

Estudio introductorio a la Constitución Política del Perú de 1993: El curioso caso de la Constitución de 1993: Una lectura desde Benjamín Button

Gustavo GUTIÉRREZ TICSE

*“No. Este bebé es un milagro. Solo que no es el tipo
de milagro que todos esperaban ver.”*

I Las razones del título del presente estudio

Curious Case of Benjamin Button en inglés es una película dirigida por David Fincher y protagonizada por el extraordinario actor Brad Pitt.

Se basa en un relato de Scott Fitzgerald, y narra la historia de Benjamin Button (Brad Pitt), quien nace con el cuerpo de una persona de 80 años y que con el transcurso del tiempo va rejuveneciendo.

Algo así ha venido sucediendo con la Constitución de 1993, la cual desde un inicio ha sido objeto de severos cuestionamientos, sin embargo, nos encontramos, a veinticinco años de su vigencia. Y lo más probable es que dure muchos años más.

Se trata entonces de un curioso caso. Una Constitución que no debía durar más allá del propio régimen fujimorista, actualmente ha superado de manera sucesiva, cuatro procesos electorales presidenciales y parlamentarios, además de varias consulta populares. ¿Qué es lo que pasa entonces? ¿Es acaso que sus vetustos cimientos han resplandecido? ¿Un milagro? Al parecer sí. Las razones las explicaremos en las siguientes líneas.

II

El contexto político previo a la aprobación de la nueva Constitución: El ocaso de la Constitución de 1979

Manuel Vicente Villarán señala que el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones. Frase que da cuenta de los vaivenes de la república: En menos de dos siglos hemos tenido 12 constituciones. De todas ellas, la más significativa ha sido la de 1979 por varios factores.

En principio, porque simbolizaba el retorno a la democracia, y en concreto, por su marcado matiz garantista de los derechos humanos y la admisión de su defensa en los tribunales supranacionales, por la afirmación de un estado social, la aparición de los órganos constitucionales autónomos (resultado de la experiencia comparada), el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas, entre otras innovaciones.

Además de lo expuesto, esta Constitución gozó de un alto consenso que fue propiciado por la mayoría constituyente compuesta por los representantes del Partido Aprista Peruano y el Partido Popular Cristiano, muy a despecho de los grupos de la denominada izquierda, los cuales, en una paradoja del destino, se negaron a firmar la Constitución de 1979. Sin embargo, desde los inicios del milenio hasta hoy, no han cesado en demandar su restauración.

Finalmente, y en punto aparte, la Constitución de 1979 nació con un gran prestigio, debido a la participación en las postrimerías

de su muerte, a la trayectoria del líder y fundador del Partido Aprista Peruano, don Víctor Raúl Haya de la Torre.

Lamentablemente la octava década del siglo XX fue una época de grandes transformaciones. Por un lado, la ruptura del bloque socialista con la caída del muro de Berlín y la *perestroika* impulsada por el líder ruso Mijail Gorbachov en la hoy desaparecida Unión Soviética; y, por otro lado, la globalización como fenómeno imbatible e irreversible, lo que diera como corolario la homogeneidad del modelo capitalista, al punto que autores como Francis Fukuyama afirmarían el fin de la historia, entendida como la culminación de la guerra de las ideologías⁽¹⁾.

Mientras todo esto se suscitaba en el contexto internacional, a nivel interno, la situación del país se hacía inestable y caótica. La violencia terrorista aunado a una realidad social paupérrima con sectores poblacionales sin vinculación con el estado (empobrecidas en los pueblos y en la periferia de las grandes ciudades), eran caldo de cultivo para alentar las voces subversivas.

Frente a estos fenómenos políticos y sociales, la Constitución de 1979 diseñada en lo económico para estatuir un modelo intervencionista, en realidad poco o nada contribuyeron en la afirmación del sistema democrático. Al contrario, se ejecutaron decisiones fuera de todo contraste con el momento histórico tales como la estatización de la banca, y el mantenimiento de las empresas del estado, en muchos casos por puro clientelaje político, creando un estado elefantiásico, poco eficiente e inversamente escaso a la hora de resolver los problemas de la población.

La novel Constitución de 1979 entonces, al final de la octava década del siglo pasado, ya era una Constitución sumamente envejecida.

(1) Sobre el fin de la historia puede verse: Fukuyama, Francis. *El fin de la historia*. Barcelona: Editorial Planeta, 1992.

En este ambiente político de crisis generalizada, en las elecciones presidenciales de 1990 aparece un *outsider*, un candidato sorpresa que aprovecha esta situación de desprestigio institucional, y finalmente obtiene la Presidencia de la República: El hasta entonces desconocido ingeniero agrónomo Alberto Fujimori Fujimori.

En este inusual escenario político, los inicios de la octava década del siglo XX están marcados por la incertidumbre. Un presidente sin mayoría parlamentaria frente a un congreso conservador en manos de la oposición, la crisis económica y el terrorismo galopante (ya en la última etapa para la conquista del poder en las tesis de Mao Tse Tung), generaron un ambiente de permanente confrontación política que finalmente llegó al *clímax* con la aprobación vía insistencia de la Ley N.º 25397 –Ley de control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República–⁽²⁾.

Esta norma que, entre otras disposiciones, establecía, por ejemplo, que los decretos legislativos dictados por el gobierno debían pasar por un control previo del Congreso (dicho sea de paso la rigidez del control de esta norma no se ha puesto en práctica en ninguno de los siguientes gobiernos democráticos), generaba un complejo entrapamiento en la toma de decisiones de estado en materia económica y para la lucha contra el terrorismo.

Fujimori decide entonces quebrar el orden constitucional el 5 de abril de 1992, y expone entre otros argumentos, la confrontación con el Congreso de la siguiente manera:

- La actitud irresponsable y negativa de los parlamentarios no respeta, tampoco, los mandatos constitucionales, los cuales son violados conscientemente. Tal es el caso de la

⁽²⁾ El enfrentamiento fue tan grave que para Chirinos Soto lo que ocurrió fue un -contragolpe.

promulgación de la Ley N.º 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República que pretende maniatar a este, recortándole atribuciones elementales para gobernar.

- Esto en aspectos tan importantes como la política económica o la lucha antiterrorista, cuando se niega al Presidente la facultad de señalar cuáles son las zonas de emergencia.

El golpe –otra de las paradojas del proceso peruano– tuvo gran respaldo popular, sin embargo, en el contexto internacional no reflejó de igual modo, razones que llevaron a que Fujimori de su inicial pretensión de convocar a un directorio de juristas para la aprobación de una nueva Constitución.

Ciertamente, si la debacle del bloque socialista le dio a Fujimori argumentos para conducir un proceso de reforma en materia económica, y la lucha contra el terrorismo, los elementos necesarios para obtener el respaldo popular; sin embargo, el nuevo orden mundial fue un freno que condujo a Fujimori a convocar a una constituyente en agosto de 1992 para allanar el camino de retorno a la democracia.

En este proceso electoral denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD), sorpresivamente, y a contracorriente de la decisión adoptada por los partidos Aprista Peruano y Acción Popular (que se negaron a participar en las elecciones), sí lo hicieron otras fuerzas políticas democráticas como es el caso del Partido Popular Cristiano, el Frente Independiente Moralizador, y Solidaridad y Democracia.

La Constitución una vez aprobada por el CCD fue sometida a referéndum con el cómputo final a favor de 52,24% de los votos válidos. Fue promulgada el 28 de diciembre de 1993, y entró en vigencia el 1 de enero de 1994.

III

El Poder Constituyente y la Constitución de 1993

El profesor Sánchez Viamonte señala que la existencia de un Estado (o su reafirmación) es el resultado de una obra constituyente. Esta obra implica la interrelación de tres elementos: El acto constituyente, el poder constituyente y la Constitución⁽³⁾.

Si el acto es el proceso que consolida el momento constitucional. El Poder Constituyente es la sinergia ciudadana más importante en la formación de un Estado. Es la génesis de la arquitectura estatal. A diferencia de los poderes constituidos, es único, extraordinario e ilimitado.

Bidart Campos expresa que el Poder Constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política⁽⁴⁾.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 024-2002-AI/TC, resumiendo los aportes de la doctrina, ha dicho lo siguiente:

[E]l Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: Es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquel desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él

(3) Sánchez Viamonte, Carlos. *El constitucionalismo, sus problemas*. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, s.a., p. 60.

(4) Bidart Campos, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo I. Ediar, 1993, p. 189.

ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, solo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como la creación o transformación de una Constitución).

Estamos hablando entonces de un poder constituyente originario, por tanto premunido de todas las prerrogativas arriba expuestas, y que se evidencia cuando se da nacimiento a un nuevo Estado o a su refundación (lo que ha ocurrido reiteradamente en el Perú).

A este poder excepcional, la Constitución estatuye un poder de carácter derivado al que le otorga la titularidad para la reforma constitucional. En el Perú, el poder constituyente derivado reside en el Congreso de la República, en atención a lo dispuesto por el artículo 206 de la Constitución.

En ese orden de ideas, y desde un análisis estrictamente dogmático, podemos afirmar entonces que, en 1993, lo que se materializó fue la aparición de un poder constituyente originario. Primero, el acto constituyente con la decisión del Presidente Fujimori y el consentimiento mayoritario de la población; segundo, con la elección e instalación del Congreso Constituyente Democrático (CCD); y, finalmente, con la aprobación popular vía referéndum, y la puesta en vigencia de la Constitución.

Vale decir, a pesar de las objeciones que se puedan tener al momento político que precedió y sucedió a la Constitución de 1993, lo cierto es que se concretizó un poder constituyente originario. Por lo tanto, la Constitución no tiene un origen espurio desde el análisis puro del derecho constitucional, dado que resulta ser fruto de un momento político de excepción como generalmente ocurre cuando se inicia un proceso de fundación o reafirmación de un Estado. Demás está recordar que la Constitución fue sometida a un proceso de referéndum que, –aunque por escaso margen a favor– validó la nueva Constitución.

La Constitución de 1993 contiene un total de 206 artículos a los que hay que agregar 16 disposiciones finales y transitorias. El texto va precedido de un preámbulo (muy sucinto en comparación con la Constitución de 1979), luego como es propio de la teoría constitucional, tenemos la parte dogmática (relativa a los derechos), la parte social y económica, y la parte orgánica (relativa a los órganos de poder):



En suma, la estructura de la Constitución de 1993 está compuesta de los siguientes Capítulos: I. De la persona y la sociedad (arts. 1-42); II. Del Estado y la nación (arts. 43-57); III. Del régimen económico (arts. 58-89); IV. De la estructura del Estado (arts. 90-199); V. De las Garantías constitucionales (arts. 200-205); y VI. De la reforma de la Constitución (art. 206). También forman parte de la Constitución, ya lo hemos adelantado, las dieciséis Disposiciones Finales y Transitorias, así como la Declaración sobre el dominio de la Antártida.

Renglón aparte merece hacerse una mención y reconocimiento a los importantes aportes de algunos representantes del fujimorismo como Carlos Torres y Torres Lara, Ricardo Marcenaro y Martha Chávez. Pero también de representantes de la oposición como Henry Pease, Enrique Chirinos Soto, Fernando Olivera Vega, Antero Florez Araóz, entre otros.

IV La revaloración del Estado social

El Estado social es una expresión del modelo democrático para corregir las deficiencias del clásico estado liberal concentrado en la tutela de las libertades y la desprotección de los derechos sociales. Precisamente, es a partir de este nuevo estadio del sistema político bien iniciado el siglo XX, a partir del cual, al lado de los derechos individuales, van a concretizarse como exigibles los derechos sociales.

El profesor Luca Mezzetti señala que esto implica “la conceptualización –en clave normativa– de una conexión y recíproca implicación entre libertad e igualdad social, conexión que se abre a un peculiar concepto de libertad, una libertad entendida como liberación de determinadas formas de privación”⁽⁵⁾.

La reconfiguración de los derechos sociales ha ido *in crescendo*, al punto de que actualmente hablamos de la exigibilidad en la misma intensidad que los derechos individuales, a pesar de su contenido prestacional, lo cual demanda, asignación presupuestal.

Esto ha dado lugar a que, pese a lo escueto de la Constitución de 1993, los derechos sociales no han sido desvirtuados sino todo lo contrario, el movimiento internacional y nacional en materia de protección de derechos humanos ha hecho que se tornen justiciables y exigibles más allá de su consagración nominal en el papel. La interpretación ha jugado así un rol muy importante en favor de la Constitución.

Los derechos sociales como salud y trabajo han sido ampliamente reconfigurados más allá del texto constitucional. Por ejemplo, el

⁽⁵⁾ Mezzetti, Luca. *Los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 21.

Tribunal Constitucional en el caso Azanca Meza (Exp. N.º 2945-2003-AA/TC) ha notificado al Estado y a la comunidad el carácter de exigible del derecho a la salud. A partir de allí el Estado ha venido impulsando una serie de políticas públicas para extender los beneficios de los servicios de salud a todos los ciudadanos; en el caso del derecho al agua potable ha ocurrido lo mismo, pese a no haber sido reconocido expresamente en la Constitución sino en una reciente reforma, lo cierto es que el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 6534-2006-AA/TC) se había pronunciado al respecto con bastante anterioridad:

En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

En la actualidad, la Constitución ha sido reformada para incorporar taxativamente este derecho, lo que para nosotros no deja de ser sino simbólico, porque el derecho al agua potable es uno de carácter fundamental esté o no escrito en la Constitución.

Otro mandato no previsto expresamente, lo constituye el derecho social a la vivienda decorosa, mandato constitucional previsto taxativamente en la Constitución de 1979. Sin embargo, este derecho es un mandato, al punto que los sucesivos gobiernos han venido impulsando de manera prioritaria el acceso a la vivienda digna, a través de programas sociales como Mi vivienda, Techo Propio, Mi Barrio, etc.

Además, la ventaja de los derechos tiene un importante soporte en el mantenimiento de la cláusula de los derechos implícitos, la cual está prevista en el artículo 3 de la Constitución.

Es precisamente esta apertura de la Constitución vigente la que ha permitido una permanente renovación del cuadro de derechos fundamentales. La interpretación ha sido la herramienta para la dinámica constitucional inclusive para la mutación de los derechos conforme a los nuevos tiempos.

En materia laboral el Tribunal Constitucional con la sentencia en el caso FETRATEL versus Telefónica del Perú (Exp. N.º 1124-2001-AA/TC) le dio un contenido tuitivo al artículo 27 de la Constitución hasta entonces altamente subjetivo, para precisar que los despidos arbitrarios no solo se tutelan con una compensación, sino procurando en todos los casos, mantener en el empleo al trabajador.

De esta manera, tenemos una permanente reconfiguración de nuestro catálogo de derechos fundamentales, los cuales actualmente mantienen una efervescencia recurrente en la tutela de los derechos sociales. Se derrumba con ello un mito en materia constitucional: No necesariamente tiene que estar reconocido de manera textual un derecho para que este exista. Dependerá mucho de los intérpretes su configuración tomando en cuenta la permanente evolución de la sociedad, y con ella las crecientes demandas y nuevas necesidades para vivir bien.

En este sentido, la cuestionada Constitución vigente –que en el papel recortaba derechos sociales– más pronto que tarde se ha visto fortalecida a partir del activismo jurisdiccional como resultado de suscribirse a la teoría abierta de los derechos fundamentales.

V

La nueva moda constitucional: Los derechos de tercera y cuarta generación

Desde la séptima década del siglo XX, con la proclamación por la ONU de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, el movimiento constitucional ha incorporado en sus constituciones los denominados derechos de tercera y cuarta generación.

Se trata del reconocimiento al más alto nivel no solo de los derechos individuales, sino además de aquellos que, teniendo un interés subjetivo están íntimamente ligados con la comunidad.

Dentro de estos nuevos derechos, tenemos al medio ambiente, el desarrollo sostenible, el patrimonio cultural, la paz, el consumo, entre otros.

Se suman a ellos, a partir del desarrollo de la tecnología de las comunicaciones, los ahora denominados derechos de cuarta generación, al punto que actualmente podemos hablar de derechos humanos en el *ciberespacio*. En efecto, los derechos de cuarta generación son aquellos derechos de las generaciones previas en el ámbito de las tecnologías de la información.

Bustamante Donas señala lo siguiente: “[L]o que denomino ‘cuarta generación’ de los derechos humanos será la expansión del concepto de ciudadanía digital, que presenta tres dimensiones. En primer lugar, como ampliación de la ciudadanía tradicional, enfatizando los derechos que tienen que ver con el libre acceso y uso de información y conocimiento, así como con la exigencia de una interacción más simple y completa con las Administraciones Públicas a través de las redes telemáticas. En segundo lugar, ciudadanía entendida como lucha contra la exclusión digital, a través de la inserción de colectivos marginales en el mercado de trabajo en una Sociedad de la Información (SI) (políticas de profesionalización y capacitación). Por último, como un elemento que

exige políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado”(6).

En suma, creemos que la Constitución al ser abierta, engarza con estos movimientos sociales *pos* modernos, y permite el ingreso de las nuevas tendencias en materia de derechos humanos, lo que da cabida para que los intérpretes sean los responsables de su concreción en la realidad. En este sentido, la Constitución es elástica, y el balance al respecto con la actuación de los intérpretes es sin duda más que favorable.

La parte de los derechos entonces ha resultado ser una fuente inagotable de regeneración del cuerpo de la Constitución, como en el caso de Benjamín Button y su amor por Daisy, capaz de perdurar más allá del tiempo.

VI

¿Y qué de la Constitución económica?: El corazón de Benjamín Button

Con la dación de una nueva Constitución, en la lógica del modelo económico liberal, se consagraron un conjunto de dispositivos para asegurar la inversión privada. Así se constituyó el famoso y polémico artículo 62 que le otorga categoría de ley a los contratos con el Estado, con la finalidad de establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas, y se desvirtúe el fundado temor

(6) Bustamante Donas, Javier. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales, en *Revista TELOS*, p. 2. Disponible en el siguiente link: <https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf-generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2010110411480001&idioma=es>.

al desconocimiento político de las obligaciones contractuales por mayorías parlamentarias coyunturales.

De igual relevancia, se consagra el rol subsidiario del Estado, a partir del cual se quiebra la tradicional actuación estatal en la actividad económica para pasar a un modelo totalmente diferente, donde solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Así se lee del artículo 60 de la Carta Política.

Estos dispositivos, a la par de las reglas para la flexibilización laboral hicieron que la Constitución se inaugure con éxito. El capital, atraído por las nuevas condiciones económicas no tardó en llegar más pronto que tarde.

En efecto, el éxito inmediato que esta tuvo radica, precisamente, en la confianza que generó en los inversionistas que trajeron enseguida grandes capitales como Telefónica del Perú, o las mineras transnacionales, y que finalmente reactivaron la economía.

El crecimiento económico del Perú ha sido incesante desde entonces, sin embargo, el dogmatismo liberal ha impedido que los beneficios se redistribuyan con justicia.

Así, muchos sectores poblacionales no se han beneficiado por la inversión privada. En buena parte por la incapacidad de la empresa de asumir determinadas actividades con responsabilidad social. En estos casos el Estado hubiera podido participar activamente invocando la aludida cláusula constitucional para, por ejemplo, crear una línea aérea de bandera, o una constructora para mega obras. Lamentablemente el temor al retorno al estatismo ha impedido si quiera el debate sobre la actuación del Estado, siempre de manera excepcional, en la economía.

Tampoco se ha fomentado el desarrollo de las micro y pequeñas empresas, y mucho menos del régimen de cooperativas, las cuales subsisten más por la tenacidad de sus socios que por una adecuada política pública que la promocióne. La primera más por la falta de

voluntad y decisión de nuestros gobernantes, y el culto al mercado. En efecto, la falta de interés por el tema cooperativo durante casi los últimos veinte años, lamentablemente ha implicado “[que] los derechos laborales se hayan reducido, a favor de una mayor flexibilización de empleo”⁽⁷⁾. Pero, como ya lo hemos señalado, este abandono, no ha podido desalentar a las cooperativas, porque se trata de una forma de defensa y promoción de los trabajadores. Del acceso a los bienes y al capital de modo popular.

Aunque es verdad que malos ciudadanos han pretendido utilizar los vacíos legales para distorsionar la finalidad del cooperativismo sobre todo en el rubro de ahorro y crédito.

En suma, el corazón de la Constitución del 1993 es sin duda la economía de mercado, y funciona, pero qué duda cabe que a estas alturas hace falta un adecuado bombeo de sangre que le permita seguir viviendo. Y para ello, nosotros creemos que, los dogmas del capital deben ceder para compatibilizar sus objetivos con la asociatividad y participación en mejores condiciones para la clase trabajadora y para la comunidad en su conjunto.

VII

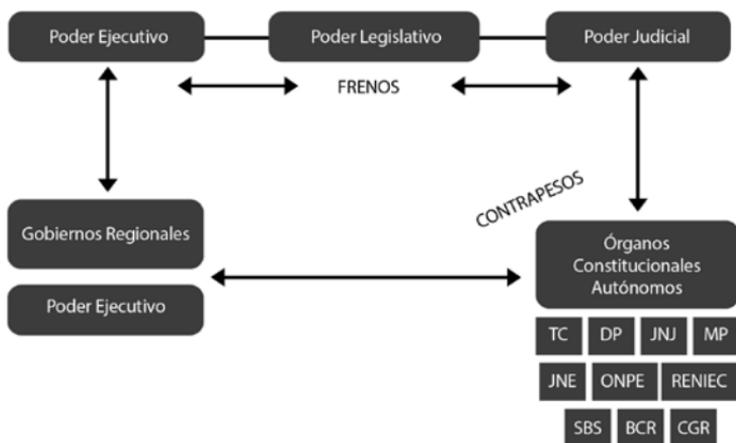
La parte orgánica de la Constitución: El cuarto de máquinas

La segunda parte de la Constitución está referida a la estructura del Estado, vale decir, a sus órganos más importantes. Conforme nuestro modelo histórico, el ejercicio del poder se organiza bajo el principio de separación de los poderes. Así lo exclama el artículo 43 de la Constitución.

⁽⁷⁾ Mogrovejo, Rodrigo y otros. *Visión panorámica del sector cooperativo en Perú. El renacimiento de un modelo*. La Paz: OIT, 2012, p. 27.

En esta fórmula se integran los órganos constitucionales autónomos, los que coadyuvan al correcto funcionamiento de la tríada básica expresada en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial articulando de esta manera el sistema de frenos y contrapesos.

Veamos el siguiente cuadro que refleja el nuevo cuadro de poderes:



Precisamente, la Constitución no ha sido ajeno a estos nuevos avances de la teoría constitucional, y ha incorporado varios órganos constitucionales en su seno y en otros los ha reperfilado de modo tal que se convierten en verdaderos estamentos de poder. Así, no solamente tenemos los clásicos poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino además órganos constitucionales autónomos como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, la Junta Nacional de Justicia, la Contraloría General de la República, entre las más relevantes.

En este sentido, la Constitución encuentra aquí una interesante estructura para limitar el poder y fortalecer el ejercicio ciudadano de los derechos, aunque lo cierto es que los órganos de poder (máquinas) no han funcionado adecuadamente, algunas veces por los altos niveles de corrupción, pero las más de las veces por la falta de calibración entre ellas para optimizar los controles *inter* órganos. Vale decir, el ejercicio del poder, por un lado, y el control sobre los mismos que entre sí deben armonizarse, por el otro lado.

Estamos ante los puntos críticos de la Constitución, los que, si bien no han incidido en contra de su vigencia, lo cierto es que es imperativo una gran reforma.

Sin embargo, este grave problema no es propiamente de la Constitución de 1993, sino de la historia constitucional de toda Latinoamérica. Gargarella explica que no se han querido desarrollar las reformas políticas necesarias para optimizar el ejercicio del poder, el cual permanece concentrado, y generan viejas estructuras que atentan contra el desarrollo y el bienestar general⁽⁸⁾.

VIII

Un detalle: La supresión de los contenidos autoritarios de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 ha recibido opiniones en contrario desde diferentes sectores políticos, sociales y académicos. La primera objeción parte rechazando de plano el modo como se gestó: Mediante la interrupción del orden constitucional.

Sin embargo, el cuestionamiento termina siendo diluido por las circunstancias que propician la aparición histórica del poder cons-

⁽⁸⁾ Sobre el tema puede verse: Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Barcelona: Katz Editores, 2015.

tituyente. Vale decir, mediante un acontecimiento político que en la mayoría de casos rebasa los parámetros normativos constitucionales. Álvarez Conde⁽⁹⁾ afirma que el poder constituyente, como expresión que es de la soberanía, presenta los caracteres de ser un poder originario, creador de un orden nuevo, no sujeto a límites y de eficacia actual.

Es lo que ha acontecido en el Perú con cada Constitución. Prácticamente todas son el resultado de un momento de crisis política insalvable. Y es moneda corriente en el mundo que los momentos constitucionales se den como consecuencia de este tipo de circunstancias. Y, ergo, las constituciones resultan de la quiebra del orden constitucional preexistente.

Ciertamente no alentamos la aparición del poder constituyente originario, pero qué duda cabe que la sinergia social que ella produce es un factor del poder incontrolable y ajeno a la realidad jurídica. Su aparición está condicionado a un conjunto de factores sociopolíticos que no se juntan sino a partir de un alto grado de consentimiento popular.

En ese orden de ideas, lo adecuado es siempre invocar un poder constituyente derivado, vale decir, como mecanismo al interior de la propia Constitución que se encuentre vigente, y conforme el procedimiento que ella indique. Este resulta ser el ideal, pero en determinados momentos excepcionales, es insuficiente.

Sin embargo, debe decirse que también ha sido el argumento para justificar la interrupción del orden constitucional y, en algunos casos, procurar implementar un conjunto de disposiciones encubiertas para perpetuar un régimen.

En lo que concierne a las disposiciones autoritarias incorporadas en la Carta de 1993, estas han sido varias. Entre ellas, el fortalecimiento del presidencialismo a través de la habilitación de la reelección

⁽⁹⁾ Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. 4.^a ed. Volumen I, Madrid: Tecnos, 2003, p. 164.

presidencial, la supresión del histórico proyecto descentralista (con el consabido debilitamiento de los municipios y las regiones), la reducción del parlamento a uno pequeño (proclive al dominio de las mayorías políticas). A ellas, abonaba la habilitación del hábeas data para emplearla contra la prensa; así como la ampliación de la pena de muerte hacia los delitos de terrorismo.

Todos estos dispositivos constitucionales, salvo el modelo de parlamento unicameral, han sido retirados o reformados del texto constitucional. En lo que se refiere a la pena de muerte por delitos de terrorismo, en la *praxis* es una norma ineficaz ya que, si bien podría aplicarse en el Perú como un Estado soberano, no es menos cierto que la comunidad internacional y los sistemas de protección de los derechos humanos lo han convertido en un dispositivo tácitamente derogado.

IX

Un punto aparte: La histórica prohibición de las dádivas en campaña y la necesidad de la reforma electoral

La reforma de la Ley 28094 sobre Organizaciones Políticas realizada en plena campaña presidencial para el periodo 2016-2021, trajo consigo un importante cambio que tuvo impacto directo en los resultados finales del pasado proceso electoral. Sin duda, varios candidatos fueron excluidos, pero el caso más notable, fue el del entonces aspirante al sillón presidencial por la Alianza por el Progreso, César Acuña Peralta. Ciertamente no fue el único, inclusive los dos candidatos que pasaron a la segunda vuelta estuvieron envueltos en sendos pedidos de exclusión, Keiko Fujimori por los premios en dinero entregados a los concursantes de bailes urbanos promovidos por el denominado grupo Factor K, y el ex presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski por la entrega de cajas de cerveza en un evento

proselitista en la ciudad de Huancayo, que finalmente terminó con la exclusión de su candidato al Congreso, Mauricio Vila.

No obstante, esta regla fue aprobada con el respaldo de todas las fuerzas políticas. Entonces, no fue una regla sacada del sombrero de algún mago a última hora ni una imposición normativa entre gallos y medianoche, sino del consenso de la asamblea legislativa por autoimponerse determinados parámetros para contener la permanente distorsión de las campañas electorales que en vez del debate de las propuestas terminan en un concurso de premios y regalos, trastocando los mandatos constitucionales.

Ciertamente, la finalidad de la norma contra las dádivas, elaborada como ya lo hemos dicho, en consenso por los legisladores era más que notable. Aún así, los críticos siempre la cuestionaron. Pero, en lo que como segundo dato llama la atención, es que los operadores jurisdiccionales fueron quienes más cuestionamientos hicieron durante el proceso electoral. Allí están las palabras del entonces presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Francisco Távara, quien calificó a la prohibición de las dádivas como “el elemento más perturbador de la contienda electoral”.

Desde la teoría entendemos que cuando la ley se considera deficiente, el operador deja de ser en términos de Montesquieu “la boca que pronuncia la ley” para interpretarla. Siendo los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones precisamente Jueces, consideramos que su rol era aplicar la norma con racionalidad jurídica y en tiempo oportuno. Y es aquí tal vez un vacío más que hoy en día debe ocuparse la reforma electoral: fortalecer el sistema de justicia electoral, estableciendo cambios en el modo de elegir a sus miembros y la definición de los principios, procedimientos y reglas de carácter operativo que permitan hacer del juez electoral un colaborador del derecho y un garante de la justicia.

¿Debe eliminarse la ley contra las dádivas? Consideramos que no pues contribuye al renacer de la Constitución. Sin embargo, resulta imperativo evaluar su impacto.

Los fundamentos de la ley contra las dádivas

¡Vota por mi! Te ofrezco chamba. ¡Ven al mitin de cierre sortearemos artefactos! En el partido B postulara una vedette. Si esto es política, ¡como no va estar por los suelos la imagen de los políticos!

Desde los inicios de la historia de la república la política ha estado en manos de la elite. Para elegir y ser elegido había que ostentar no solo la ciudadanía sino una serie de requisitos como por ejemplo contar con determinado patrimonio o tener alguna profesión u oficio. No obstante, el descrédito de la clase política siempre ha sido una constante. Manuel Atanasio Fuentes expone lo que sostenemos, en un óleo hecho en 1866, donde en tres momentos se recrea la imagen que la ciudadanía tiene del diputado en el siglo XIX: De llegar a la asamblea, con las justas económicamente, para salir con todo lo que pueda al finalizar su mandato.

Esa visión del político es también la de hoy. Quizás lo que ha cambiado en las dos últimas décadas es que ahora el político ya no requiere de tener patrimonio previo o una profesión. Ahora basta tener 25 años para ser congresista. Y 18 para ser autoridad local o regional. Cambios que por cierto no solo son importantes sino además revolucionarios: todos somos iguales ante la ley.

Pero ello, siendo importante, tampoco puede significar que, en aras de una igualdad a ultranza no haya determinadas previsiones que eviten el uso abusivo de dichas libertades. Si eso se permite estamos sobre la base de un discurso “garantista” y es seguro que estamos una democracia, pero en una democracia “boba” en realidad.

Por eso son necesarias normas limitativas en materia electoral que permitan evitar los excesos en la participación que terminen trastornando la verdadera finalidad de la igualdad como principio y valor de la democracia (no hay que olvidar que la política es una pugna entre corrientes de opinión).

¿Cual es esa pugna de propuestas si en los últimos procesos electorales el debate pasa a un segundo plano y la política se convierte

en un concurso de regalos entre los ofertantes? Difícil pugnar entre las ideas si surge un candidato como los muchos que tenemos, que no se caracterizan por la trayectoria, sino en esencia por el capital económico que poseen. ¿Como competir democráticamente en estas condiciones? Mientras uno promete legislar para mejorar las condiciones de los docentes. El otro hace una fiesta con banda de música y regalos con todos ellos. ¿Quien va ganar? Ya para que gastamos pluma en responder.

En esta lógica, es correcta la norma dada por el congreso que prohíbe los regalos y dádivas en las campañas electorales. Distinta es su configuración normativa, la cual creemos requiere de algunas precisiones a efectos de poder consolidar su eficacia.

Qué ponerle qué quitarle

La ley que prohíbe las dádivas tiene como medida la exclusión del candidato que incurre en esta práctica en el desarrollo de una campaña electoral. No obstante diferencia dádiva de propaganda (pólos, lapiceros, almanaques, etc). Pero en lo que es más establece un máximo porcentual para este gasto que no debe exceder del 0.5% de la Unidad Impositiva Tributaria UIT, lo que en términos monetarios son, 19 soles por cada bien entregado como propaganda electoral.

En consecuencia, la norma no solo es constitucional en tanto resguarda el derecho a la igualdad de armas en la contienda política, sino además histórica. Por primera vez se pone un límite a la mercantilización de las campañas.

Sin embargo, la norma ha sido modificada por la Ley N.º 30689, e efectos de evitar un colapso con sanciones generalizadas en procesos electorales de carácter local. Entre lo más relevante, es que la da una primera antes de la exclusión. En otras palabras, si a un candidato u organización partidaria se le descubre entregando dádivas, el órgano electoral antes de excluirlo procederá a imponerle una multa. Y si este persiste, será la exclusión la medida correspondiente.

La norma no esta nada mal. Reconoce la importancia de la exclusión de las dádivas. Sin embargo, si de hacer cambios se trata, nosotros proponemos los siguientes:

1. Ampliar la prohibición también en época no electoral. Toda dádiva en política es inadmisibile.
2. Limitar como medida complementaria el gasto de propaganda electoral en medios de comunicación a un tope porcentual.
3. Fortalecer las competencias de la ONPE en materia de educación electoral. Debe generarse una cultura política que prescindia de las dádivas.
4. Fortalecer las competencias del JNE en su función jurisdiccional ampliando el número de integrantes. La participación de un representante de los colegios de Abogados del Perú se hace imperativa.
5. Desarrollar procedimientos sumarios que permitan resolver estos casos en un máximo de 72 horas.

Probablemente estas medidas nos lleven a pensar en la necesidad de efectuar una reforma de la Constitución para optimizar el sistema electoral. Evitar así la duplicidad de funciones que en muchos casos ocasionan tensiones entre los organismos electorales. Pero sin duda, toda reforma de la carta suprema implica una tarea de sensibilización que demorará en consolidarse. Mientras tanto corresponde a los que estamos comprometidos con el tema, generar en la comunidad, como diría Loewenstein, un “sentimiento constitucional” que permita a los legisladores a través de su poder de reforma, hacer los grandes cambios que requiere la “sala de máquinas” de la Constitución.

En suma, ningún esfuerzo será importante sino prestigiamos el compromiso que debe adquirir un político postula a un cargo de elección popular. El se gana el voto con los argumentos, no los compra. Al fin y al cabo el arte de la política es la palabra con buenas razones. No comprar un ticket en una feria para después querer festinar la representación.

X

Lo de nunca acabar: Las propuestas de reforma constitucional

Desde la nominación del Gobierno Transitorio presidido por Valentín Paniagua los intentos de reforma de la Constitución han sido constantes. Solo hay que recordar que en este período se instaló la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, que en su Informe sugirió tres alternativas de reforma. Paradójicamente una de ellas inusual, por un mecanismo ni contemplado por la Carta de 1979 ni por la de 1993, vale decir, vía referéndum, con lo cual lo que se advierte es precisamente lo que dijimos líneas arriba, el tema de la reforma constitucional en muchos casos supera lo jurídico y se convierte en un acto eminentemente político.

Ciertamente, esta Comisión que contó con importantes especialistas sugirió como primera alternativa, retornar a la Constitución de 1979, la segunda reformar la Constitución de 1993 conforme a los procedimientos por ella establecidos; y la tercera, como lo acabamos de escribir, aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

Constituido el nuevo Congreso en el 2001, este optó por utilizar la cláusula del poder constituyente derivado previsto en el artículo 206 de la Constitución de 1993, e inició el procedimiento para la reforma total de la Constitución, la que finalmente fue habilitada con la aprobación de la Ley de Reforma Constitucional N.º 27600.

Sin embargo, fueron varios sectores los que se opusieron a una reforma de la Constitución, pese a los esfuerzos de los principales políticos y la academia, validada inclusive por el Tribunal Constitucional. Lamentablemente, la reforma no tuvo éxito, como tampoco los posteriores intentos en los siguientes gobiernos. La gran difi-

cultad ha sido siempre el alto nivel de votos requeridos (dos tercios del número total de congresistas), en tanto que estamos ante una Constitución rígida, necesaria en un modelo democrático.

Más allá de la viabilidad de la reforma constitucional, uno de los temas relevantes resulta ser la reforma de los poderes del Estado (el cuarto de máquinas), el cual requiere no solo de cambios constitucionales sino además la incorporación de ciertos presupuestos normativos a las leyes. Es verdad que el debate sobre la bicameralidad, la renovación por mitades o por tercios del parlamento, el voto facultativo y la unificación de los entes electorales, son aspectos de capital importancia y de urgente necesidad, pero qué duda cabe que generan encendidas polémicas a favor y en contra del diseño a seguir, lo que forma difícil el lograr consenso entre los actores políticos.

En ese orden de ideas, consideramos imperativo una reforma política integral. No aislada. Ahora bien, ahí no se agota el tema, la reforma implica además la formulación de una serie de modificaciones a la Ley de Partidos Políticos y a las leyes electorales. Este es un tema que no puede esperar, de lo contrario nuestro sistema de partidos seguirá siendo endeble e inestable, como ocurre hasta la actualidad.

En efecto, ¿qué podemos esperar de un cambio del modelo político estatal si de por medio los partidos políticos, que son los vehículos que conducen la voluntad ciudadana en la formación del poder, sufren una serie de obstáculos al interior y fuera de ellos, lo que impide un sistema de partidos? Compartimos las observaciones de Roncagliolo⁽¹⁰⁾ cuando dice que los problemas de los partidos políticos en el Perú de hoy son la fragmentación, volatilidad (en lo que se refiere al grado en que la composición del parlamento por partidos cambia o se mantiene, luego de cada proceso electoral),

(10) Cf. Roncagliolo, Rafael. *Los partidos políticos en el Perú*. Lima: Idea internacional, 2009, pp. 30-37.

divorcio entre lo nacional y lo regional y local, mercantilización, y vaciamiento de la política.

Es imperativo un sistema racional de partidos políticos para evitar la proliferación de mini partidos, partidos «combi», etc., que resumen la informalidad política con la que, en pleno siglo XXI, lamentablemente vivimos. En este sentido, Manuel García Pelayo⁽¹¹⁾ señala que la recepción de los partidos por el Derecho Constitucional significa desde el punto de vista político, la repulsa a los regímenes que los había eliminado de la vida política o instituido el monopolio de un partido, en una palabra, la repulsa a los regímenes antidemocráticos, contrapunto de la afirmación de que la verdadera democracia (la democracia pluralista) solo es viable por la existencia de una pluralidad de partidos que, en relaciones competitivas por el ejercicio o influjo en el ejercicio del poder en el Estado, ofrezcan al electorado distintas opciones.

Otros temas en debate son la reforma del sistema de gobierno. Hay quienes abogan por establecer un modelo parlamentarista en el Perú. También quedan quienes apuestan por un cambio de la Constitución económica. La eliminación de las prerrogativas parlamentarias, sobre todo en el caso del antejuicio y la inmunidad. En la primera para eliminar el carácter imperativo de la decisión del parlamento en una acusación constitucional, en un supuesto desmedro de las atribuciones del Ministerio Público y del Poder Judicial. Ya lo habíamos expresado en un trabajo anterior⁽¹²⁾ que, para nosotros, desde una perspectiva

(11) Citado por Fernández Segado, Francisco. Partidos políticos: Representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo, en *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1195, p. 44.

(12) Gutiérrez, Gustavo. El antejuicio político en el Perú, en Espinosa-Saldaña, Eloy ·Gutiérrez Ticse, Gustavo (dir.). *Limitación del poder y estructura del Estado*. Lima: Grijley, 2008, p. 65.

constitucional, la segregación que hace el constituyente es válida en tanto en cuanto no afecta la potestad sancionatoria en materia penal del juez, con lo cual pues, la excepcionalidad en la acusación, fuera del margen del Ministerio Público, no atenta contra la autonomía de dicho organismo constitucional autónomo sino confiere dicha prerrogativa al parlamento en un sistema en el cual los poderes se entremezclan y así también sus funciones.

El Tribunal Constitucional ha expuesto en forma similar: “En los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decidor (porque nunca sanciona)” (Expediente N.º 04747-2007-PHC/TC, fundamento 3).

Por otra parte, se cuestiona la figura de la inmunidad parlamentaria como prerrogativa. Sin embargo, esta institución se ha relativizado con la aprobación de la Resolución Legislativa del Congreso N.º 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo del 2006, de modo que ya no tenemos una inmunidad absoluta como ha sido tradición en el Perú, sino una inmunidad relativa, que no cubre a los parlamentarios por acusaciones hechas con anterioridad a su elección como legisladores. El tema no se ha agotado aquí.

Las prerrogativas son sin duda necesarias, pero tal cual como están construidas son más herramientas para la impunidad, por ello, es imperativo su reforma. En el caso del antejuicio y la inmunidad creemos que el plazo debe ser perentorio. Si el parlamento no se pronuncia sobre los requerimientos o acusaciones, estos deben pasar directamente a competencia de los órganos jurisdiccionales.

En todo caso no hay que perder de vista que la inmunidad es actualmente una institución del derecho parlamentario vigente. El legislador sigue teniendo enemigos fuera del parlamento y dentro de este. Una forma de protegerlo es mediante esta prerrogativa. En efecto,

la inmunidad parlamentaria protege al político, al representante del pueblo que, en su carrera, va acumulando no solo simpatizantes sino adversarios. Al llegar a la asamblea y tener determinada cuota de poder, el parlamento, como órgano corporativo, le confiere esta prerrogativa para que pueda actuar sin ningún tipo de presión que perturbe su rol de representación⁽¹³⁾.

En definitiva, la reforma constitucional queda latente en el parlamento como titular del poder constituyen derivado. El éxito de ella pasa por fomentar un sentimiento constitucional que, más allá de constituirse un ambiente generalizado en el pueblo, debe sobre todo percibirse ese sentimiento en la clase política y académica. De lo contrario la reforma seguirá como hasta ahora, en el péndulo.

Lo expuesto demuestra que, pese a las deficiencias de la estructura del poder, lo cierto es que la Constitución se ha mantenido en vigencia, debido a las urgentes demandas sociales relativas a los derechos. Sin embargo, actualmente el cambio constitucional de las máquinas es impostergable.

Debe dejarse constancia de cualquier modo que la reforma es siempre excepcional. Loewenstein señala que “[l]as reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio; pero cada una de ellas es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe ser solo efectuada con gran cuidado y extremada reserva”⁽¹⁴⁾.

(13) Sobre el tema puede verse: Gutiérrez, Gustavo. La inmunidad parlamentaria como prerrogativa, en Javier Velásquez Quesquén (comp.). *Parlamento y Justicia Constitucional*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2009, p. 150.

(14) Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p. 199.

XI

Unas de cal otras de arena: Las reformas constitucionales coyunturales y populistas

Con el advenimiento de dos nuevos regímenes políticos (2011-2016 y 2016-2021), las expectativas por los cambios constitucionales se mantuvieron en el escenario político. Los meses siguientes del régimen iniciado el 2011, diluyeron las esperanzas de los más radicales por retornar a la Constitución de 1979 (actualmente ya una pieza de museo).

Durante el período legislativo 2016-2017 se han dado dos cambios de alta relevancia. El primero referido al transfuguismo. Y el segundo concerniente a la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

El transfuguismo, entendida como la deslealtad política, entra en conflicto con el principio del no mandato imperativo, razón por la cual su incorporación requiere de una reforma de la Constitución. Ciertamente, si los congresistas no reciben un mandato comisorio en el desarrollo de su función, no sería lógico censurarlos por obedecer a su conciencia antes que a la disciplina partidaria. Si ello debe ponderarse, la lógica conlleva a desarrollar una reforma constitucional para colocar de un lado el principio y de otro la excepción.

De lo contrario supondría una superposición del parlamento a la Constitución. Lamentablemente, no hemos avanzado mucho, pese a las marchas y contramarchas entre el Congreso y el TC, el transfuguismo sigue siendo uno de los mayores problemas del sistema político.

Por otro lado, la propuesta de declarar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción impulsada desde inicios de los años dos mil ha sido aprobada. Esta vez, de manera correcta, a través de una reforma constitucional.

La prescripción es una institución jurídica que expresa un postulado del Estado democrático. El paso del tiempo concluye el interés

de la colectividad por sancionar un ilícito. No hay justificación para perseguir de por vida a un ciudadano. Las agencias de control deben desarrollar sus funciones en tiempo oportuno. Sin embargo, determinados bienes constitucionales en razón de su importancia y complejidad relativizan la prescripción. Así, por ejemplo, los delitos de lesa humanidad.

En el caso de la corrupción nadie puede negar que constituye uno de los grandes flagelos de la humanidad. En ese sentido, la reforma para extender la imprescriptibilidad a los delitos de corrupción más graves sí cobra sentido. La Ley de Reforma Constitucional N.º 30650 del 20 del agosto de 2017, que reforma el artículo 41 de la Constitución, ha consumado este importante cambio.

Tres modificaciones más a nivel constitucional se han sucedido (aunque menos relevantes). El primero aprobado por la Ley de Reforma Constitucional N.º 30558 del 9 de mayo del 2017, que modifica el literal f del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú para ampliar el plazo de las detenciones de 24 a 48 horas; y la de incorporar dentro de los casos complejos que pueden dar lugar a plazos de detención de hasta quince días para los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Un segundo cambio ha ocurrido a través de la Ley de Reforma Constitucional N.º 30588 del 22 de junio del 2017, que incorpora dentro de la Constitución al artículo 7-A relativo al derecho al agua potable.

Otra reforma simbólica es aquella que ha modificado el artículo 203 de la Constitución, a través de la Ley de Reforma Constitucional N.º 30651 del 20 de agosto del 2017, que incorpora al Poder Judicial dentro de los sujetos con legitimación activa para interponer demandas de inconstitucionalidad.

En ese sentido, consideramos que estas modificaciones no tienen mayor trascendencia. La primera que amplía el plazo de la detención es más bien lesiva a los derechos. En todo caso, deben

activarse mecanismos judiciales más rápidos pero no en desmedro de la afectación de la libertad individual, todavía aun tomando en cuenta que estamos ante detenciones preventivas basadas en meras presunciones.

La incorporación del derecho al agua como derecho fundamental ya era reconocido como un derecho fundamental a la luz de la interpretación constitucional. También es una modificación simbólica. Igual ocurre con la modificación constitucional que habilita al Poder Judicial para interponer demandas de inconstitucionalidad. Se olvida o no se utiliza en su real dimensión la titularidad de la justicia en el uso del control constitucional difuso, conforme manda el artículo 138° de la Constitución.

Durante el año 2018, el presidente en funciones Martín Vizcarra, impulsó un referéndum constitucional que, sobre la base de 4 proyectos proponía dos cambios relevantes: el reemplazo del Consejo Nacional de la Magistratura por la Junta Nacional de Justicia, y el retorno al modelo bicameral.

A estos se sumaban dos propuestas populistas: la no reelección parlamentaria y la prohibición del financiamiento de los partidos políticos.

En lo que concierne a la Junta Nacional de Justicia (más allá del cambio en su composición), lo interesante es que permite a este organismo sancionar con mayor eficacia a los jueces y fiscales que incurran en inconductas funcionales. Atribuciones que no tenía el desactivado Consejo Nacional de la Magistratura y venía siendo reclamada por largo tiempo.

La bicameralidad de otro lado, no solo es una aspiración de la clase académica y política, sino además en perspectiva comparada permite mejorar la calidad de la representación.

Sin embargo, fue el propio Vizcarra quien le puso trabas a esta propuesta al hacer campaña en contra, utilizando como argumento su desnaturalización, cuando fue evidente que, por el temor a ser

rechazado por el pueblo, Vizcarra, quien gobierna populistamente, optó por ponerse del lado del sentir de la población.

En lo que concierne a las otras dos reformas, la línea bizantina se mantiene. El régimen del financiamiento ya está previsto en la ley, y la no reelección parlamentaria es contraproducente en la afirmación de un parlamento de prestigio.

El referéndum se realizó el 9 de diciembre del 2018 y se aprobó con una votación superior al ochenta por ciento, a excepción del retorno al bicameralismo como era de esperarse.

Lamentablemente el populismo no ha cesado, ahora el propio Vizcarra pretende imponer una reforma *express* sobre la inmunidad y la alternancia en las listas electorales, de manera disfuncional y preocupante, así como una donde la prohibición a los cargos políticos relativice derechos fundamentales como la presunción de inocencia. Temas sumamente delicados que merecen un exhaustivo desarrollo, voces de consenso y procesos de reflexión adecuados.

Esperamos que los cambios en la constitución de las listas parlamentarias, con la incorporación progresiva de la paridad, así como de las primarias en los partidos políticos resulten disposiciones adecuadas a nuestra realidad. No olvidemos que las reformas a la Constitución, son operaciones al corazón de Benjamin Button, por tanto deben hacerse cuando no haya más remedio y con la mayor reflexión posible. Algo que ningún gobernante populista va a entender.

XII

Una constitución anticorrupción

La crisis institucional por la grave penetración de la corrupción en todos los estamentos de la sociedad, es en puridad el develamiento de la coima republicana.

Los inicios del Estado peruano, el contrato Dreyfus, la guerra con Chile, el oncenio de Leguía, el odriísmo, el velasquismo, ni qué decir

de los ya conocidos casos de los ochenta y noventa, fueron eventos marcados por la traición a los intereses del pueblo.

Lava Jato nos demuestra que la coima no distingue ni de ideologías ni de géneros, se trata de un mal endémico que debemos afrontar de cara al futuro.

Es por ello que, consideramos impostergable una reforma constitucional que incorpore un catálogo de cláusulas anticorrupción. Entre ellas deben ser parte de esta fórmula las siguientes:

- Declaración de la corrupción como delito de lesa humanidad
- Redefinición de las competencias de la Corte Suprema con facultades de corte de precedentes
Eliminación de las fiscalías civiles y administrativas y redefinición de competencias de fiscales penales y exclusividad para la función.
- Creación de la Procuraduría General de la República autónoma.
- Incorporación de los Jurados Ciudadanos en los juicios penales por corrupción
- Creación del juicio político (impeachment) contra cualquier autoridad o funcionario público que incurra en actos de corrupción y falta al decoro de la función pública.
- Incorporación de la revocatoria popular contra altas autoridades.

Estas propuestas deben engarzarse con un conjunto de modificaciones de índole legal, como es el caso de la reforma de los códigos que agraven las penas y se tipifiquen determinadas figuras delictivas como por ejemplo la defensa ineficiente o complaciente frente al poder económico.

Además de ello, las leyes orgánicas que permitan una real reforma del poder judicial y del resto de órganos del sistema de justicia.

Hay que decir que, los cambios propuestos no podrían hacerse de modo aislado a una serie de transformaciones al interior de la organización judicial. Es decir, las cortes superiores tendrían que ser prácticamente una suerte de «cortes supremas» en sus respectivos distritos judiciales y, con ello, la redistribución de causas en las instancias inferiores.

Ojalá los nuevos tiempos nos permitan avanzar hacia la creación de un catálogo de cláusulas anticorrupción en la norma constitucional. Su materialización nuevamente reiteramos pasa por impulsar consensos esencialmente en la clase política y académica que es la que finalmente procesa las reformas constitucionales, y no el uso de las mismas con intereses populistas como lamentablemente el presidente en funciones Martín Vizcarra parece entenderlas.

XIII

El renacer de Benjamín Button: La evolución de la vieja Constitución semántica a una joven Constitución normativa

Luego de todo este sumario recuento sobre los aspectos más importantes de nuestra Constitución, quisiéramos terminar intentando resolver la gran interrogante sobre el curioso caso de la Constitución de 1993. Para ello, emplearemos la tipología de Karl Loewenstein, quien clasifica a las constituciones por su finalidad ontológica, a saber: i. Normativas; ii. nominales; y iii. semánticas⁽¹⁵⁾:

Las constituciones normativas son las ideales. Es el “traje que encaja al cuerpo” diría el citado maestro. Las nominales en cambio, son constituciones que contienen instituciones relevantes, pero en este caso el problema será en que “el traje no encaja al cuerpo”, vale decir, no son compatibles con el proceso político del país donde va

(15) Cf. Loewenstein, Karl. *Op. cit.*, pp. 216-231.

regir. Y, finalmente, las semánticas, aquí no hay traje, lo que hay es un disfraz para encubrir un régimen autoritario.

Dentro de este esquema, la Constitución de 1993 fue, en su origen, una constitución semántica. De suerte que, su correlato, fenecido el régimen debió ser también la culminación de su vigencia. Sin embargo, han pasado más de 25 años y la Constitución se ha mantenido incólume. ¿Cómo se explica este curioso caso?

Pues bien, en principio la Constitución ya no podría ubicársele como una de tipo semántica, dado que todos los indicadores autoritarios han sido suprimidos y otros modificados. Tampoco es una Constitución nominal, ya que sus mandatos son ejecutables como consecuencia de la interpretación constitucional. Además de ello, los órganos de poder pese a haber sido diseñados defectuosamente, guardan un margen de autonomía que permite el inter control, dentro del esquema de frenos y contrapesos del modelo democrático contemporáneo.

En efecto, basta recordar que desde el 2001, hasta la fecha, han sido electos cuatro presidentes de la República, cuatro congresos y muchos funcionarios que tienen su fuente de poder en la Constitución de 1993. Ni que decir en lo que se refiere a la dación de dispositivos de gran magnitud en el ordenamiento jurídico positivo como las leyes de partidos políticos, de regalías mineras, la reforma pensionaria, la institucionalización del Tribunal Constitucional, el avance en la edificación de los cimientos para la afirmación de la independencia del Poder Judicial mediante la aprobación de la Ley de la Carrera Judicial, la Ley de la Consulta Previa, entre otras leyes de suma relevancia.

Por otra parte, la Constitución de 1993 luego de las necesarias reformas hechas a inicios de la década se ha consolidado como una norma jurídica suprema. Ello nos dice que la Constitución es, en realidad, un conjunto de normas válidas y vinculantes, lo que evidencia pues que estamos ante un Estado democrático constitucional, donde la Constitución prevalece y garantiza el desarrollo de los actos de poder en clara convención con la ciudadanía.

Se trata pues de una vieja Constitución autoritaria, pero de una nueva Constitución democrática. En ese orden de ideas, ya no es la expresión de lo que buscaban las mayorías oficialistas en el Congreso Constituyente Democrático de 1993. Vale decir, ya no es más una Constitución-disfraz hecha para ser un instrumento del gobernante de turno, sino actualmente se ha convertido en una Constitución-traje que encaja al cuerpo ciudadano, y en donde los postulados que ella trae consigo no son sino exigibles y acatados a la vez por los detentadores y destinatarios del poder.

En conclusión, la Constitución de 1993 es una norma viva que, más allá de los sentimentalismos históricos que dan fundamento para exigir su derogatoria por importantes personalidades académicas y políticas, queda claro que actualmente es una norma legítima, de eficacia normativa, y, por tanto, de no mediar consenso en la comunidad para invocar al poder constituyente, o lo que es lo mismo, de no lograr convencerse a la mayoría ciudadana de su inconveniencia, perdurará en el tiempo pues qué duda cabe, a mas dos décadas de aquel ya lejano e irreparable año de 1993, la Constitución del Perú es un curioso caso donde una Constitución vieja es hoy una Constitución normativa y joven.

Queda en manos de los detentadores del poder desarrollar las reformas necesarias que ya hemos puesto de relieve para evitar que el proceso de rejuvenecimiento de la Constitución de 1993 no acabe ni termine, como Benjamín Button, desapareciendo por involución.

En ese sentido, la oportunidad para lograr una Constitución que supere el largo período de la Constitución de 1860, resulta una posibilidad.

Lima, agosto del 2019.

El autor

Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado "Constitución Política de la República del Perú" y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa, aunque el grado de aplicabilidad de cada uno de sus dispositivos difiera según el modo cómo estén estructurados. Exp. N.º 00005-2003-AI/TC, f.j. 21.