y de Hitler. Para el art. 18 LFB el abuso de los derechos fundamentales se origina en el propósito final: combatir el orden fundamental de libertad y democracia. La sanción de pérdida de derechos se restringe sólo a aquellos derechos expresamente indicados, es decir, no se extiende a derechos no mencionados. A su vez, el Tribunal Constitucional es el único facultado a declarar la pérdida y fijar su alcance. El peligro al régimen democrático y de libertad

proviene de una actuación individual, de allí que el individuo pueda ser desposeído por una sentencia del TC quien individualiza al sujeto cuyos derechos se dan por perdidos y la duración, con efecto *ex nunc*.

Por su parte, en cambio, la Constitución Española hace un tratamiento más restringido e indirecto de esta cuestión en el art. 55.2: “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2º y 18.2º y 3º pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. La causa es más específica (“en relación a investigaciones por actuación de bandas armadas o terrorismo”), la sanción es más limitada (suspender 3 clases de derechos fundamentales: arresto, domicilio y correspondencia), es decir, suspensión no privación.

A diferencia del régimen alemán que tiene carácter general y no necesita ley para desarrollarse, la Constitución española reclama una Ley Orgánica que determina la forma y los casos. En este sentido no existe una ley orgánica especial sino que se ubicó la cuestión dentro de los marcos tradicionales, es decir en el ámbito penal y procesal penal (LO 3/1988 del 25-05 de Reforma del Código Penal y LO 4/1988 del 25-05 de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, por ello, el órgano sancionador pasa a ser el Poder Judicial. Es decir, si bien permite una suspensión de alcance individual, ésta se mantiene en el ámbito del Derecho Penal como habitualmente fue aceptada por el constitucionalismo. Para mayor abundamiento el ordenamiento español también se preocupó por las consecuencias que pudiesen derivar de un ejercicio abusivo de esta atribución por algún funcionario al sancionarlo con responsabilidad penal al que se extralimite (art. 55.2 *in fine* CE, y arts. 178 a 204 bis del Código Penal). No obstante, excepcionalmente, podemos citar algún caso que el Tribunal Constitucional Español se ocupó del tema del abuso del derecho de huelga (SSTC 11/81 del 8-04 y 72/82 del 2-12). Actualmente se esta reeditando la cuestión ante la iniciativa del gobierno de prohibir partidos políticos vinculados al terrorismo.

En este sentido, la LFB se ocupa de este a través de otra hipótesis de pérdida de derechos fundamentales, por parte, no ya de individuos, sino de grupos especiales, en este caso de partidos políticos, en el art. 21. 2: “Los partidos que por sus fines o por actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son

inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal". Para el caso de que la amenaza provenga de un grupo organizado, el art. 21.1 los define como inconstitucionales y difiere al TC la decisión de inconstitucionalidad. El proceso de prohibición de partidos (*Parteiverbot*) ha provocado una fuerte polémica. Aunque algunos autores justifican esta medida, otras voces se manifiestan contrarios a esta sanción, considerándola como producto de un "integrismo autoritario" inadmisibles (Maunz-Dürig-Herzog, Gomes Canotilho).

En realidad, la cuestión es más profunda. Va hasta la médula misma de la Constitución. La existencia de la figura de abuso de derechos fundamentales implica obviamente una comprensión de los derechos fundamentales y ésta, a su vez, se halla ligada a una concepción del Estado y de la Constitución.

La Constitución argentina es coherente en este aspecto, no prevé esta figura porque no adopta una posición funcionalista de los derechos fundamentales. Por el contrario nuestra Constitución considera los derechos fundamentales, en abstracto, como un fin en sí mismos, es decir, realiza más bien una suerte de objetivación de los mismos. "Todos los habitantes gozan de los siguientes derechos.....", a secas, establece el art. 14. Esta disposición, conjuntamente con los art. 33, 28 y 19, delimitan un cuadro de aprehensión no funcionalista de los derechos fundamentales. Lo mismo puede sostenerse respecto de la Constitución mexicana atento los claros términos del art. 1º.

Del mismo modo, también la Constitución peruana al hacer la enunciación de derechos y libertades en el art. 2 ("Toda persona tiene derecho:...") sólo para algunos casos admite limitaciones derivadas de la regulación legal al igual que la argentina ("...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"). En ambas se hace alusión a la reserva de ley que siempre es con carácter general, mientras que la categoría "abuso de derecho" es una restricción de carácter individual para un caso concreto por el ejercicio "desviado" de un Derecho Constitucional lícito en su origen.

Toda Constitución importa una concepción de los derechos fundamentales, que no puede ser desconocida en la actividad de interpretación y concretización de las normas constitucionales (Hesse). De allí que sea indispensable definir la comprensión de los derechos constitucionales establecida por nuestra Constitución. Del análisis sistemático de las normas vemos que estas Constituciones no imponen una determinada recepción de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son la expresión de un orden de valores objetivos cuando la Constitución así no

lo establece. Sostener lo contrario lleva a relativizar los derechos, a "funcionalizar" los derechos en relación a los presupuestos teleológicos del Estado y, como consecuencia de ello, a generar una fuerte inseguridad por las dificultades (y subjetividad) de identificar y jerarquizar ese orden de valores. La Constitución argentina, v.g., no le fija a los derechos una función teleológica, es decir, no supedita la vigencia de los derechos al cumplimiento de una misión democratizadora como lo hace el art. 18 LFB ("el régimen de libertad y democrático"). Estas teorías han sido justamente criticadas por despersonalizar a los derechos fundamentales y hacerles perder fuerza como pretensión subjetiva.

La categoría "abuso del derecho" presupone una definición teleológica del Estado que permita visualizar el ejercicio de los derechos en función de ella. En cambio, cuando la Constitución no se pronuncia sobre la función que cumplen los derechos fundamentales en el orden constitucional, los derechos aparecen legitimados por sí mismos. Esta comprensión "no-funcionalista" de los derechos fundamentales llega incluso, en algunos casos, a encontrar basamento en la propia Constitución, como el art. 1 de la Constitución del Perú: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". De este modo queda claramente expresada y definida una concepción no funcionalista de los derechos fundamentales de la persona, que se concibe como preexistente, ontológica y axiológicamente, al Estado. Más contundente era el art. 1º de la Constitución peruana de 1979 que agregaba "Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

Ni la Constitución argentina ni la mexicana contienen cláusulas que sometan el ejercicio de los derechos a su conformidad con el "régimen de libertad y democrático" como lo hace el art. 18 LFB, o con la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político como valores superiores como lo hace el art. 1 de la Constitución española. Por el contrario, inferir un orden de valores en función de los cuales deban ejercitarse los derechos fundamentales es altamente peligroso pues, al no estar expresamente establecido en la Constitución, queda en manos del intérprete o funcionario determinar el contenido y ordenamiento jerárquico de aquél. De aquí que se rechace el principio del abuso del derecho por no encontrarse fundamento en una interpretación funcionalista de los derechos constitucionales.

Por otra parte, es sumamente peligroso trasladar sin más conceptos elaborados para una dogmática jurídica iusprivatista a la dogmática constitucional. Sobre todo en materia de derechos fundamentales que recono-

cen un origen pre-estatal, un contenido esencial, porque la "dignidad de la persona es previa a la Constitución". Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

V. EL CASO PERUANO

En suma, si resulta claro que en la Constitución mejicana o argentina no tiene cabida la figura del abuso del derecho como medio de restricción, limitación, suspensión o pérdida de un derecho fundamental, la expresión incorporada por el art. 103 de la Constitución peruana nos obliga a detenernos a analizar este precepto.

En primer término, puede explicarse la incorporación de este agregado desde las motivaciones políticas que condujeron e inspiraron en 1993 aquella reforma constitucional. En segundo lugar, desde un punto de vista conceptual, a partir del hecho que la Constitución no recepta una concepción funcionalista de los derechos fundamentales, una categoría como el "abuso del derecho" en materia constitucional pierde sustento. En tercer término, la ubicación de la cláusula dentro de las funciones legislativas parece hacer más bien mención al principio de reserva de ley en la regulación con carácter general de los derechos individuales universalmente admitida. Por último, la amplitud y generalidad de la frase ("la Constitución no ampara el abuso del derecho") permite interpretar, no en el sentido que puede aplicarse como mecanismo genérico de restricción de derechos constitucionales de un individuo, sino que se refiere a una finalidad de la función legislativa a quien se encomienda regular siempre con *carácter general* el ejercicio armónico de los derechos fundamentales.

Sin embargo, cuando se lee la disposición –"La Constitución no ampara el abuso del derecho"– nos surge el siguiente interrogante ¿qué dice pues la Constitución al respecto?. De el texto constitucional no encontramos un mecanismo ni una pauta que ponga en ejecución una vía de restricción individual al ejercicio de un derecho fundamental. En consecuencia, si no encontramos una referencia dentro del propio texto constitucional, entonces queda por interpretar que "La Constitución" que se alude se refiere al "Estado Constitucional", de modo que la expresión habría que leerla como si dijera que "Dentro del Estado Constitucional el abuso del derecho no puede ser amparado". Un principio así es de tal generalidad que para ser operativo va a necesitar de una ley que lo concrete y desarrolle.

Además, hay que tener presente que el principio está ubicado dentro del art. 103 referido a la función legislativa del Congreso. En consecuencia, cualquier regulación relativa al abuso del ejercicio de los derechos fundamentales tendrá siempre alcance general por estar comprendida dentro del principio de reserva de ley del Parlamento y no como límite autónomo del ejercicio de derechos fundamentales para un caso individual. No obstante, queda subsistente el peligro que el legislador haga una interpretación funcionalista de los derechos constitucionales, con el riesgo que de ello se deriva para las minorías parlamentarias y para los derechos constitucionales en general.

Sin duda, no fue feliz la incorporación de esta cláusula por el Constituyente de 1993 pues hubiera sido mejor para la coherencia sistemática, que no estuviese. Es de esperar que en la reforma constitucional que se está gestando en Perú esta norma desaparezca por su alta peligrosidad práctica.

VI. CONCLUSION

La doctrina del abuso del derecho no tiene cabida en el sistema constitucional. Entraña una transposición conceptual del ámbito del derecho civil al Derecho Constitucional. Además es de alta peligrosidad porque deja en manos del intérprete –juez o funcionario– la tarea de determinar cuál es la “idea de normalidad” en el uso de un derecho. Cuando este patrón no existe como en aquellas Constituciones que no expresan una concepción funcionalista de los derechos fundamentales, se abre una brecha por donde puede ingresar el abuso del abuso del derecho, o sea la arbitrariedad.

El conflicto entre derechos fundamentales debe resolverse por otras vías interpretativas (principio de optimización de derechos y bienes constitucionales, el principio de concordancia práctica), o en su caso a través del código penal pero no acudiendo a esa limitación genérica, insegura e incierta del abuso del derecho que puede conducir en un caso individual a la suspensión o pérdida de algún derecho fundamental de la persona cuando éstos, precisamente son el fundamento de la convivencia democrática dentro de un Estado Constitucional.

BARTOLOME HERRERA Y SU PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1860 (*)

Luis García-Corrochano Moyano (**)

Conocido como el más notable pensador conservador del siglo XIX en el Perú, Bartolomé Herrera (1808-1864) fue sacerdote, educador y político de obra amplia e influyente, merecedora de más atención que la que hasta ahora se le ha prestado, debido a la poca difusión de sus escritos. Para subsanar en parte esta inmerecida como escasa fortuna editorial, presentamos ahora su *Proyecto de Reforma Constitucional* (Lima: Imprenta Masías, 1860, páginas XII - 56), que constaba un Preliminar y trece títulos que contenían en total 149 artículos (**).

Concebido al fragor de la confrontación ideológica entre liberales y conservadores que siguió a la aprobación de la Constitución de 1856, el *Proyecto de Reforma Constitucional* de Herrera tiene como finalidad morigerar los, a su juicio, excesos de aquella Carta, introduciendo además sus ideas, bastante conocidas y debatidas en su época, sobre la soberanía de la inteligencia, el derecho al voto y las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica.

Bajo el imperio de la Constitución liberal de 1856, existía un Congreso francamente hostil al presidente Castilla. Este convocó el 11 de julio de

(*) Por razones de espacio el texto se publicará en el próximo número.

(**) Profesor de Derecho Internacional Público.

1859 a elegir un nuevo Congreso que entraría en funciones en 1860. Cabe destacar que entre las particularidades electorales de aquel tiempo, los electores expresaban en su papeleta de votación la amplitud de los poderes conferidos a sus representantes. Los electores se inclinaron de manera mayoritaria por otorgar amplios poderes; entonces, al ser instalado el Congreso el 28 de julio de 1860 se planteó la pregunta fundamental “¿constitucional o constituyente?”. No era asunto irrelevante, ya que precisamente se discutía como proceder a la reforma de la Constitución de 1856; en caso de ser un Congreso constitucional, la reforma debía hacerse por el procedimiento que la propia constitución establecía, esto es, a través de tres legislaturas; en el caso de ser un Congreso constituyente, tenía la prerrogativa de reformar de manera inmediata la Constitución vigente. El temperamento de la mayoría se decantó por la alternativa de un Congreso constituyente, de manera que al instalarse el recién elegido parlamento, se abocó de manera inmediata a la reforma de la Constitución⁽¹⁾, terminada la cuál siguió funcionando como Congreso ordinario⁽²⁾.

Bartolomé Herrera era, a la sazón, una de las más influyentes figuras del pensamiento político peruano, maestro de varias generaciones y campeón de las ideas conservadoras; tenaz opositor a la Constitución de 1856, ansiaba un nuevo documento constitucional que recogiera sus ideas y enseñanzas y regresara al cauce del realismo doctrinario que en su momento representaron otras constituciones, algunas de existencia efímera.

Herrera presidió las juntas preparatorias y fue elegido presidente del Congreso, en cuya función inauguró la legislatura y de inmediato se abocó el colegiado a la reforma de la Constitución de 1856. Herrera, cuyas discrepancias con aquel documento constitucional eran grandes y bien conocidas, elaboró su propio proyecto de reforma, “el documento que contenía las ideas de Herrera fue difundido como material de lectura particular de los diputados y no como proposición en forma; pero este carácter se lo dio Pedro José Calderón”⁽³⁾. Causa extrañeza que, pese a su pres-

(1) Para la información histórica reseñada, previa y posterior a la instalación del Congreso de 1860 y la aprobación de la Constitución de ese mismo año, ver: BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. Tomo III. Séptima edición. Lima: Editorial Universitaria, 1983, pp. 371-385.

(2) PAREJA PAZ - SOLDÁN, José. *Las Constituciones del Perú*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1954, pp. 236-237.

(3) BASADRE, Jorge. Ob. cit., p. 377.

tigio e influencia, Herrera no presentara su proyecto ante el propio Congreso, y se limitara a enviar un documento de lectura. No obstante, las ideas de Herrera fueron expuestas por él mismo y por sus discípulos Evaristo Gómez Sánchez y Pedro José Calderón, quien elevó oficialmente al Congreso la propuesta del maestro a la Comisión de Constitución del Congreso⁽⁴⁾. La supresión del fuero eclesiástico motivó el retiro de Herrera del Congreso y de la vida política⁽⁵⁾, pues consideraba incompatible su condición de eclesiástico con la supresión del fuero que con tanta vehemencia había defendido. Entonces el maestro se retiró a su Obispado de Arequipa hasta su deceso ocurrido en 1864.

Pese a su aparente fracaso, conviene detenerse en el *Proyecto de Reforma Constitucional* de Herrera y ver su influencia, no sólo en la Constitución de 1860, sino en el pensamiento constitucional peruano. Se trató de un proyecto que ha sido, desde diversos ángulos, motivo de comentario y estudio, hasta se ha querido ver en él, al igual que en su autor, al exponente de ideas reaccionarias y antidemocráticas, aunque paradójicamente adelantadas a su tiempo. Así, para Basadre:

Era un exponente de autoritarismo extremo que paradójicamente ostenta puntos de contacto con algunas de las tendencias aparecidas en el Derecho Constitucional en el período intermedio entre las guerras mundiales: el robustecimiento del poder del Estado en desmedro del individuo y la representación corporativa⁽⁶⁾.

Sin embargo, el mismo Basadre líneas abajo destaca que el fracaso del proyecto no se debió a extremismo alguno, sino muy por el contrario, a ser un documento que mantuvo un difícil equilibrio entre las posiciones antagónicas de conservadores y liberales:

El proyecto no satisfizo ni a los liberales ni a los conservadores. A los liberales porque marcaba un paso atrás en relación con la Carta del 56. A los con-

(4) PAREJA PAZ - SOLDÁN, José. Ob. cit., p. 293: Pedro José Calderón presentó un voto particular. Afirmaba que la reforma de la Carta del 56 –“invención propia y exclusiva de los legisladores de aquella época”– debía ser completa, y como ese propósito lo llenaba un proyecto que existía de D. Bartolomé Herrera, documento que era muy superior a todo lo que él pudiera crear, y que respondía a sus convicciones políticas, tenía el honor de presentarlo a la Asamblea.

(5) PAREJA PAZ - SOLDÁN, José. Ob. cit., pp. 240-242.

(6) BASADRE, Jorge. Ob. cit., p. 377.

servadores porque no iba a un reaccionarismo franco y, antes bien, dejaba en pie algunas de las doctrinas liberales más combatidas. Representó, pues, una solución intermedia ⁽⁷⁾.

El *Proyecto de Reforma Constitucional* de Herrera vino a ser la expresión concreta de todo su pensamiento político ⁽⁸⁾, decantado a lo largo de muchos años y transmitido a través de sus escritos, sermones y discursos, y principalmente sus lecciones en las aulas del Convictorio de San Carlos ⁽⁹⁾.

Muchos son los aportes que hace Herrera en el Proyecto, y variada es la fortuna y posteridad que les cupo. Es digno de resaltar el Título IV sobre las Garantías Constitucionales, donde las distingue entre aquellas que corresponden a la persona, a la libertad y a la propiedad; sin embargo, llama mucho más la atención que introduzca dentro del sistema bicameral del Poder Legislativo, la figura de un Senado Corporativo (Título VI), que no halló eco en la Constitución de 1860, ni en la de 1920, pero sí lo tuvo en la Constitución de 1933, en aquella ocasión a propuesta de Víctor Andrés Belaunde ⁽¹⁰⁾. Inclusive en la Constitución de 1979, las Asambleas regionales tenían un componente corporativo, reminiscencia de la propuesta de Herrera, la primera de su tipo en el constitucionalismo peruano. La propuesta de un Senado Corporativo tenía una doble finalidad: por un lado representar los intereses permanentes de la nación, por el otro, constituir un contrapeso efectivo a la representación popular expresada en la Cámara de Diputados.

⁽⁷⁾ BASADRE, Jorge. Ob. cit., p. 378.

⁽⁸⁾ CUBAS RAMACCIOTTI, Ricardo Daniel. *La propuesta nacional y educativa de Bartolomé Herrera: La Reforma del Convictorio de San Carlos de 1842*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Historia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. Especialidad de Historia, Lima, 1998, p. 62: Una de las propuestas políticas más concretas de Herrera, fue el proyecto de Constitución que presentó ante el Congreso Constituyente de 1860. En él proponía una concentración del poder en el Ejecutivo, la existencia de un senado corporativo en el cual estuvieran representados los principales estamentos de la Sociedad, el respeto de los fueros de la Iglesia y la promoción de la educación pública.

⁽⁹⁾ PAREJA PAZ - SOLDÁN, José. Ob. cit., p. 373: La síntesis de la filosofía política de Herrera se halla contenida en su proyecto de Constitución del año 60.

Constaba el proyecto de 149 artículos y se distinguía por su concisión, por su redacción sobria y elegante por su sentido jurídico.

⁽¹⁰⁾ BELAUNDE, Víctor Andrés. *El Debate Constitucional. Obras Completas*. tomo IV, Lima: Edición de la Comisión Nacional del Centenario, 1987.

Así como la Cámara de Diputados representa los intereses variables y las nuevas ideas, el Senado debe representar los intereses permanentes de todas las clases sociales, los principios eternos del derecho, y la fijeza de las instituciones. Este es el destino del Senado en toda buena organización política ⁽¹¹⁾.

Fue intención de Herrera, además, reforzar al Poder Ejecutivo –en lo que se anticipa al presidencialismo moderno–, dando amplias facultades al Presidente de la República; cuyo mandato debía durar seis años, y gozaba de numerosas atribuciones, concediéndole la facultad de dirigir la política nacional y reforzando su autoridad con la creación de otros dos órganos: el Consejo de Ministros, que tenía un Presidente, y el Consejo de Estado, que tenía voto consultivo y deliberativo (artículo 118-1º) para el ejercicio de algunas atribuciones del Presidente de la República ⁽¹²⁾.

Las ideas de Herrera sobre la soberanía han sido muy comentadas, pero poco estudiadas. ¿A qué se refería, en efecto, con la “soberanía de la inteligencia”? No ha forjar un sistema de gobierno aristocrático, como algunos pretenden, sino a una democracia depurada, cuyos gobernantes demuestren capacidad intelectual y moral para ejercer el mando.

Para el ejercicio del derecho de la soberanía se requiere una capacidad como para todo derecho. Una capacidad que, en cada caso vendrá determinada por el pueblo, aunque se requieran especiales aptitudes para los soberanos. Aquí alcanza su puesto la teoría de la soberanía de la inteligencia, de los más capaces, con que Herrera parece se nos sitúa en la línea de Donoso Cortés recogiendo una corriente francesa contemporánea de ambos pensadores. En el Perú se ha concedido, creo, demasiada importancia olvidando el resto, lo más sustantivo de la doctrina herreriana. No es derecho a ejercer la soberanía de *proprio jure*, pues lo importante para tal cosa es el consentimiento o la obediencia del pueblo, sino característica de que la ejercerá más justamente. Es una posibilidad más exacta de que el soberano o los soberanos ejerzan mejor su imperio, es una razón de capacidad, y a veces de autoridad.

Porque el contenido de la soberanía no está dado por la voluntad del pueblo, sino por el derecho natural, los más capaces para comprenderlo son los más propios para hacerlo cumplir. Esta es la doctrina de Herrera, no que los más

⁽¹¹⁾ HERRERA, Bartolomé. Proyecto de *Reforma Constitucional*. Lima: Imprenta Masías, 1860, p. IX.

⁽¹²⁾ GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis Alfonso. *El Estado en el pensamiento de José de la Riva-Agüero y Osma*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima, 1994, pp. 62-67.

capaces sean de jure soberanos. Porque el soberano no lo es absoluto ya que no tiene razón de infalibilidad, sino que debe interpretar el orden objetivo del universo. De aquí que sean más aptos para conocerlo los más capaces⁽¹³⁾.

Parte esencial del pensamiento político de Herrera es definir la noción de soberanía y su relación con la facultad de gobierno, la autoridad y la obediencia. Entendía el presbítero que la soberanía se identificaba con capacidad de mandar, por lo tanto, debía dilucidar a quien correspondía el ejercicio de la autoridad y a quien tocaba la obediencia⁽¹⁴⁾; ese es el meollo de la "soberanía de la inteligencia", un intento de racionalizar el ejercicio del poder en busca de la suprema aspiración del buen gobierno, aquel que permite a los ciudadanos el máximo disfrute de sus derechos en armonía con el bien común.

Al diferenciar Herrera en el poder, la capacidad en el que manda y el consentimiento en el que obedece, anticipa la misma diferencia que había de establecer más tarde Hauriou entre el poder minoritario como empresa de gobierno y el poder mayoritario como órgano de control. Herrera vio claramente que fundar el derecho en la voluntad subjetiva, la sociedad, en un supuesto pacto social y la soberanía, en una ficción de voluntad general, conducía lógicamente a conferir la soberanía absoluta a la mayoría electoral, lo cual era tan absurdo como la soberanía absoluta atribuida a los monarcas⁽¹⁵⁾.

Tal vez la poca fortuna de muchas de las ideas de Herrera, entre ellas la de la "soberanía de la inteligencia", se debiera a la escasa comprensión de sus contemporáneos, que veía en el pensamiento del Rector carolino una total negación de las ideas democráticas y de la Ilustración, inspiradoras de la independencia, así como un excesivo apego a la Iglesia, identificada por los liberales de la primera hora como un rezago de la herencia virreinal⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ DE ASÍS, Agustín. *Bartolomé Herrera, Pensador Político*. Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1954, pp. 78-80.

⁽¹⁴⁾ BELAUNDE, Víctor Andrés. *La Crisis Presente 1914-1939*. Lima: Luis Alfredo Ediciones, 1994, pp. 213-214: Herrera vio claramente que la concepción de la soberanía absoluta, delegable en su ejercicio, importaba la negación del orden moral y jurídico como principio objetivo superior a la voluntad individual.

⁽¹⁵⁾ PAREJA PAZ SOLDAN, José. Ob. cit., p. 371.

⁽¹⁶⁾ IWASAKI, Fernando. "El pensamiento político de Bartolomé Herrera. El proyecto conservador del siglo XIX". En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, Lima, 1984-1985, N° 13, p. 138.

Si bien muchos de sus artículos y discursos constituyen una impugnación de la democracia liberal, lo es por sus fundamentos, y no contra el sistema en sí mismo, lo que puede verse claramente en el Proyecto, respetuoso de las libertades personales así como de la distribución del poder (artículo 3º), y que en su artículo 2º establece "El Gobierno del Perú es Republicano democrático representativo." Un gran sentido práctico lo hacía desear una democracia de ciudadanos, para lo que hizo sus mejores esfuerzos a través de su labor pedagógica ⁽¹⁷⁾, pues estuvo convencido del papel fundamental de la educación en la consolidación de una verdadera República de hombres libres.

Herrera no fue, entonces, un político anti-democrático y retrógrado; considerarlo así sería caer en sincretismos. Pensamos, más bien, que fue un demócrata mucho más realista y objetivo que los de su tiempo; que fue el único que diseñó un proyecto nacional a largo plazo y el que asumió con más objetividad los problemas económicos y sociales del Perú. Insistimos en que hay que despojarse de las actitudes despectivas con las que se suele analizar el pensamiento conservador y no reproducir en él las connotaciones provenientes de las tendencias contemporáneas. Sólo así podremos entender cómo su ideología fue la más adecuada para el Perú del siglo XIX ⁽¹⁸⁾.

Estimo que la importancia del documento que ahora presentamos, y que someramente hemos esbozado en estas líneas, tratando de engarzar las ideas principales de Herrera, convierten al *Proyecto de Reforma Constitucional* en una pieza digna de un estudio atento, por cuanto de innovador representó en su momento, por la repercusión que tuvo y por constituir una exposición clara del pensamiento constitucional de uno de nuestros más importantes e interesantes pensadores políticos.

⁽¹⁷⁾ BELAUNDE, Víctor Andrés. *Peruanidad Obras Completas*. T. V, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, Lima, 1987, pp. 337-338.

⁽¹⁸⁾ IWASAKI, Fernando. Ob. cit., p. 138.

NOTAS

LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO EN MEXICO

José F. Palomino Manchego^(*)

Sumario: I. Antecedentes y situación actual del Juicio de Amparo. II. Análisis de la sentencia. III. A modo de conclusión. Apéndice.

I. ANTECEDENTES Y SITUACION ACTUAL DEL JUICIO DE AMPARO

No cabe duda que sobre el “castizo, evocador y legendario” Juicio de Amparo mexicano, tildado de esa manera por Felipe Tena Ramírez, se han escrito ríos de tinta desde el siglo XIX hasta nuestros días, estudiándose así profusamente a la “máxima institución procesal” habida en México, como lo ha reconocido más de pronto Héctor Fix-Zamudio. En esta oportunidad daremos cuenta de la primera sentencia de Amparo –casi todos los autores coinciden en este hecho significativo– que fue pronunciada por el Juzgado del Distrito del Estado (reconocido como tal por la Constitución de 1824) de San Luis Potosí, importante centro minero de la etapa Virreinal fundado en 1576, el 13 de agosto de 1848. Años atrás, de 1841 a 1847, el Estado había sufrido diversas incursiones de indios bárbaros, además, en su territorio se llevaron a cabo varias revoluciones. Para nuestros propósitos, es útil dar cuenta de estos hechos episódicos.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

Empero, nuevas pesquisas realizadas en el Archivo General de la Nación demuestran que el primer Amparo –¿supuestos de Amparo?– lo sustanció ante la Suprema Corte el periodista y editor de *El Monitor Republicano*, Vicente García Torres en 1847, ante la orden de aprehensión expedida por el General en Jefe del Ejército de Oriente Santa Anna, quien había vulnerado así, la libertad de imprenta ⁽¹⁾ en una etapa muy convulsionada debido a la invasión de los Estados Unidos.

Sin embargo, no resulta ocioso recordar las tres etapas sucesivas por las que ha pasado el Juicio de Amparo ⁽²⁾, como institución de vanguardia, para poder ubicar mejor a la primera sentencia dentro del contexto histórico del siglo XIX:

- a) el Juicio de Amparo surgió con este nombre en el artículo 8 de la Constitución del Estado de Yucatán (entidad federativa) sancionada el 31 de marzo de 1841, como instrumento procesal para proteger a los gobernados (ciudadanos) frente a los actos y leyes de las autoridades. La Carta yucateca tuvo su origen en el proyecto suscrito el 23 de diciembre de 1840 por los diputados Manuel Crescencio Rejón (1799-1849), Pedro C. Pérez y Darío Escalante, acentuándose el influjo del primero de los nombrados, a quien se ha considerado con razón como el “padre o mentor principal del Amparo”;
- b) en el ámbito nacional, el Juicio de Amparo fue fincado en el artículo 25 de la Acta de Reformas de 1847, discutida por el Congreso en corto tiempo (del 5 de abril al 14 de mayo) ⁽³⁾, que tomó como fuente de inspiración el artículo 19 del proyecto ⁽⁴⁾ –voto particular– redactado

⁽¹⁾ Para mayor detalle, *vid.* Manuel González Oropeza: *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003, págs. 233-279. El autor menciona además otros antecedentes apoyado en fuentes históricas.

⁽²⁾ Entre otros, *vid.* José Luis Soberanes Fernández: “Antecedentes del Amparo en México”, en *Ius et Praxis*, n° 14, Lima, 1989, págs. 61-82. Más de pronto, José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes para la historia del Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002.

⁽³⁾ Para un estudio pormenorizado del Acta de Reforma que se publicó el 28 de mayo de 1847 en el *Diario del Gobierno*, *vid.* el libro *La reforma del Estado Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1998; Estudio introductorio y compilación de Manuel González Oropeza.

⁽⁴⁾ Reza literalmente el artículo 19: “Los tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legis-

por el jurista y orador político jalisciense Mariano Otero (1817-1850), *a fuer*, segundo padre del Juicio de Amparo. Nace así la fórmula doctrinaria conocida con el nombre de "fórmula Otero", cuyo propósito es señalar los efectos particulares –en tanto afecte los derechos del solicitante– del fallo del Amparo, en el supuesto en que se impugnara la inconstitucionalidad de una ley. El carácter casi sacramental de la "fórmula Otero", como advierte Fix-Zamudio, se reitera posteriormente en el artículo 102 de la Carta Federal de 1857, y en el artículo 107, fracción II, de la Constitución de 1917. Y, producto de los debates constituyentes de 1856-1857, el Juicio de Amparo se plasma, en definitiva, en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal promulgada el 5 de febrero de 1857, la que fue calificada por Daniel Cosío Villegas como "una marca señalada de la historia patria" ⁽⁵⁾.

De manera paralela, luego de haberse dado en orden cronológico el Proyecto de Ley Constitucional de garantías individuales de 29 de enero de 1849, el Proyecto de Ley de Amparo de 3 de febrero de 1849 y el Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reformas de febrero de 1852, el 30 de noviembre de 1861 se expidió la primera Ley de Amparo ⁽⁶⁾, con lo cual se reglamentó, como lo sugirió Mariano Otero, los artículos 101 y 102 arriba citados, percibiéndose en su redacción una combinación del procedimiento civil tradicional, y el intento de captar el espíritu de la revisión judicial norteamericana (*judicial review of legislation*). A ella le han seguido la Ley Orgánica de Amparo de 20 de enero de 1869, la Ley Orgánica de Amparo de 14 de diciembre de 1882, el Código de Procedimientos Federales de 6 de octubre de 1897, el Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 18 de octubre de 1919 y la Ley de Amparo vigente de 1936, con las reformas correspondientes. En la actualidad se encuentra en debate el Proyecto de la Nueva Ley de Ampa-

lativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de ley ó del acto que lo motivare".

⁽⁵⁾ Cfr. Daniel Cosío Villegas: *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2ª. edición, Secretaría de Educación Pública, México, D.F., 1973, pág. 9. Hay 4ª. edición por el Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998, con Prólogo de Andrés Lira.

⁽⁶⁾ Para tal fin, *vid.* José Barragán Barragán: *Primera Ley de Amparo de 1861*, UNAM, México, D.F., 1980. Recuerda el autor (págs. 27-34), como antecedente, el Proyecto de Ley de Amparo de 1857 del diputado Domingo María Pérez Fernández, presentado en la sesión del día 16 de noviembre de 1857, poco menos que ignorado por la doctrina.

ro de 1º de marzo del año 2001, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917, elaborado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y antecedido por una prolija Exposición de Motivos.

A propósito, conviene recordar que las fuentes foráneas (influencia externa) para dar nacimiento al Amparo fueron la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 (art. VI), el Habeas Corpus angloamericano, la influencia española en tanto que la voz "Amparo" proviene de antecedentes castellanos y aragoneses, en especial de los fueros (recuérdese que México antes de su independencia pertenecía al Virreinato –era Virreinal– de la Nueva España), el influjo francés a través de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (las constituciones mexicanas, desde sus inicios emplean el término "garantías individuales"), y del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (encargado de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los actos que le fueran sometidos por el Tribunado o por el gobierno, según las ideas de Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), verdadero ideólogo de la Revolución francesa) a través del denominado Supremo Poder Conservador introducido en las leyes constitucionales mexicanas de 1836, y además algunos elementos de la casación francesa. A lo anteriormente expuesto, añádase la obra clásica de Alexis de Tocqueville (1805-1859) intitulada *De la democracia en América*, libro de cabecera no sólo para los políticos mexicanos, tales como Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá y Mariano Otero, sino también para los hombres que forjaron la independencia en Hispanoamérica luchando contra el yugo español.

De otro lado, resulta preciso señalar que en las actuales circunstancias el Juicio de Amparo (verdadera y auténtica federación de instrumentos procesales, en palabras de Fix-Zamudio, o también, instrumento procesal de múltiples rostros), catalogado como la institución más prestigiada del Derecho mexicano, cumple en dicho país las siguientes funciones proteccionistas y polivalentes, a diferencia de otros instrumentos procesales que operan en los diversos ordenamientos constitucionales de Iberoamérica⁽⁷⁾:

- a) la tutela de la libertad y de la integridad personales (Amparo-libertad) de acuerdo con los lineamientos del Habeas Corpus angloameri-

(7) A efectos meramente descriptivos, Adolfo Posada –para quien el régimen constitucional mexicano es de tipo predominantemente escrito y formalista, codificado, rígido, de carácter expreso y deductivo– denominó al Juicio de Amparo "complemento muy importante" del régimen jurídico de la personalidad. *Cfr.* Adolfo Posada: *Instituciones de los pueblos hispano-americanos*, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1900, pág. 106.

- cano (tal como se presentó en la primera sentencia materia de análisis: el destierro);
- b) como medio de impugnación de las disposiciones legales que se estiman contrarias a la Constitución federal, mediante el denominado "Amparo contra leyes";
 - c) permite también el ataque a la ilegalidad de las resoluciones judiciales tanto de carácter federal como locales, de forma similar al recurso de casación, de ahí que se le ha calificado como "Amparo-casación";
 - d) se emplea como un medio para combatir resoluciones o actos de autoridades administrativas federales y locales, cuando las controversias respectivas no pueden plantearse ante tribunales administrativos o judiciales ordinarios, y como tal es considerado como un "proceso contencioso-administrativo"; y
 - e) protege los derechos individuales y colectivos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, de ahí que se le haya calificado como "Amparo social agrario" ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Tal como lo ha precisado Héctor Fix-Zamudio en sus diversos estudios. Entre otros, *vid.* "Breve introducción al Juicio de Amparo" en su libro del cual hemos tomado valiosos datos *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 2ª. edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, págs. 90-91. En el caso peruano, el Amparo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Ley n° 20554, dado en el Gobierno *de facto* de Juan Velasco Alvarado:

"Artículo 1.- Si un propietario estimare que no ha incurrido en causal de afectación o de declaración de abandono, podrá interponer recurso de *Amparo* ante el Tribunal Agrario dentro del término de quince días computados a partir de la notificación del correspondiente Decreto Supremo de expropiación o de extinción de dominio, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho, sin cuyo requisito será denegado. La interposición del recurso será puesta en conocimiento del Poder Ejecutivo por intermedio de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de dos días recibida. Mientras se resuelva el recurso de *Amparo*, no se interpondrá la demanda de expropiación de las tierras afectadas. Los Decretos Supremos que no sean impugnados dentro del término señalado, causarán ejecutoria.

Artículo 2.- La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural expondrá lo conveniente a nombre del Poder Ejecutivo, remitido al Tribunal Agrario el expediente administrativo original dentro del término de cinco días durante el cual las partes podrán solicitar se las cite para informar oralmente a la visita de la causa lo que deberá realizarse dentro de los ocho días siguientes sin permitir aplazamiento. El Tribunal pronunciará resolución dentro de los seis días siguientes. Si fuera denegado el recurso, la Dirección General de Reforma Agraria y asentamiento Rural interpondrá la demanda de expropiación ante el Juez de Tierras competente.

Tales rasgos definitorios le han dado al Juicio de Amparo mexicano una presencia activa, y sobre todo, protección efectiva y seguridad a los justiciables ⁽⁹⁾. De ahí que se diga que ha sido parte de la conciencia de la Nación mexicana.

II. ANALISIS DE LA SENTENCIA

Dada las circunstancias de la época, no se puede decir que estamos frente a una verdadera sentencia constitucional, es decir, la decisión de un colegiado de jueces que pone término a un proceso. Sin embargo, constituye un esfuerzo para demostrar que la judicatura federal mexicana a mediados del siglo XIX estaba concientizada –así lo demuestra su labor interpretativa– con tan importante instituto procesal: el Juicio de Amparo.

El fondo del asunto era la orden de destierro, que debía dejarse sin efecto a través del Amparo. Se trata, desde luego, de un Amparo-libertad, por cuanto el destierro, que consiste en expulsar a una persona de un lugar o territorio determinado, donde no podrá residir de manera temporal o permanente, se frena con el Habeas Corpus. En el siglo XIX el destierro, como sucedió en México, todavía tenía un signo de naturaleza política. El Derecho Romano reconocía dos instituciones: *a) la relegatio* y *b) la deportatio in insulam*, y en la actualidad el Derecho Penal le ha dado otro tipo de características: el confinamiento y la expatriación forzosa.

En lo que atañe a la sentencia *sub examine*, Ferrer Mac-Gregor sostiene con acierto que posee los elementos que caracterizan el Juicio de Amparo: 1. Quejoso o agraviado: Manuel Verástegui. 2. Acto reclamado (acto lesivo): la orden de destierro violatoria de garantías (entiéndase derechos) individuales. 3. Fundamento del Amparo: el artículo 25 del Acta de Reformas. 4. Autoridad responsable (agresor): el Gobernador del Estado. 5. Otorgamiento del Amparo: declarar la protección solicitada teniendo como

Artículo 3.- En caso que el propietario o conductor del predio después de interpuesto el recurso de *Amparo* dejare de pagar los salarios a los trabajadores durante dos semanas consecutivas, la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural pondrá el hecho en conocimiento del Tribunal Agrario, quien lo considerará como causal de denegatoria del *Amparo*".

⁽⁹⁾ Vid. Segundo V. Linares Quintana: *Acción de Amparo. (Estudio comparado con el Juicio de Amparo de México y el Mandato de Seguridad de Brasil)*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 39.

efectos el no destierro sin previo juicio de autoridad competente. 6. Informe justificado: el alegato del Gobernador del Estado, en el sentido de que no había sido reglamentado el modo y términos que disponía el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas. 7. Notificación de la sentencia: al quejoso, expidiéndole copia testimoniada si la pidiere, y al supremo gobierno del Estado para el debido cumplimiento (ejecución) del fallo. 8. Apercebimiento por incumplimiento: uso de los recursos que la ley señala para hacer cumplir lo ordenado ⁽¹⁰⁾.

En línea con las anteriores consideraciones, si bien el objeto de estudio es la sentencia, lo cierto es que no se han conocido las otras piezas del expediente, tales como:

- a) el texto de la demanda de Amparo de Manuel Verástegui,
- b) el informe o "comunicación" que dirigió al Juzgado de Distrito el Gobernador del Estado, Julián de los Reyes,
- c) el texto del "dictamen" que rindió el asesor, tampoco se conoce el nombre del asesor, presumiendo que sea un abogado competente para conocer los efectos y alcances del artículo 25 del Acta de Reformas ⁽¹¹⁾, en el cual se basó para hacer el razonamiento,
- d) si la sentencia de Amparo parece firmada por Pedro Zámamo, resulta que en las numerosas referencias que se tiene de dicho personaje, antes y después de la sentencia, su apellido aparece escrito como Sámamo,

⁽¹⁰⁾ Cfr. el excelente libro de Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *La acción constitucional de Amparo en México y España*, 3ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 2002, pág. 84. Incluye además la sentencia bajo comentario en las págs. 83-84. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. También *vid.*, entre otros, Carlos Arellano García: *El Juicio de Amparo*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, págs. 120-122.

⁽¹¹⁾ El Acta Constitutiva y de Reformas a la Constitución Federal de 1824 fue sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados-Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo año. El famoso artículo 25, sin desmerecer por su contenido a los artículos 5, 22, 23 y 24, apuntaba lo siguiente: "Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales [de la Federación] a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare". Al respecto, *vid.* Felipe Tena Ramírez: *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, 22ª. edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1999, pág. 475.

- e) se ignora quién era el juez titular del Juzgado de Distrito cuando se dictó la sentencia de Amparo suscrita por "Pedro Zámano, primer suplente del Juzgado de Distrito en actual ejercicio por ausencia del propietario",
- f) por cuanto Manuel de Arriola, seguramente secretario del Juzgado de Distrito –aún cuando no se dice que lo fuera– en 1844, cinco años antes de la sentencia, fue uno de los que suscribieron el acta de instalación de la "Sociedad Patriótica Potosina", y que fue "Escribano Público Nacional", desde 1843 hasta 1857,
- g) de otro lado, Pedro Sámano fue aspirante al gobierno del Estado en la elección de 1848, y su contrincante fue Julián de los Reyes, empero, resultó entonces electo Ramón Adame, y
- h) Manuel Verástegui, principal autor y director de "La Revolución de la Sierra Gorda" tenía celebrado un compromiso con Eleuterio Quiroz para invadir el Estado de San Luis Potosí hasta llegar a su capital y colocar en el gobierno a Ramón Adame o a Pedro Sámano.

Así, en suma, las circunstancias antes descritas demuestran de manera clara la amistad íntima y los estrechos intereses en política que tuvieron entre sí Pedro Sámano y Manuel Verástegui, muy poco antes de que este último solicitara la protección de la justicia federal, Amparo que le tocó fallar a Pedro Sámano, reciente rival en política del gobernador Julián de los Reyes⁽¹²⁾.

III. A MODO DE CONCLUSION

Resulta interesante ver cómo los operadores judiciales en el siglo XIX iban adquiriendo experiencia, de tal forma que el Juicio de Amparo empezaba a tomar cuerpo en el Estado Federal de México, producto de coyunturas políticas y constantes agresiones a los derechos de las personas. Así, el Juicio de Amparo, desde la etapa *in status nascendi*, ya cumplía una tarea noble y educadora que con el transcurso del tiempo han sabido respetar y admirar los gobernantes y gobernados.

(12) Tal como sostiene José Francisco Pedraza Montes: "La primera sentencia de Amparo en México", en el Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, San Luis Potosí, S.L.P., 13 de agosto de 1999, págs. 2-3. El texto de la sentencia que va como apéndice al presente ensayo se ha tomado literalmente de dicho Órgano informativo.

Por las razones arriba anotadas, el Amparo es, en esencia, un método, un procedimiento, un remedio constitucional, por su forma [es] juicio, por su objeto en cierto modo recurso, que lleva por finalidad restituir al sujeto quejoso en el goce de las garantías constitucionales [entiéndase derechos fundamentales] cuando por ley o acto cualquiera de autoridad se le lesionan; o que la autoridad federal o las de los Estados federados vuelvan a sus respectivas órbitas, cuando mutuamente se invadan ⁽¹³⁾.

APENDICE

San Luis Potosí, agosto 13 de 1848. Visto el antecedente, Dictamen y teniendo presente que el artículo 25 de la Acta de Reformas impone al Juzgado a mi cargo la obligación de amparar a cualquier ciudadano contra los ataques violentos, ya sea de los Supremos Poderes de la Nación, ya de los Estados; que la circunstancia de no haberse reglamentado el modo y términos en que tal protección debe dispensarse, no es ni puede ser obstáculo para cumplir con ese sagrado deber, porque a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente y que, de no dar cumplimiento al citado Artículo, resultaría una contravención del objeto y fin que los legisladores se propusieron, no menos que una notable infracción; que inconcusamente haría responsable al que la cometiera; que una ley desde el momento que se publica debe ser obligatoria; no expresándose en ella lo contrario, como dice muy bien el asesor, y por lo mismo no se ha podido ni se puede dejar de cumplir con la referida disposición Constitucional, a pesar de las razones que expresa el Sr. Gobernador del Estado en la comunicación que dirigió a este Juzgado el 4 del corriente por conducto de su secretaria, por no ser suficientes para no observar lo que manda la Ley con objeto de proteger las garantías individuales, y siendo como es cierto que el mismo Sr. Gobernador expidió contra D. Manuel Verástegui la orden de destierro que motivó el ocurso que ha dado lugar a la formación de las antecedentes actuaciones, contraviniendo lo dispuesto por el Supremo Gobierno de la Unión a consecuencia de la Ley de 24 de abril del corriente año, y cometiendo un verdadero ataque a las garantías individuales que deben respetarse siempre por cualquier autoridad, por estar afianzadas en la Constitución y ser esto conforme al buen orden y comunal provecho de la sociedad, por tales fundamentos y demás que se contienen en el precitado dictamen a que me refiero, se declara que este Juzgado dispensa a D. Manuel Verástegui la protección que solicita, en conformidad de lo dispuesto en el repetido artículo 25 del Acta de Reformas para que no pueda ser desterrado del Estado, sin que preceda la formación del juicio y pronunciamiento del fallo por la autoridad judicial a que exclusivamente corresponde por la Constitución; debiendo quedar entre tanto en el pleno uso de los derechos y libertad que la misma

⁽¹³⁾ Así lo ha plasmado con propiedad Rodolfo Reyes en su libro *Ante el momento constituyente. (Experiencias y ejemplos americanos)*, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, S.A., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 1931, pág. 55.

Carta Fundamental le concede como ciudadano mexicano. Comuníquese esta disposición al interesado para su inteligencia, dándole copia testimoniada de ella si la pidiera.

Hágase igual comunicación por medio de la correspondiente nota al Supremo Gobierno del Estado, para el debido acatamiento de este fallo y sus efectos, manifestándole a la vez que el Juzgado en manera alguna espera se le obligue a usar de los recursos que la Ley ha puesto en sus manos para hacer respetar y cumplir sus disposiciones, estando como se haya dispuesto a conservar la dignidad de este Tribunal, y hacer que sus fallos sean debidamente respetados, y dése cuenta con todo el Supremo Gobierno de la Unión para los efectos a que hubiere lugar. El Señor Pedro Zámamo, primer suplente del Juzgado de Distrito en el actual ejercicio por ausencia del propietario. Así lo decretó, mandó y firmó por ante mí, de que doy fe. Pedro Zámamo. Manuel de Arriola.

DOCUMENTOS

Vigésimo octavo período extraordinario de sesiones

CARTA DEMOCRATICA INTERAMERICANA (*)

10 de septiembre de 2001 AG/RES.1 (XXVIII-E/01)
Lima, Perú, 11 de septiembre de 2001
Original:español

LA ASAMBLEA GENERAL

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos reconoce que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención;

RECONOCIENDO los aportes de la OEA y de otros mecanismos regionales y subregionales en la promoción y consolidación de la democracia en las Américas;

RECORDANDO que los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas reunidos en la *Tercera Cumbre de las Américas*, celebrada del 20 al 22 de abril de 2001 en la ciudad de Quebec, adoptaron una cláusula democrática que establece que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas;

(*) Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

TENIENDO EN CUENTA que las cláusulas democráticas existentes en los mecanismos regionales y subregionales expresan los mismos objetivos que la cláusula democrática adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Quebec;

REAFIRMANDO que el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio;

CONSIDERANDO que la solidaridad y la cooperación de los Estados americanos requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa y que el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente;

REAFIRMANDO que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos;

TENIENDO PRESENTE que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia;

REAFIRMANDO que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia;

CONSIDERANDO que la educación es un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido;

RECONOCIENDO que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política;

TENIENDO PRESENTE que el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y pro-

tegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno;

RECONOCIENDO que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos;

TENIENDO EN CUENTA que, en el Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano, los Ministros de Relaciones Exteriores expresaron su determinación de adoptar un conjunto de procedimientos eficaces, oportunos y expeditos para asegurar la promoción y defensa de la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención; y que la resolución AG/RES. 1080 (XXI-O/91) estableció, consecuentemente, un mecanismo de acción colectiva en caso de que se produjera una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados Miembros de la Organización, materializando así una antigua aspiración del Continente de responder rápida y colectivamente en defensa de la democracia;

RECORDANDO que, en la Declaración de Nassau (AG/DEC. 1 (XXII-O/92)), se acordó desarrollar mecanismos para proporcionar la asistencia que los Estados Miembros soliciten para promover, preservar y fortalecer la democracia representativa, a fin de complementar y ejecutar lo previsto en la resolución AG/RES. 1080 (XXI-O/91);

TENIENDO PRESENTE que, en la Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo (AG/DEC. 4 (XXIII-O/93)), los Estados Miembros expresaron su convencimiento de que la democracia, la paz y el desarrollo son partes inseparables e indivisibles de una visión renovada e integral de la solidaridad americana, y que de la puesta en marcha de una estrategia inspirada en la interdependencia y complementariedad de esos valores dependerá la capacidad de la Organización de contribuir a preservar y fortalecer las estructuras democráticas en el Hemisferio;

CONSIDERANDO que, en la Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo, los Estados Miembros expresaron su convicción de que la misión de la Organización no se limita a la defensa de la democracia en los casos de quebrantamiento de sus valores y principios fundamentales, sino que requiere además una labor permanente y creativa dirigida a consolidarla, así como un esfuerzo permanente

para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno;

TENIENDO PRESENTE que los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas, en ocasión del trigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General, en San José de Costa Rica, dando cumplimiento a la expresa instrucción de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Tercera Cumbre, celebrada en la ciudad de Quebec, aceptaron el documento de base de la Carta Democrática Interamericana y encomendaron al Consejo Permanente su fortalecimiento y ampliación, de conformidad con la Carta de la OEA, para su aprobación definitiva en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General en la ciudad de Lima, Perú;

RECONOCIENDO que todos los derechos y obligaciones de los Estados Miembros conforme a la Carta de la OEA representan el fundamento de los principios democráticos del Hemisferio; y

TENIENDO EN CUENTA el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos e instrumentos básicos concordantes relativas a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, conforme a la práctica establecida,

RESUELVE:

Aprobar la siguiente

CARTA DEMOCRATICA INTERAMERICANA

I

La democracia y el sistema interamericano

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5

El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

Artículo 6

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una con-

dición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

II

LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 7

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Artículo 8

Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

Artículo 9

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Artículo 10

La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada

en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio.

III DEMOCRACIA, DESARROLLO INTEGRAL Y COMBATE A LA POBREZA

Artículo 11

La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

Artículo 12

La pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados Miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del Hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia.

Artículo 13

La promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio.

Artículo 14

Los Estados Miembros acuerdan examinar periódicamente las acciones adoptadas y ejecutadas por la Organización encaminadas a fomentar el diálogo, la cooperación para el desarrollo integral y el combate a la pobreza en el Hemisferio, y tomar las medidas oportunas para promover estos objetivos.

Artículo 15

El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones.

Artículo 16

La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías.

**IV
FORTALECIMIENTO Y PRESERVACION DE LA
INSTITUCIONALIDAD DEMOCRATICA**

Artículo 17

Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática.

Artículo 18

Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y éste realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento.

Artículo 19

Basado en los principios de la Carta de la OEA y con sujeción a sus normas, y en concordancia con la cláusula democrática contenida en la Declaración de la ciudad de Quebec, la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización.

Artículo 20

En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente.

El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare, el Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática.

Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

Artículo 21

Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato.

El Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos.

Adoptada la decisión de suspender a un gobierno, la Organización mantendrá sus gestiones diplomáticas para el restablecimiento de la democracia en el Estado Miembro afectado.

Artículo 22

Una vez superada la situación que motivó la suspensión, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá proponer a la Asamblea General el levantamiento de la suspensión. Esta decisión se adoptará por el voto de los dos tercios de los Estados Miembros, de acuerdo con la Carta de la OEA.

V

LA DEMOCRACIA Y LAS MISIONES DE OBSERVACION ELECTORAL

Artículo 23

Los Estados Miembros son los responsables de organizar, llevar a cabo y garantizar procesos electorales libres y justos.

Los Estados Miembros, en ejercicio de su soberanía, podrán solicitar a la OEA asesoramiento o asistencia para el fortalecimiento y desarrollo de sus instituciones y procesos electorales, incluido el envío de misiones preliminares para ese propósito.

Artículo 24

Las misiones de observación electoral se llevarán a cabo por solicitud del Estado Miembro interesado. Con tal finalidad, el gobierno de dicho Estado y el Secretario General celebrarán un convenio que determine el alcance y la cobertura de la misión de observación electoral de que se trate. El Estado Miembro deberá garantizar las condiciones de seguridad, libre acceso a la información y amplia cooperación con la misión de observación electoral.

Las misiones de observación electoral se realizarán de conformidad con los principios y normas de la OEA. La Organización deberá asegurar la eficacia e independencia de estas misiones, para lo cual se las dotará de los recursos necesarios. Las mismas se realizarán de forma objetiva, imparcial y transparente, y con la capacidad técnica apropiada.

Las misiones de observación electoral presentarán oportunamente al Consejo Permanente, a través de la Secretaría General, los informes sobre sus actividades.

Artículo 25

Las misiones de observación electoral deberán informar al Consejo Permanente, a través de la Secretaría General, si no existiesen las condiciones necesarias para la realización de elecciones libres y justas.

La OEA podrá enviar, con el acuerdo del Estado interesado, misiones especiales a fin de contribuir a crear o mejorar dichas condiciones.

**VI
PROMOCION DE LA
CULTURA DEMOCRATICA**

Artículo 26

La OEA continuará desarrollando programas y actividades dirigidos a promover los principios y prácticas democráticas y fortalecer la cultura democrática en el Hemisferio, considerando que la democracia es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos. La OEA mantendrá consultas y cooperación continua con los Estados Miembros, tomando en cuenta los aportes de organizaciones de la sociedad civil que trabajen en esos ámbitos.

Artículo 27

Los programas y actividades se dirigirán a promover la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil. Se prestará atención especial al desarrollo de programas y actividades para la educación de la niñez y la juventud como forma de asegurar la permanencia de los valores democráticos, incluidas la libertad y la justicia social.

Artículo 28

Los Estados promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática.

DECLARACION DE LIMA
CARTA DEMOCRATICA INTERAMERICANA

Nosotros, los Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación, representantes de los gobiernos democráticamente elegidos de las Américas reunidos en la ciudad de Lima en el vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, como una expresión de nuestro compromiso político con la democracia y de conformidad con los mandatos de nuestros Jefes de Estado y gobierno en la Tercera Cumbre de las Américas, realizada en la ciudad de Quebec, hemos adoptado, mediante la resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01), la Carta Democrática Interamericana.

Firmada en la ciudad de Lima, República del Perú a los once días del mes de septiembre del año dos mil uno.

Fdo: Firmado

Panamá	Brasil
Perú	Canadá
República Dominicana	Chile
St. Kitts y Nevis	Colombia
Santa Lucía	Costa Rica
San Vicente y Las Granadinas	El Commonwealth de Dominica
Suriname	Ecuador
Trinidad y Tobago	El Salvador
Uruguay	Estados Unidos de América
Venezuela	Grenada
Paraguay	Guatemala
Antigua y Barbuda	Haití
Republica Argentina	Honduras
El Commonwealth de las Bahamas	Jamaica
Barbados	México
Belice	Nicaragua
Bolivia	

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 o 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.
- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
E-mail: grijley@terra.com.pe,
el día 30 de junio de 2003.