

Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después

CARLOS HAKANSSON NIETO*

Resumen

Los veinte años de vigencia de la Constitución de 1993 han dado lugar a un nuevo debate. Si bien un sector de analistas políticos sostiene la necesidad de retornar a la Constitución de 1979, otros la necesidad de una nueva Carta Magna, en el fondo lo que realmente se necesita es la consolidación de su contenido material, es decir, un gran acuerdo entre los factores reales del poder. Sin él de poco servirá convocar una nueva asamblea constituyente.

Palabras clave: Constitución de 1993. Balance a veinte años. Reforma constitucional.

Sumilla

1. La influencia de la Constitución peruana de 1979
2. Los rasgos generales de la Constitución de 1993
 - 2.1. Una Constitución para una República democrática y social
 - 2.2. Una Constitución codificada y reglamentista
 - 2.3. Es una Constitución nominal pero también semántica
 - 2.4. La fuerza normativa de la Constitución
 - 2.5. La supremacía constitucional
3. Las fuentes inspiradoras de la Constitución
 - 3.1. La Constitución norteamericana de 1787
 - 3.2. La Constitución mexicana de 1917
 - 3.3. La Ley Fundamental de Bonn de 1949
 - 3.4. La Constitución francesa de 1958
 - 3.5. La Constitución española de 1978
 - 3.6. Los tratados internacionales de protección a los derechos humanos
4. Las nuevas tendencias en la Constitución peruana
 - 4.1. La apertura a la protección internacional de los derechos humanos
 - 4.2. Las instituciones de garantía constitucional
 - 4.3. La aparición de la Defensoría del Pueblo
 - 4.4. Un control de constitucionalidad concentrado. Los rasgos del Tribunal Constitucional
 - 4.5. El régimen económico en la Constitución peruana
 - 4.6. Las garantías constitucionales de la función jurisdiccional
 - 4.7. Las instituciones públicas de rango constitucional
5. Al final del camino

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

1. La influencia de la Constitución peruana de 1979

Los rasgos de las constituciones históricas peruanas han variado con el paso del tiempo, respondiendo a determinados contextos históricos, políticos y también culturales. Podemos distinguir dos etapas. La primera que está representada por la Carta de 1828, más conocida como la madre de las constituciones, por consolidar la República, el Estado unitario, el modelo presidencial, así como los rasgos y características propias de una constitución del siglo XIX; es decir, avaras para reconocer un extenso listado de derechos y libertades, inclinadas más a la organización del Estado, sin concretos instrumentos procesales de garantía constitucional. La segunda etapa comienza con la Constitución de 1979 debido a que marcó una diferencia con el estilo de redacción de las cartas anteriores. Si las Constituciones de 1860 y 1920 presentaron novedades tanto en la forma de gobierno como en el reconocimiento de los derechos sociales, la Carta Magna de 1979 recogió aquellos principios, derechos e instituciones surgidos en el derecho constitucional contemporáneo. Nos referimos a su declaración de derechos y libertades, los instrumentos de garantía, un título especialmente dedicado a los tratados internacionales, los derechos sociales, el régimen económico, la constitución entendida como norma jurídica, el tribunal constitucional, instituciones de democracia directa así como la incorporación de las principales instituciones parlamentaristas, entre sus principales rasgos.

En el caso de la Carta de 1993, el procedimiento de trabajo de los padres de la Constitución consistió en la revisión del texto constitucional de 1979, una práctica habitual de las distintas asambleas constituyentes peruanas¹. Por lo tanto, desde un punto de vista material, se puede decir que la Constitución de 1993 es una reforma de aquella. Una de las principales diferencias de la Carta de 1993 con la Constitución de 1979 se encuentra en la decisión de los constituyentes para contar con un parlamento unicameral, la reelección presidencial inmediata (que años más tarde fue prohibida mediante reforma constitucional)², la marcada tendencia neoliberal del régimen económico, las nuevas líneas del Tribunal Constitucional en cuanto a su conformación y atribuciones, la aparición de la defensoría del pueblo, así como la incorporación de nuevas garantías constitucionales.

A continuación ofrecemos las características que consideramos más importantes de la Constitución peruana, las cuales no difieren de una constitución moderna; pero es preciso conocerlas para aproximarnos a sus peculiaridades. También mencionaremos las constituciones clásicas y modernas que le han servido de inspiración.

¹ En el mismo sentido véase CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993. Lectura y comentario*. Lima: Nerman, 1996, p. 478

² Las disposiciones transitorias especiales fueron agregadas a la Constitución de 1993 mediante Ley de Reforma Constitucional 27365 del 15 de noviembre de 2000.

2. Los rasgos generales de la Constitución de 1993

La Constitución peruana de 1993 se compone de un preámbulo y doscientos seis artículos distribuidos en seis títulos, dieciséis disposiciones finales y transitorias, dos disposiciones transitorias especiales y una declaración final. Como todas las constituciones modernas, cuenta con una estructura dividida tradicionalmente en parte dogmática y orgánica. La primera que reconoce los derechos, libertades y principios que inspiran toda constitución y, la segunda, que establece los mecanismos jurídicos para garantizar sus fines y que se inspiran en el principio de separación de poderes. Si bien es cierto que la Carta de 1993 es una constitución moderna, también recoge los aportes del constitucionalismo clásico que distinguen cualquier carta magna, además de la notoria influencia de aquellas constituciones contemporáneas. Sus rasgos generales son los siguientes:

2.1. Una Constitución para una República democrática y social

La organización del Estado peruano en una república es uno de los acuerdos más firmes en la historia de nuestras asambleas constituyentes, salvo el fallido intento republicano-monárquico surgido con Bolívar en la Carta de 1826. Cabe resaltar que esta afirmación no puede hacerse a otras instituciones o cláusulas en la Constitución como es el caso del bicameralismo, que fue rechazado por el último Congreso Constituyente, o la reelección presidencial inmediata, que fue admitida por la Carta de 1993 y luego de siete años reformada por el Congreso exigiendo al expresidente el transcurso de un mandato constitucional para ser nuevamente candidato³.

Los artículos 3 y 43 de la Constitución peruana establecen que el Estado peruano es una República Democrática con autoridades elegidas por sufragio popular en una contienda pluralista y bajo los principios rectores de un Estado de derecho; pero también tiene una vocación social, por el reconocimiento de un modelo estatal que nació en el periodo conocido como de entreguerras; nos estamos refiriendo al llamado Estado Social de Derecho, el cual se antepone a la tradición liberal para responder ante las diferentes necesidades de la sociedad que empezaron a ser concebidas como responsabilidad de todo Estado moderno. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano se detiene en las implicancias de nuestro modelo de Estado y nos dice que «se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones de poder y reconocimiento de los derechos fundamentales»⁴. Al respecto, el Tribunal señala que «[l]a seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones

³ Véase el artículo 112 de la Constitución peruana de 1993 y la Ley de Reforma Constitucional 27365, del 11 de noviembre de 2000, que prohibió la reelección inmediata a la Presidencia de la República.

⁴ Cf. el expediente 0008-2003-AI/TC (Fundamento jurídico 4.1).

necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que [...] velen por el respeto de la dignidad de las personas»⁵.

Con relación al carácter social, el máximo garante de los derechos y libertades nos dice que los principios que sustentan y justifican al Estado peruano «requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social»⁶. El Tribunal ha interpretado que la Constitución de 1993, pese a no contener una cláusula que recoja el principio de igualdad material, como sí existe en la Carta española de 1978⁷, esta subyace del contenido del Estado Social y Democrático de Derecho.

Si en la Constitución de 1993 se recogen las notas definitorias del Estado Democrático y Social, en la práctica debemos tener en cuenta que estamos combinando dos cualidades de naturaleza un tanto diferente. En otras palabras, de producirse su crecimiento desproporcionado no sería extraño que una resulte afectada por la otra. Es el caso de una política populista radical que se fundamente en el pretexto de realizar los fines del Estado Social, o viceversa, la privatización de todos los servicios públicos que puede dejar de atender los requerimientos de agua y luz de algunas zonas populares porque no es rentable dicha inversión. En todo caso es necesaria una interpretación teleológica para armonizar todas las normas constitucionales con los requerimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho, respetando el principio de subsidiariedad.

2.2. Una Constitución codificada y reglamentista

La tradición constitucional europea e iberoamericana, con la clara excepción del Reino Unido, fue la de edificar un orden constitucional supremo, completo y cerrado (aunque con cierta apertura al derecho internacional) a partir de un texto codificado que sea la norma fundamental del ordenamiento jurídico de cualquier

⁵ Cf. el expediente 0008-2003-AI/TC (Fundamento jurídico 4.1a).

⁶ Cf. el expediente 0008-2003.AI/TC (Fundamento jurídico 4.1b).

⁷ El artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 establece que «[c]orresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Estado. En la actualidad, la teoría constitucional se sigue dictando en las escuelas de derecho bajo estas mismas premisas pero, a finales del siglo veinte, algo empezó a cambiar. Los avances del derecho de integración en el mundo, concretamente el ejemplo de la Unión Europea, ha sido el laboratorio que ha hecho posible que el Constitucionalismo europeo empiece a cuestionar sus postulados a nivel mundial⁸, los cuales han sido socavados por las siguientes razones:

a) El desarrollo de un bloque de constitucionalidad

La experiencia constitucional nos enseña que por poco que dure una carta magna se van tejiendo en torno a ella un conjunto de principios, leyes orgánicas, tratados sobre derechos humanos, los cuales van creando lo que los franceses han denominado un bloque de la constitucionalidad. En la Carta de 1993, la actividad del Tribunal Constitucional peruano viene complementando a través de sus sentencias los alcances sus disposiciones, lo cual nos permite observar un cambio importante en comparación con las constituciones precedentes. Por eso debemos empezar a cuestionar la idea de que una constitución codificada es inmutable, dado que si ha sido capaz de generar con el tiempo un cuerpo de normas, aprobación de tratados, principios y sentencias en torno a ella, se encontrará enriquecida y complementada con otras fuentes del derecho constitucional. De esta manera, la clásica división de constituciones codificadas y no codificadas carece de objetividad cuando consideramos la imposibilidad de almacenar toda la constitucionalidad en un código.

b) La tendencia reglamentista en las constituciones

La Carta de 1993 es una Constitución reglamentista debido al deseo de regular casi todos los aspectos de la vida pública así como tratar materias que, en estricto, no son competencia del derecho constitucional. Una tendencia propia de las constituciones modernas pero no solo en Iberoamérica, pues, las cartas europeas también comparten este rasgo pero en menor medida. Dicha tendencia de las constituciones, por lo menos en el contexto iberoamericano, tiene su explicación ya que de lo que se trata es proteger o salvaguardar determinados principios, características o preceptos que, por estar contenidos en la Constitución y su dificultad de reforma,

⁸ En ese mismo sentido Pereira nos dice que «[e]l ya no tan reciente fenómeno del desarrollo de una dimensión constitucional en la Unión Europea puede ser considerado, en cierto modo, como un triunfo del constitucionalismo anglosajón: un triunfo del concepto no codificado de constitución sobre el codificado [...]»; cf. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, BRONFMAN VARGAS, Alan, CANCELA OUTEDA, Celso, HAKANSSON NIETO, Carlos. *La Constitución europea*. Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 15. En efecto, pese a la desaprobación del referéndum de Holanda y Francia en el año 2005 para la aprobación de una Constitución europea, es indudable que existe un constitucionalismo material cuya partida de nacimiento no ha sido el proyecto de texto codificado sino más bien los tratados constitutivos y la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas.

se encuentran mejor protegidos ante un cambio de mayoría parlamentaria que pueda favorecer su derogación o enmienda⁹.

Es a partir de aquí donde surge la siguiente pregunta, ¿es la participación de la Constitución en el derecho civil, mercantil, tributario, laboral, procesal, lo que convierte en «constitucionales» a dichas instituciones? También en esto parecemos oscilar entre dos extremos; antes —por ejemplo, en la Francia constitucional del siglo XIX y en los países de su área de influencia— esas preguntas ni siquiera tendrían sentido porque las constituciones vivían al margen del derecho ordinario, no eran invocadas ante los tribunales judiciales y tampoco aspiraban a organizar las fuentes ni a competir con el Código Civil. En resumen, lo que pretende el reglamentismo no es complicar el sentido de una Constitución sino más bien ofrecer la seguridad necesaria a determinadas instituciones y principios rectores para dificultar su enmienda mediante el mismo procedimiento de una ley ordinaria. De esta manera, consideramos que una constitución será más o menos reglamentista en la medida del consenso ético social básico que exista en torno a sus instituciones.

2.3. Es una Constitución nominal pero también semántica

Si bien la tradicional clasificación de Loewenstein es útil para conocer los progresos de las distintas constituciones desde un punto de vista material. De acuerdo con el mismo autor sabemos que si bien pocas constituciones son normativas (de pleno cumplimiento en la realidad social y política), muchas son nominales (a medio camino para ser consideradas como normativas), todavía un importante número de cartas magnas se encuentran entre las semánticas (cuyas instituciones no reflejan lo establecido en la Constitución) y por eso se las asocia con un disfraz que esconde una realidad política¹⁰.

Con relación al carácter normativo de la Carta de 1993, vemos contiene normas de procedimiento que sí se cumplen, como por ejemplo el artículo 105 que establece que «ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el reglamento del Congreso». Por otro lado, descubrimos otras disposiciones que se encuentran progresivamente en vías de aplicación (nominales), como el artículo 7 que nos dice que «todos tienen el derecho a la protección de la salud», y muchas otras que no se

⁹ Sobre las causas de la tendencia reglamentista en Iberoamérica véase HAKANSSON, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Colección Jurídica. Piura: Universidad de Piura, 2001, pp. 94-95. En especial el segundo capítulo dedicado precisamente al marco constitucional iberoamericano.

¹⁰ El profesor Sartori considera a las cartas semánticas como nominales precisamente por apropiarse del término de constitución, textos con un conjunto de disposiciones que organizan al Estado pero que no garantizan un freno al ejercicio del poder político; véase SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 21.

cumplen cuando el artículo 16 nos dice que el Estado peruano dará «prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República» (semánticas). Es evidente que la debida asignación de recursos económicos se convierte en el factor determinante para la plena realización de estas cláusulas, siendo otra la realidad de aquellas disposiciones relativas a la separación de poderes, los principios del Estado de derecho, la independencia e inamovilidad de los magistrados, o la pronta aplicación de las resoluciones que garantizan los derechos fundamentales frente a las arbitrariedades del Estado; en estos casos, se hace necesario un efectivo pacto de límites al poder entre gobernantes y gobernados para fortalecer las instituciones políticas.

2.4. La fuerza normativa de la Constitución

Para explicar la fuerza normativa de la Constitución peruana debemos comenzar por el pensamiento de Hans Kelsen, que empezó preguntándose «¿[c]uál es la condición bajo la que es posible interpretar el significado subjetivo del acto de los forjadores de la primera Constitución y de los actos realizados con apoyo en la Constitución como el significado objetivo de ellos, es decir, como normas objetivamente válidas? La respuesta es que semejante interpretación solo es posible si presuponemos que los hombres deben comportarse según lo estableció históricamente la primera Constitución. Esta presuposición es llamada la norma fundamental. Es la razón para la validez de la Constitución y, en consecuencia, de todas las normas creadas de conformidad con la Constitución, es la razón para la validez de un orden jurídico positivo. No es una norma creada por un acto de voluntad humana o sobrehumana, en tanto que no es una norma establecida por una autoridad superior, por una autoridad legal superior a los primeros constituyentes. Es una norma presupuesta en el pensamiento jurídico»¹¹.

En la Constitución peruana no existe una disposición expresa referida su fuerza normativa y vinculación inmediata como la prevista en la Ley Fundamental de Bonn (1949) y la Constitución española de 1978. La primera establece que los derechos fundamentales reconocidos vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como un derecho directamente aplicable¹²; la segunda, nos dice de manera más general que los derechos y libertades reconocidas vinculan a todos los poderes públicos¹³. De este modo, sea cual sea la Constitución, solo si esta fundamenta todo el ordenamiento jurídico nos encontramos con una nueva dimensión, la cual se deriva de su condición de pacto de límites al ejercicio del poder, es decir, como el corolario de un teorema, la posibilidad de considerarla también como una norma fundamental y con la fuerza suficiente para vincular tanto a los gobernantes como a los gobernados.

¹¹ Cf. KELSEN, Hans. *Introducción a la teoría pura del Derecho*. Lima: APDC, UNAM, 2001, p. 76.

¹² Véase el artículo I, inciso 3, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

¹³ Véase el artículo 53, inciso 1, de la Constitución española de 1978.

Si bien adelantamos que la Carta de 1993 no contiene una disposición similar a la española y alemana, en su articulado encontramos algunas disposiciones que pueden facilitarnos la tarea interpretativa. En el artículo 38, el Constituyente de 1993 dispuso que «todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución», una disposición que alude tanto a los gobernantes como a los gobernados. La fuerza o valor normativo de la Constitución peruana también puede argumentarse gracias a una visión de conjunto de su articulado; en ese sentido si observamos a la Carta de 1993, como si se tratase de un mapa de carreteras, encontraremos a lo largo de su recorrido las normas que consagran su supremacía normativa frente al ordenamiento jurídico, las disposiciones que regulan la elaboración de las normas¹⁴, la aplicabilidad directa de los derechos y libertades reconocidas, el control de la constitucionalidad como una fuerza correctora a las arbitrariedades cometidas por determinadas instituciones del Estado, así como las disposiciones a las que se encuentran sujetos los poderes públicos y los ciudadanos¹⁵.

Una especial atención tiene el hecho que todavía se explica en las universidades que las fuentes del derecho empiezan por la ley, luego la jurisprudencia, siguiendo con la doctrina, los principios generales del derecho y, finalmente, la costumbre, sin considerar a la constitución como la principal fuente que encabece la lista; en nuestra opinión consideramos que es una consecuencia que debiera ser asimilada por los postuladores de las ideas de Kelsen, dado que no parece lógico que la norma que regula la producción de las demás normas, y que es jerárquicamente superior a todo el resto del ordenamiento jurídico no sea, a su vez, la principal fuente del derecho que preside. Pensamos que se trata de error surgido por el rezago de una acepción estrictamente política de la Constitución, proveniente del derecho europeo continental del siglo XIX.

2.5. La supremacía constitucional

Son dos los artículos constitucionales que hacen referencia a la supremacía en la Carta de 1993, nos referimos a los artículos 51 y 138. El primero de ellos expresa la primacía de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; la segunda, en cambio, hace alusión a un posible conflicto de la Constitución frente al contenido de una norma de inferior jerarquía en un caso concreto, así como predeterminar la actitud que el Estado y los ciudadanos esperan del juzgador llamado resolver el litigio, como es la necesidad de inaplicar la norma contraria a las disposiciones de la carta magna. Por otra parte, una norma adicional referida

¹⁴ Véanse los artículos 103 a 109 y 118, inciso 19, inclusive de la Constitución peruana de 1993.

¹⁵ Al respecto véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, 2005, pp. 189-226.

a la supremacía la encontramos en el artículo 57, relativa a la solución cuando un tratado afecta disposiciones constitucionales. En ese caso, la Carta de 1993 dispone que la aprobación del tratado se realizará a través del mismo procedimiento que rige para la reforma constitucional.

La necesidad de fundamentar la supremacía constitucional es un problema desde el derecho positivo, por eso surge la necesidad de declararla expresamente en los textos como en el caso peruano, a través de los artículo 51 y 138 básicamente; sin embargo, si atendemos que la Constitución es un pacto entre gobernantes y gobernados antes que una norma fundamental y suprema, es decir, si reconocemos que su valor normativo y máxima jerarquía son consecuencia de un pacto, su asimilación es menos compleja debido a que no podemos entender que la supremacía constitucional solo estaría referida a la posición jerárquica de la Constitución peruana respecto del resto de normas del ordenamiento jurídico sino, además, de cualquier acción arbitraria cometida por los gobernantes o gobernados y que estuviera al margen de sus disposiciones. Lo contrario sería producto de una visión parcial y minimalista del concepto de supremacía constitucional.

3. Las fuentes inspiradoras de la Constitución

En la actualidad, la Constitución peruana recibe la influencia de más de una constitución clásica y contemporánea. No solo de la Constitución norteamericana o las europeas, como es el caso de Francia, España o Portugal, sino también de las iberoamericanas más influyentes, como Argentina, Brasil, Colombia y México. Es evidente que la presencia de determinadas cláusulas que aparecen en toda constitución, como la prohibición a ser detenido arbitrariamente, por ejemplo, forman parte del patrimonio del constitucionalismo y por tanto sería innecesario indicar la fuente de origen; sin embargo, no cabe duda que es formativo conocerlas para determinar en qué medida la Carta peruana contemporánea sigue siendo receptora del constitucionalismo clásico. Desde este punto de vista debemos tener en cuenta que la recepción de las instituciones procedentes del derecho comparado no siempre es automática, dado que en la mayoría de los casos se encuentran acompañadas de una determinada concepción del derecho y también a que dichas instituciones surgieron como consecuencia de una larga tradición jurídica, política, cultural y también social.

3.1. La Constitución norteamericana de 1787

La constitución codificada, el presidencialismo, la revisión judicial de las leyes, la apertura a los derechos constitucionales, su carácter rígido, son los principales aportes de la Constitución norteamericana que influyeron en los textos constitucionales peruanos:

a) La cláusula de apertura a los derechos y libertades

El texto original de la Constitución de 1787 no incluía una declaración de derechos y libertades, parte de esa resistencia inicial provenía de los representantes de los nacientes estados federados que consideraban que los derechos individuales no deberían enunciarse con detalle para evitar que se creyera que solo se tenían los expresamente enumerados¹⁶. Por eso en 1791, con la aparición de las diez primeras enmiendas, también conocidas como el *Bill of Rights*, se incorpora la novena una cláusula de apertura, la cual señala que «no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que re tiene el pueblo»; es decir, los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen otros que se fundamentan en la dignidad y libertad del ser humano. La Constitución peruana de 1979 fue la primera en incorporarla, también conocida como la cláusula de los derechos implícitos o innominados, empleando otra redacción al igual que la Carta de 1993 pero conservando el mismo espíritu: «la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». La novena enmienda de la Carta de 1787 ha inspirado, a su vez, a más de una Constitución iberoamericana, como es el caso de las Cartas de México, Argentina y Colombia¹⁷.

Sobre esta cláusula de los derechos implícitos en la Carta de 1993, el Tribunal Constitucional peruano se pronunció acerca del derecho de objeción de conciencia que no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución; al respecto nos dijo que «[...] resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho constitucional y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos no enumerados o derechos no escritos [...]»¹⁸. Asimismo, el Tribunal añade que «[...] para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración sino

¹⁶ Véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Santiago de Compostela: Tórculo, 1998, p. 101.

¹⁷ Véase el artículo 133 de la Constitución mexicana, 31 de la Constitución argentina de 1853 (con la reforma de 1994), y el artículo 94 de la Constitución colombiana de 1991.

¹⁸ Cf. expediente 0895-2001-AA/TC (Fundamento jurídico 5).

incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de nuestra Constitución»¹⁹.

b) La influencia de los modelos presidencialista y parlamentario

Las principales instituciones del constitucionalismo fueron tomadas de Francia, pero lo mismo no ocurrió con la forma de gobierno. El presidencialismo deriva de la rígida separación de poderes, es decir, la aplicación de las tesis del gobierno civil de Locke y Montesquieu. La concepción defendida durante la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos ha llevado a que el presidente pueda ejercer los poderes que la Carta de 1787 le atribuye con absoluta autonomía, aunque con ciertos controles. No obstante, la creación de un ejecutivo con tantas atribuciones dio origen a ciertas disidencias en la Convención constitucional, ya que, en la práctica, a quien se estaba reflejando era al monarca inglés pero limitado por la temporalidad de su cargo y la participación del Senado en ciertas funciones presidenciales. Con la emancipación era evidente que las excolonias no deseaban una monarquía y los Estados Unidos de Norteamérica les ofrecía esa alternativa.

Como estudiaremos más adelante en esta obra, el presidencialismo no ha sido íntegramente incorporado en las constituciones peruanas sino que solo se ha dejado influenciar en sus rasgos más visibles, como la titularidad de la jefatura de Estado y de gobierno en una persona. En realidad, si nos detenemos en el modelo peruano, este no ha introducido los contrapesos del presidencialismo, así como tampoco ha incorporado su principal presupuesto: el modelo federal. Sin contar con la aparición de instituciones parlamentaristas, las cuales han dado lugar a unas disfunciones que estudiaremos más adelante.

c) El control judicial de la constitucionalidad de las leyes

El control difuso de los Estados Unidos no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución de 1787, fue conquistado por los jueces imponiéndose tanto al ejecutivo como al legislativo gracias a la Sentencia del caso *Marbury vs. Madison* (1803), una de aquellas que el tozudo Juez Marshall tuvo que dictar durante el desempeño de su cargo de como miembro del Tribunal Supremo norteamericano²⁰. En la Constitución peruana, el segundo párrafo del artículo 138 nos dice que «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre

¹⁹ La misma sentencia y número de fundamento del Tribunal Constitucional.

²⁰ El servicio judicial del juez Marshall duró de 1801 a 1835; véase en el apéndice del libro de WHITE, Edward. *The American Judicial Tradition*. Nueva York: Oxford University Press, 1988, p. 467.

otra norma de rango inferior»²¹. La Constitución de 1979 fue el primer intento de incorporar el control judicial de las leyes pero sin mayor éxito salvo contados y polémicos casos. La aplicación de este principio no fue inmediata por los siguientes argumentos:

- i) Los presupuestos que favorecieron la revisión judicial en Norteamérica fueron la tradición del *Common Law*, heredada del Reino Unido y basada en el precedente judicial²².
- ii) Una Judicatura independiente acusada en alguna oportunidad de activismo judicial o del llamado «gobierno de los jueces»²³.

La práctica judicial de inaplicar las normas contrarias a la Constitución no nació en la Carta Magna sino de la independencia judicial. La Judicatura solo se encargaba de administrar justicia en los procesos civiles y penales, pero no en materia constitucional hasta la aparición de las garantías a los derechos fundamentales cuando empieza paulatinamente a ser invocada por jueces y ciudadanos.

Es evidente que las sentencias del Tribunal Constitucional peruano han sido gravitantes para su asimilación, señalando a los jueces los presupuestos que deben observar para su aplicación: «[q]ue en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»²⁴; es decir, si fuese posible explicar la conformidad constitucional de la norma mediante algún tipo de interpretación (literal, sistemática, teleológica, institucional, etc.) no sería posible inaplicarla judicialmente. De esta manera, estos criterios buscan establecer

²¹ El artículo 14 de la ley orgánica de la Judicatura desarrolla lo dispuesto por la Constitución, cuando dispone que de «[...] los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera».

²² En ese sentido, Garro nos dice al respecto que «no se trata de que la Corte norteamericana se encuentre «politizada», sino del resultado de múltiples factores institucionales, entre los que cabe destacar que la Constitución es un programa político en la medida en que limita los poderes de las ramas de gobierno y el poder de este frente a los individuos [...]»; cf. GARRO, Alejandro. Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 87.

²³ En el mismo sentido, véase GARRO, Alejandro. Ob. cit., p. 88.

²⁴ Véase el expediente 1124-2001-AA/TC.

las pautas necesarias que deberán observar los jueces para poder aplicar el control difuso de constitucionalidad sin el riesgo de ser acusados de prevaricato.

3.2. La Constitución mexicana de 1917

El constitucionalismo mexicano aportó la incorporación de la acción de amparo y el reconocimiento de los primeros derechos sociales en su Carta Magna de Querétaro de 1917. Con relación a la acción de amparo, el antecedente de esta institución en el constitucionalismo iberoamericano lo encontramos en el artículo 103 de la Constitución de 1917, la cual establece su procedencia en los siguientes casos: contra leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal; y por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal²⁵. Asimismo, el artículo 107 de la misma Constitución establece los principios y las bases fundamentales del juicio de amparo mexicano²⁶.

En lo que respecta a los derechos sociales, si bien la revolución mexicana tuvo un origen político, como era la de acabar con la dictadura del General Porfirio Díaz, la existencia de notorias injusticias de carácter social era evidente; por eso una de sus principales consecuencias fueron, precisamente, las reivindicaciones de este tipo de derechos. Dicha preocupación se extendió al Constituyente de 1917 y se manifestó en los artículos 3, 5 y 123 inclusive. En el artículo 3 se reconoció la gratuidad de la enseñanza primaria mientras que los artículos 5 y 123 establecieron una serie de principios de carácter social y de relevancia en el ámbito del derecho laboral. El artículo 5 reconoce el derecho a una remuneración justa. El artículo 123 de la misma Carta de 1917 garantizó un salario mínimo así como una jornada laboral de ocho horas, descanso semanal, participación en las utilidades de las empresas, el derecho al trabajo y de huelga²⁷. En otras palabras, la Constitución de 1917 significó para el constitucionalismo la primera proclamación de derechos sociales con un fundamento distinto a la mentalidad liberal que dio origen al constitucionalismo²⁸.

²⁵ Véase el artículo 103 de la Constitución de Querétaro, el cual reprodujo lo establecido por el artículo 101 de la Constitución anterior (1857); véase además sobre la Constitución mexicana: BURGOA, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*. Duodécima edición. México: Porrúa, 1998; CARPIZO, Jorge, MADRAZO, Jorge. El sistema constitucional mexicano. En Domingo García Belaunde, Francisco Fernández Segado, Rubén Hernández Valle. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992, pp. 602-604.

²⁶ Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España*. Segunda edición. México: Porrúa, 2000, p. 90.

²⁷ Véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, pp. 31-32.

²⁸ En el mismo sentido, véase FREIXES SANJUAN, Teresa. *Constitución y derechos fundamentales*. Barcelona: PPU, 1992, p. 35.

3.3. La Ley Fundamental de Bonn de 1949

La Ley Fundamental de Bonn dio lugar a un significativo cambio respecto a la Constitución de Weimar, la cual trajo consigo las siguientes consecuencias: multipartidismo, ingobernabilidad, además de un ejecutivo bicéfalo. Para no repetir la historia, los constituyentes alemanes tomaron las siguientes medidas: una Constitución rígida para proteger la seguridad jurídica; en su forma de gobierno se introdujo el voto de censura constructivo y el estado de necesidad legislativa, un mayor protagonismo del canciller con respecto a los demás poderes, así como unas barreras electorales para disminuir el número de partidos políticos con escasa representación. En lo que respecta a su forma de Estado la Carta de 1949 retornó al modelo federal, y con relación a los derechos fundamentales se reconoció un contenido esencial intangible que ha influido notablemente en la jurisprudencia de los tribunales europeos e iberoamericanos²⁹.

La reflexión acerca de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial llevó a los constituyentes alemanes a incluir el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de todos los derechos en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El artículo primero de la Constitución alemana establece que «[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligatorio de todo poder público»; asimismo, otras constituciones modernas tomaron su ejemplo e incorporaron el reconocimiento de la dignidad encabezando su catálogo de derechos y libertades. Es el caso de la Carta española de 1978, la peruana de 1993 así como la polaca de 1997. De esta manera, la Ley Fundamental de Bonn se ha convertido en la Constitución más influyente de Europa continental, la cual también fue observada por nuestros constituyentes.

3.4. La Constitución francesa de 1958

El constitucionalismo francés influyó en Iberoamérica desde principios del siglo XIX, concretamente con la independencia de las colonias españolas. Las constituciones peruanas del siglo XIX y principios del XX fueron receptoras de sus instituciones y una de las más antiguas es el refrendo ministerial que, pese a tener un origen inglés (*the King can do not wrong*), bajo su influencia se incorporó a la Constitución peruana de 1823. Un dato a tener en cuenta es que en la historia del constitucionalismo casi siempre ocurre el mismo fenómeno: el Reino Unido inventa el concepto y Francia su enunciado que luego es difundido por las constituciones del mundo. Lo mismo ocurrió con el bloque de constitucionalidad que explicamos

²⁹ Véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *El sistema político y constitucional de Alemania*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2003, pp. 20-21.

líneas atrás, ya que parece un invento francés pero su origen fue anglosajón por tratarse de una comunidad política que carece de constitución codificada.

La presencia de un primer ministro nombrado por el presidente de la República, el Consejo de Ministros, la segunda vuelta electoral (*Ballotage*), las interpelaciones, la cuestión de confianza así como los mecanismos de control político del parlamento también son parte de la influencia del constitucionalismo francés. Con relación a la forma de gobierno de la Carta de 1958, la doctrina define al modelo francés como semipresidencialista, es decir, un ejecutivo bicéfalo donde el jefe de Estado y el de gobierno son personas distintas pero que comparten el ejercicio de ese poder. Por eso, cuando el presidente de la República se encuentra en la necesidad de nombrar a un primer ministro que no pertenece a su mayoría parlamentaria nos encontramos ante el inicio de un periodo de cohabitación.

3.5. La Constitución española de 1978

La Constitución de 1978 es considerada por la doctrina como la más exitosa del constitucionalismo español. Se inspira en la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución francesa de 1958 y la portuguesa de 1976, principalmente. Una explicación a este suceso político es que contiene un mínimo acuerdo sobre lo fundamental que ha marcado un hito en la historia de sus constituciones³⁰.

En líneas generales, los rasgos de la Constitución española son similares a la Carta peruana de 1993. En primer lugar destacamos su extensión en comparación a la norteamericana de 1787³¹, pero más breve que la Constitución peruana de 206 artículos. Es codificada, pero enriquecida con el paso del tiempo, ya que hay que agregarle los estatutos de autonomía, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, su jurisprudencia, etc. Es rígida, porque para su reforma es necesario un procedimiento especial, distinto del que hace falta para las demás leyes. Es menos ideológica que utilitaria, pues permite a los diversos gobiernos llevar políticas de diversa índole. Es normativa directa, por guardar relación con su aplicabilidad judicial inmediata.

³⁰ Al respecto, Pereira Menaut sostiene que «[...] la Constitución de 1978 es, con gran diferencia, la mejor de cuantas ha tenido España en su agitada historia constitucional [...]. Este es uno de los aspectos que hay que resaltar: su vigencia real. Tiene partes cuya aplicación es difícil, pero, en conjunto, ninguna de las constituciones anteriores se ha acercado como esta a lo que los americanos llaman «un documento vivo», especialmente en algunos de sus aspectos, como la articulación técnica de la protección de los derechos fundamentales»; cf. PEREIRA. *Temas de derecho constitucional...* Ob. cit., p. 373.

³¹ «Desde el punto de vista formal, la Constitución de 1978 resulta ser el segundo texto más largo de nuestra historia constitucional, con sus 169 artículos, título preliminar seguido de otros diez títulos, cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y otra final»; cf. MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. *La Constitución española de 1978 en la historia del constitucionalismo español*. En AA.VV., *La Constitución española de 1978*. Monografías. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1981, pp. 25-28.

Su forma de estado es unitaria-autonómica y por último su forma de gobierno parlamentarista. En cuanto a esto último, el parlamentarismo español ha optado por un modelo corregido, conocido como racionalizado, siguiendo las tendencias posteriores a la Segunda Guerra Mundial, para asegurar la estabilidad política del gobierno³².

La Constitución peruana de 1979 significó un cambio en la forma de redactar las constituciones peruanas en comparación a las cartas del siglo XIX y mediados del siglo XX. La Asamblea Constituyente se inspiró de la Carta española de 1978 y a ella le debemos gran parte de su nueva estructura y sistemática, la que a su vez fue recibida de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De la Constitución española hemos tomado la declaración de derechos y libertades —concretamente el esquema general sin considerar los detalles—, el catálogo de derechos sociales, y la incorporación de un Tribunal Constitucional, que bajo la Carta de 1979 era casi copia del modelo español y que actualmente ha recibido algunos cambios como veremos en este capítulo³³. Curiosamente, la masiva incorporación de derechos sociales de la Constitución de 1979, reproducida en la Carta de 1993, no trajo consigo el reconocimiento a la igualdad material que contempla la Constitución española que encomienda a los poderes públicos la remoción de las causas que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad³⁴.

3.6. Los tratados internacionales de protección a los derechos humanos

Al final de la segunda guerra mundial, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) propuso a todos los Estados miembros la firma de un conjunto de instrumentos internacionales para el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. En primer lugar destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y, posteriormente, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, su protocolo facultativo, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados en 1966. El Estado peruano es parte de estos y otros acuerdos internacionales para la observancia y respeto de los derechos humanos en armonía con la Constitución de 1993; siendo la Carta de 1979 la primera en ofrecer un catálogo de derechos sistemático en comparación con sus predecesoras. La Carta de 1979 también se inspiró en el contenido y sistemática de los derechos reconocidos en dichos instrumentos internacionales; sin embargo, a diferencia de aquella, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales no ha sido declarada expresamente en la Carta de 1993. En ese sentido debemos interpretarla conforme a su cuarta

³² LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé. *Introducción ó sistema político español*. Colección ciencia política e da administración, serie manuais. Segunda edición. Santiago de Compostela: Tórculo edicions, 2004, pp. 37-39.

³³ La Constitución de 1979 lo incorporó por primera vez con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, nombre con el que a su vez figuraba inicialmente en el proyecto de Constitución española de 1978.

³⁴ Véase el artículo 9.1 de la Constitución española de 1978.

disposición final y transitoria, la cual establece que «[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

4. Las nuevas tendencias en la Constitución peruana

La segunda mitad del siglo XX supuso un cambio en el contenido de las constituciones, a tal punto que las surgidas a partir de esa época tendrían que llamarse modernas. La posibilidad de recurrir a instancias supranacionales para la protección de los derechos fundamentales, el surgimiento de una nueva institución de control de la administración pública, como la Defensoría del Pueblo, la jurisdicción constitucional, la constitución económica, los principios rectores de la administración de justicia y las diversas instituciones de protección de los derechos constitucionales, son algunas de las nuevas tendencias en las constituciones modernas de Europa e Iberoamérica.

4.1. La apertura a la protección internacional de los derechos humanos

La influencia de los pactos internacionales de derechos humanos llevó a los constituyentes a reforzar desde la Constitución peruana algunos preceptos de dichos instrumentos, como es la apertura a la protección de los derechos fundamentales de la persona. Es decir, una vez agotada la jurisdicción interna del Estado peruano, es posible acudir a las instancias supranacionales constituidas en los tratados que es parte el Estado peruano, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica. Pese a que esta disposición ya se encontraba en los pactos de derechos civiles y políticos, en las cartas peruanas de 1979 y 1993 así como en el Código Procesal Constitucional, su incorporación supuso un refuerzo para evitar que esta disposición quede sin cumplimiento³⁵.

4.2. Las instituciones de garantía constitucional

Las constituciones peruanas del siglo XIX no contaron con mecanismos procesales para la protección de los derechos fundamentales, solo la Carta de 1823 contenía una disposición genérica que no vinculaba la protección de los derechos y libertades a la Judicatura. El artículo 194 disponía que «todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos y es un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar religiosamente por todos los medios que están en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas».

³⁵ Véase la ley 28237, especialmente los artículos 114 al 116.

Con relación a las garantías constitucionales, el hábeas corpus se reguló en una ley especial de 1897. Una institución más vinculada al derecho procesal penal hasta que la Constitución de 1920 la reconoce como una garantía constitucional. La Carta de 1920 establecía que nadie podrá ser arrestado «sin mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto *infraganti* delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de veinticuatro horas a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que les pidiere. La persona aprehendida o cualquiera otra podrá interponer conforme a ley el recurso de hábeas corpus por prisión indebida»³⁶.

La Constitución peruana de 1933 estableció dos tipos de garantías constitucionales, el hábeas corpus y la acción popular. Sobre la acción de hábeas corpus la Carta de 1933 dispuso que «todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de hábeas corpus»³⁷. Con relación a la acción popular, la misma Constitución estableció que puede interponerse ante la Judicatura contra «los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente»³⁸. La Constitución de 1979 dedicó el título quinto para las garantías constitucionales; en ella se dispuso que «la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de hábeas corpus en lo que es aplicable»³⁹. La Carta de 1979 conservó la acción popular y estableció como una nueva garantía a la acción de inconstitucionalidad⁴⁰.

Luego de esta introducción a los antecedentes de las garantías constitucionales, la Carta de 1993 cuenta con dos nuevas instituciones: la acción de *habeas data* y la acción de cumplimiento⁴¹. Sin embargo, no sería exacto que ambas sean novedosas por su contenido, porque en la práctica estas instituciones protegen los mismos derechos. Es decir, lo que se ha llevado a cabo es una fragmentación del ámbito de protección de la acción de amparo. En la actualidad, las garantías constitucio-

³⁶ Cf. Artículo 24 de la Constitución peruana de 1920.

³⁷ Cf. Artículo 69 de la Constitución peruana de 1933.

³⁸ Cf. Artículo 133 de la Constitución peruana de 1933.

³⁹ Cf. Artículo 295 de la Constitución peruana de 1979.

⁴⁰ Artículo 298 de la Constitución peruana de 1979.

⁴¹ El criterio seguido por nosotros para la enumeración y explicación de las instituciones destinadas a la protección de los derechos no ha sido el establecido por la Constitución peruana, sino más bien hemos optado por un orden cronológico.

nales que reconoce la Constitución de 1993 se encuentran reguladas en el Código Procesal Constitucional⁴².

4.3. La aparición de la Defensoría del Pueblo

La institución del defensor del pueblo nació en los países escandinavos y se encuentra tan difundida que resultaría extraño no encontrarla en alguna constitución moderna⁴³. En el derecho constitucional comparado también es conocida como comisionado parlamentario o procurador de derechos humanos, la encontramos en las constituciones iberoamericanas como la argentina, colombiana, guatemalteca, venezolana y peruana⁴⁴. La incorporación de esta institución por parte de nuestros constituyentes no fue motivada por un espíritu romántico de protección al ciudadano. La razón de su incorporación fue la seguridad de que no representaría un significativo costo económico gracias a la cooperación internacional. La institución nació con fines muy concretos: proteger a los ciudadanos contra los abusos de la administración pública. Esta atribución es el mínimo constitucional que aparece reconocido en las constituciones modernas; no obstante, como distintas realidades pueden exigir mayores responsabilidades, algunas constituciones han dotado a la Defensoría del Pueblo de otras atribuciones.

La Carta de 1993 establece entre sus principales atribuciones las de «defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía»⁴⁵; además, está facultado para interponer acción de inconstitucionalidad, una atribución que no ha quedado en la letra de la Carta de 1993⁴⁶. En otras palabras, los defensores del pueblo no son congresistas pero fiscalizan, no son árbitros pero concilian, tampoco son periodistas pero investigan; menos una organización no gubernamental pero realizan diversas campañas de

⁴² El Código Procesal Constitucional fue aprobado por la ley 28237.

⁴³ «En 1713, Carlos XII de Suecia (reinado 1697-1718), luego de pasar algún tiempo en Turquía, en medio de su campaña contra el zar Pedro I (reinado 1672-1725), nombró a un funcionario que era una suerte de supremo representante o delegado de la Corona, para asegurar la buena marcha de la administración pública, el trabajo de sus funcionarios y el cumplimiento de las leyes y regulaciones. Recibió el nombre de procurador supremo, Konungers Högste Ombudsmännen»; cf. NOVOA, Mauricio. *Defensoría del Pueblo, aproximaciones a una institución constitucional*. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2003, p. 83.

⁴⁴ Por ejemplo, la reforma total de la Constitución argentina de 1853/60 (producida en 1994) incorporó en el artículo 86 la institución del defensor del pueblo.

⁴⁵ Véase el artículo 162 de la Constitución peruana de 1993.

⁴⁶ Un ejemplo es la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el defensor del pueblo fue aquella contra los artículos 1, 6, incisos b), c) y d), 7, incisos a), b), c), e), f), g), i) primer y tercer párrafo y artículo 8, inciso j) del decreto Legislativo 895, entre otras disposiciones legales. En este caso, el Tribunal sostiene entre otros argumentos que el decreto legislativo 895 vulneraba el principio de interdicción de la arbitrariedad, implícito, a su criterio, en el artículo 45 de la Constitución Política del Estado; véase el expediente 005-2001-AI/TC.

promoción y respeto a los derechos humanos; finalmente, no establecen sanciones pero la administración pública teme que su informe anual desapruuebe su gestión.

Dada la escasa representatividad de los parlamentarios la figura del defensor del pueblo puede ayudar al ciudadano a tener un contacto con el Parlamento, ya que, en cierta medida, creemos que la necesidad de un defensor del pueblo en el Perú responde a una crisis en la representación parlamentaria, pues los ciudadanos pueden tener más contacto con él que con un congresista⁴⁷.

4.4. Un control de constitucionalidad concentrado. Los rasgos del Tribunal Constitucional

Si bien el control difuso ha sido explicado dentro de los aportes de la Constitución norteamericana, nos queda solo explicar el control concentrado gracias a un Tribunal Constitucional como existen en los sistemas europeos⁴⁸. Los dos modelos están presentes en la constitución peruana desde la Carta de 1979 y juntos conforman un modelo dual o paralelo como sostiene García Belaunde⁴⁹. Nos corresponde ocuparnos del modelo de control concentrado.

La Constitución de 1993 encarga al Parlamento peruano nombrar a los siete miembros del Tribunal Constitucional mediante una mayoría calificada de ochenta parlamentarios⁵⁰. Por lo tanto, aunque la mayoría requerida para elegir a los miembros del Tribunal Constitucional es elevada, pensamos que subsiste el peligro que un Ejecutivo con mayoría, o por medio de alianzas, pueda controlar o demorar su nombramiento⁵¹. Finalmente, los miembros del Tribunal Constitucional nombran su presidente, que será elegido por dos años, que tiene la facultad de convocarlo,

⁴⁷ En el mismo sentido Barrat i Esteve sostiene que «...la proliferación de defensores del pueblo toda vez que, aun reconociendo su meritorio trabajo, constituyen el reflejo del fracaso de los parlamentarios en su aproximación a las preocupaciones reales de los electores. En realidad, muchas de sus funciones deberían ser llevadas a cabo por los propios parlamentarios»; cf. BARRAT Y ESTEVE, Jordi. *La reserva reglamentaria*. León: Universidad de León, 1999, p. 282.

⁴⁸ Una denominación muy difundida pero poco acertada pues en los sistemas democráticos no existen tribunales inconstitucionales; el nombre más correcto a nuestro entender es el de Tribunal de garantías constitucionales, como se denominaba bajo la Carta de 1979

⁴⁹ Véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional en Perú. En Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 837.

⁵⁰ Sobre el sistema de elección, Danós nos dice que «...la mayor parte de países en los que la elección de los magistrados corre a cargo principalmente del órgano parlamentario suelen exigirse mayorías muy calificadas para obligar a la búsqueda del consenso entre los diferentes grupos políticos representados en el Parlamento. En este aspecto únicamente la opinión pública podría impedir que los partidos con presencia parlamentaria impongan magistrados desprovistos de otra calificación que sus vinculaciones partidarias»; cf. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional. En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, volumen 2. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 295.

⁵¹ No obstante, un sector de la doctrina considera que la mayoría calificada exigida «reduce notoriamente el peligro de politización partidista en la elección de los magistrados constitucionales, al requerir resta de un amplio acuerdo parlamentario que ha de englobar, lógicamente, a varias formaciones políticas»; cf. FERNÁNDEZ SEGADO,

y goza de voto dirimente en caso de empate para la formación de una resolución, salvo para los procesos de inconstitucionalidad⁵².

Los requisitos establecidos para ser magistrado del Tribunal Constitucional solo son de tipo objetivo; es decir, ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, y que haya ocupado el cargo de juez o fiscal supremo o superior durante diez años, o bien haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria durante quince años. No obstante, con relación a la duración del cargo, consideramos nuevamente que sería más conveniente que este fuera vitalicio como los miembros de la Corte Suprema norteamericana, que solo un periodo de cinco años. El carácter vitalicio, con sus indudables riesgos, es más conveniente. Como en la práctica «los políticos pasan pero los jueces se quedan», con el paso del tiempo este criterio fortalecería el principio de independencia del que deben estar premunidos. Las competencias del Tribunal Constitucional son más amplias que su antecesor de 1979. El artículo 202 de la Constitución establece que le corresponde conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad, las resoluciones denegatorias de las acciones de garantía constitucional, así como resolver los conflictos de competencia entre órganos del Estado⁵³.

Una vez expuestas las nuevas instituciones constitucionales para la protección y garantía de los derechos, debemos añadir que la práctica parlamentaria no ha dado muestras de un consenso para la designación, en un tiempo razonable, tanto del defensor del pueblo como de los miembros del Tribunal Constitucional⁵⁴.

4.5. El régimen económico en la Constitución peruana

No resulta extraño que las constituciones modernas cuenten con un título especialmente dedicado al régimen económico. La pregunta que surge es la siguiente: ¿es indispensable en una constitución un apartado especialmente dedicado a la economía? Desde un punto de vista constitucional no creemos que sea necesario si ya está reconocida la libertad, igualdad, propiedad y si se reconocen las garantías de la administración de justicia para protegerlos. En la práctica, consideramos que el régimen económico en una constitución hace las veces de un «candado» que vincula y condiciona a los futuros gobiernos para no cometer medidas irresponsables.

Francisco. El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993. *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, pp. 27-68.

⁵² Véanse los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301).

⁵³ Véase el artículo 202 de la Constitución peruana de 1993.

⁵⁴ Como sostiene el profesor Landa «[...] pone en evidencia la tensión permanente entre el gobierno y la oposición, como también entre la política y el derecho»; sobre el Tribunal Constitucional véase LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 357.

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que si bien no le es ajeno el hecho de que la doctrina jurídica y económica «cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado»⁵⁵. El Tribunal considera en cambio que «el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía»⁵⁶.

4.6. Las garantías constitucionales de la función jurisdiccional

En Europa, al final de la Segunda Guerra Mundial y en aquellos países que tuvieron regímenes totalitarios durante la primera mitad del siglo XX, se produce la incorporación de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial como parte del desarrollo del catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones. Se empezó a comprender que la verdadera garantía de los derechos consiste en su protección procesal. En Europa, otros ejemplos lo constituyen las constituciones italiana y alemana⁵⁷. En el Derecho Constitucional peruano este proceso de incorporación de las garantías del debido proceso se produjo a partir de la Constitución de 1979, pero no en el catálogo dedicado a los derechos fundamentales sino dentro del título IV dedicado a la estructura del Estado, en el capítulo referido a la judicatura; pero ello no significa que dichas garantías carezcan del reconocimiento de una categoría de derechos fundamentales, dado que la cláusula de apertura de los derechos establece que la enumeración de los derechos establecida en el título primero no excluye los demás que también garantiza la Carta de 1993⁵⁸.

El artículo 139 recoge las garantías constitucionales del proceso que reconoce la Carta de 1993. En primer lugar encontramos los principios rectores de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional; publicidad de los procesos, administración de justicia incluso en casos de vacío o deficiencia legal, la motivación escrita de las resoluciones, la instancia plural, la última instancia o casación ante la Corte Suprema, las resoluciones no revisables en sede judicial así

⁵⁵ Cf. el Exp. 0008-2003-AI/TC (Fundamento jurídico 2).

⁵⁶ Cf. el Exp. 0008-2003-AI/TC (Fundamento jurídico 2).

⁵⁷ Véase PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosh, 1997, pp. 17-18; véanse además los artículos 24 de la Constitución italiana de 1947, y los artículos 19.4.101.1 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

⁵⁸ Véase el artículo 3 de la Constitución peruana.

como la indemnización por error de la judicatura. De igual manera, se reconoce la gratuidad de la administración de justicia y la participación popular en el nombramiento y revocación de magistrados, Asimismo, como principios del debido proceso penal encontramos la inaplicación de la ley penal por analogía y de las normas que restrinjan derechos, el principio de que no hay pena sin proceso, la aplicación de la ley más favorable en materia penal, no hay condena en ausencia, la cosa juzgada, el derecho de defensa, el derecho a ser informado sobre las causas de la detención, el derecho a que los establecimientos penales sean adecuados y los objetivos del régimen penitenciario. Finalmente, el deber de colaboración del ejecutivo en los procesos, el ejercicio de la función judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, así como el derecho de toda persona a criticar las resoluciones judiciales.

4.7. Las instituciones públicas de rango constitucional

En la Constitución de 1993 también aparecen reguladas las instituciones públicas de rango constitucional con autonomía formal de los órganos del Gobierno Central. Lo que quiere decir que sus responsables toman las decisiones en sus respectivos ámbitos sin someterse a órdenes superiores. De esta manera, es cierta la afirmación que nos dice que su aparición en una Carta Magna convierte en relativa la separación de poderes en tres grandes funciones: la ejecutiva, legislativa y jurisdiccional. Estos organismos son el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras. Pese a que algunos de ellos sí guardan una estrecha relación con la Carta de 1993, como el Tribunal Constitucional, las demás no lo comparten, existiendo otras instituciones que también reclaman su inclusión fomentando más la tendencia reglamentista.

¿Es necesaria la incorporación de estas instituciones en una carta magna? Pese a que será difícil revertir esta tendencia, no podemos negar que un excesivo reglamentismo dispersa la finalidad de freno al poder que debe tener toda constitución para acercarse más hacia un programa político o un mandato al legislador. En consecuencia, al tratar de tantas materias los ciudadanos podrían cuestionar la finalidad del propio derecho constitucional. No parece arriesgado concluir que la variedad de instituciones sobrecarga cualquier carta magna y resta importancia a la constitucionalidad. Algo de ello ocurre con la Constitución peruana de 1993, pues, al margen de su polémico origen, un sector de la doctrina también echa de menos que los principios del Derecho Registral, como son los de rogación, prioridad, legalidad, publicidad, legitimación, y el de fe pública registral, no figuren expresamente junto con el reconocimiento del derecho a la propiedad en la Carta de 1993, al igual que los principios del derecho tributario o laboral.

Por todo lo anterior, consideramos que las instituciones ajenas al derecho constitucional en principio no deberían ser recogidas constitucionalmente, porque en ella solo deben establecerse aquellas instituciones y principios de primer orden para cualquier comunidad política, como son el ejecutivo, el parlamento, la judicatura, el tribunal constitucional, el defensor del pueblo, además de las normas, disposiciones y principios que garantizan un Estado de derecho, así como un catálogo de derechos y libertades. Las instituciones de segundo orden, en cambio, deben encontrar su fundamento en las leyes del parlamento, no por la constitución, aunque de sus principios generales puedan llegar a deducirse de ella indirectamente. Como mencionamos, la tendencia reglamentista se explica dado que busca proteger determinados principios, características o preceptos que, de no estar contenidos en la Constitución, se encontrarían menos protegidos ante un cambio de mayoría parlamentaria que busque favorecer su derogación o reforma con distintos propósitos.

5. Al final del camino

Los veinte años de vigencia de la Constitución de 1993 han dado lugar a un nuevo debate. Si bien un sector de analistas políticos sostiene la necesidad de retornar a la Constitución de 1979, otros la necesidad de una nueva Carta Magna, en el fondo lo que realmente se necesita es la consolidación de su contenido material, es decir, un gran acuerdo entre los factores reales del poder. Sin él de poco servirá convocar una nueva asamblea constituyente. En primer lugar, porque los textos constitucionales contemporáneos se parecen formalmente, así que sería ocioso buscar un cambio por el cambio; segundo, porque bastaría una reforma total para modificarla mediante el procedimiento que establece la propia constitución; es decir, extraer de ella todas las disposiciones que permitan al ejecutivo una acumulación del poder y, a su vez, corregir los instrumentos de control parlamentario y responsabilidad política para una efectiva fiscalización al gobierno. Por eso, pensamos que la preocupación quizá no debió centrarse en elaborar una nueva Constitución peruana, sino más bien en garantizar la voluntad política para realizar las correcciones que sean necesarias.

La Constitución peruana de 1993 se nos presenta como una típica carta magna dotada de todos los contenidos formales: separación de poderes, normas relativas al Estado de derecho, derechos fundamentales, procedimiento de reforma. Se trata de una carta político-organizativa, norma fundamental del ordenamiento jurídico, con lo necesario para tener una pequeña dosis liberal y los rasgos típicos del constitucionalismo contemporáneo: reconocimiento de derechos sociales y sus garantías, tribunal constitucional, régimen económico, defensor del pueblo e instituciones públicas con rango constitucional⁵⁹.

⁵⁹ Véase además, HAKANSSON, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, Universidad de Piura (Colección Jurídica), 2012, pp. 107-161.