



LA CONSTITUCION DE 1993: LO QUE DEBIERA QUEDAR

*Enrique Bernales Ballesteros**

1. LAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES EN EL PERU

El debate en torno a la reforma constitucional ha privilegiado las críticas y propuestas sobre temas concretos. En algunos casos invocando la necesidad de realizar cambios sustanciales en el nuevo texto, en otros casos afirmando como referente por excelencia la Constitución de 1979.

La transición permite que el tema sea discutido en diversos escenarios, abordando las instituciones introducidas por la Carta de 1993, criticándolas o reafirmando. La polémica se centra en el valor de cada institución a la luz de la experiencia y de la ingeniería constitucional. Pero, debe anteceder a ese análisis una reflexión en torno a la escasa eficacia constitucional en la historia republicana. Esa poca efectividad ha significado que las instituciones elaboradas por el texto fundamental no hayan tenido vigencia real. Por ejemplo, el modelo político, las instituciones democráticas, los mecanismos de participación política, etc. sólo existieron como tales en el documento constitucional. Los hechos predominaron a las fórmulas de los constituyentes.

* Constitucionalista. Miembro de la Comisión de la Verdad. Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Miembro de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de impedir el ejercicio de los pueblos a la libre autodeterminación. Docente universitario en las Universidades San Marcos, Católica, Lima, San Martín de Porres. Profesor invitado en las universidades Católica de Quito, Nacional Autónoma de México, London School, Complutense de Madrid, Alcalá de Henares y Institute d'Etudes pour d'Amérique Latine-Paris. Autor de diversas Publicaciones. Ex Senador de la República.

Históricamente, la intromisión de poderes fácticos¹ y la falta de una cultura política incidió en que las Constituciones fueran vulneradas recurrentemente. Sólo la Constitución de 1860 y la de 1979 fueron plenamente operativas (cumplidas plenamente, al menos en tramos la primera), las demás fueron semánticas. Siguiendo a Loewenstein², una Constitución es semántica cuando se hace letra muerta de ella. Es decir, el texto es vulnerado, se vuelve ineficaz.

El Perú ha tenido 14 constituciones, la mayoría de las cuales fueron semánticas. Muchas de las instituciones formuladas magistralmente por los tribunos eran superadas por las coyunturas políticas. La falta de realismo de los textos contrastaba con el contexto político o social bajo el cual eran redactadas. Por eso, la mayor parte de constituciones en el Perú sirvieron para legitimar a caudillos, otras fueron el punto de partida formal para la reinención de la historia. En realidad, no se supo claramente qué era una Constitución, para qué servía y qué se podía hacer con ella.

La limitación no partió nunca de la inviabilidad de las instituciones y mecanismos creados por las Cartas constitucionales sino de un Estado débil e inorgánico, superado por las coyunturas y por las necesidades inmediatas de los gobiernos de turno.

2. LA CONSTITUCION DE 1993

La Constitución de 1993 también respondió a esas pautas. Fue elaborada para legitimar forzosamente un golpe de Estado y sirvió para "impulsar reformas constitucionales" concordantes con los nuevos tiempos. El argumento de la mayoría oficialista era aparentemente concluyente, "la Constitución de 1979 fue el resultado de la componenda de los partidos tradicionales y sus instituciones habían quedado desfasadas por los cambios esenciales del Perú y del mundo".

Ciertamente los cambios habían sido veloces y dramáticos y se veía necesario realizar algunas reformas. Entre fines de la década del 70 e inicios de la década del 90 había algo más que doce años. El fin de la bipolaridad ideológica, la caída del muro de Berlín, la globalización de la economía y de las comunicaciones y la recomposición de las identidades nacionales en el fin del siglo XX exigía un nuevo debate constitucional.

¹ El Ejército es uno de los poderes fácticos por excelencia en la historia republicana.

² Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

La modernidad implicaba también introducir reformas institucionales en un contexto de democracia distinto. Era la oportunidad de introducir bajo nuevas orientaciones instituciones como el Tribunal Constitucional o la Defensoría del Pueblo o de ampliar los mecanismos de participación popular directa. El modelo político podía, entonces, cambiarse y adecuarse a nuevas pautas. El cambio constitucional, al menos parcial, no era un punto crítico.

Más allá de los déficits o excesos del contenido de la Carta de 1993, el problema es la forma y el origen del documento. Así, mientras que la Constitución de 1979 tenía el respaldo de un amplio consenso, la de 1993 nació de un golpe de Estado. Fue hecha a la medida del interés político del gobernante. Peor aún, fue vulnerada por el propio régimen que la auspiciaba.

La Constitución de 1979 fue la primera Constitución del Perú fruto del consenso político. Con ella se introdujeron instituciones novedosas, por lo que se puede considerar una Constitución que ha de servir de referente a cualquiera que surja en el futuro. Sus temas, en algunos casos carecían de antecedentes idénticos. La democracia social y la ciudadanía universal fueron algunos de sus puntales. Pero resaltó también el tratamiento de las instituciones del Estado y de los derechos fundamentales. Fue la primera Constitución que sistematizó derechos fundamentales e incorporó instituciones novedosas como el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, la labor investigatoria del Ministerio Público. Es de notar que recién en este texto apareció, aunque mal ubicada, la Defensoría del Pueblo. En el tema de las garantías constitucionales también fue revolucionaria al introducir la Acción de Amparo y la Acción de Inconstitucionalidad, etc³. La economía tuvo ingredientes sociales que impedían la absoluta imposición del mercado. En el tema laboral, el trabajo no era una mercancía sujeta a la oferta y la demanda sino un servicio prestado por un individuo en inferioridad real de poder frente al empleador, de allí las garantías del trabajador. En general fue una Constitución humanista y social que incorporaba instituciones modernas y parecía adecuarse a los tiempos.

Por su parte, la Constitución de 1993 fue un texto instrumental, sirvió a fines extraconstitucionales e, inclusive, en esencia contrarios al espíritu de una genuina Constitución. Para realizar el proyecto autoritario, Alberto Fujimori optó en 1992 por disolver el Congreso e intervenir el Poder Judicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

No tardaron en llegar las presiones del exterior en favor de la vuelta a la institucionalidad democrática. La reacción de la comunidad internacional no

³ Ver: Rubio, Marcial y Bernal, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Lima, 1981.

incidió en un retorno a la democracia. Fujimori jugó con las definiciones e hizo algunos desplazamientos que aparentaban que las cosas volvían a su cauce normal. La convocatoria a un Congreso Constituyente fue la jugada de un gobierno preocupado por recuperar la imagen frente a los demás países. El gobierno golpista no fue aislado ni sancionado. La OEA dio prioridad a la negociación y permitió que Fujimori y su entorno se acomodaran para trazar su plan de permanencia en el poder. Un cronograma de "retorno a la institucionalidad" serviría para darle apariencia de transitoriedad a una situación de deterioro democrático y ruptura constitucional.

3. ¿RESCATE CONSTITUCIONAL DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL TEXTO DE 1993?

Una de las primeras medidas de la Constitución de 1993 fue legitimar el golpe del 5 de abril y al gobierno que emergió de él. Así, mediante una pretendida ley constitucional de enero de 1993, se declaró en vigencia limitada y parcial la Constitución de 1979, dejando a salvo los decretos leyes expedidos por el Gobierno de facto. Para reforzar constitucionalmente al gobierno, declaró que Alberto Fujimori era el Jefe Constitucional del Estado y personificaba a la Nación. El Congreso Constituyente, como era de esperarse, legitimó el acto arbitrario de abril y le dio un cauce formal a la maquinaria de cooptación y acaparamiento del poder que sobrevendría más adelante.

No pueden interpretarse las instituciones ni ningún contenido del texto de 1993 al margen del contexto que le da origen y menos sin tomar en cuenta la razonabilidad de un régimen interesado en invadir las instituciones estatales y en utilizarlas para su propia perpetuación. Por ello, y porque no era un Poder Constituyente para crear una Constitución para el futuro y el interés nacional, el debate constitucional de 1992 fue pobre en ideas y propuestas e intolerante con las minorías. Muchos de los mecanismos introducidos hicieron luego posible el copamiento del poder y la tercera elección sucesiva de Fujimori. Se hicieron para que la mayoría aplaste a la minoría en un régimen que asumía que la concentración del poder y el dominio estaban asegurados por varios años. El debate fue pobre porque muchas de las propuestas fueron la caja de resonancia de decisiones palaciegas y no el fruto de un diálogo tolerante y rico en argumentos y técnica constitucional. En el debate de 1992, a diferencia de 1978, la sociedad civil estuvo ausente⁴. El consenso no formó parte de la construcción constitucional y muchas propuestas orientadas a darle solidez a la democracia y sus instituciones fueron dejadas de lado.

⁴ Ver: Bernalles, Enrique: "La Constitución autoritaria de 1993". *Análisis Internacional* N° 4 CEPEI. Lima, 1993. p. 23.

Domingo García Belaúnde acierta cuando sostiene que “el oficialismo no tenía la menor idea de lo que era una Constitución, e ignoraba por completo las corrientes modernas del constitucionalismo”⁵. Los críticos más acuciosos del texto se refieren al dispar y confuso tratamiento de los conceptos. Carece de coherencia unitaria. Esto supone un riesgo para la interpretación constitucional, en tanto no existe un sistema bien concordado y la lectura de un artículo puede contrastar con la de otro capítulo. Una de las causas es la falta de unidad doctrinal. No fue una Carta elaborada por principios sino para dar solidez al esquema de dominación política imperante.

Sin embargo, los aportes críticos no deben esconder los rasgos positivos de una Carta. Fernández Segado sostiene, luego de presentar algunas deficiencias sustanciales de este texto, que “también nos ofrece algunos aspectos que han de considerarse positivos, como son, entre otros: la ampliación de las garantías constitucionales, la potenciación de aquellos mecanismos que propician la independencia de los jueces, la acogida en su articulado de la institución de la Defensoría del Pueblo, la búsqueda de una mayor eficiencia para la organización electoral del país, el fortalecimiento de las instituciones de la democracia directa o semidirecta, como es el caso del referéndum, y la plasmación en su articulado de una actitud mucho más sensible hacia la realidad multiétnica del Perú”⁶.

3.1 Instituciones a ser estudiadas

Se constata del contenido de la Constitución de 1993 la intención de montar un régimen autoritario. Esta Constitución facultó la concentración del poder. Lo hizo a través de diversos mecanismos destinados a facilitar el proyecto político de copar las instituciones y asegurar la reelección. En ese sentido, si bien la Constitución de 1993 tiene elementos objetivamente rescatables, la estructura política fue diseñada dejando de lado el análisis constitucional auténtico. A continuación se presentan algunas de las instituciones claves para reforzar la concentración de poder y otras que se introducen como prometedores elementos novedosos:

3.1.1 El Presidente de la República

El presidencialismo, tal como señala Juan Linz⁷, es problemático porque actúa bajo la regla “todo a ganador”. Desde 1979, la Constitución

⁵ García Belaúnde, Domingo: *La reforma del Estado en el Perú. En la Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Tomo III. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1996, p. 29.

⁶ Fernández Segado, Francisco: *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993. La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994, p. 13.

⁷ Linz, Juan. “Los peligros del presidencialismo”. En: *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lecturas Constitucionales Andinas, N°2. CAJ, Lima, 1993.

peruana concede al Presidente de la República grandes atribuciones, que lo fortalecen frente a los demás poderes del Estado. Si se toma en cuenta la tradición caudillista, el poder presidencial resulta desmesurado.

Entre las atribuciones presidenciales que se desprenden de las antiguas facultades parlamentarias figuran el nombramiento de embajadores, ascensos de altos mandos militares, entre otras. Además, el Presidente puede dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.

Las atribuciones que la Constitución de 1993 otorga al Presidente de la República son mayores, inclusive, que las que reconoce la Constitución de Estados Unidos a su Presidente.

Nuestra posición ha sido siempre contraria a la concentración. Así, en un trabajo anterior, *Constitución y sociedad política*, sostengo que esta concentración "facilita un gobierno de tipo personalista, que anula la carrera administrativa sustituyéndola por quienes obtienen el favor presidencial, que se extiende a todos los rincones de la Administración Pública"⁸.

Un añadido de la Constitución de 1993 al poder presidencial es el de la reelección inmediata. Por medio de ella en una fórmula, la del artículo 112 que además fue objeto de una interpretación extensiva tramposa, se pretendió darle a Fujimori la posibilidad de reelegirse por primera y segunda vez consecutivas. La reelección, bajo la forma como se planteó en la Constitución le dio argumentos (aunque sea falaces) a la mayoría oficialista del fujimorismo para construir una legalidad, engañosamente sustentada en la Constitución, para reelegir al gobernante. La manipulación gubernamental del proceso electoral del 2000, por ejemplo, se remonta a la Ley N° 26657, mal llamada de "Interpretación Auténtica". Por medio de la cual el Congreso de la República interpretó el Art. 112° de la Constitución de 1993, en el sentido de permitir una nueva reelección, la tercera consecutiva, del ingeniero Alberto Fujimori. Este extremo en modo alguno se desprendía de ese artículo constitucional ni de ningún otro.

De acuerdo a un análisis de la teoría constitucional, la interpretación de la Constitución por parte del Congreso no fue ni "interpretación" y

⁸ Rubio, Marcial y Bernalles, Enrique. *Constitución y sociedad política*. Tercera Edición, Mesa Redonda Editores, Lima, 1988.

menos aún "auténtica". Una interpretación cabal del texto no manipula interesadamente su contenido ni su espíritu, conforme a una interpretación sistemática de la Constitución. De otro lado, no corresponde al Congreso ordinario (poder constituido) interpretar auténticamente una norma fundamental creada por un Congreso Constituyente (poder constituyente).

Además, el artículo 112 de la Constitución de 1993, como toda norma, se aplica a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes. El citado artículo constitucional regula la elección del Presidente de la República y es de aplicación inmediata al Presidente Fujimori desde el 30 de diciembre de 1993 (fecha en que comenzó a regir la Carta) y no a partir del 28 de julio de 1995 como se pretendía. Cuando en 1995 Fujimori postuló a la presidencia tenía ya un mandato cumplido y la única posibilidad legal para postular que tenía era acogiéndose a la reelección inmediata autorizada por el artículo 112.

De este modo, la Constitución de 1993 se aplicó retroactivamente en 1995 para permitir la segunda reelección del Presidente Fujimori, pues la Constitución de 1979 bajo cuya vigencia fue elegido por primera vez la prohibía. El presidente en ejercicio sólo podía ser candidato porque la Constitución vigente, la de 1993, lo autorizaba a una reelección. Pero al acogerse a esa posibilidad, hizo uso de la autorización por una sola vez consecutiva, tal como refiere el artículo 112. No podía intentarlo nuevamente, salvo perjuicio de la Constitución que su régimen elaboró.

El artículo 112 de la Constitución, y tal como había sido formulado, dejaba peligrosamente abierta una puerta a una interpretación forzada que permitía contra el Derecho y la democracia, la "perpetuación" del gobernante y su conversión de gobernante de *jure* a uno de *facto*.

El retorno al tipo de reelección de la Constitución de 1979 es más que necesario.

3.1.2 El Congreso unicameral

Se eliminó el Senado, contrapeso y control interorgánico en el Congreso. Con su eliminación se afectó la permanencia de los principales líderes de los partidos históricos. La desaparición de esta Cámara puede, quizás, explicarse en la necesidad de Fujimori de liquidar a la clase política e invadir los espacios dejados por ella.

No existió un argumento más razonable desde la perspectiva del Derecho Constitucional y la tradición política. Así, mientras la Constitución de 1979 se adscribía a la tradición constitucional al instituir dos cámaras, el texto de 1993 rompe ese esquema. Salvo la Constitución de 1823, la bolivariana de 1826 y la de 1867, las constituciones peruanas han consagrado el régimen bicameral, por lo que muchos lo consideran parte de nuestra "Constitución histórica".

El régimen bicameral es mayoritario en la legislación comparada. En la región andina, Bolivia, Chile y Colombia lo tienen. Ecuador tiene un Congreso unicameral poco funcional en la práctica debido a las dificultades de las fuerzas políticas para lograr acuerdos. Perú y Venezuela asumieron el unicameralismo en el contexto de procesos políticos de corte autoritario donde recortar la representación política era una necesidad del gobernante. El Congreso en estos últimos casos fue doblegado y subordinado por el Poder Ejecutivo.

El Senado es una cámara de reflexión y, por consecuencia, de revisión. Asegura que el doble debate impida normas contrarias al interés público o inconstitucionales. Además, la existencia de un Senado facilita que la opinión pública participe del debate. El proyecto de ley, en el tránsito hacia el Senado recoge la opinión ciudadana y lo flexibiliza. El Senado puede ser un efectivo enlace del Parlamento con la ciudadanía. La ventaja de la bicameralidad es que el proceso de aprobación de una ley permite que los ciudadanos se expresen a favor o en contra antes que el Senado decida si el proyecto se convierte en ley. Un caso tangible fue el rechazo público al proyecto de ley de estatización de los bancos y financieras en 1987. El Senado fue un filtro que impidió la aprobación de la medida recogiendo la opinión pública.

El Senado cumple tradicionalmente, además, un papel institucional importante: nombra altos funcionarios del Estado, ratifica decisiones relevantes del Poder Ejecutivo, interviene decidiendo en el proceso a personas con inmunidad.

De otro lado, es útil resaltar la importancia de una institución ausente en la Constitución de 1993, el dominio de la ley. Sobre la atribución legislativa, la Constitución francesa establece qué materias pueden ser reguladas por la ley, contempla que todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario. Las constituciones peruanas dejan la fórmula abierta. En los hechos, cualquier tema puede ser regulado por la ley. En la práctica legislativa esto significa que muchas veces el parlamentario recoge cualquier

asunto para darle cauce legal. Importa poco, en este caso, la naturaleza propia de la ley. En otro caso, se deja peligrosamente al arbitrio del Presidente de la República muchas materias, lo que finalmente redundó en el aumento de las facultades del gobernante.

No se trata de restringir las facultades del Parlamento sino de construir un sistema en el que el gobierno no regule las materias que estén en el ámbito de la ley. El gobierno no debe ser capaz de invadir la materia propia del Poder Legislativo.

Existen determinados temas cuya regulación no necesariamente debe realizarse por Ley, por lo que es adecuado determinar en la Constitución cuál debe ser el dominio de la ley.

3.1.3 Debilitamiento del Congreso

La Constitución de 1993 restó atribuciones al Congreso y limitó su control sobre determinados actos del gobierno. En contrapartida al aumento de las atribuciones del Presidente de la República, el Parlamento disminuyó las suyas y se autolimitó en sus funciones esenciales. Perdió la facultad de autoconvocatoria a legislatura extraordinaria, ratificación de embajadores, ratificación de los magistrados de la Corte Suprema, ratificación de los fiscales ante la Corte Suprema, ratificación (por el Senado) de los ascensos a altos cargos de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, limitación de su intervención en la ratificación de Tratados Internacionales, desaparición de la doble discusión para aprobar proyectos de ley, etc.

El resultado del debilitamiento constitucional del Parlamento fue la total subordinación de la institución a los intereses del Poder Ejecutivo. El propio reglamento del Congreso fue modificado a fin de asegurar, con el apoyo de la mayoría, que los cargos de dirección sólo fueran ocupados por personas cercanas al fujimorismo y evitar la aprobación de mociones que pudiesen haber significado acciones de control contra sus intereses.

Se minimizó el esquema de separación de poderes para favorecer la tendencia a concentrar poder en el Presidente de la República. Se dieron excesivas atribuciones al Presidente de la República, quien durante el fujimorismo careció del control efectivo del Parlamento. Algunas instituciones parlamentarias fueron deformadas. Por ejemplo, la Comisión Permanente, la delegación de facultades, el procedimiento de la acusación constitucional, el voto de investidura. Estas

malformaciones privaron de garantías al debate parlamentario y en esencia lo debilitaron dentro del esquema de poderes del Estado.

3.1.4 Estructura territorial

El texto de 1993 se diferencia del de 1979 en que apenas hace referencia a las municipalidades como instituciones de gobierno local. No establece esta misma naturaleza para las regiones.

De otro lado, tal como se desprende de los artículos 197 y 198, a nivel departamental y regional no se distingue entre gobiernos regionales de ámbito departamental o regional, lo que implicaría diferentes competencias, atribuciones y funciones. Peor aún, la Décimo Tercera Disposición Transitoria establece que mientras no se constituyan las regiones y se elijan a sus presidentes, el Poder Ejecutivo adecuará la jurisdicción de los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR) al ámbito de cada departamento.

En la práctica, las regiones no se constituyeron y los CTAR operaron bajo el esquema centralista del gobierno autoritario. El Ministerio de la Presidencia jugó un papel complementario.

En general, la Constitución de 1993 expresa una vocación centralista de la gestión pública. Establece una regulación incompleta en el plano municipal y restringe a las regiones. Desconcentra y no descentraliza. Sus normas sobre las regiones son semánticas, en tanto no se aplicaron a la realidad.

3.1.5 Participación ciudadana y partidos políticos

La Constitución de 1993 desarrolla el derecho de participación política en su artículo 2, inciso 17 y en su artículo 31. Este último define el contenido de este derecho. El artículo 30, siguiendo el antecedente universalista de la Constitución de 1979, dice que "son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral". No se establecen más requisitos.

Luego en el artículo 31 dice que "*los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o renovación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.(...)*". Luego dice: "*Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno*

municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

3 Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos."

La Constitución de 1979 no contempló mecanismos de democracia directa. En este caso, el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y renovación de autoridades así como la rendición de cuentas se incorporan al texto constitucional a partir de la Constitución de 1993. El artículo 64 de la Constitución de 1979 se refería a la participación directa en los asuntos públicos o a través de representantes.

Los mecanismos de participación están regulados a través de una ley de participación popular (Ley 26300) y una ley electoral. Mientras tanto, el Código penal de 1991 contempla sanciones a aquellos que vulneraran la voluntad popular. Este acápite concuerda con la disposición constitucional que establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos. La Constitución omite referirse a los derechos políticos, pero puede interpretarse el artículo 31 en sentido extenso.

Pese a la valiosa incorporación de la democracia directa en el texto constitucional, el gobierno intervino para manipular los mecanismos ciudadanos de participación. En efecto, el Congreso rechazó la iniciativa legal para someter a referéndum la Ley 26657, que permite la tercera postulación consecutiva del presidente Alberto Fujimori. La oposición no alcanzó los 48 votos requeridos por la ley para que se pueda proceder a la consulta directa. Se frustró la posibilidad de trasladar al pueblo la decisión.

La desnaturalización del referéndum a través del filtro del Parlamento implicó una grave vulneración del derecho de participación política directa de los ciudadanos consagrado en el artículo 31 de la Constitución.

En esta Constitución, además, se relativiza el tema de los partidos políticos. Salta a la vista la escasa disposición del constituyente de 1992 para dar un trato especial a la Participación Política. En esta línea el

artículo 35 de la Constitución del 93 expresa que los ciudadanos pueden “ejercer sus derechos individualmente” a través de organizaciones políticas. El texto de 1979 fue más explícito y reconoció tal potestad para el caso expreso del ejercicio del derecho a participar en los asuntos públicos.

De otro lado, mientras que la Constitución de 1993 favorece a los movimientos y deja a la ley la competencia para regular la democracia interna de los Partidos (sin mencionar esta exigencia para los movimientos), la Constitución de 1979 reconoció la supremacía de los partidos políticos en el esquema constitucional al imponer requisitos legales adicionales a otros tipos de organización distintos de los partidos.

De este modo, la Constitución menciona tres tipos de organización política, pero las trata discriminatoriamente. Parece que el texto contradice la necesidad de formar instituciones políticas para la democracia.

Del examen de las Cartas Constitucionales peruanas desde 1822 a 1993⁹, resulta evidente que la única Constitución orientada a darle efectividad a la función de los partidos como canales de participación y órganos intermediarios de representación fue la Constitución de 1979. De un análisis comparado con el texto de 1993, se desprende que apenas durante trece años hubo en el Perú un tratamiento constitucional adecuado del tema aunque no una ley de desarrollo del mismo. Curiosamente, este tratamiento coincidió con la crisis de representación de los partidos. Los fenómenos sociales y políticos fueron determinantes para ello. En el contexto de esa crisis, los constituyentes de 1992 optaron por relativizar a los partidos.

La relativización constitucional de los partidos políticos en la Carta de 1993 se interpreta en un contexto político contrario a los partidos históricos de ese entonces y que favorecía a las figuras independientes.

3.1.6 Poder Judicial

El tema del Poder Judicial tiene un tratamiento aceptable en la Constitución de 1993. Como sostiene Francisco Fernández Segado¹⁰, este texto da pasos importantes en orden a fortalecer la independencia del

⁹ *Las Constituciones del Perú*. Congreso de la República. Lima, 1980

¹⁰ Fernández Segado, Francisco. Op.Cit. p. 50

Poder Judicial. "De un lado, la Constitución prevé la participación popular en el nombramiento y revocación de magistrados, conforme a lo que disponga la ley (art. 139.17), determinación radicalmente novedosa y que, aunque inicialmente, pensada para los Jueces de Paz - que, según prescribe el artículo 152, provienen de elección popular -, a modo de experiencia previa..."

Resulta positiva la introducción del Consejo Nacional de la Magistratura, encargada de la selección y nombramiento de jueces y fiscales. Para estos efectos, la Carta de 1993 contempla la existencia de la Academia de la Magistratura, como parte integrante del Poder Judicial y encargada de la formación y capacitación de jueces.

La potestad de nombramiento de los magistrados le da un papel trascendente en el plano constitucional al Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, a diferencia del texto de 1979, participan instancias no jurídicas en la elección de sus integrantes. Sólo tres de sus siete miembros son elegidos por órganos especializados jurídicamente. Además es notoria la diferencia en cuanto a la poca calificación exigida por la Constitución de 1993 para ser miembro.

El Consejo, teóricamente y tal como se estableció en un inicio, aplica la sanción de destitución a los magistrados. Así el Consejo es el órgano que selecciona, nombra, ratifica y destituye jueces y magistrados. No es, no obstante, un órgano de gobierno del Poder Judicial.

De otro lado, un tema importante introducido por el texto de 1993 es el procedimiento de elección del Fiscal de la Nación. La Constitución de 1979 no establecía un procedimiento específico, sin embargo bajo su marco el Presidente de la República nombraba a los fiscales supremos con aprobación del Senado. El texto vigente, por su parte, establece la autonomía del Ministerio Público. Los fiscales supremos son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Estos fiscales serán los que en definitiva elijan al Fiscal de la Nación.

En general, la temática judicial del texto de 1993 puede ser rescatada. Sin embargo, es necesario sostener que el marco constitucional en relación al Poder Judicial no operó plenamente en la realidad. El interés político predominó al contenido constitucional.

La toma del sistema judicial por parte del régimen de Alberto Fujimori empezó con la promulgación de la Ley 26546 de 1995 que creó la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, cuya labor era, en teoría,

conducir la reforma de la administración de justicia. Sin embargo, la presencia de comisiones interventoras y la prórroga de la vigencia de éstas, implicó en la práctica la pérdida de independencia por parte del Poder Judicial. La institución fue copada progresivamente por jueces y vocales provisionales designados por estas comisiones ejecutivas, adscritas al gobierno y manipuladas por el asesor presidencial Vladimiro Montesinos. El manejo político del Poder Judicial facilitó al gobierno utilizar ese poder del Estado como un instrumento de presión y de persecución a todos aquellos que se opusieran al gobierno.

Del mismo modo, en 1996 se dispuso la reorganización del Ministerio Público mediante una Comisión Ejecutiva, al igual que en el Poder Judicial, encargada del gobierno y la administración transitoria de la institución.

En 1997 se igualó las facultades de los magistrados provisionales con las de los titulares, a fin de que los primeros puedan participar en el nombramiento de los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones. Con la participación de los magistrados provisionales se aseguraba el control de las instituciones electorales.

Asimismo, en 1998 se modificó la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura con la intención de sustraerle a este organismo la facultad de destituir a los magistrados, entregándosela a las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

El diseño constitucional sirvió de poco, pues fue mediatizado por los fines de un gobierno que aspiraba a controlar el poder. El sistema judicial era uno de los puntales de esta estrategia.

3.1.7 Tribunal Constitucional

Regulado por la Constitución de 1993 en su artículo 201, tiene su antecedente único en el Perú al Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución de 1979. En ambos casos, el Perú asume el modelo kelseniano de contencioso constitucional. Es decir, se asume la jurisdicción constitucional concentrada, sin perjuicio de la potestad de los jueces para decidir la inaplicación en cada proceso judicial de una norma contraria a la Constitución (control difuso).

Su adopción no fue fácil, hubo voces discordantes, pero pese a los argumentos contrarios al control concentrado, los constituyentes de 1979 optaron por la creación de este órgano especializado de control de

la constitucionalidad¹¹. Uno de los antecedentes más valiosos fue el del Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931.

La Constitución de 1979 (artículo 87) y la de 1993 (artículo 51) optan por la fórmula del control concentrado y difuso, reconocen expresamente la supremacía constitucional¹². La tradición judicial de inaplicar las leyes para preferir la Constitución, es reciente. Existió como norma general del Código Civil de 1936. Pero, por timidez judicial, no hubo en el Perú una construcción jurisprudencial de inaplicación de normas inconstitucionales. La jurisdicción concentrada asumió toda la responsabilidad al respecto.

La falta de una tradición y de concepciones elaboradas sobre el control constitucional contribuyó a que inicialmente no se comprendiera el papel de un Tribunal de este tipo. La novedad sorprendió a los juristas. En algunos casos hubo intentos de manipulación política, en otros, malas interpretaciones y confusión sobre su función central.

Pese a las dificultades, el Tribunal se erigió, al menos teóricamente, como un contrapeso al Poder Legislativo, que actuó regularmente como una caja de resonancia de la Presidencia de la República. De ese modo, el Tribunal tuvo también la oportunidad de controlar al Poder Ejecutivo indirectamente. En una ocasión el control fue un desafío al exceso del poder.

Es así que el Tribunal representó un obstáculo a la pretensión reeleccionista del Ingeniero Fujimori. Por esa razón, el Congreso destituyó a tres de los siete magistrados que conforman el Tribunal Constitucional¹³. En enero de 1997 el Tribunal emitió un fallo declarando la ley de "interpretación auténtica" inaplicable para el presidente Alberto Fujimori en las elecciones del 2000, porque éste se encontraba ya "en su segundo y último mandato gubernamental consecutivo".

La sentencia fue firmada por los tres magistrados posteriormente destituidos, aplicando el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Según la sentencia, el artículo 103 de la Constitución establece que deben expedirse leyes por la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las personas. La Ley 26657 "sería aplicable a las elecciones del año

¹¹ Ver al respecto: Bernales, Enrique. *El Tribunal Constitucional Peruano*. CIEDLA, Lima, 1999.

¹² Mayores alcances en: Bernales. Op. Cit. p.40 y ss.

¹³ Los magistrados Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry.

2000 y, exclusivamente, para permitir la candidatura de una persona, que al postular a la Presidencia en las elecciones políticas generales de 1995, desempeñaba ya el cargo de Presidente Constitucional de la República...”.

Transcurridos cuatro meses y luego de una farsa de investigación parlamentaria, el Congreso aprobó mediante resoluciones legislativas una destitución viciada en la forma y el fondo, de los tres magistrados que firmaron la decisión en favor de la inconstitucionalidad. De este modo, el Tribunal Constitucional quedó impedido de ejercer sus funciones de control constitucional. Muchos abusos fueron impuestos desde entonces sin posibilidad de defensa constitucional.

3.1.8 Las garantías constitucionales

La Constitución de 1993 recoge las acciones de garantía del texto de 1979 como la acción de Amparo y el Hábeas Corpus. Debe recordarse que el constitucionalismo peruano, hasta antes del texto de 1979 usó indistintamente el término “garantías constitucionales” para referirse a los derechos fundamentales de las personas como a los mecanismos procesales de su protección. Si en 1979 se moderniza el contenido constitucional, de acuerdo a las tendencias modernas, en 1993 se consolida esta tendencia.

La Constitución de 1993 se adscribe, en estas materias, al constitucionalismo moderno. En el Perú, el Amparo inicialmente no fue considerado como institución autónoma. Todos los derechos estaban protegidos por el Hábeas Corpus. Con la Constitución de 1979, el Amparo toma su ubicación apropiada.

Se introduce además, atinadamente, la acción de Hábeas Data y la acción de Cumplimiento. El derecho a la privacidad, reconocido en el Derecho anglosajón se incorpora a través del Hábeas Data. Se reconoce el derecho individual a ejercer el control sobre el uso de los propios datos personales en los archivos electrónicos. El texto constitucional establece que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución. Es decir a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, exceptuándose las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Asimismo, a que los servicios informáticos,

computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar.

En el caso de la acción de Cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una garantía oportuna tomando en cuenta la renuencia recurrente de muchas autoridades a cumplir las normas, afectando muchas veces derechos fundamentales.

Una novedad interesante de la Carta vigente que no debe descartarse en caso de una reforma constitucional es la prescripción de que el ejercicio de las acciones de garantía (Amparo y Hábeas Corpus) no se suspende durante la vigencia de los estados de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Este texto defiende la judicialidad de las garantías en regímenes especiales. Además se subraya el principio de razonabilidad y proporcionalidad. "Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio".

3.1.9 Defensoría del Pueblo

Esta institución se incorpora al texto constitucional. Anteriormente mal ubicado y con funciones restringidas, asoma en 1993 como un organismo importante de defensa del ciudadano frente a la Administración Pública. El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales hizo necesaria la implantación constitucional de una serie de mecanismos protectores. El Defensor del Pueblo debe velar para que ante los abusos y los excesos del poder, el ciudadano encuentre una institución que proteja sus derechos.

El Defensor del Pueblo es elegido por los dos tercios del Congreso, proviene así del consenso político. No obstante, el consenso no siempre es posible y puede demorar la elección de este funcionario. "Una salida al entrapamiento constitucional quizás sea una reforma que contemple la posibilidad de que el Defensor del Pueblo sea elegido directamente por el pueblo, de una terna de candidatos propuesta por el Congreso"¹⁴. Asimismo resulta oportuno señalar que la exigencia de

¹⁴ Bernales, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Constitución y Sociedad. Lima, 1999. p.717.

que el Defensor del Pueblo sea abogado es una limitación, pues pone al margen a personalidades de solvencia moral que podrían desempeñar con eficacia el cargo.

Pese a que supone una suerte de “magistratura de persuasión”, es decir, sin poderes coercitivos sobre otros órganos del Estado, la Defensoría tiene la facultad de recomendar y exhortar a los órganos del Estado el cumplimiento de sus deberes en un marco de respeto a los derechos fundamentales, entablar procesos constitucionales en defensa de los derechos humanos, tanto para la protección de los derechos civiles y políticos, como para los económicos, sociales y culturales.

Es bajo el criterio de evaluación del ciudadano que operan instituciones como las Defensorías del Pueblo. Estas forman parte del nuevo marco institucional. Según Maiorano¹⁵ responden a la necesidad de control de las actividades del Estado, y en particular de la actividad administrativa, mediante el establecimiento de mecanismos y procedimientos fiscalizadores idóneos para evitar el desborde estatal, posibilitando que el Estado realice sus funciones tendientes al logro del bien común, sin que ello implique menoscabo de los derechos y garantías individuales.

Sin embargo, la ola de privatizaciones supuso que el control de la prestación de los servicios públicos por parte de las defensorías implicaba la fiscalización de actos de empresas privadas prestadoras del servicio. En ese supuesto, el control desbordaba el ámbito del Estado.

El marco institucional creado a partir de este proceso tuvo como finalidad (con las particularidades de cada caso) instituir entidades destinadas a cautelar los derechos ciudadanos frente a la administración. Los servicios públicos fueron incluidos en la esfera de actividades fiscalizables, a fin de proteger a los usuarios.

La protección de los derechos económicos y sociales frente a la administración pública no es una tarea característica de las defensorías, pese a que el nuevo marco institucional está, en parte, consagrado a solventar el bienestar de la población y vigilar la actividad de la administración pública. Los derechos humanos incorporan la noción que es deber de la administración y de sus autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, “un mínimo de condiciones sociales materiales a

¹⁵ Maiorano, Jorge. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1987.

todas las personas, idea de la cual surgen los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales”¹⁶.

3.1.10 Régimen económico

La Constitución de 1993 se adscribe a una economía de mercado escasamente regulada y donde el Estado gestor está ausente. La orientación económica es clara, y en cierta perspectiva pretende atar el Estado a un modelo económico liberal que adquiere rango constitucional. Se trata de una sujeción ideológica, que siempre, cualquiera sea su orientación, es fuente de problemas constitucionales.

El problema es que ciertos temas prioritarios son relegados. Un caso ilustrativo es el relativo al tratamiento del trabajo. Como con todos los derechos económicos y sociales, conocidos como la llamada “tercera generación de los derechos humanos”, es tratado como asunto aparte y diferente de los derechos fundamentales de la persona. Esto significa que el texto los exime de tutela estatal.

El artículo 27 establece, por ejemplo, que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta fórmula no garantiza la estabilidad laboral, la flexibiliza. Desde este punto de partida se expidieron una serie de normas que privilegiaron en los hechos el empleo temporal y a plazo fijo. Se incluyó como “causas justas” de despido las relativas a la disminución de la capacidad del trabajador (detrimento de la facultad física o mental o el “rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador”). La Constitución “legaliza” el despido injusto, asumiendo una protección que en todo caso suele terminar reducida a una indemnización.

De otro lado, la Constitución de 1993 elimina la inalienabilidad de las tierras comunales, al señalar la autonomía y libertad de las comunidades en el uso “y libre disposición de sus tierras”, lo que concordado con otras normas legales especiales incluye la posibilidad del establecimiento en las tierras comunales de la prenda agrícola o de la hipoteca de tierras.

Los presupuestos ideológicos que guían el régimen económico fuerzan al Estado a inhibirse de ciertas políticas que favorecen el interés social y la presencia necesaria del Estado en algunas actividades claves de la economía.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. C-251 de 1997.

4. LA TRANSICION Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCION

Se debe asumir un proyecto constitucional con seriedad. Debe ser fruto del mayor consenso político y social y tender a darle viabilidad a la transición a la democracia y consolidarla luego.

Una transición es más que un cambio de régimen, es un proceso de reemplazo del marco institucional y normativo. Es un proceso de transformación de las reglas y de los mecanismos de participación y competencia política. Dentro de ese proceso, el cambio constitucional suele ser uno de sus elementos esenciales.

Pese a que existen elementos positivos en la Carta vigente, es necesario avanzar hacia la supresión de este texto constitucional. El argumento inicial es que la Constitución de 1993 carece de legitimidad democrática. Fue elaborada en el contexto de un golpe de Estado, su racionalidad no puede ser interpretada al margen de ese proceso.

Además es esencial para medir la validez de esta Constitución tomar en cuenta que el resultado del referéndum para su aprobación demostró que el nuevo texto no era aceptado por la población mayoritaria. Sólo aproximadamente un 47,55% de los votantes dieron su asentimiento a este texto. El voto que no apoyó a la nueva Constitución fue mayor. Se desprende de la suma final que 52,45% de los votantes no le dijeron Sí a la Carta de 1993. Esta es una mala señal, considerando que una Constitución requiere el mayor consenso posible. Es así que la Carta de 1993 carece de fuerza, aun más allá de lo rescatable de su contenido.

Su debilidad radica en ser también, tal como se ha adelantado, una Constitución con nombre propio y destinada a hacer posible el proyecto político de Alberto Fujimori, sustrato inadmisibles en cualquier Constitución política.

Es útil para efectos de reforzar estos argumentos considerar la encuesta de Apoyo del 20 de agosto del 2001 en la que se muestra que existe una opinión mayoritaria de la población en contra de la Constitución de 1993 (85%). Por el contrario, sólo un 11% cree que esta Constitución debe mantenerse sin cambios. No obstante, sólo un 10% de la población exige volver a la Constitución de 1979. Esto último puede explicarse porque gran parte de la población del país se ha incorporado a la ciudadanía recién en los últimos años y no conoce la Constitución de 1979. Además poco se ha dicho últimamente sobre el proceso político, democrático y consensual que le dio origen.

Para el análisis de fondo es importante recoger la opinión ciudadana en la misma encuesta. Según ella, hay una opción mayoritaria por una reforma

constitucional que contemple, entre otras cosas, el voto voluntario, el reforzamiento de las consultas vía referéndum, la renovación por mitades del Congreso cada dos años y medio, el voto de militares y policías, la prohibición de la reelección presidencial inmediata y la eliminación de la Segunda Vicepresidencia de la República.

Asimismo, sorprende que exista un grueso porcentaje de encuestados que desaprueba el retorno a un congreso bicameral (54%). Este dato induce a pensar que quienes postulan el bicameralismo no han logrado calar ideológicamente en la población. Por eso antes de ir hacia un proceso de reforma es necesario iniciar una estrategia de educación constitucional que examine las instituciones novedosas, las antiguas y las que merezcan incorporarse a fin de evaluar su oportunidad y necesidad en el contexto de los tiempos modernos y los principios constitucionales.

Un referente válido para la reforma planteada es la Constitución de 1979, introduciendo en ella las modificaciones necesarias para adecuarla a los nuevos tiempos, conservando al mismo tiempo instituciones adoptadas o desarrolladas con criterio democrático por la Carta de 1993.

Se trata finalmente de tomar lo mejor del constitucionalismo moderno cotejándolo con la realidad política, social y económica del país. Pero, bajo cualquier orientación es esencial mantener ciertos principios necesarios para configurar una Constitución democrática y social. Por ejemplo, enfatizar en la primacía de la persona humana y la limitación del poder. Para esos efectos ha de continuarse con un modelo de sociedad democrático.

Además puede avanzarse en el reconocimiento de los derechos fundamentales, incorporando los aportes de los instrumentos internacionales, los del constitucionalismo actual, así como los aspectos rescatables de la Constitución de 1993.

El régimen económico debe asimilar contenidos sociales básicos que concuerden con el humanismo que se propone y que recorre como línea transversal todo el texto constitucional.

El modelo político es el que en los últimos años ha generado mayores problemas. Se propone un régimen presidencial atenuado. La tradición política del Perú se ha inscrito en el marco de regímenes presidenciales de alta concentración del poder para el gobernante y limitados controles. Asimismo, retornar a la bicameralidad: la supresión del Senado, como se sabe, no fue más que una sanción a la clase política peruana que concentraba a sus principales líderes en el Senado. Conviene estudiar, asimismo, la incorporación

constitucional del dominio de la ley: para mejorar la organización y funciones del sistema legislativo y del propio bicameralismo.

5. ¿COMO HACER QUE LAS INSTITUCIONES RESCATADAS CONSTITUCIONALMENTE FUNCIONEN?

Los aportes críticos al texto constitucional de 1993 son, como se ha apreciado, mayores que los puntos positivos. Por un lado es el origen y espíritu que guía al texto, y por otro lado, es la falta de unidad, acierto y coherencia para tratar ciertos temas.

Referirse al rescate constitucional de las instituciones introducidas por la Carta Política de 1993 es insuficiente. Más allá de la enumeración de instituciones adecuadas o inadecuadas al contexto constitucional de la transición es necesario asumir que los contenidos más perfectos serán inútiles si es que se carece de las condiciones políticas, sociales, jurídicas y económicas para aplicarlos. Es decir, por lo general y tal como se ha adelantado, las Constituciones peruanas, buenas y malas, no han tenido una vigencia real sino intermitente, débil o nula. Terminaban siendo superadas por las coyunturas políticas y las deficiencias institucionales del país.

Es así que todo análisis de contenido merece un añadido importante de recomendaciones que incidan en la vigencia efectiva del texto constitucional. Durante la historia republicana poco se hizo por la eficacia de los textos. Esta situación es tangible en la historia reciente, en la que un gobierno que pretendía perpetuarse en el poder, hizo tabla rasa del texto constitucional. En algunos casos introdujo instituciones interesantes desde la perspectiva de la democracia y los derechos humanos, pero que en la práctica no fueron funcionales o fueron instrumentalizadas para los fines del poder.

Es así que abordar la materia constitucional debe significar varios tipos de análisis. Por un lado de contenido, por otro lado, de la eficacia de las instituciones constitucionales por las que se opta. En el Perú, la imposición y lo fáctico han predominado a lo jurídico. Es así que las impecables instituciones elaboradas por las diversas constituciones republicanas no fueron plenamente efectivas.

En una república en la que el cumplimiento de la norma importó siempre menos que la razón política, la arbitrariedad y la fuerza se imponen siempre. El caudillismo revolucionario de todo matiz se superpuso siempre al Derecho.

El caudillismo atraviesa siglos de historia. El ejemplo más palpable y reciente de la derrota de los bellos ideales constitucionales fue en 1979, pero es útil

remontarse a 1920 para reconocer un antecedente sugerente. En aquel entonces la arbitrariedad venció nuevamente a las instituciones. Se redactó una Constitución utópica. Mariano H. Cornejo -presidente de la Asamblea Constituyente- introdujo novedosas reformas al sistema parlamentario asumiendo que las impecables instituciones inglesas transformarían la realidad social. El firme positivismo lógico de Cornejo lo hacía creer que la Constitución en ciernes liquidaría las revoluciones y las dictaduras. A punto de estrenar la deseada estabilidad política, Cornejo fue vencido por los hechos, por la recurrente fuerza de una tradición política fáctica. Por la fuerza de los hechos Leguía formó un poder absoluto, autocrático. Reformó en 1924 y 1929 la Constitución de 1920 (en la que Cornejo había depositado toda su fe) para reelegirse y perpetuarse. Nuevamente el caudillismo se superpuso a las formas constitucionales.

A la caída de Leguía se redactó la Constitución de 1933. En ella, el miedo a repetir el oscuro ciclo del caudillismo guió a los constituyentes a reducir facultades al presidente de la república. Pero, contra la razón jurídica, el Congreso Constituyente de 1931 sanciona la Ley de Emergencia, sustrayéndose del orden constitucional. La dictadura es legalizada y la persecución política se desata. Son años en los que la barbarie aplasta nuevamente el Derecho. En medio de la anarquía y la violencia el Presidente Sánchez Cerro fue asesinado.

Ocupó el mando otro militar. Los constituyentes prorrogaron inconstitucionalmente el mandato de Benavides y le concedieron la facultad de dictar leyes. Luego se le facultaría a reformar la Constitución. La autocracia se consolidó. Benavides dejó de lado las fórmulas y apeló a los hechos y, desconociendo las elecciones de 1936, se prorrogó tres años más en el mando. Algunos años después el General Odría derrocó a Bustamante y Rivero. Se reinstaló el régimen de la fuerza. Se sucedió un breve y accidentado interregno democrático. Recuperada la democracia en 1980 y luego de doce años de gobierno militar, cuando se creía ganada la estabilidad, los hechos de fuerza y no el Derecho vuelven a respaldar al caudillo. Es así que la arbitrariedad fue elemento vital del autogolpe de abril de 1992.

En síntesis, las instituciones constitucionales no operaron en la realidad porque la política fue un factor en contra. La historia republicana fue una dialéctica inacabable, a veces violenta, entre la política y el Derecho Constitucional.

Estos vicios afirmaron de algún modo el poder de los presidentes en desmedro de la Constitución, las instituciones y los ciudadanos.

Las continuas transgresiones contra el Estado de Derecho a lo largo de la vida republicana llevaron a algunos a pensar que la democracia es una difícil meta

por alcanzar en el Perú. La ausencia de un Estado real, de un marco institucional, ha sido la causa histórica central por la cual en el Perú cada cierto tiempo las tentaciones autocráticas encuentran el camino llano para realizarse y asentarse.

De allí también que se adquirió el hábito de redactar constituciones políticas, fruto de las sucesivas coyunturas y no de la voluntad de contar con un texto fundamental permanente, guía y organizador. Cada gobierno o cada caudillo que invocaba el cambio propiciaba la elaboración de un nuevo texto que reemplazaba al anterior. Esta tendencia fue contradictoria con la deseada estabilidad constitucional y, por consecuencia, con las instituciones que cada Constitución diseñaba.

Entonces ¿qué hacer en el futuro?

Uno de los ejes es la construcción de un marco institucional que sea conforme a la realidad. Esto significa una opción por el realismo constitucional.

Otra tarea es la de perfeccionar y difundir en todos los ámbitos sociales e institucionales un concepto de legitimidad democrática del poder. Esta habrá de servir para asegurar los valores democráticos esenciales, de modo que los poderes fácticos no se superpongan a las normas jurídicas.

Otra tarea es la extensión y profundización de la ciudadanía. Enlazar la ciudadanía a la Constitución y mejorar los mecanismos de participación ciudadana en las tomas de decisiones políticas. La imposición caudillista ha sido contraproducente al anular la ciudadanía efectiva y al comprimirla al punto que los ciudadanos no tienen conciencia de ser tales. La noción de "ciudadanía", que será tratada más adelante, es vital para que la Constitución tenga vigencia y efectividad. Una nación de ciudadanos está compuesta no sólo por políticamente iguales sino también por electores y partícipes de las decisiones de gobierno. Si bien los textos constitucionales reconocieron casi siempre el derecho de elegir (aunque de modo parcializado o censitario), en la realidad, el ejército, de mano de la oligarquía suplantó a la ciudadanía y se volvió el gran elector.

Además, la ciudadanía sólo se vive cuando el pueblo cuenta con mecanismos de control del poder. Por eso un siguiente paso es dotar de poder al ciudadano para vigilar los actos de sus representantes. La revocación y la rendición de cuentas son mecanismos idóneos que deben perfeccionarse para encauzar la labor de los representantes. Sin embargo, es necesario ir con sutilezas, el control es eficiente cuando concuerda con una sólida cultura política de los ciudadanos.

La intermitente vigencia de las constituciones, la poca valoración del Derecho, la escasa visión de para qué sirve una Constitución y la primacía del concepto de " poder" sobre el de "administración" son otros temas que merecen atención y que comprometen una posición activa de los juristas. Básicamente se trata de internalizar conceptos y doctrina jurídica constitucional en todas las instancias.

De otro lado, la tosca imposición del Ejecutivo sobre el Parlamento deviene de una aparatosa tradición caudillista presidencial que se impuso aun sobre los textos, tal como se ha graficado anteriormente. De algún modo, las propias constituciones, arrinconadas por la tradición política, han revestido de gran fuerza al Presidente, descuidando el control ciudadano a su gestión. Por eso, en ese devenir azaroso, siempre rigió la atinada frase que Víctor Andrés Belaúnde pronunciara al abrir el año universitario de San Marcos en los primeros años del siglo XX: "La misma suntuosidad e idéntico servilismo que rodeaban al Virrey, rodean hoy al Jefe de Estado. Como en aquel entonces, hoy podemos seguir sosteniendo que el Presidente de la República es un virrey sin monarca, sin Consejo de Indias, sin odores y sin juicio de residencia".

Otro tema vinculado es el de la descentralización del poder. Durante las últimas décadas, el poder político se concentró en Lima y extendió desde allí su dominio sobre todo el territorio. Es necesario dar plena autonomía a los municipios y promover por la vía constitucional la autonomía política, económica, financiera y gerencial de los departamentos. El gobierno central recauda cerca del 95% de los ingresos del Estado. Los gobiernos locales recaudan aproximadamente el 5 ó 6%. Un grado similar de concentración se observa en el gasto público. El Gobierno depredador carcome la riqueza del país sin distribuirla e impone sus funcionarios que sólo actúan en función de los intereses del gobernante. La descentralización es un paso adelante en la construcción de un verdadero equilibrio e independencia de poderes. Este proceso debe suponer una distribución del poder que incida en la vigencia constitucional, extirpando las tentaciones concentradoras de los caudillos o de los poderes de facto.

Urge internalizar en los ciudadanos valores jurídicos esenciales y promover el apego a las reglas de juego de la democracia aun más allá de las necesidades inmediatas de la realidad. Para que el Derecho controle al poder, las normas deben predominar a la política. Esto significa avanzar hacia una institucionalidad sólida.

La débil institucionalización, factor que incide en la escasa eficacia de las instituciones constitucionales, tiene su contraparte en el peso excesivo de lo personal en perjuicio de lo institucional. Asimismo, el hábito de sustraerse de

las reglas del sistema político suele generar en el Perú las condiciones para que la política funcione en torno a intereses personales, de partido o de parcela. La continua privatización de la función pública es el resultado de la falta de un concepto de "institución".

Otro factor fundamental de inestabilidad constitucional que se debe combatir es la displicencia de las autoridades políticas para que los ideales plasmados en el texto constitucional se desarrollen plenamente en los hechos. Como toda norma en el Perú, "se acata pero no se cumple". Existe una necesidad de organizarse políticamente, pero la razón fundamental de organización y el espíritu subyacente a esta organización no le da, hasta ahora, continuidad al sistema político.

A MODO DE CONCLUSION

Se constata la presencia de instituciones en la Carta de 1993 que deben mantenerse. Del mismo modo, hay puntos negativos como los que inciden en un fortalecimiento del Presidente de la República en desmedro de otros poderes e instituciones. Se critica gruesamente el modelo político adoptado por la Constitución de 1993, pero se resalta con entusiasmo el tratamiento de ciertos temas que, igual o mejor, deben ser abordados por un futuro texto constitucional.

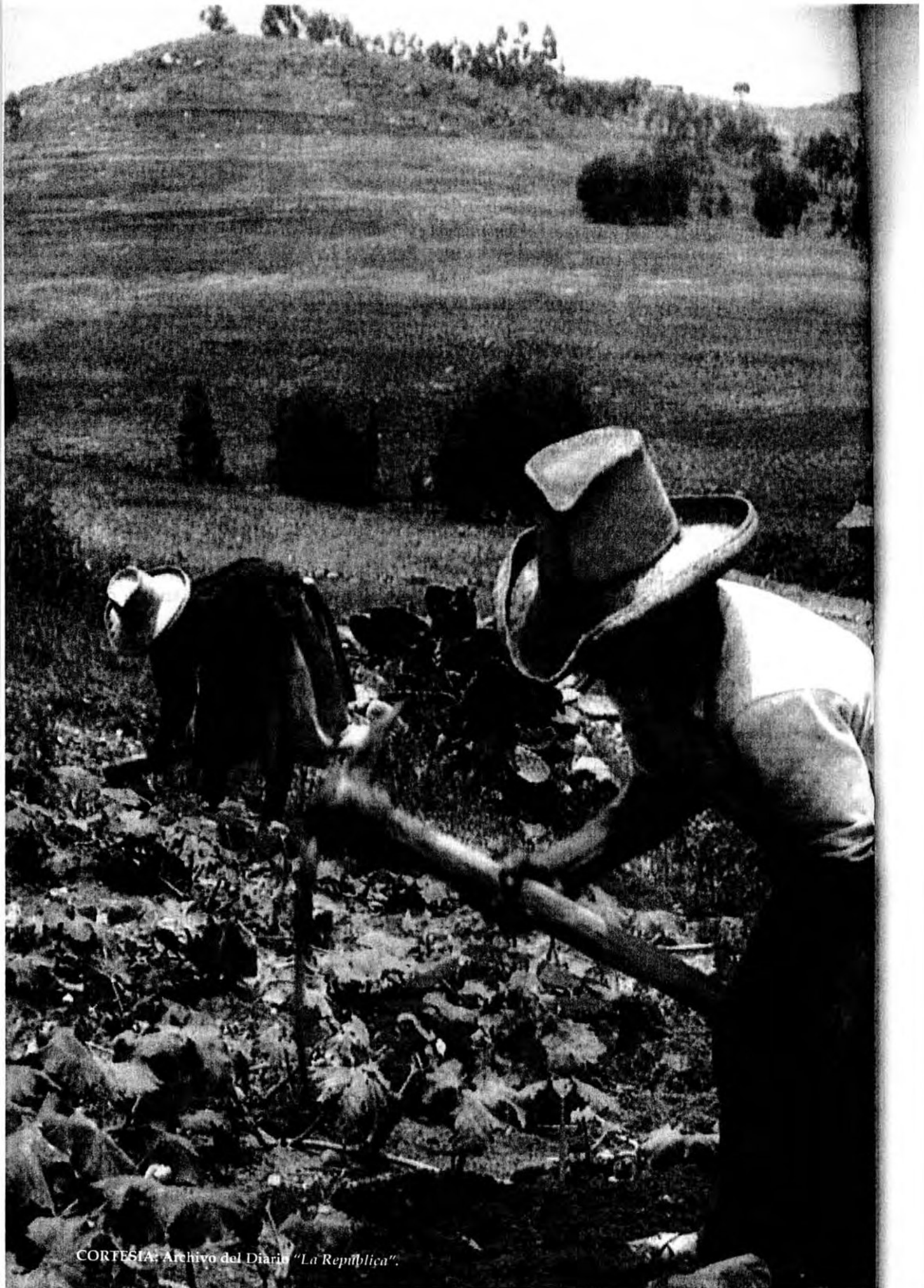
Sin embargo, se ha señalado que ninguna reforma constitucional será útil o cumplirá sus fines si no se eliminan ciertas condiciones negativas de carácter estructural que inciden de manera incremental en la poca eficacia de las instituciones constitucionales. Éstas, por más impecables y bien elaboradas que sean, colisionan con una realidad política y social que les impide desarrollarse y ser efectivas.

Muchas de estas condiciones tienen relación con la falta de una cultura política y constitucional que cierre el camino a la imposición de la fuerza, es decir, a lo fáctico, que siempre actúa en desmedro de lo jurídico.

Para avanzar en ese sentido es necesario crear una conciencia ciudadana e institucional que refuerce el contenido constitucional. Sólo de ese modo, la elaboración de una nueva Carta (paso necesario, al fin y al cabo) será fructífera y el punto de partida de una historia constitucional sosegada y estable que contribuya a la vigencia plena de la democracia y del Estado de Derecho en el Perú.

BIBLIOGRAFIA

- 1) BERNALES, Enrique. *La Constitución autoritaria de 1993*. Análisis Internacional N° 4 CEPEI. Lima, 1993.
- 2) BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Constitución y Sociedad. Lima, 1999.
- 3) BERNALES, Enrique. *El Tribunal Constitucional Peruano*. CIEDLA, Lima, 1999.
- 4) COMISION DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. Documento final. Ministerio de Justicia. Lima, 2001.
- 5) FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993*. *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1994.
- 6) GARCIA BELAUNDE, Domingo: *La reforma del Estado en el Perú. En la Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Tomo III. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1996.
- 7) LINZ, Juan. "Los peligros del presidencialismo". En: *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lecturas Constitucionales Andinas, N°2. CAJ, Lima, 1993.
- 8) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- 9) MAIORANO, Jorge. *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1987.
- 10) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Lima, 1981.



CORTESIA: Archivo del Diario "La República".