

Cuando una «Constitución» es una Constitución: el caso peruano*

MARIA MCFARLAND SÁNCHEZ-MORENO* *

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LA CREACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993
 - 1.1. Del golpe a la Constitución
 - 1.2. Comparación entre las constituciones de 1979 y 1993
 - 1.3. ¿Por qué fue creada la Constitución de 1993?
 - 1.4. El resultado: «democracia»
 - 1.5. Características centrales de la creación e implementación de la Constitución de 1993
- II. EL ÉXITO Y LA LEGITIMIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES
 - 2.1. Tres tipos de consideraciones para la evaluación de una Constitución
 - 2.2. ¿Por qué es importante el arraigamiento en una constitución?
 - 2.3. Creando prácticas constitucionales: factores que afectan el arraigamiento de una Constitución
 - 2.4. Consecuencias para otros casos: Venezuela
- III. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Reformas constitucionales de gran magnitud son poco comunes en los Estados Unidos, pero ocurren con frecuencia en muchos países, especialmente en el mundo subdesarrollado. Mientras que en algunos casos las reformas pueden ser el resultado de cambios profundos en la forma de pensar de la ciudadanía sobre cuáles deben ser las reglas básicas de su sociedad, en muchos casos la frecuencia de las refor-

* Este artículo fue publicado por primera vez en inglés en el *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, n° 2, en marzo del 2001. Ya que el artículo fue escrito durante el 2000, esta traducción no discute eventos políticos recientes en el Perú. Sin embargo, la teoría presentada aquí sigue teniendo relevancia para el Perú y para cualquier cambio que se pueda hacer a su Constitución.

** J.D. 2001, New York University School of Law; B.A. 1998, University of Texas at Austin.

mas y las circunstancias asociadas con ellas sugieren que fueron otros los factores causantes de la reforma. Tales casos suscitan varias preguntas: ¿Fue necesaria la reforma? Si no, ¿por qué el pueblo dejó que ocurriera? ¿Será la nueva Constitución más exitosa que la anterior? ¿Es legítima la nueva Constitución?

Este artículo presenta una nueva perspectiva para el estudio de las preguntas mencionadas arriba, una perspectiva enfocada en lo que aquí será llamado «arraigamiento». De acuerdo a este planteamiento, un importante factor que afecta el éxito y la validez normativa de una Constitución es el grado de arraigamiento de la Constitución en la sociedad. Una Constitución está arraigada en la sociedad cuando proporciona una base compartida de principios y reglas limitando, organizando y permitiendo la acción. En otras palabras, una Constitución arraigada es una que sirve como la fuente de prácticas sociales bien establecidas, respetadas tanto por los ciudadanos como por el Gobierno. Esta propuesta es original y distinta; contrasta con lo que aquí son llamadas perspectivas «formales» (que evalúan a una Constitución en base a su forma y los procesos por los que fue creada) y «sustantivas» (que evalúan a una Constitución solamente en base a su contenido).

Debe notarse que este artículo no sostiene que el arraigamiento es la única consideración que impacta sobre la legitimidad y el éxito de una Constitución; más bien, el arraigamiento es una de varias consideraciones que pueden tener tal impacto. Así, no es el caso que los ciudadanos deban obedecer a la Constitución solo cuando ella esté arraigada; otras consideraciones (por ejemplo, consideraciones sustantivas, como el hecho de que el contenido de la Constitución es bueno) pueden proveer motivos fuertes para obedecer la Constitución. Pero es necesario enfatizar el arraigamiento, ya que es una consideración particularmente importante, y muchas veces olvidada, en la evaluación de una Constitución.

El arraigamiento es el resultado de un proceso gradual de desarrollo de prácticas sociales en torno a una Constitución; un proceso en el cual personas, instituciones, y el documento en sí interactúan los unos con los otros, influyéndose mutuamente. Por lo tanto, es posible hablar de grados de arraigamiento. También se pueden señalar varios factores que podrían asistir en el proceso de arraigamiento de la Constitución. Este artículo discute cuatro de estos factores. El primero es el atractivo de la Constitución para la población. La Constitución debe ser lo suficientemente atractiva y conocida para que la ciudadanía la pueda apo-

yar. Un segundo factor es el comportamiento de actores políticos durante y después del proceso de reforma. Cuando estos actores se someten a la autoridad de la Constitución, contribuyen a la creación de una Constitución arraigada. El tercer factor es la actitud del público hacia las constituciones y leyes en general. Una sociedad que tiene una tradición débil de respeto hacia leyes y constituciones seguirá teniendo poco respeto por las reformas que se hagan. En tal caso, las reformas constitucionales probablemente serán palabras vacías. Un último factor que posiblemente contribuya al arraigamiento es la existencia de un Tribunal Constitucional que pueda emitir decisiones finales y obligatorias en cuanto a preguntas constitucionales.

Para ejemplificar la aplicación del arraigamiento a casos concretos, este artículo analiza un caso de cambio constitucional: la transición de la Constitución peruana de 1979 a la Constitución de 1993. Uno de los rasgos resaltantes de la transición peruana es que ocurrió a través de procesos que, por lo menos superficialmente, eran democráticos. Además, el contenido de la nueva Constitución normalmente sería considerado bueno: incluye una larga lista de derechos y establece un sistema democrático de Gobierno. Sin embargo, ni la naturaleza democrática de los procesos de reforma ni el contenido atractivo de la nueva Constitución tuvieron mucho impacto sobre el resultado final de la reforma. Al contrario, sirvieron de telón de fondo para un Gobierno autoritario que muchas veces actuó de manera inconstitucional. Por lo tanto, a pesar de que el proceso de reforma podría considerarse legítimo desde una perspectiva formal o sustantiva, de acuerdo a la perspectiva del arraigamiento, el proceso fue un fracaso, ya que dio lugar a una Constitución con pocas pretensiones de legitimidad.

El caso peruano es un excelente ejemplo de la importancia del arraigamiento de una Constitución. Dadas varias condiciones de su creación, la ciudadanía nunca esperó que la Constitución fuera obligatoria para el público ni para el Gobierno. En consecuencia, tanto los líderes como los ciudadanos tratan a la Constitución como un papel sin significado. Además, el análisis de este proceso es de especial interés en este momento, ya que el país está pasando por una transición política que podría llevar a nuevas reformas constitucionales. La falta de arraigamiento de la Constitución es un elemento esencial de una explicación de por qué la transición actual está ocurriendo. Por último, el caso peruano es útil porque las condiciones que dieron lugar al proceso

de reforma del Perú probablemente existen en otros países. Así, otros países, tales como Venezuela, corren el peligro de repetir los errores peruanos.

La primera sección describe y analiza el proceso de creación e implementación de la Constitución Política del Perú de 1993. La segunda sección presenta una discusión teórica del arraigamiento y de los factores que contribuyen al arraigamiento; analiza el caso peruano desde la perspectiva del arraigamiento, y brevemente compara el caso peruano al reciente proceso de cambio constitucional en Venezuela.

I. LA CREACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Para analizar el constitucionalismo en el Perú, es necesario apreciar tres rasgos de las reformas que se dieron en 1993. Primero, aunque el proceso de reforma que produjo la Constitución peruana de 1993 podría caracterizarse como democrático, la forma que el proceso tomó respondía principalmente a los intereses de un individuo: el presidente Alberto Fujimori. Segundo, las diferencias entre la Constitución de 1993 y la anterior, de 1979, no son muy marcadas, y parecen estar principalmente dirigidas a respaldar intereses de corto plazo del Gobierno de Fujimori. Por último, eventos que han transcurrido en el Perú después de la ratificación de la Constitución de 1993 indican que la Constitución de 1993 tiene un poder muy limitado, y está lejos de ser una fuente importante de principios compartidos por la sociedad. Al contrario, a través de legislación y nombramientos el Presidente pudo vaciar a la Constitución de mucho de su contenido, sin que hubiera una reacción popular fuerte.

Esta sección comienza por la presentación de los hechos que rodearon el proceso peruano de cambio constitucional en 1992-1993. Seguidamente, contrasta la Constitución de 1993 con la de 1979, notando las pocas diferencias entre las dos. Dada la similitud entre las dos constituciones, la sección intenta dar una explicación de por qué la Constitución de 1993 fue creada. Luego describe el comportamiento del régimen Fujimori en cuanto a la Constitución de 1993 después de su ratificación. La sección concluye con una breve discusión de las características más resaltantes del proceso de reforma e implementación de la Constitución de 1993.

1.1. Del golpe a la Constitución

1.1.1. *El autogolpe*

La noche del 5 de abril de 1992, los peruanos prendieron sus televisores y radios y se encontraron con que varias de sus figuras políticas y reporteros más conocidos habían sido detenidos en sus casas, había tropas en las oficinas de los principales medios de comunicación y en las calles, y el presidente Fujimori estaba haciendo declaraciones inesperadas.¹ En un discurso a la Nación, Fujimori dijo que con apoyo militar estaba disolviendo el Congreso, reorganizando el Poder Judicial, y suspendiendo provisiones de la Constitución de 1979 para establecer un Gobierno de emergencia y reconstrucción nacional. Acusando al Congreso y al Poder Judicial de corrupción e ineficacia, Fujimori presentó sus acciones como medidas necesarias para sentar las bases de una democracia verdadera.

Miembros del Congreso disuelto protestaron, diciendo que Fujimori estaba intentando establecer una dictadura. Secretamente votaron para nombrar como presidente al vicepresidente Máximo San Román. Sin embargo, con los militares apoyando a Fujimori, San Román no tenía la fuerza necesaria para tomar el poder.

1.1.2. *La reacción internacional*

La comunidad internacional dio señales mezcladas sobre su posición con respecto a los eventos que estaban transcurriendo en el Perú. Los Estados Unidos inicialmente suspendieron su ayuda económica, pero eventualmente decidieron continuar reconociendo a Fujimori como presidente del Perú, expresando su simpatía para con el Gobierno de Fujimori en vista de las dificultades a las que este último tenía que enfrentarse, respondiendo al terrorismo y a la crisis económica.² La Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó una resolución condenando las acciones de Fujimori, y presionó a Fujimori para que regresara a un

¹ Para una descripción más larga de los eventos que rodearon el golpe del 5 de abril, véase BOWEN, Sally. *The Fujimori File*. Lima: Perú Monitor, 2000, pp. 97-122.

² Ver FRIEDMAN, Thomas L. «U.S. is Shunning Sanctions Against Perú». *The New York Times*, 14 de abril, 1992, p. A8.

Gobierno tradicionalmente democrático y constitucional. Sin embargo, no llegó a imponer sanciones económicas internacionales.

El 18 de mayo, en una reunión de la OEA en Nassau, Fujimori atacó el sistema de partidos políticos del Perú, diciendo que era antidemocrático, y describiendo a los partidos como entidades dominadas por intereses que impedían que el Ejecutivo gobernara. Para que los ciudadanos se hicieran oír, el sistema de partidos debía ser reemplazado por un sistema de «Gobierno abierto», con periódicas consultas directas del público acerca de decisiones gubernamentales importantes. Sin embargo, cediendo a las presiones de la OEA, Fujimori aceptó un calendario propuesto por la Organización, de acuerdo al cual una asamblea constituyente de 80 miembros sería elegida en octubre para reformar la Constitución. Esta fecha fue eventualmente cambiada al 22 de noviembre. La asamblea tendría no solo poderes constituyentes, sino también legislativos, que tomarían efecto en enero de 1993. Este arreglo dejaría a Fujimori con total libertad para gobernar al país como quisiera durante seis meses, hasta que la asamblea asumiera poderes legislativos.

1.1.3. La reacción popular

Antes de las elecciones para la asamblea constituyente, líderes políticos frecuentemente llamaron al pueblo peruano a que se opusiera a las acciones de Fujimori. Pero ni los partidos tradicionales ni el Congreso disuelto pudieron atraer mucho apoyo popular.

Al contrario, aunque hay variación en las cifras citadas, parece que una gran mayoría del público o apoyaba a Fujimori o se sentía ambivalente hacia lo que ocurría. Una encuesta indicaba un 87% de apoyo para el «autogolpe» en abril.³ Una explicación común para esta reacción se enfoca en los fracasos de los partidos políticos tradicionales respondiendo a la profunda crisis económica y al terrorismo durante los años 80 y principios de los 90. Estos fracasos dieron lugar a la pérdida de legitimidad del siste-

³ Ver «Civilian and Military Support for Fujimori Still High but on the Wane». *Latin America Regional Report: Andean Group*, 4 de marzo, 1993, p. 1. Una encuesta del día después del golpe indicaba que un 73% de la población apoyaba la acción de Fujimori. Pocos días después, la agencia Apoyo presentó encuestas que indicaban que el 71% de la población favorecía la disolución del Congreso y el 89% favorecía la reestructuración del sistema judicial. Ver BOWEN, ob. cit., p. 108.

ma político ante el pueblo.⁴ Una explicación un poco diferente, pero conectada con la primera, afirma que los éxitos del Gobierno fujimorista combatiendo al terrorismo, controlando la inflación, y reinsertando al país en círculos financieros internacionales reforzaron la confianza popular en el liderazgo de Fujimori. En consecuencia, «muchos peruanos creen que Fujimori es la “mano fuerte” que se necesita para acabar con el caos y sentar las bases de una prosperidad futura».⁵

1.1.4. Actividades antisubversivas y reforma económica

A lo largo de 1992, el grupo terrorista Sendero Luminoso aumentó el número de sus ataques. Después del autogolpe, estos ataques se enfocaron cada vez más en Lima. Entre mayo y julio Sendero cometió 650 atentados, en los cuales 1420 personas murieron.⁶ Y varios atentados se concentraron en edificios conocidos de Lima.⁷ Este aumento de la actividad terrorista agudizó el miedo y la ansiedad alrededor del país, y especialmente en Lima.

En setiembre, la popularidad de Fujimori volvió a subir, gracias a la captura de Abimael Guzmán, el líder de Sendero Luminoso, por un gru-

⁴ Ver LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. «Perú: golpe, demócradura y democracia». *Cuestión de Estado*, setiembre-octubre, 1993. Otros observadores van aun más lejos, señalando que la violencia llevó no solo a la pérdida de prestigio de los partidos políticos, sino también a un sentimiento de que la democracia en sí era ineficiente. Ver DARGENT, Eduardo. «La transición interminable: ¿Qué pasó con los partidos políticos en el Perú?». En: *Perú 2000: Un triunfo sin democracia*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000, pp. 17-20.

⁵ SANBORN, Cynthia y Aldo, PANFICHI. «Fujimori y las raíces del neopopulismo» En: TUESTA SOLDEVILLA, Fernando y otros (eds.). *Los enigmas del poder: Fujimori 1990-1996*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1996, p. 43.

⁶ Ver las cifras citadas por Enrique Bernales, según «1992 One of Worst Years on Record: Guerrilla and Drug Wars Take Heavy Toll of Lives». *Latin America Regional Report: Andean Group*, 28 de enero, 1993, p. 6.

⁷ Cynthia McClintock dice que: «El 5 de junio, un coche-bomba destruyó las instalaciones del Canal Dos, y el 16 de junio, otro coche-bomba explotó en Miraflores matando a 21 personas, hiriendo a 250, y causando daños a seis hoteles, diez bancos, veinte tiendas y 400 hogares. A lo largo del país, la ofensiva de julio de la guerrilla incluyó 293 ataques que costaron 179 vidas. Sendero Luminoso parecía estar ganando y no perdiendo terreno tras el golpe del 5 de abril». McCLINTOCK, Cynthia. «La voluntad política presidencial y la ruptura constitucional». En: TUESTA SOLDEVILLA y otros, ob. cit., pp. 67-68.

po especializado de la policía conocido como DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo). Fujimori y las Fuerzas Armadas inmediatamente tomaron crédito por la captura, a pesar de que tuvieron poco o nada que ver con la investigación.⁸ La captura fue seguida de una fuerte ofensiva antisubversiva que, a lo largo de los siguientes dos años, prácticamente acabó con Sendero Luminoso.

Por otra parte, en 1993 las medidas de liberalización económica de los primeros dos años del Gobierno fujimorista comenzaron a surtir efecto de manera positiva. Empresas nacionales se estaban vendiendo a altos precios, la inversión privada aumentó, y la inflación bajó marcadamente.⁹ Estas mejoras dramáticas, sucediendo inmediatamente después de la profunda crisis económica de fines de los años 80, aumentaron el apoyo a Fujimori.

1.1.5. Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático

Con las elecciones para el Congreso Constituyente Democrático (CCD), el partido fujimorista, Cambio 90-Nueva Mayoría, tomó 43 de los 80 escaños, y el Movimiento Renovación, que también apoyaba a Fujimori, tomó 6 escaños. Ahora los partidarios de Fujimori tenían una mayoría en el CCD, un hecho que el Gobierno inmediatamente interpretó como confirmación del apoyo popular para Fujimori. Sin embargo, varios de los partidos de oposición habían boicoteado las elecciones, afirmando que su participación legitimaría el autogolpe de Fujimori. Por lo tanto, una interpretación sólida de los resultados electorales es difícil.

⁸ DINCOTE era parte de la fuerza policial, una institución a la cual el Gobierno de Fujimori había prestado poca atención en la lucha contra el terrorismo. La mayor parte de los esfuerzos del Gobierno se habían centrado en el Ejército como la institución que sería usada para combatir el terrorismo. El individuo que probablemente merece la mayor parte del crédito por la captura de Guzmán es Antonio Ketín Vidal, el general que lideró a la DINCOTE durante la investigación de seis meses que llevó a la captura. Ver BONILLA, Heraclio. «Introducción: la metamorfosis de la violencia en el umbral del siglo XXI». En: BONILLA, Heraclio (ed.). *Perú en el fin del milenio*. México, D.F.: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1994, p. 42.

⁹ Ver BOWEN, ob. cit., p. 169-200.

1.1.6. El debate sobre la reelección presidencial inmediata

Gran parte del debate en el CCD durante la redacción de la nueva Constitución se enfocó en una propuesta de reelección presidencial inmediata. La Constitución de 1979 prohibía que el presidente se presentara para un segundo mandato consecutivo. La propuesta en el CCD permitiría que el presidente se presentara para un segundo mandato inmediatamente después del término de su primer mandato presidencial, pero prohibiría un tercer mandato consecutivo. Fujimori apoyaba esta propuesta, enfatizando que un buen plan de Gobierno demoraría más de cinco años en ejecutarse. Pero no es claro que el pueblo apoyara esta propuesta fuertemente. En junio de 1993, una encuesta de Apoyo indicaba que Fujimori tenía un nivel de popularidad de 66%, pero solo 41% del público favorecía su reelección. Sin embargo, una encuesta de Datum indicaba que 58% del público favorecía la reelección.¹⁰

Al final, la propuesta permitiendo la reelección presidencial inmediata fue incluida en la nueva Constitución, la cual fue aprobada por el 85% de los miembros del CCD el 18 de agosto de 1993.

1.1.7. El referéndum

El 31 de octubre de 1993 fue fijado como la fecha para un referéndum nacional sobre la nueva Constitución. Dos campañas opuestas se enfocaron en la Constitución durante los dos o tres meses antes del referéndum. Fujimori empujó el voto por el «sí», presentando al referéndum no como una oportunidad para expresar apoyo por la Constitución, sino como un plebiscito sobre su desempeño como presidente. Simultáneamente, partidos de oposición montaron una campaña por el «no», intentando hacer que la atención popular se fijara en cambios específicos que podrían ser mal vistos, como por ejemplo la pena de muerte por terrorismo, la eliminación de la educación universitaria gratuita, y la reelección presidencial inmediata. Personas en ambos lados del debate reconocen que las campañas fueron altamente politizadas, y que los votantes tenían una comprensión muy pobre del contenido de la nueva Constitución.¹¹

¹⁰ Ver «Fujimori's Re-election». *Latin American Weekly Report*, 1 de julio, 1993, p. 293.

¹¹ Lourdes Flores Nano, entonces congresista de oposición, dice que las campañas

En el referéndum, una pequeña mayoría (52,24%) aprobó la Constitución propuesta por el CCD, con 47,76% de votos en contra. El Gobierno fujimorista presentó los resultados como pruebas del apoyo popular para Fujimori, y sostuvo que el motivo por el cual la Constitución fue aprobada por un margen tan pequeño fue una campaña masiva de desinformación de la oposición. Seguidores de Fujimori afirmaron que la oposición había hecho que el público creyera que la pena de muerte se aplicaría indiscriminadamente, que toda la educación gratuita acabaría, y que la estabilidad laboral no sería protegida. Mientras, la fuerza del voto por el «no» animó a los partidos de oposición, los cuales exigieron mayor debate y cambios al texto constitucional. Sin embargo, la Constitución sobrevivió sin mayor cambio.

Para recapitular, el proceso que llevó a la ratificación de la Constitución de 1993 tuvo una forma democrática. Los votantes tuvieron la oportunidad de elegir a los miembros del CCD, y de aprobar el texto final. Además, Fujimori disfrutó de un amplio apoyo popular durante la mayor parte del proceso. Sin embargo, no es claro si la Constitución en sí disfrutaba de tal apoyo, dado que los votantes tenían una comprensión muy limitada del documento, y muchos probablemente percibían al referéndum como un plebiscito sobre el programa político del Gobierno fujimorista.

1.2. Comparación entre las constituciones de 1979 y 1993

A pesar de los pronunciamientos del Gobierno después del autogolpe acerca de la necesidad de reformar a la Constitución, la Constitución de 1993 no marcó un cambio radical ni profundo con respecto a la de 1979. Como lo ha señalado Francisco Fernández Segado, la influencia de la Constitución de 1979 sobre la de 1993 es «de tal calibre que un amplísimo número de artículos están transcritos miméticamente del código constitucional anterior, quedando limitados los cambios a una serie de

fueron muy politizadas —el referéndum involucró una discusión acerca de si el régimen fujimorista debía continuar, y no acerca de la Constitución propuesta—. Ver «Entrevista con Lourdes Flores Nano». S.d., 26 de setiembre, 2000. Ricardo Marcenaro, quien fue congresista de Cambio-90 y cabeza de la Comisión de la Constitución en el Congreso, también señala la naturaleza política de las campañas, y dice que muy pocas personas en realidad hablaron acerca de la Constitución en sí. Ver «Entrevista con Ricardo Marcenaro». S.d., 27 de setiembre, 2000.

materias puntuales».¹² Las similitudes entre los dos documentos nos llevan a las preguntas sobre a qué propósito sirvieron las reformas, y si fueron necesarias.

Otro aspecto de la Constitución que vale la pena mencionar es que la de 1993 tiene un contenido generalmente atractivo: al igual que la Constitución de 1979, la de 1993 establece un sistema democrático de Gobierno con una larga lista de derechos. Mientras que algunas de las nuevas disposiciones (como el cambio de un Congreso bicameral a uno unicameral) han sido criticadas, otras (como la creación del Defensor del Pueblo) son vistas como reformas útiles.

En lo que sigue, se da una breve descripción de las diferencias más importantes entre las dos constituciones.

1.2.1. Intervención gubernamental en la economía

La Constitución peruana de 1979 establecía un «Estado social democrático» y enfatizaba la redistribución de la riqueza para cubrir las necesidades básicas de la población y para reducir las diferencias de clase en el contexto de procesos democráticos.¹³ La Constitución de 1993, en cambio, enfatiza la liberalización económica, con protección de mercados libres, inversión, y pluralismo económico.¹⁴ Otros cambios específicos incluyen la eliminación de artículos que se referían a responsabilidades gubernamentales con respecto a las necesidades básicas de los ciudadanos.¹⁵ La nueva Constitución también elimina referencias a la justicia social como una meta del Gobierno en la regulación económica, y las reemplaza con un reconocimiento de la importancia de los mercados libres.¹⁶ Así, se puede decir que el tono de la Constitución

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El nuevo ordenamiento constitucional Del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993». En: *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 14.

¹³ Ver LANDA ARROYO, César. «El Proceso de Formación Contemporáneo del Estado Peruano». En: *La Constitución diez años después*. Lima: Constitución y Sociedad: Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 58-59.

¹⁴ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, arts. 58-65.

¹⁵ Por ejemplo, la Constitución de 1979 disponía que toda persona tenía un derecho a «alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia». Ver *Constitución Política del Perú*, 1979, art. 2, §15.

¹⁶ El capítulo sobre la regulación económica en la Constitución de 1979 comenzaba

cambió; la nueva Constitución estaría más alineada con las políticas económicas liberales del Gobierno de Fujimori. Sin embargo, no es claro si estos cambios realmente pueden tener consecuencias prácticas, o si son meramente cambios cosméticos.

1.2.2. Disposiciones respondiendo al terrorismo

Algunos cambios fueron diseñados para poder permitir ciertas medidas que serían usadas en la lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, bajo la Constitución de 1993, tribunales militares están encargados de juzgar a individuos acusados de terrorismo y traición a la Patria.¹⁷ Las decisiones de estos tribunales pueden ser apeladas solamente a la Corte Suprema.¹⁸ La justificación que se dio para este cambio fue que los tribunales civiles eran demasiado ineficientes y tenían demasiado miedo de una posible represalia terrorista para poder manejar estos casos adecuadamente.

La Constitución de 1993 permite la aplicación de la pena de muerte a personas condenadas por terrorismo o traición a la Patria.¹⁹ En cambio, la Constitución de 1979 permitía la aplicación de la pena de muerte solamente en casos de personas condenadas por traición a la Patria durante una guerra externa.²⁰

con la afirmación de que «[e]l régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana [...]. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso [...]» (Ib., art. 110). En cambio, el capítulo sobre la regulación económica de la Constitución de 1993 comienza diciendo que «[l]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». *Constitución Política del Perú, 1993*, art. 58.

¹⁷ Ver ib., art. 173.

¹⁸ Ib., art. 140.

¹⁹ Lug. cit.

²⁰ Ver *Constitución Política del Perú, 1979*, art. 235.

1.2.3. Estructura y poderes del Gobierno

La estructura del gobierno en la Constitución de 1979 estaba centrada en un presidente fuerte, con un Congreso bicameral compuesto de 240 miembros.²¹ La Constitución de 1993 retuvo una presidencia fuerte,²² pero cambió la estructura del Congreso, estableciendo un Congreso unicameral de 120 miembros.²³ Además, la reelección presidencial inmediata, que estaba prohibida bajo la Constitución de 1979, está permitida bajo la Constitución de 1993.²⁴

1.2.4. Tribunal Constitucional y Defensor del Pueblo

La Constitución de 1979 creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual fue reemplazado por un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1993. El Tribunal Constitucional tiene poderes un poco más amplios que los que tenía el Tribunal de Garantías Constitucionales.²⁵ Además, el método de nombramiento de los magistrados cambió.

²¹ Ib., art. 164.

²² Los poderes del presidente, enumerados en el artículo 118 de la Constitución de 1993, son casi idénticos a aquellos enumerados en el artículo 211 de la Constitución de 1979.

²³ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, art. 90. Dado que el partido de Fujimori controló el Congreso durante el periodo 1995-2000, es difícil determinar si el equilibrio de poderes entre el Congreso y el presidente fue alterado debido al cambio de un Congreso bicameral a uno unicameral. Ricardo Marcenaro sostiene que tener un Congreso unicameral no ayudaría al presidente, dado que no hay ninguna garantía de que el presidente tendría una mayoría en el Congreso. Ver «Entrevista con Ricardo Marcenaro», ob. cit. Sin embargo, Enrique Bernales señala que el cambio sí aumenta el poder del presidente, dado que él o ella se tendrá que enfrentar a oposición en solo un cuerpo legislativo. Ver «Entrevista con Enrique Bernales». S.d., 28 de setiembre, 2000.

²⁴ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, art. 112.

²⁵ El Tribunal Constitucional tiene el poder de decidir conflictos de competencia. Ver ib., art. 202. La Constitución de 1979 no le daba este poder al Tribunal de Garantías Constitucionales. Además, el Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal de Garantías Constitucionales, tiene el poder de procesar acciones de inconstitucionalidad y conocer en última instancia acciones por denegatorias de garantías constitucionales. Ver ib., arts. 202, 203. Para una descripción de estas garantías véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993». En: *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios*, ob. cit., p. 253.

La Constitución de 1979 disponía que el Tribunal de Garantías Constitucionales estaría compuesto por nueve magistrados, tres de los cuales serían nombrados por el Congreso, tres por el presidente y tres por la Corte Suprema.²⁶ La Constitución de 1993 no decía nada acerca del número de magistrados, ni de quiénes los nombrarían. El Congreso luego trató estos asuntos a través de la «Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».²⁷ Según esta ley, el Tribunal debe estar compuesto de siete magistrados, todos nombrados por el Congreso. En general, se puede concluir que la mayoría de cambios en lo referente al Tribunal Constitucional son ajustes pequeños a la estructura prevista en la Constitución de 1979. Los cambios con respecto al nombramiento de los miembros del Tribunal parecen permitir que el Congreso tenga mayor influencia sobre el Tribunal.

La nueva Constitución también creó la oficina del Defensor del Pueblo, que tendría el poder para investigar quejas de violaciones de derechos individuales, y para supervisar a la burocracia administrativa en el cumplimiento de sus funciones.²⁸ La Defensoría es una novedad en el Perú, y su creación siguió una tendencia latinoamericana en años recientes.²⁹ Generalmente el establecimiento de la defensoría es visto como un desarrollo positivo.

1.2.5. Conclusiones

Los cambios en la Constitución de 1993 no representan una reforma radical ni profunda con respecto a las disposiciones de la Constitución de 1979. En su mayoría, parecen ser cambios menores o ajustes con respecto al documento anterior. Varios de estos cambios, como por ejemplo las disposiciones que tratan de la economía y el terrorismo, simplemente sirvieron para poner a la Constitución en línea con los planes políticos del nuevo Gobierno. Otros cambios han sido criticados por ser perjudiciales para la democracia, y por darle poder excesivo al pre-

²⁶ Ver *Constitución Política del Perú*, 1979, art. 296.

²⁷ Ley N° 26435, capítulo II, artículo 7 (6 de enero, 1995).

²⁸ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, arts. 161-162.

²⁹ Por ejemplo, oficinas parecidas han sido creadas en Bolivia, Ecuador, y Argentina. Ver *Constitución Política de Bolivia* (enmendada en 1994), arts. 127-131; *Constitución Política de la República de Ecuador*, art. 96; *Constitución de la Nación Argentina*, art. 86.

sidente.³⁰ Esto es cierto, por ejemplo, del cambio que se hizo de un Congreso bicameral a uno unicameral. Finalmente, algunos cambios han sido positivos; este es el caso de la creación de la Defensoría del Pueblo. Evaluándola en términos generales, la Constitución de 1993 no es muy diferente a la de 1979, y a pesar de algunas fallas y disposiciones controversiales, tiene un contenido atractivo.

1.3. ¿Por qué fue creada la Constitución de 1993?

Antes de pasar a una discusión teórica, es útil reflexionar acerca de las razones que llevaron a que la Constitución de 1993 fuera creada. Este tema se puede abordar planteando dos preguntas: ¿qué motivó al Gobierno fujimorista a escribir la nueva Constitución?, y ¿por qué el público peruano aceptó el proceso de reforma y ratificó sus resultados?

1.3.1. La posibilidad de la enmienda

La pregunta de por qué Fujimori decidió llamar a la escritura de una nueva constitución permanece sin respuesta. Mientras que la Constitución de 1993 es diferente de la de 1979, los cambios no parecen ser suficientemente importantes para justificar la creación de una constitución completamente nueva. Efectivamente, las disposiciones referentes a la reelección presidencial inmediata, la pena de muerte, y la creación de la oficina del Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional son todas muy específicas. Parecen ser el tipo de reforma que se presta a ser materia de una enmienda constitucional. Por otra parte, las disposiciones en la Constitución de 1979 referentes al rol del Estado en la economía eran vagas, y probablemente no era necesario cambiarlas para poder ejecutar las reformas económicas que Fujimori quería impulsar. Entonces, ¿por qué es que Fujimori no intentó simplemente enmendar la Constitución de 1979?

Una explicación, que ve con simpatía a las intenciones de Fujimori, se enfocaría en la dificultad de la enmienda. En teoría, el proceso para la

³⁰ Ver, por ejemplo, FERRERO COSTA, Raúl. *Ensayos de Derecho constitucional: Hacia un equilibrio de poderes*. Lima: Editorial San Marcos, 1997. Ferrero expresa una grave preocupación con respecto a la Constitución de 1993, sugiriendo que esta debilita a las instituciones democráticas, mientras que aumenta el poder de la presidencia.

enmienda establecido en la Constitución de 1979 no era excepcionalmente difícil de poner en marcha.³¹ Todos los artículos de la Constitución podían ser enmendados y todo lo que se requería era el voto de una mayoría simple de los miembros de ambas cámaras del Congreso, por dos sesiones legislativas seguidas. Varias entidades podían proponer enmiendas constitucionales, incluyendo el Ejecutivo, la Corte Suprema, miembros del Congreso, y un grupo de por lo menos 50,000 ciudadanos. Sin embargo, en la práctica este proceso de enmienda pudo haber sido problemático. Primeramente, ya que el poder de la enmienda estaba exclusivamente en manos del Poder Legislativo, un presidente enfrentado con un Congreso hostil probablemente se encontraría con que todas sus propuestas de enmienda serían rechazadas o dejadas de lado. Los defensores de Fujimori argumentan que en el periodo de 1990-1992 el Congreso estaba bloqueando las propuestas legislativas de Fujimori, e impedía que gobernara de manera eficaz. Segundo, el Perú no tiene una tradición de reforma constitucional a través de la enmienda, y dado que la Constitución de 1979 era relativamente nueva, es posible que el Congreso no habría estado dispuesto a usar el poder de la enmienda. Durante la década de los 80, más de noventa propuestas de enmienda fueron presentadas, pero solo una llegó a ejecutarse.³² Esta tendencia puede haber reducido significativamente las posibilidades de que una serie de enmiendas fueran aprobadas por el Congreso a comienzos de los 90.

Sin embargo, hay serias objeciones a esta explicación. Para empezar, muchos comentaristas mantienen que en realidad el Congreso no estaba bloqueando los planes de Fujimori. Henry Pease describe al Congreso peruano de comienzos de los 90 como uno en el que varios sectores estaban «desesperados por concertar con Fujimori, pues conc[ordaban] en esencia con su programa económico».³³ Más bien, Pease dice, que era Fujimori quien, a través de su comportamiento errático y pronunciamientos públicos, buscó desprestigiar al Congreso, creando la impresión de

³¹ Ver *Constitución Política del Perú*, 1979, art. 306.

³² Ver FERNÁNDEZ-MALDONADO CASTRO, Guillermo y Jorge, MELO-VEGA CASTRO. «Las propuestas de reforma constitucional». En: *La Constitución diez años después*, ob. cit., p. 404.

³³ PEASE GARCÍA, Henry. *Los años de la langosta: la escena política del fujimorismo*. Lima: La Voz Ediciones, 1994, p. 120.

que el Congreso y el Ejecutivo estaban en conflicto.³⁴ De manera similar, Enrique Bernaldes señala que el Congreso estaba cooperando con el Presidente en interpretar la Constitución de 1979 de una manera que permitiría medidas antilibertarias más fuertes y políticas económicas más liberales.³⁵

Una segunda objeción a la explicación propuesta más arriba es que el Perú simplemente no necesitaba una reforma constitucional. Como lo ha notado Francisco Eguiguren, «ninguna de las fuerzas políticas ni los círculos académicos habían sugerido siquiera la necesidad o conveniencia de contar con una nueva Constitución».³⁶ Por lo tanto, aun si el Congreso estaba bloqueando las propuestas legislativas del Ejecutivo, ello no justificaba una reforma constitucional.

Varios autores han ofrecido explicaciones alternativas para el autogolpe y la creación de la nueva Constitución. Ferrero propone que el motivo detrás de la creación de la nueva Constitución era conveniencia política: Fujimori necesitaba dar una justificación jurídica para romper con el sistema democrático.³⁷ García Belaunde empuja una explicación parecida de manera más agresiva.³⁸ Él propone que después del autogolpe, Fujimori quería gobernar como un dictador, usando plebiscitos. Sin embargo, la presión internacional lo convenció de que no podría llevar a cabo sus planes. La idea de llamar a una asamblea constitu-

³⁴ Ib., pp. 122-131. Pease le da apoyo a esta afirmación con un largo examen de las actas del Congreso y el presidente durante el periodo 1990-1992.

³⁵ Ver «Entrevista con Enrique Bernaldes», ob. cit. Sin embargo, algunos observadores creen que sí había conflicto entre el Congreso y la presidencia, y que este fue un factor que contribuyó al golpe. Véase, por ejemplo, KENNEY, Charles D. «¿Por qué el autogolpe?». En: TUESTA SOLDEVILLA y otros, ob. cit., p. 76. Nótese que Kenney no propone que el conflicto explica la escritura de la nueva Constitución, sino que tal conflicto fue un motivo para el golpe. Esta distinción es importante, porque es posible que Fujimori llevara a cabo el golpe para terminar el conflicto con el Congreso, y no porque le interesara escribir una nueva constitución. Más bien, la creación de la nueva Constitución puede haber sido simplemente una manera conveniente de mantenerse en el poder mientras que respondía a presiones internacionales.

³⁶ EGUIGUREN, FRANCISCO. Prólogo. En: FERRERO, Raúl. *La democracia: ¿en riesgo? Una respuesta constitucional*. Lima: Ediciones Luis Alfredo, 1993, p. 17.

³⁷ Ver FERRERO, *La democracia: ¿en riesgo?*, p. 29.

³⁸ Ver GARCÍA BELAUENDE, Domingo. «The New Peruvian Constitution». En: LANDA, César y Julio, FAÚNDEZ (eds.). *Contemporary Constitutional Challenges*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 39-40.

yente que legislaría a la vez que debatiría reformas constitucionales fue el producto de las negociaciones con la OEA. Además, García Belaunde señala que en un momento en el debate en el CCD, se propuso que la Constitución de 1979 simplemente fuera reformada. Sin embargo, la mayoría fujimorista en el CCD decidió que este curso de acción sería demasiado peligroso, ya que el artículo 307 de la Constitución de 1979 castigaba a los autores de golpes de Estado. Además, a esas alturas, escribir una nueva constitución era conveniente, dado que ello pondría a los oficialistas en una buena posición para añadir la disposición para la reelección presidencial inmediata. Este hecho ha llevado a García Belaunde a decir que «[t]enemos a la presente Constitución, la de 1993, escrita fundamentalmente para satisfacer a una persona, el Señor Fujimori. Los analistas ya han preguntado: ¿Por qué creamos la Constitución? Pero nosotros sabemos por qué. Para la reelección del Presidente».³⁹ Lourdes Flores Nano concuerda con esta opinión, diciendo que «la verdadera razón, y casi [...] la única» para la creación de la nueva Constitución «fue hacer viable la reelección».⁴⁰

Este último grupo de explicaciones es más completo que el primero. El conflicto entre los poderes Legislativo y Ejecutivo no justifica ni explica la escritura de la nueva Constitución; solo puede ser uno de los factores explicando el golpe. Una vez llevado a cabo el autogolpe, Fujimori necesitaba justificar su violación de la Constitución de 1979. La manera más fácil de hacerlo era decir que se necesitaba una nueva constitución. Aun si las suposiciones de García Belaunde acerca de los planes dictatoriales de Fujimori resultaran estar erradas, es bastante claro que la creación de la nueva Constitución respondía a los intereses políticos de Fujimori, y no a ninguna necesidad urgente de reforma constitucional.

1.3.2. *Reacción popular*

Varios factores contribuyeron a que el público aceptara el proceso de reforma constitucional. Primero, una gran mayoría de la población o apoyaba o se sentía ambivalente hacia el autogolpe, probablemente de-

³⁹ Ver GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Constitutional Processes in Latin America». En: *ib.*, p. 28.

⁴⁰ «Entrevista con Lourdes Flores Nano», *ob. cit.*

bido a los fracasos de los partidos políticos tradicionales. Segundo, las reformas económicas del Gobierno fujimorista y su éxito en la lucha contra el terrorismo aumentaron la popularidad del Presidente.⁴¹ Finalmente, es de notarse que Fujimori era en muchos sentidos un populista. Se diferenciaba de muchos políticos tradicionales del Perú en tanto que se dirigía directamente a la mayoría indígena de peruanos, frecuentemente viajando a zonas remotas del país e identificándose con sectores marginados de la sociedad. Así es que a comienzos de la década de los 90 consiguió una fuerte base de apoyo que no pertenecía a la élite política y económica del país.⁴² Al mismo tiempo, Fujimori pudo conseguir el apoyo de ciertos sectores del mundo de los negocios, debido a sus reformas económicas.⁴³

No obstante, el apoyo para Fujimori no se traduce necesariamente en apoyo para la Constitución de 1993. Prueba de ello es el pequeño margen (5%) por el cual fue aprobada la Constitución en el referéndum. Y ni siquiera es claro si el 52% que votó a favor de la Constitución lo hizo porque comprendía y apoyaba a la Constitución en sí, o porque apoyaba a Fujimori. El carácter altamente politizado de las campañas antes del referéndum complica la interpretación de sus resultados. Por

⁴¹ José María Salcedo ofrece un análisis de la popularidad de Fujimori en base a un estudio de las actitudes peruanas. Entre otras cosas, Salcedo señala que los peruanos ya no confían en los partidos, principios, o planes de Gobierno políticos, debido a sus decepciones anteriores. Más bien, los peruanos prefieren confiar en individuos. Además, los estudios de Salcedo indican que los peruanos valoran el orden; esto explica el optimismo de los peruanos después de la pacificación de Sendero. Ver SALCEDO, José María. *Terremoto: ¿por qué ganó Fujimori?* Lima: Editorial Brasa, 1995, pp. 35-36.

⁴² Salcedo señala que en estudios de las elecciones de 1995, los peruanos de los sectores más pobres de la sociedad veían a Javier Pérez de Cuéllar como extranjero y distante del pueblo. Según Salcedo, muchos explicaban esta percepción diciendo que «no puede comprender al pueblo quien pertenece a las clases altas» (Ib., p. 68). Además, en un ambiente de desconfianza de las promesas de los políticos, Salcedo señala que «la apariencia física resulta más creíble que las buenas palabras» (Ib., p. 70).

⁴³ Enrique Bernaldes recuerda una conversación que tuvo con Fujimori antes del golpe, acerca del funcionamiento del Congreso, en la cual Fujimori le dijo: «Yo no creo en el Parlamento». Bernaldes enfatiza que Fujimori no creía en el Congreso como institución. Según Bernaldes, el autoritarismo del Gobierno nació de la concepción que Fujimori tiene del poder como algo que no puede ser compartido. Ver «Entrevista con Enrique Bernaldes», ob. cit.

lo tanto, las razones detrás de la ratificación de la Constitución de 1993 permanecen sin una explicación clara.

1.4. El resultado: «democradura»

Luego del referéndum, Fujimori pudo iniciar su presidencia con una Constitución y un Congreso favorables. Sus reformas de libre mercado y duras medidas antisubversivas ayudaron a mejorar la situación económica y la seguridad nacional. Y gracias a ello, Fujimori pudo ganar las elecciones presidenciales con una mayoría del 63%. Además, gracias a la popularidad de Fujimori, sus seguidores pudieron mantener su mayoría en el Congreso a lo largo de casi todo su mandato.

Sin embargo, el Gobierno fujimorista fue profundamente autoritario,⁴⁴ tanto es así que los analistas y críticos han dicho de su Gobierno que fue una «democradura». Además, el Gobierno actuó en muchas ocasiones de manera inconstitucional, o cuestionablemente constitucional, a tal extremo que se podría decir que el Gobierno fujimorista borró a la Constitución en la práctica. En palabras de Lourdes Flores Nano, «la desgracia de la Constitución de 1993 es que, dictada ella, fue permanentemente violada»⁴⁵ por quienes la habían dictado. Tales violaciones tomaron la forma no solo de legislación inconstitucional, sino también de destrucción de las instituciones previstas en la Constitución. El resultado es lo que Flores Nano llama un «casarón institucional», rodeando instituciones que «han sido privadas de todo contenido».⁴⁶

Un aspecto interesante de la erosión de la Constitución llevada a cabo por el Gobierno fujimorista, es que esta erosión se dio a través de medidas que, a primera vista, parecían legales o constitucionales. Gracias a la mayoría de Cambio-90 en el Congreso y a los altos niveles de apoyo popular, el Gobierno pudo usar nombramientos y legislación para totalmente controlar, o destruir, las instituciones establecidas por la Constitución. Y debido a la falta de conocimiento o consciencia popular de la Constitución, y la debilidad de las prácticas constitucionales exis-

⁴⁴ Ver «Entrevista con Lourdes Flores Nano», ob. cit.

⁴⁵ Lug. cit.

⁴⁶ Ver DE BELAUNDE, JAVIER. «Justicia, legalidad y reforma judicial en el Perú». En: CRABTREE, John y Jim, THOMAS (eds.). *El Perú de Fujimori*. Lima: Universidad del Pacífico, 1999, p. 313.

tentes, el comportamiento del Gobierno causó una reacción popular muy limitada.

Los siguientes párrafos analizan tres áreas o situaciones en las que el Gobierno logró violar o socavar a la Constitución de la manera aquí descrita.

1.4.1. Control sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público

Después del golpe, el Gobierno de Fujimori anunció que el Poder Judicial era corrupto, y pasó a destituir a un gran número de jueces, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y al Fiscal de la Nación. El resultado fue «un Poder Judicial predominantemente en manos de jueces provisionales, con un nombramiento absolutamente ajeno a cualquier garantía de independencia».⁴⁷

Inmediatamente después del referéndum de 1993, el Gobierno dio la impresión de estar tomando medidas para aumentar la independencia del Poder Judicial. La Constitución de 1993 garantiza la independencia judicial, y amplía las funciones del CNM y de la Academia de la Magistratura,⁴⁸ cosas que en teoría debían aumentar la independencia del Poder Judicial. Además, en 1995 el Gobierno comenzó un proceso de reforma judicial con el apoyo de instituciones internacionales como el Banco Mundial. Sin embargo, la promesa de la independencia judicial fue rápidamente rota. El Congreso pasó leyes que declaraban a la Academia en reorganización,⁴⁹ e impedían que el CNM nombrara nuevos jueces hasta que la Academia preparara a un número suficientemente grande de candidatos.⁵⁰ A través de resoluciones administrativas,⁵¹ se les exigió a los candidatos que tomaran cursos que duraban dos años (en lugar de seis meses), así que el reemplazo de los jueces provisionales fue demorado aun más. También se pasaron resoluciones administrati-

⁴⁷ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, arts. 139 (2), 150, 151.

⁴⁸ Ver Ley N° 26623 (18 de junio, 1996).

⁴⁹ Ver Ley N° 26696 (2 de diciembre, 1996).

⁵⁰ Ver Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial 333-98-SE-TP-CME-PJ. Debido a esta demora, el CNM no pudo nombrar nuevos jueces durante la presidencia de Fujimori. En consecuencia, los miembros del CNM renunciaron.

⁵¹ Ver Resolución Administrativa N° 001-2000-AMAG-CRG (21 de enero, 2000).

vas que permitían el ascenso de jueces provisionales sin que tuvieran que tomar los cursos básicos dictados por la Academia,⁵² y el Congreso emitió una ley dándoles a los jueces provisionales la misma voz en decisiones administrativas e institucionales que tenían los jueces titulares.⁵³ En consecuencia, a fines del Gobierno de Fujimori un muy alto número (80%)⁵⁴ de puestos judiciales seguían estando ocupados por los jueces provisionales nombrados por Fujimori, cosa que negaba la independencia del Poder Judicial.

Algo parecido sucedió con el Ministerio Público. Poco tiempo después del golpe, Fujimori nombró a Blanca Nérida Colán como Fiscal de la Nación. Supuestamente ella debía permanecer en el puesto hasta enero de 1997.⁵⁵ Sin embargo, el Congreso pasó una ley que ampliaba las funciones de una nueva institución, la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, y en consecuencia reducía las funciones del Fiscal de la Nación.⁵⁶ Dado que la Sra. Colán presidía aquella Comisión, ella pudo retener su poder sobre el Ministerio Público y controlar nombramientos a su interior aun después de 1997. Tres años más tarde, los fiscales supremos (cuyos nombramientos estaban bajo el control de la Sra. Colán) la reeligieron como Fiscal de la Nación.

Como lo señala Walter Albán, Defensor del Pueblo Adjunto para Asuntos Constitucionales, se llegó «a una situación en la cual prácticamente todo lo que se había establecido a nivel del sistema judicial no se había respetado; había una clara injerencia en lo que es el ámbito del Poder Judicial [y] del Ministerio Público [...] Todo esto perdió la autonomía, la independencia que se había plasmado en la Constitución [...]».⁵⁷

⁵² Ver Ley N° 26898 (10 de diciembre, 1997).

⁵³ Ver «Los desencuentros de la reforma judicial: una justicia mediatizada». En: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/REFORMA/per3.htm>

⁵⁴ El Fiscal de la Nación debe ser elegido por los fiscales supremos cada tres años. Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, art. 158.

⁵⁵ Ver Ley N° 26738 (7 de enero, 1997).

⁵⁶ Ver «Entrevista con Walter Albán», 25 de setiembre, 2000.

⁵⁷ Como lo señala Walter Albán, la ciudadanía de Ivcher fue revocada a través de una decisión administrativa, de menor rango que la decisión ejecutiva por la cual la ciudadanía inicialmente le fue otorgada. (Cf. ib.).

1.4.2. La libertad de prensa y el caso Ivcher

En 1997 el canal de televisión «Frecuencia Latina» reveló que los teléfonos de varios ciudadanos y reporteros habían sido intervenidos ilegalmente por el Gobierno. Al poco tiempo, la burocracia del Gobierno fujimorista revocó la ciudadanía de Baruch Ivcher, el dueño del 53% de las acciones de Frecuencia Latina, alegando que no se había naturalizado adecuadamente a comienzos de los 80.⁵⁸ Por ley, solo los ciudadanos peruanos pueden ser dueños de estaciones de televisión peruanas, así que Ivcher perdió la estación. Los accionistas minoritarios, simpatizantes del Gobierno de Fujimori, tomaron control de la estación.⁵⁹

La clara censura involucrada en este caso, y prohibida bajo la Constitución de 1993,⁶⁰ provocó la resignación de cinco miembros del Gabinete de Fujimori. Aunque este caso es el ejemplo más notorio, intentos por parte del Gobierno de restringir la libertad de una prensa crítica fueron comunes durante el Gobierno de Fujimori. En varios casos, el Gobierno fue acusado de usar su control sobre el Ministerio Público y el Poder Judicial para ayudar a que accionistas minoritarios (que apoyaban al Gobierno) ganaran juicios en contra de accionistas mayoritarios de oposición.⁶¹ El acoso a la prensa también contribuyó a la autocensura de la prensa en el Perú.⁶²

En las elecciones presidenciales del 2000, las estaciones televisivas de señal abierta en el Perú le dieron amplia cobertura positiva a Fujimori, y cobertura muy limitada, poco favorable, a sus opositores.

⁵⁸ Ver «World News Briefs; Allies of Perú's President Take Over a TV Station». *The New York Times*, 20 de setiembre, 1997, p. A5.

⁵⁹ La Constitución de 1993 protege la libertad de expresión. Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, art. 2.

⁶⁰ Ver «Entrevista con José Carlos Ugaz». S.d., 30 de setiembre, 2000; «Entrevista con Walter Albán», ob. cit. Para mayor información acerca de la investigación de accionistas de estaciones de televisión acusados de recibir dinero de Vladimiro Montesinos, ver «Televisión estrellada: crímenes y castigos de algunos canales y broadcasters peruanos». *Caretas*, 8 de marzo, 2001.

⁶¹ De acuerdo al Departamento de Estado de los Estados Unidos, el Gobierno inhibió la libertad de expresión y de prensa. En 1999, «esfuerzos para asegurar una prensa dócil y poco crítica continuaron; reporteros se enfrentaron con mayor acoso e intimidación y practicaron un alto grado de autocensura» U.S. DEPARTMENT OF STATE, BUREAU OF DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS, AND LABOR. «1999 Country Reports on Human Rights Practices: Perú». En: http://www.state.gov/www/global/human_rights/1999_hrp_report/Perú.html

⁶² Ley N° 26657, 23 de agosto, 1996.

1.4.3. La ley de interpretación auténtica y el Tribunal Constitucional

En agosto de 1996, el Congreso pasó la «Ley de Interpretación Auténtica»,⁶³ interpretando el artículo 112 de la Constitución de 1993, que establece que un presidente solo puede tener dos mandatos consecutivos. La nueva ley dispuso que los mandatos presidenciales que comenzaron antes de la aprobación de la Constitución de 1993 no serían contados para propósitos del artículo 112. En consecuencia, esta ley permitiría que Fujimori se presentara a un tercer periodo presidencial en el 2000.⁶⁴

La ley fue incoada ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal no pudo decidir que la ley era inconstitucional. Ello se debe a que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional requiere que seis de los siete magistrados estén de acuerdo para poder declarar que una ley es inconstitucional.⁶⁵ En un principio, dos miembros del Tribunal votaron a favor de la constitucionalidad de la ley, mientras que los cinco que quedaban votaron, no que la ley era inconstitucional, sino que la ley no se aplicaba a Fujimori.⁶⁶ Dado que esta decisión no declaraba que la ley

⁶³ Algunos comentaristas han señalado que esta es una interpretación incorrecta de la Constitución, y que el Congreso ni siquiera tiene el poder para interpretar a la Constitución de esta manera. Véase por ejemplo WIELAND CONROY, Hubert. «La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa». En: *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 197.

⁶⁴ Ver Ley N° 26435, capítulo II, artículo 4, 6 de enero, 1995. La magistrada del Tribunal Constitucional, Delia Revoredo, señala que la mayoría en el Congreso diseñó la Ley Orgánica para que encajara con sus metas políticas. Al establecer la necesidad de un quórum de seis, y al nombrar por lo menos a dos magistrados que incondicionalmente votarían de acuerdo a sus deseos, la mayoría del Congreso pudo asegurarse que ninguna ley sería encontrada inconstitucional. Ver «Entrevista con Delia Revoredo». S.d., 29 de Setiembre, 2000. La Ley Orgánica en sí ha sido criticada por ser inconstitucional. Véase, por ejemplo, SAGÜÉS, Nestor Pedro. «Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones». En: *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios III*, ob. cit., p. 103.

⁶⁵ Este tipo de decisión, en la cual la Corte no decide directamente la constitucionalidad de la ley, sino que simplemente decide que no puede ser aplicada, se llama «control difuso». El poder del Tribunal para usar el control difuso es en sí materia de debate, aunque no fue presentado por el Congreso como el motivo de la destitución. Ver «Entrevista con Walter Albán», ob. cit.

⁶⁶ Ver *Constitución Política del Perú*, 1993, arts. 99-100.

era inconstitucional, ella no requería un quórum de seis miembros, sino una simple mayoría de los votos para ser válida. Sin embargo, respondiendo a fuertes presiones del Congreso y los medios de comunicación, dos de los miembros que votaron en contra de la aplicabilidad de la ley a Fujimori retractaron sus votos, y exigieron una nueva votación. Esta vez, cuatro miembros del Tribunal se abstuvieron de votar. Solo tres magistrados votaron, y los tres decidieron que la ley no se aplicaba a Fujimori. Dado que constituían la mayoría (en realidad, una unanimidad) de los votos, su decisión era técnicamente obligatoria.

Poco tiempo después, el Colegio de Abogados de Lima le pidió una aclaración al Tribunal. El Tribunal decidió que los magistrados votantes debían escribir la aclaración solos. Los tres magistrados, Delia Revoredo, Manuel Aguirre y Guillermo Rey, lo hicieron, escribiendo que no había nada que aclarar. Como resultado, en mayo de 1997, un comité del Congreso acusó a los tres magistrados de exceder su autoridad al escribir la aclaración solos. El 29 de mayo, el Congreso votó para destituir a los tres magistrados.

La justificación precisa detrás de la destitución nunca fue expresada de manera clara. Mientras que el Congreso tiene la autoridad para destituir a magistrados del Tribunal Constitucional por violaciones de sus deberes o de la Constitución,⁶⁷ es difícil argumentar que las acciones de los tres Magistrados constituyen tal violación.⁶⁸ Como lo indica Walter Albán, a la mayoría del público le quedó claro «que sólo estaban siendo sancionados por su opinión y que lo demás era solo un pretexto».⁶⁹

Dado el quórum de seis votos requerido para decisiones constitucionales del Tribunal, la destitución dejó al Tribunal sin la capacidad de tomar decisiones constitucionales. Luego de la destitución, el Congreso emitió una ley provisional que permitiría al Tribunal tomar decisiones con un quórum de cuatro magistrados hasta que el resto de los magistra-

⁶⁷ Delia Revoredo argumenta de manera convincente que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite que el Tribunal establezca sus propios procedimientos para situaciones nuevas, y que permitir que solo los magistrados votantes aclararan su decisión es un procedimiento de este tipo. Así, no hay violación alguna de la Constitución o de los deberes de los magistrados según la Ley Orgánica. Ver «Entrevista con Delia Revoredo», ob. cit.

⁶⁸ Ver «Entrevista con Walter Albán», ob. cit.

⁶⁹ Ver Ley N° 26801, 29 de mayo, 1997.

dos fueran reemplazados.⁷⁰ Pero Ricardo Nugent, el presidente del Tribunal, anunció su renuncia, una vez más dejando al Tribunal sin un quórum. Los magistrados no fueron reemplazados hasta después de la renuncia de Fujimori como presidente, dado que la oposición al Gobierno de Fujimori se rehusó a reconocer la destitución como legítima. En consecuencia, el Tribunal no pudo funcionar entre 1997-2000.

Poco después de su destitución, la ex magistrada Delia Revoredo buscó asilo político en Costa Rica, porque el Gobierno súbitamente acusó a su esposo de contrabando y evasión de impuestos.⁷¹

1.4.4. Elecciones, tránsfugas, y corrupción

La «democradura» llegó a su fin en el 2000. El 9 de Junio del 2000, en medio de acusaciones de fraude electoral, y críticas por parte de la comunidad internacional, Fujimori fue elegido para un tercer periodo presidencial. Pero sus seguidores no obtuvieron una mayoría en el Congreso. Esta situación pareció cambiar a favor de Fujimori rápidamente ya que entre julio y setiembre del 2000 aproximadamente 15 congresistas de oposición dejaron sus partidos para unirse al partido de Fujimori. Sin embargo, el 16 de setiembre, se reveló un video que mostraba al consejero de Fujimori, y jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos, aparentemente pagándole a un congresista de oposición para que cambiara de partido. El furor causado por la revelación del video llevó a Fujimori a anunciar que solo permanecería en la presidencia hasta julio del 2001, y que llamaría a nuevas elecciones (en las que no participaría).

⁷⁰ Después de haber pasado algún tiempo en Costa Rica (y luego de una serie de protestas en el Perú motivadas por la destitución, y presiones por parte de la comunidad internacional) la doctora Revoredo regresó al Perú. Ella afirma que en Costa Rica recibió una llamada del premier Valle Riestra, quien le dijo que bajo su palabra y la del Presidente, ella podía regresar al Perú porque la Corte Suprema iba a declarar que no había habido ningún delito. Efectivamente, al poco tiempo la Corte hizo precisamente eso. Ver «Entrevista con Delia Revoredo», ob. cit.

⁷¹ Carlos Nino es un autor que ha propuesto una serie de criterios sustantivos según los cuales se puede evaluar una constitución. Ver NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven, CT: Yale University Press, 1996. Nino subraya que los «derechos que deberían ser reconocidos como parte del ideal constitucional no pueden ser determinados sin articular una concepción de filosofía política y moral» (Ib., p. 46).

Sin embargo, a medida que salían a la luz las pruebas de que Montesinos tenía decenas de millones de dólares en cuentas extranjeras, el apoyo público a favor del régimen fujimorista desapareció. Finalmente, Fujimori huyó al Japón y desde allí anunció su renuncia.

Con la renuncia de Fujimori y los escándalos de corrupción que la rodeaban, la estructura legal y política que su Gobierno había construido empezó a quebrarse. El presidente del Congreso, Valentín Paniagua (miembro de la oposición a Fujimori), se convirtió en un presidente de transición y nombró un gabinete de individuos respetados para gobernar el país hasta que se llevaran a cabo nuevas elecciones. Ivcher ha podido regresar al país y su canal televisivo le ha sido devuelto. Además, los miembros del Tribunal Constitucional han podido volver a sus cargos. Sin embargo, mucho trabajo permanece por hacerse: las investigaciones a Montesinos, Fujimori y sus colaboradores debe continuar, el Poder Judicial y otras agencias del Gobierno necesitan ser purgados de los elementos corruptos y se necesita un gran esfuerzo por la reconstrucción institucional.

1.5. Características centrales de la creación e implementación de la Constitución de 1993

La creación e implementación de la Constitución de 1993 se caracteriza por tres rasgos dominantes.

Primero, superficialmente, ambos procesos ocurrieron a través de métodos formalmente apropiados. La Constitución fue escrita y aprobada de una manera técnicamente democrática. Los miembros del CCD obtuvieron sus puestos como resultado de una votación popular, y la Constitución de 1993 se ratificó a través de un referéndum. Además, el apoyo popular para el comportamiento de Fujimori se mantuvo fuerte a lo largo de la mayor parte del proceso. Paralelamente, desde 1993 el Gobierno dijo estar actuando de acuerdo con la Constitución. Aun cuando fueron criticados por su comportamiento inconstitucional, varios actores gubernamentales insistieron en que sus acciones estaban legalmente o constitucionalmente justificadas.

Segundo, al parecer el Gobierno en realidad no actuó de acuerdo con principios democráticos y constitucionales. En el caso de la creación de la Constitución, a pesar del referéndum, no está claro si el público realmente aprobaba la Constitución, o si simplemente estaba indi-

cando su apoyo para los planes políticos del Gobierno. En cuanto a la implementación de la Constitución, a pesar de sus justificaciones formales, las acciones del régimen impidieron el establecimiento y la operación de instituciones y derechos de la manera prevista en la Constitución.

Finalmente, el público aceptó pasivamente el comportamiento del Gobierno, tanto al momento de la creación como en el de la implementación de la Constitución. La atención popular generalmente se ha enfocado no en la Constitución, sino en Fujimori y sus políticas. Los votantes en el referéndum probablemente votaron de acuerdo con lo que pensaban acerca del régimen, y no porque habían leído y comprendido la Constitución de 1993. En los años siguientes, a pesar de que la oposición a veces criticaba al régimen por su comportamiento inconstitucional, estos llamados a que se respetara la Constitución no afectaron a la mayoría de la población. Efectivamente, a pesar de los problemas constitucionales rodeando la candidatura de Fujimori para el año 2000, él parece haber recibido alrededor del 50% del voto.

Para recapitular, la reforma constitucional de 1993 fue formalmente democrática y el régimen fujimorista generalmente dio justificaciones legales para sus acciones. Sin embargo, las acciones del Gobierno tuvieron el efecto de destruir las garantías y estructuras constitucionales. Mientras tanto, la atención y apoyo popular desde el principio del proceso de reforma no estaban centrados en la Constitución en sí, sino en el líder. Esta tendencia continuó aun después de la ratificación de la Constitución de 1993.

Como se argumentará en la próxima sección, el hecho de que el proceso de reforma estuviera centrado en el liderazgo de Fujimori, combinado con otros factores (tales como la debilidad de las tradiciones de respeto por las leyes y las constituciones en el Perú), llevó a la creación de una constitución que no estaba arraigada en la sociedad. Esta falta de arraigamiento permitió que el Gobierno actuara sin tomar en cuenta las limitaciones constitucionales, eventualmente vaciando a la Constitución de la mayor parte de su significado. En conclusión, vista desde la perspectiva del arraigamiento, la Constitución de 1993 no es realmente una constitución.

II. EL ÉXITO Y LA LEGITIMIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El caso peruano ilustra un tipo de falla especial en el desarrollo de una constitución: una falla en el «arraigamiento» de la Constitución en la sociedad. Para explicar esto, primero es necesario describir los tipos de consideraciones que se pueden tomar en cuenta en la evaluación de la legitimidad y éxito de una Constitución. Luego, una de estas consideraciones, «arraigamiento» se analizará con mayor profundidad. En una tercera parte, se discutirán los factores que contribuyen al arraigamiento de una Constitución. La cuarta parte analizará el caso peruano desde la perspectiva del arraigamiento. Finalmente, se discutirán las recientes reformas constitucionales en Venezuela a la luz de la teoría y las conclusiones presentadas aquí.

2.1. Tres tipos de consideraciones para la evaluación de una Constitución

El propósito de este artículo no es proporcionar una teoría completa para la evaluación de una Constitución. Más bien lo que se intenta aquí es lograr que se le preste mayor atención a una consideración de especial importancia para tal evaluación: el «arraigamiento» de la Constitución. El «arraigamiento» debe comprenderse como una de varias consideraciones que potencialmente afectan la legitimidad y el éxito de reformas Constitucionales. El «arraigamiento» es, sin embargo, distinto de la mayor parte de otras consideraciones relevantes en la evaluación de la Constitución. Ello se debe a que estas últimas, a diferencia del «arraigamiento», normalmente forman parte de lo que aquí se llama criterios «formales» y «sustantivos» para la evaluación de una Constitución. Esto queda claro con un examen detenido de las categorías mencionadas.

2.1.1. Criterios «formales»

Este grupo de criterios evalúa la legitimidad y el éxito de una Constitución preguntando si la constitución tiene cierta forma o si ha pasado por cierto proceso. Por ejemplo, criterios formales podrían incluir: si la Constitución es un documento escrito, si fue creada por representantes elegidos, y si fue ratificada por un mecanismo de votación. Estos requi-

sitos son bastante claros y relativamente fáciles de cumplir, así que por lo general no es difícil escribir una Constitución que sea legítima a este nivel. Es probable que muchas personas piensen que una constitución es un documento que cumple requisitos formales como los descritos aquí.

2.1.2. *Criterios «sustantivos»*

Estos criterios generalmente se desarrollan en base a una teoría moral y política que exige que la Constitución establezca una estructura política con ciertas características, y que incluya ciertos derechos.⁷² El objetivo de la creación de una constitución que satisfaga estos criterios es poder dar justificación moral para la obligatoriedad de la Constitución para los ciudadanos. Una Constitución será justificada en mayor o menor medida dependiendo de cuán bien su contenido cumple con las demandas de la teoría moral y política en cuestión. Así, consideraciones que impactan sobre la evaluación de una Constitución podrían incluir, por ejemplo, que la Constitución reconozca la libertad de expresión.

Es más difícil cumplir con requisitos sustantivos que cumplir con los formales, dado que el cumplimiento con requisitos sustantivos no es siempre de alta prioridad para los creadores y reformadores constitucionales.⁷³

2.1.3. *«Arraigamiento»*

Este es un tipo de consideración independiente que impacta sobre la evaluación de una constitución. No forma parte de criterios «formales» o «sustantivos» para evaluar la Constitución porque no se preocupa directamente por la forma ni por el contenido de la misma. Más bien, se refiere al grado hasta el cual la Constitución está «arraigada» en la conciencia y práctica popular.

Como lo señala Carlos Nino, una Constitución puede ser concebida como «una práctica o convención generada no solo por la promulgación

⁷² Jon Elster ha descrito cómo las pasiones y los intereses de los creadores de una Constitución interactúan con, y a veces toman prioridad sobre la «racionalidad». Ver ELSTER, JON. «Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process». *Duke Law Journal*, vol. 45, 1995, pp. 376-85.

⁷³ NINO, ob. cit., p. 25.

del texto, sino también por las acciones, actitudes, y expectativas de jueces, legislaturas, oficiales gubernamentales, y la ciudadanía en general». ⁷⁴ De acuerdo a este punto de vista, una Constitución existe en tanto proporciona una base común de principios y reglas limitando, organizando, y permitiendo la acción. En otras palabras, los requisitos de la Constitución deben ser tomados con seriedad tanto por los ciudadanos como por el Gobierno; la Constitución debe ser vista como una fuente obligatoria de autoridad, y debe tener un impacto correspondiente en el comportamiento de todos, ciudadanos y gobernantes. No se puede hablar de una Constitución exitosa ni legítima a menos que cumpla con este requisito.

La discusión que sigue a continuación pone de lado criterios formales y sustantivos, para enfocarse exclusivamente en el arraigamiento. Tal examen vale la pena dado que el arraigamiento es un factor de importancia crítica, ya que impacta sobre la evaluación de una Constitución. Como se verá, el arraigamiento tiene importantes consecuencias prácticas (afecta la eficacia y estabilidad de una constitución) e implicancias normativas (impacta en la legitimidad de la constitución).

2.2. ¿Por qué es importante el arraigamiento de una Constitución?

2.2.1. Consecuencias prácticas: eficacia y estabilidad

Para propósitos de este estudio, el éxito de una Constitución se medirá con referencia a dos factores: eficacia y estabilidad. Eficacia se refiere a la capacidad de la Constitución para cumplir con sus metas (como han sido descritas dentro de los artículos de la misma Constitución). Así, si los objetivos de la Constitución normalmente son cumplidos, la Constitución puede considerarse eficaz; si tales objetivos frecuentemente son dejados de lado entonces la Constitución no es eficaz.

⁷⁴ Adam Przeworski sostiene, con respecto a constituciones escritas después de un periodo autoritario, que «cuando la relación de fuerzas es conocida y desigual, las instituciones son diseñadas para una persona, partido, o alianza en particular». PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. S.d., 1991, p. 82. En una situación así, la Constitución y los arreglos institucionales basados en ella serán de poca durabilidad, ya que serán completamente dependientes de la relación de fuerzas que existía al momento de su creación. (Cf. lug. cit.).

El arraigamiento de la Constitución es importante para su eficacia porque una Constitución que no está arraigada (es decir, una Constitución que ni el Gobierno ni los ciudadanos ven como algo que afecta su comportamiento) no será obedecida. La falta de arraigamiento significa que hay pocos incentivos para obedecer a la constitución; si la Constitución es un obstáculo para el cumplimiento de objetivos personales, la Constitución será dejada de lado. La Constitución de 1993 es un ejemplo de este problema: cuando la Constitución ha causado inconvenientes, el Gobierno simplemente la ha dejado de lado, con poca reacción pública. En este caso, la falta de arraigamiento de la Constitución reduce su eficacia.

Además, constituciones que no son ampliamente respetadas y obedecidas probablemente serán poco estables. Individuos para quienes partes de la Constitución son problemáticas se sentirán tentados a eliminar o cambiarla. En tal caso, pocos individuos estarán interesados en proteger a la Constitución excepto en tanto, por motivos desligados de la Constitución en sí, deseen bloquear las acciones de aquellos que quieren modificarla.⁷⁵ Lo sucedido en el Perú con la Constitución de 1979 puede explicarse de esta manera. La Constitución de 1979 no ocupaba una posición muy fuerte en el plano político del Perú antes de 1992, así que fue fácil para el Gobierno fujimorista reemplazarla, con poca resistencia del público. Dado que la Constitución de 1993 ocupa una posición similar a la de la Constitución anterior, probablemente podría ser reemplazada nuevamente sin que el público reaccione fuertemente.

Si es cierto que, como se postula aquí, el éxito de una Constitución se mide en base a su eficacia y estabilidad, entonces una Constitución que no está arraigada debe considerarse un fracaso.

2.2.2. *Implicancias normativas*

Para que un documento sea considerado una constitución, no basta con que sea adoptado a través de procedimientos democráticos (y así satisfacer criterios formales) o que su contenido establezca un Gobierno democrático con una larga lista de derechos (y así satisfacer criterios sustantivos). Además, es necesario que la Constitución sea vista por los

⁷⁵ RADIN, Margaret Jane. «Reconsidering the Rule of Law». *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 783.

ciudadanos como una fuente de autoridad; el documento debe ser el centro de una práctica social que organiza, permite y limita el comportamiento. De otra manera, la llamada *Constitución* es una farsa, una colección de palabras sin significado.

Este punto de vista encuentra apoyo en los argumentos de Margaret Jane Radin acerca del Estado de Derecho. Radin discute el Estado de Derecho en relación con la concepción, desarrollada por Ludwig Wittgenstein, de reglas como prácticas sociales. Radin piensa que Wittgenstein está diciendo que «el estar de acuerdo en la acción no *sigue* de una regla preexistente; el acuerdo en la acción es la única base para afirmar que *hay* una regla». ⁷⁶ Es decir, una regla solo existe cuando hay una práctica de seguimiento de reglas entre los miembros de un grupo social. ⁷⁷ El análisis de Radin la lleva a rechazar teorías formales acerca del Estado de Derecho que identificarían al Estado de Derecho en base a la existencia de «órdenes en la forma de reglas que pueden exitosamente inducir el comportamiento deseado». ⁷⁸ Paralelamente, desde la perspectiva del arraigamiento, las constituciones se deben identificar en base a la existencia de una práctica social alrededor de la constitución, y no solamente en base a la apariencia del documento.

De acuerdo a la posición descrita en el párrafo anterior, la existencia de una Constitución depende de su arraigamiento. Así, la falta de arraigamiento de una Constitución significa la inexistencia de la misma. Esta situación da lugar a ciertas implicancias normativas; no ahora debe preguntarse si los ciudadanos tienen deber alguno de respetar una Constitución que no está arraigada.

La pregunta acerca de cuáles son los deberes de los ciudadanos en este contexto puede plantearse también como una pregunta acerca de la legitimidad o validez de la constitución. De particular interés al respecto es la teoría de H.L.A. Hart sobre la validez de la última «regla de

⁷⁶ *Ib.*, p. 800. Según Radin, este punto de vista contradice teorías formales acerca del Estado de Derecho, que mantienen que son reglas formalmente anteriores a particulares (es decir, que una respuesta única en un caso particular puede ser «deducida» de la regla) y que «para que las personas sepan lo que la ley es para poder conformar su comportamiento a ella, es necesario que la ley consista, en la mayor medida posible, de reglas formalmente realizables» (*Ib.*, p. 795).

⁷⁷ *Ib.*, p. 786.

⁷⁸ Ver HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 100-23.

reconocimiento». ⁷⁹ Hart propone que la validez de la mayor parte de las leyes se debe determinar de acuerdo a su conformidad con una última regla de reconocimiento (la cual para muchos países probablemente sea la constitución). Pero la validez de la última regla de reconocimiento en sí no se puede determinar en base a su conformidad con otras reglas. Más bien, la validez es algo que le es atribuida a la regla por aquellos que la usan para identificar la ley. ⁸⁰ Ello es así porque «la regla de reconocimiento existe solamente como una compleja, pero normalmente concordante, práctica de las cortes, oficiales, y personas privadas identificando la ley con referencia a ciertos criterios». ⁸¹ Así, la legitimidad de una constitución, medida desde una perspectiva interna, ⁸² depende de su existencia como una práctica social. ⁸³ Como lo señala Joseph Raz, las constituciones «[s]on válidas simplemente porque están allí, veneradas en las prácticas de sus países». ⁸⁴ En base a estos argumentos, se puede decir que una Constitución que no está arraigada no es legítima, y en consecuencia, la ciudadanía no tiene obligación alguna con respecto a ella.

Sin embargo, no es necesario ir tan lejos como lo sugiere el análisis del último párrafo. Como se mencionó anteriormente, este artículo no

⁷⁹ Ib., p. 113.

⁸⁰ Ib., p. 111.

⁸¹ Es decir, desde la perspectiva de aquellos que viven bajo ella.

⁸² Al parecer, en la teoría de Hart, la existencia como práctica social es el *único* factor que determina la legitimidad de una constitución.

⁸³ RAZ, Joseph. «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries». En: Alexander, Larry (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge (Massachusetts): Cambridge University Press, 1998, p. 173. Raz después limita esta afirmación, señalando que las constituciones se legitiman a sí mismas solo «mientras se mantengan dentro de los límites establecidos por principios morales». (Lug. cit.). Así, a su parecer, la legitimidad constitucional depende primero de la satisfacción de criterios sustantivos para el contenido de la Constitución. Pero dado que tales criterios no determinan el contenido de la Constitución por entero, también hay espacio para la legitimación de una Constitución basada en su existencia como práctica social (Cf. ib., p. 174).

⁸⁴ Las ventajas de tener una Constitución no son puestas en duda aquí. Basta con señalar que el tener una Constitución arraigada es bueno por cuanto permitirá mayor estabilidad y proporcionará reglas organizando y limitando el comportamiento del Gobierno. Además, dado que el arraigamiento aumenta la eficacia de la constitución, es deseable arraigar la constitución, ya que ello permitirá que las metas de la Constitución sean alcanzadas con mayor facilidad. Para una discusión de problemas relacionados con la estabilidad. Véase RAZ, ob. cit., p. 173.

busca presentar una teoría completa de legitimidad constitucional. Mientras que es posible que el arraigamiento sea lo único que determina la legitimidad, parece probable que la legitimidad de una Constitución también depende de otros factores, tales como la satisfacción de requisitos sustantivos o formales. Lo que es importante recordar es que el arraigamiento es una condición necesaria (pero quizá no suficiente) para la existencia de una constitución, y consecuentemente tiene algunas implicancias para la legitimidad de la misma. La falta de arraigamiento de una Constitución significa que no es realmente una constitución, y por tanto reduce la fuerza normativa de las demandas que el documento puede hacerle a sus ciudadanos. Así, aún hay espacio para el desarrollo de teorías de legitimidad constitucional que, tomando en cuenta al arraigamiento, también miren al contenido o la forma de la constitución. También hay espacio para la afirmación de que las personas sí tienen ciertos deberes de obediencia hacia constituciones que no están arraigadas. Como se indicará en la siguiente sección, las personas probablemente sí tienen tales deberes; sin embargo, estos deberes parecen ser diferentes de aquellos que seguirían de una Constitución adecuadamente arraigada.

Hay varias situaciones en las que incluso una Constitución que fue adoptada a través de procedimientos democráticos, y que tiene buen contenido, puede a pesar de ello dejar de ser una Constitución porque no está debidamente arraigada. Por ejemplo, si la Constitución es comúnmente vista como algo puramente simbólico, y el público no espera que afecte su comportamiento, entonces a pesar del apoyo popular, el documento no puede ser considerado una constitución. Constituciones que han sido diseñadas para servir a los intereses de líderes políticos, o para aplacar a entidades internacionales, tienen el potencial para ocupar una posición parecida. El público probablemente no considerará tales constituciones como obligatorias para sus líderes, cuyos intereses y deseos tienen prioridad sobre los requisitos constitucionales. Por lo tanto, aun si el público favorece el contenido del documento, y expresa este sentimiento a la hora de votar, tal documento no debe considerarse una constitución.

La Constitución peruana de 1993 ha fracasado en la manera descrita arriba. El público sabía que la Constitución estaba siendo escrita para servir a los intereses de Fujimori y para responder a presiones internacionales, y por lo tanto nunca esperó que limitaría su comportamiento

ni el comportamiento del Gobierno. En consecuencia, acciones inconstitucionales solamente suscitaron reacciones populares mínimas. Así, es muy difícil decir que una Constitución realmente existe.

2.3. Creando prácticas constitucionales: factores que afectan el arraigamiento de una Constitución

Aunque la legitimidad de una Constitución depende de su arraigamiento, esto no significa que las personas estén libres de toda obligación con respecto a una Constitución no arraigada. El proceso de arraigamiento de una Constitución es muy gradual; las prácticas no aparecen de la nada sino que se desarrollan lentamente a través de la interacción entre el documento y ciudadanos, líderes e instituciones. Durante el periodo transicional antes de que la Constitución se haya arraigado, los individuos sí tienen motivos, y posiblemente incluso deberes, con respecto a la constitución. Estos motivos y deberes nacen del simple hecho de que es deseable tener una Constitución arraigada (suponiendo que su contenido sea bueno).⁸⁵ Para alcanzar el objetivo de arraigamiento de la constitución, tanto los ciudadanos como los gobernantes tienen que prestarle atención al documento, reaccionando ante él, y usándolo como punto de referencia para debate. De otro modo, será imposible que prácticas sociales centradas en la Constitución lleguen a desarrollarse.

Las actitudes populares y el comportamiento con respecto a la Constitución son esenciales en su arraigamiento. Pero hay una multitud de factores que aumentan las posibilidades de que las actitudes apropiadas se desarrollen. Tales factores son difíciles de identificar con precisión, y más aun de manipular. Sin embargo, algunos de los más importantes merecen examinarse, tanto por su interés teórico como porque sugieren algunas medidas prácticas que se pueden tomar para mejorar el arraigamiento de la constitución. Las siguientes secciones proponen y discuten cuatro factores que podrían tener un impacto significativo en el arraigamiento de la constitución: el apoyo popular para la constitución, el liderazgo, la tradición y la existencia de un Tribunal Constitucional efectivo. Mientras que estos factores están interconectados, cada

⁸⁵ Michelman, Frank. «Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism'». *Denver University Law Review*, vol. 76, 1999, p. 1010.

uno es suficientemente distinto e importante para merecer ser discutido de manera independiente.

2.3.1. Apoyo popular

El apoyo popular para la Constitución es esencial para la legitimidad de la Constitución porque en la ausencia de tal apoyo, o aceptación, será imposible desarrollar o mantener prácticas sociales alrededor de la misma. Un público que abraza el contenido de una Constitución como correcto y justo probablemente se sentirá moralmente atado a la Constitución y obligado a presionar a sus gobernantes a que se sometan a ella. Un pueblo que rechaza el contenido de una Constitución como equivocado, injusto u obsoleto se sentirá menos comprometido con esta, y más inclinado a aceptar las violaciones constitucionales de sus líderes.

Pero, ¿exactamente qué significa decir que el pueblo debe «abrazar» la constitución? El arraigamiento no exige que todos estén completamente de acuerdo con respecto a la interpretación de cada artículo de la constitución. Esto sería imposible, dado que «no puede haber un acuerdo estable entre las personas de un país moderno sobre la descripción de la cosa en sí [la Constitución] en toda su especificidad concreta».⁸⁶ Más bien, lo que se requiere es lo que Frank Michelman llama un compromiso con «la idea de la Constitución en lugar de la cosa en sí».⁸⁷ Dicho de otra manera, lo que se necesita es «una convergencia cognitiva intersubjetiva sentida por las personas de una país»⁸⁸ con respecto a los principios y reglas básicos organizando al país. Esta convergencia puede existir a pesar de los desacuerdos acerca de la interpretación correcta de ciertas secciones de la constitución.

El apoyo popular muchas veces es discutido en relación con los orígenes de una constitución; es decir, muchas veces una Constitución se considera legítima por cuanto fue escrita y ratificada a través de procedimientos democráticos.⁸⁹ Esta perspectiva puede estar correcta por

⁸⁶ Lug. cit.

⁸⁷ Ib., p. 1027.

⁸⁸ Una variación de este punto de vista dice que para ser legítimas, decisiones constitucionales deben estar basadas, por lo menos en parte, en la opinión popular. Véase, por ejemplo, HART ELY, John. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1980.

⁸⁹ Ver INOUE, Kyoko. *MacArthur's Japanese Constitution*. Chicago: Chicago University Press, 1991, pp. 18-26, 267-70.

cuanto una Constitución puede ser considerada como un instrumento para que el pueblo se gobierne a sí mismo; idealmente un listado de las leyes básicas de una sociedad no debe ser una imposición desde afuera o arriba, sino que debe venir de aquellos que estarán sometidos a tales leyes. Sin embargo, el apoyo popular para la Constitución en el momento de su creación es importante principalmente para satisfacer requisitos formales; si enfatizamos demasiado el origen de la Constitución dejaremos de lado su arraigamiento. Desde la perspectiva del arraigamiento, el origen democrático de la Constitución no es muy importante; lo que es esencial es la existencia de un compromiso continuo y consciente del pueblo con la constitución.

Esto significa que es posible que una Constitución que no se originó en la voluntad popular, y que no fue creada a través de procedimientos enteramente democráticos, puede llegar a ser abrazada por el pueblo. Un ejemplo es la Constitución de Japón, que fue escrita bajo dirección de los Estados Unidos al final de la Segunda Guerra Mundial, y que ha sobrevivido y sido aceptada por el pueblo japonés desde entonces sin cambios.⁹⁰ Al mismo tiempo, es posible que una Constitución pierda el apoyo del pueblo, con un consecuente debilitamiento en su arraigamiento: cambios en las circunstancias y en las creencias populares acerca de cuáles deben ser sus leyes centrales pueden ser tan radicales que partes de la Constitución se vuelven obsoletas. El colapso del comunismo requirió la creación de nuevas constituciones para los países que antes pertenecían a la Unión Soviética, reflejando cambios muy básicos en las reglas gobernando la sociedad.⁹¹ La naturaleza cambiante de actitudes y comportamiento populares con respecto a la Constitución es una consecuencia de la interacción entre la constitución, sus instituciones, y el público.⁹²

⁹⁰ Sin embargo, nótese que puede ser que las constituciones que fueron reemplazadas nunca estuvieron realmente arraigadas en muchos países pertenecientes a la Unión Soviética. Para un análisis interesante de la forma y causas de las reformas constitucionales en Europa del Este entre 1989 y 1990, véase Kis, Janos. «Between Reform and Revolution». *East European Politics and Societies*, vol. 12, 1998, p. 300.

⁹¹ Michelman cita a Jürgen Habermas, sugiriendo que «la apariencia de [...] una convergencia entre las personas de un país no necesariamente precede el establecimiento en ese país de instituciones democráticas-discursivas [sic], sino que más bien puede esperarse que [tal convergencia] resulte de esas instituciones». Ver MICHELMAN, ob. cit., p. 1028.

⁹² Véase, por ejemplo, ACKERMAN, Bruce y Neal, KATYAL. «Our Unconventional Founding». *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, p. 475 (enfatizando

Un escritor importante sobre Derecho constitucional de los Estados Unidos que ha demostrado sensibilidad hacia la dinámica política informal del contenido de una Constitución es Bruce Ackerman.⁹³ Efectivamente, mucho del trabajo de Ackerman se centra en la informalidad de los procesos que pueden llevar a la creación de constituciones. En este sentido, Ackerman empieza haciendo algo prometedor; sin embargo, hay diferencias importantes entre su posición y el punto de vista descrito aquí. Mientras que Ackerman le presta mucha atención a la informalidad antes del establecimiento de una constitución, tiende a perder de vista los procesos informales que, desde la perspectiva del arraigamiento, son esenciales después de la ratificación de la constitución. Así, hay una diferencia de énfasis entre ambos puntos de vista. Un problema más serio con la teoría de Ackerman es que, dada la diferencia de énfasis, su perspectiva puede terminar por impedir el arraigamiento de la constitución.

En lo que sigue, la teoría de Ackerman y sus consecuencias para el arraigamiento serán discutidas. Luego, se sugieren algunas maneras en que el apoyo popular para una Constitución puede manipularse para mejorar el arraigamiento de la constitución.

2.3.1.1. La teoría de Ackerman en el contexto del arraigamiento

2.3.1.1.1. Fondo: la teoría de creación de «ley superior» de Ackerman

Según Ackerman, el alma de la Constitución de los Estados Unidos se puede capturar a través de un modelo de «democracia dualista».⁹⁴ De acuerdo a este modelo, la Constitución de los Estados Unidos traza una distinción entre dos vías para la creación de leyes: la vía de legislación «normal» y la de creación de «ley superior».⁹⁵ La creación de leyes a

la falta de formalidad de los procesos que llevaron a la creación de la Constitución de los Estados Unidos). Véase también ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge (Massachusetts): Belknap Press of Harvard University Press, 1991 (desarrollando la teoría de Ackerman acerca de la creación de «ley superior»).

⁹³ ACKERMAN, *We the People*, p. 6.

⁹⁴ Lug. cit.

⁹⁵ Ib., pp. 266-67.

través de la vía normal ocurre a diario, con las decisiones tomadas por representantes políticos que deben responderle al pueblo a través de elecciones, en la ausencia de un público movilizado. La creación de «ley superior» es poco común, ya que ocurre solo cuando «el pueblo» directamente toma decisiones acerca de asuntos fundamentales en la polis.

¿Cómo se lleva a cabo la creación de ley superior? Ackerman sostiene que el proceso pasa por cuatro fases: señalamiento, propuesta, deliberación popular movilizada y codificación.⁹⁶ En la fase de señalamiento, el movimiento en favor de una reforma debe ganar apoyo popular profundo, amplio y decisivo para su agenda. Este apoyo justifica poner a la agenda en el centro de un debate público sostenido. En la segunda fase, el movimiento hace más precisa su posición, desarrollando una serie de propuestas concretas de reforma. En la fase de deliberación popular movilizada, las propuestas del movimiento son probadas repetidamente en debates públicos, durante un largo periodo. Finalmente, si el movimiento ha retenido y aumentado su base de apoyo, la reforma es codificada.⁹⁷

Con respecto a la Constitución de los Estados Unidos, Ackerman reconoce que los cambios pueden ser efectuados a través de los procedimientos formales de enmienda enumerados en el artículo V de la Constitución. Sin embargo, Ackerman afirma que la creación de la «ley superior» puede darse también a través de otros mecanismos, que no son necesariamente «legales» de la misma manera en que lo es el proceso de enmienda previsto en el artículo V. Efectivamente, según Ackerman, la creación de la «ley superior» puede darse cada vez que lo autorice la voluntad del pueblo.⁹⁸

En los Estados Unidos, el proceso de creación de ley superior ha tomado por lo menos dos formas. El «sistema clásico»⁹⁹ es la enmienda a través de los procedimientos del artículo V. En cambio, el sistema de

⁹⁶ Lug. cit.

⁹⁷ Para que un movimiento se gane tal autoridad, tres elementos son esenciales. Primero, el movimiento debe convencer a un número extraordinario de ciudadanos que deben tomar la iniciativa propuesta con mayor seriedad que otras propuestas durante la política normal. Segundo, el movimiento debe darle a sus opositores una oportunidad justa de organizarse y responder. Finalmente, a través de la deliberación y discusión extendida acerca de los méritos de la propuesta, el movimiento debe convencer a la mayoría de ciudadanos de que apoyen la iniciativa (Cf. *ib.*, p. 6).

⁹⁸ *Ib.*, p. 53.

⁹⁹ *Ib.*, pp. 50-53.

«nombramientos transformativos»¹⁰⁰ es un método informal de enmienda. Este sistema involucra a un presidente que puede decir que tiene un «mandato» de cambio fundamental ordenado por el pueblo, y quien, a través de nombramientos judiciales (o amenazas de tales nombramientos, como las amenazas hechas por Franklin D. Roosevelt en el «Nuevo Trato») revoluciona la doctrina constitucional.¹⁰¹ El cambio es luego codificado por la Corte Suprema a través de opiniones judiciales.¹⁰² Además, Ackerman ha propuesto que enmiendas informales podrían legítimamente darse a través de sistemas alternativos basados en el referéndum. Ackerman incluso ha sugerido que la Constitución de los Estados Unidos debería enmendarse para establecer tal procedimiento formalmente.¹⁰³

2.3.1.1.2. *Arraigamiento, creación de la «ley superior» y el caso peruano*

Como se ha señalado antes, desde la perspectiva del arraigamiento, el apoyo popular para la Constitución es importante en tanto que es necesario para la existencia de una práctica constitucional. La ausencia de apoyo popular significa que la Constitución no contiene reglas y principios básicos compartidos. Inicialmente, la teoría de Ackerman parece ser compatible con este punto de vista. Pero su propuesta de enmienda informal sufre de una falla seria: se enfoca excesivamente en el apoyo popular para la Constitución al momento de su creación, y termina por cegarse a la necesidad de un desarrollo gradual de prácticas sociales alrededor de la misma después de su ratificación. En otras palabras, la teoría de Ackerman parece sugerir que una Constitución es legítima simplemente porque ha sido creada con apoyo popular (aun si no fue creada a través de métodos estrictamente legales).¹⁰⁴ Una vez creada de

¹⁰⁰ Ib., pp. 52-53, 105-30.

¹⁰¹ Ib., pp. 288-90.

¹⁰² Ib., pp. 54-55.

¹⁰³ Es importante tener en cuenta que el mismo profesor Ackerman no dice estar presentando una teoría general de legitimidad o eficacia constitucional, sino más bien una descripción del constitucionalismo de los Estados Unidos. No obstante, su descripción tiene varias implicancias para la teoría constitucional en general. Los argumentos presentados en esta sección se dirigen a estas implicancias.

¹⁰⁴ Véase el argumento presentado en la sección 2.3.1 (el origen democrático de una Constitución es menos importante que la existencia de un compromiso continuo y consciente del público con la constitución).

esta manera, la Constitución es tratada como una Constitución plenamente legítima, sin tomar en cuenta la necesidad de procesos posteriores que aseguren su arraigamiento. Así, el enfoque de Ackerman con respecto a la relación entre el apoyo popular y la legitimidad constitucional resulta ser casi opuesto al enfoque propuesto en este artículo.¹⁰⁵

La teoría de Ackerman no solo se ciega a la necesidad del arraigamiento, sino que además es peligrosa para el arraigamiento. Debido a que le presta tanta atención a procesos informales de reforma, Ackerman puede acabar justificando acciones que quiebran o dañan a las prácticas sociales basadas en la constitución.

Bajo la interpretación propuesta aquí, la teoría de Ackerman describe una montaña rusa política, subiendo a la vía de creación de la «ley superior» cada vez que el pueblo está suficientemente movilizado. Pero estos esfuerzos por crear ley superior (exitosos o no) pueden ser muy destructivos para las prácticas constitucionales que ya existen. El reconocimiento de una nueva constitución, o de una enmienda constitucional, que resulta de estos procesos informales, necesitará la creación de nuevas prácticas. Por lo tanto, esta teoría de reforma constitucional amenaza el arraigamiento de la constitución. Esto es particularmente problemático para sociedades donde las prácticas constitucionales ya son bastante débiles, y donde el público es muy vulnerable al populismo. En tales sociedades, el peligro de que el movimiento popular pueda ser erróneamente identificado como la creación informal de ley superior es muy serio. Dada la fragilidad de las prácticas constitucionales en estos países, el daño a tales prácticas podría ser devastador. El caso del Perú es un ejemplo de este problema.

¹⁰⁵ Los problemas con la teoría de Ackerman son más serios todavía. Como lo ha indicado Lawrence Sager: «Nunca tenemos al pueblo en un sentido muy interesante o duradero; lo que tenemos es varios mecanismos para hacer lo más posible para conseguir [...] representaciones del pueblo. Más precisamente, tenemos varios mecanismos para tratar a los juicios y preferencias [...] de los miembros [...] de manera equitativa, y para hacer justicia entre esos miembros. Entre estos mecanismos que compiten, no hay ninguna razón a priori para darle el primer lugar a la regla de mayoría simple». SAGER, Lawrence. «The Birth Logic of a Democratic Constitution». Setiembre, 1995. (Manuscrito no publicado). Sager argumenta de manera convincente que el autogobierno no requiere que el pueblo disfrute de un derecho a la enmienda informal, especialmente en lugares como los Estados Unidos, donde hay muchas oportunidades para que la voluntad popular se exprese a través de una variedad de instituciones políticas.

Se puede formular un argumento según el cual el proceso de reforma que se dio en el Perú en 1992-1993 pasó por todas las fases que Ackerman dice que son necesarias para la creación de la «ley superior». Poco después del golpe de Fujimori, se pasó por un periodo de señalamiento. El público discutió y aprobó las ideas de Fujimori en cuanto a la necesidad de descartar el viejo sistema de partidos políticos, reformar el sistema económico, y montar una fuerte ofensiva contra el terrorismo. Más aun, Fujimori disfrutó de altos niveles de popularidad durante este periodo. El apoyo popular para el movimiento de reforma fue confirmado en las elecciones para el CCD. Luego, la fase de propuestas comenzó, el CCD diseñó la nueva Constitución. En tercer lugar, hubo un periodo en el que se llevaron a cabo las campañas a favor y en contra de la ratificación. Finalmente, el público votó en un referéndum para ratificar la nueva Constitución. El proceso duró más de un año y medio, más del tiempo suficiente para que la reforma propuesta fuera discutida.

Aun si la descripción dada en el último párrafo puede ser atacada, se puede argumentar que la nueva Constitución debe reconocerse como ley superior creada informalmente debido a que una mayoría apoyó la reforma por un largo periodo, y a que las elecciones del CCD y la votación en el referéndum son suficientes para confirmar este apoyo. Superficialmente, el proceso de reforma parece involucrar precisamente aquel apoyo popular profundo y amplio que Ackerman busca.

Pero el caso peruano es en realidad un excelente ejemplo de lo difícil que es identificar la creación de ley superior cuando esta sucede a través de procesos informales. A pesar de que el proceso de reforma probablemente satisface los requisitos de Ackerman, serias dudas permanecen acerca de si verdaderamente había apoyo popular en favor de la Constitución (o si, más bien, este apoyo estaba dirigido a la figura de Fujimori). Tales problemas probablemente existirán para cualquier teoría que busca identificar reformas democráticas a base de factores «externos» (tales como elecciones o encuestas). Mientras que en algunos casos la ratificación de una reforma constitucional y la elección de un líder son indicativos de apoyo para la Constitución en sí, esto no es siempre cierto.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Si las reformas hubieran sido dadas a través del proceso formal de enmienda, no le habrían hecho tanto daño al arraigamiento de la Constitución.

Mientras tanto, la reforma tuvo el efecto de destruir las prácticas sociales basadas en la Constitución de 1979. En tanto que la reforma significó la creación de una Constitución completamente nueva, a través de procedimientos que no fueron contemplados en la Constitución de 1979, la reforma negó la importancia de la Constitución anterior y de todas las prácticas basadas en ella.¹⁰⁷ Ahora requeriría la creación de nuevas prácticas sociales alrededor de la nueva constitución, cosa difícil de lograr dadas la debilidad de prácticas anteriores, la pobreza del sistema educativo, y la vulnerabilidad peruana frente al populismo.¹⁰⁸

Sin embargo, se podría decir en casos como el peruano que no importa si un proceso de reforma es erróneamente identificado como creación de ley superior ya que no existe una práctica constitucional que valga la pena salvar. En otras palabras, dado que el pueblo no apoyaba fuertemente la antigua Constitución, la sociedad no está en una situación peor simplemente porque hay una nueva constitución. Pero este argumento permitiría reformas constitucionales frecuentes, siempre y cuando las prácticas constitucionales existentes sean débiles. Desde la perspectiva del arraigamiento este es un mal resultado. En la mayor parte de los casos, las prácticas constitucionales y el apoyo popular profundo se desarrollan muy lentamente. Si los cambios constitucionales ocurren muy seguidos, la Constitución nunca tendrá la oportunidad de arraigarse.¹⁰⁹

Para resumir, la teoría de Ackerman parece a primera vista ser compatible con el objetivo de creación de prácticas constitucionales. Inclu-

¹⁰⁷ Esto no significa que los peruanos sean naturalmente más susceptibles a creer en llamados populistas. Más bien, lo que se quiere decir es que en el Perú los serios problemas a los que se enfrentan los ciudadanos (por ejemplo, el terrorismo y la pobreza) probablemente llevan a la desesperación, y a una tendencia a votar por cualquiera que prometa solucionar estos problemas inmediatos, sin tomar en cuenta las consecuencias a largo plazo. Este problema está agravado por la falta de un buen sistema de educación pública.

¹⁰⁸ Mientras que el caso peruano involucra la creación de una Constitución completamente nueva a través de procedimientos informales (es decir, procedimientos que no estaban contemplados en la Constitución anterior), las observaciones hechas aquí se aplican a casos de enmienda informal también. Dado el peligro de errores en la identificación de procesos de creación de ley superior, el reconocimiento de enmiendas informales no es deseable; desde el punto de vista del arraigamiento, la enmienda formal y la evolución a través de la interpretación judicial son métodos de reforma menos peligrosos.

¹⁰⁹ Ver discusión en la nota a pie de página número 106.

so es atractiva en un sentido general. Si la creación informal de ley superior pudiera ser identificada con seguridad, entonces quizá sería saludable, aunque no necesario,¹¹⁰ identificarla como tal. Pero tal identificación es muy difícil de hacer, e identificaciones erróneas pueden causar la destrucción de las prácticas constitucionales existentes. Si los cambios ocurren de manera seguida, pueden convertirse en un obstáculo para la creación de prácticas constitucionales. Esto sería particularmente peligroso en países como el Perú, donde hay una práctica social muy débil, y donde el público puede ser particularmente vulnerable al populismo.

La falla central en la teoría de Ackerman es que enfatiza demasiado el apoyo popular en el momento de creación de la Constitución, dejando de lado la necesidad de un desarrollo gradual de prácticas sociales basadas en la Constitución durante lo que Ackerman llama las épocas de «política normal». Como lo sugiere el ejemplo japonés,¹¹¹ cuando el tema del arraigamiento se toma en cuenta, el apoyo popular en el momento de creación de la Constitución se convierte en algo de importancia secundaria.

2.3.1.2. Sugerencias para aumentar el apoyo popular a la Constitución

¿Cómo se puede aumentar el apoyo popular para una Constitución de tal manera que logre arraigarse mejor? Como se ha indicado antes, la mejor manera de lograr un mayor arraigamiento de la Constitución es a través de un proceso gradual, que ocurre principalmente en épocas de lo que Ackerman llama «política normal».¹¹²

Sin embargo, el apoyo popular en favor de la Constitución puede desarrollarse solo si la Constitución tiene un contenido que el pueblo eventualmente podría llegar a favorecer. En otras palabras, el apoyo popular no se puede desarrollar si el contenido de una Constitución le es moralmente repugnante a gran parte del pueblo. Por lo tanto, es necesario asegurarse de que el contenido de la Constitución le es atractivo a

¹¹⁰ Véase la discusión en la sección 2.3.1.

¹¹¹ Ver ACKERMAN, *We The People*, pp. 31-32, 230-51.

¹¹² Criterios sustantivos para la evaluación de la legitimidad de una Constitución interactúan con el arraigamiento, dado que el establecimiento de una Constitución como ley (y la creación de una práctica constitucional) dependerá de que la Constitución se parezca suficientemente a los ideales sustantivos para ser aceptable para el pueblo.

los ciudadanos; la Constitución debe coincidir en buena parte con lo que el pueblo considera, luego de reflexionar, que deben ser las reglas básicas para la sociedad.¹¹³ También es de observarse que es mejor no incluir en la Constitución elementos temporarios y partidarios de plataformas gubernamentales, los cuales seguramente tendrán poca durabilidad. Por ejemplo, la sección en la Constitución peruana de 1993 que establece la pena de muerte por terrorismo se refiere a un problema muy específico que probablemente se manejaría mejor a través de leyes que podrían ser cambiadas por gobiernos posteriores.

Además, es importante notar que la longitud de la Constitución puede ser problemática aun si no contiene elementos partidarios. Giovanni Sartori ha señalado que luego de la Segunda Guerra Mundial ha habido un gran aumento en la longitud de las constituciones, un fenómeno que él llama «grafomanía constitucional».¹¹⁴ Constituciones largas pueden tener una durabilidad muy limitada, y pueden tener dificultades en arraigarse, ya que «mientras más establezcamos constituciones que todo lo regulan y todo lo prometen, más estaremos promoviendo su incumplimiento y el colapso de un país».¹¹⁵

Suponiendo que la Constitución tenga un contenido moralmente atractivo y duradero, la mayor parte del trabajo para desarrollar apoyo popular para ella debe llevarse a cabo gradualmente. Por ejemplo, un paso importante para lograr el arraigamiento es la educación del pueblo en colegios y a través del debate público acerca del contenido de la constitución.¹¹⁶ El objetivo de tales medidas debe ser el desarrollo de

¹¹³ SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering*. New York: New York University Press 1994, p. 199. Sartori cita como ejemplos la Constitución india, con 395 artículos, la Constitución brasileña, con 245 artículos, y las diferentes constituciones del Perú.

¹¹⁴ Lug. cit.

¹¹⁵ En el contexto de Nigeria, E. Ike Udogu ha sugerido que una razón por la cual las constituciones de aquel país duran tan poco tiempo tiene que ver con el hecho de que los Gobiernos no han educado «a la población acerca de los méritos de la Constitución para que ellos, también, puedan embeber sus principios centrales y así promover la institucionalización de, o creencia en, las normas del documento». UDOGU, E. Ike, «Military Politics and Constitutional Discourse: Towards Nigeria's Forthcoming Republic». *Makerere Political Science Review*, vol. 1, 1997, p. 1, también encontrado en http://www.afrst.uiuc.edu/Makerere/Vol_1/chapter1.htm

¹¹⁶ Lug. cit. Mientras que Udogu no discute el arraigamiento como tal, afirma que la persistente falla de los actores políticos en obedecer a sus constituciones impidió

una comprensión reflexiva de la constitución, que permita a los individuos apoyarla de una manera seria y profunda.

2.3.2. Liderazgo

Otro factor que fuertemente afecta el nivel de arraigamiento de una Constitución es el comportamiento de los líderes de un país en cuanto a las limitaciones constitucionales. Es esencial que tanto la ciudadanía como el Gobierno vean a la Constitución como algo que impone obligaciones que deben obedecerse. Si los líderes políticos dejan de hacerle caso a las disposiciones de su constitución, es posible que el pueblo acabe con la impresión de que la Constitución no es importante. Por otro lado, si los líderes obedecen a la constitución, y si en sus discursos y comentarios demuestran una actitud sumisa ante ella, entonces contribuirán a la creación de una tradición de respeto a la constitución. La obediencia de los líderes a la Constitución desde el momento en el que ella es escrita y ratificada ayuda a que esta eche raíces fuertes en la sociedad. Así es que, en la experiencia de los Estados Unidos, el hecho de que los fundadores del país respetaron su Constitución probablemente ayudó a que esta desarrollara una posición firme dentro de la sociedad. En cambio en Nigeria, donde las Fuerzas Armadas produjeron varias constituciones, el hecho de que los actores políticos y militares se negaran a «respetar y operar dentro del contexto»¹¹⁷ de sus constituciones impidió que estas llegaran a arraigarse.

Aun si los líderes no se someten a la Constitución en los primeros años después de su creación, es posible que líderes posteriores lleguen a mejorar el nivel de arraigamiento de la constitución. Estos líderes lo pueden lograr si ellos mismos la respetan, y si la discuten en momentos apropiados, llamándole la atención al pueblo. Incluso en el caso peruano, es posible que líderes peruanos, respetando y refiriéndose a la Constitución, ayuden a crear una fuerte práctica social basada en la Constitución de 1993.

que estas constituciones llegaran a ser «sistemas institucionalizados de restricciones efectivas y regularizadas sobre la acción gubernamental» (Lug. cit.).

¹¹⁷ OQUENDO, Angel Ricardo. «Corruption and Legitimation Crises in Latin America». *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, 1999, p. 481.

2.3.3. Tradición

Un tercer factor que afecta el arraigamiento de una Constitución es la existencia de tradiciones largas de respeto hacia constituciones y leyes en general. Sociedades donde las leyes y constituciones son respetadas y aplicadas apropiadamente seguramente estarán más dispuestas a respetar constituciones nuevas. En cambio, en sociedades donde las constituciones y leyes tradicionalmente no han sido respetadas, es probable que tal falta de respeto continúe con la nueva constitución. Así, reformas constitucionales en los Estados Unidos probablemente tienen mayores probabilidades de arraigamiento que reformas constitucionales en las nuevas naciones de Europa del Este, o en el Perú. Efectivamente, la debilidad de las tradiciones peruanas de respeto por leyes y constituciones seguramente contribuyó a la debilidad de la Constitución de 1993.

Las tradiciones de respeto por las leyes y constituciones no se pueden crear de la nada. Sin embargo, hay por lo menos dos condiciones que pueden contribuir al desarrollo de tales tradiciones: la aplicación de las leyes de manera igual y efectiva, y la existencia de leyes que el público considere justas. También es importante que el Poder Judicial sea independiente de las otras partes del Gobierno, ya que esta independencia determina la percepción que el público tiene de la administración de la justicia —ya sea como un asunto puramente político o como algo que cumple una función pública importante—. Si el pueblo llega a desarrollar una actitud de respeto por las leyes y por aquellos que las interpretan y aplican, entonces es probable que sus actitudes hacia la Constitución también mejoren.

En la mayor parte de países en desarrollo y legalmente inestables, es demasiado pedir que el sistema legal sea justo y efectivo. Pero no existe otra solución más fácil y rápida para el problema de la falta generalizada de respeto a las leyes. Cualquier intento de establecer una Constitución exitosa y legítima tiene que venir de la mano con una reforma legal y política, y necesariamente será un proceso gradual, lleno de dificultades. Además, la manera precisa en que se deben llevar a cabo las reformas legales y políticas dependerá de los problemas y características de cada país, y en muchos casos ni siquiera es claro si tales reformas son posibles.

Una última observación es que el comportamiento ilegal, o de dudosa legalidad, por parte de agentes gubernamentales, probablemente

reducirá el respeto que los ciudadanos sienten por la ley. Peor aun, la corrupción puede destruir los valores centrales que unen a la sociedad. Como lo señala Angel Ricardo Oquendo:

La corrupción crónica puede [...] afectar negativamente la integración social. La ciudadanía típicamente pierde su fe en las instituciones al frente, y los principios detrás de las principales instituciones políticas y administrativas. La cohesión social y solidaridad construidas sobre la base de esas normas empiezan a desvanecerse. Por ejemplo, nociones como la democracia, el estado de derecho, o derechos cívicos pueden gradualmente perder su atractivo.¹¹⁸

En consecuencia, es esencial que la corrupción y otras formas de comportamiento ilegal dentro del Gobierno sean limitadas, no solo para arraigar la constitución, sino también para prevenir una pérdida generalizada de fe en los principios e instituciones sociales.¹¹⁹

2.3.4. *Tribunales Constitucionales*

Por último, un factor que probablemente tiene un efecto positivo sobre el arraigamiento de una Constitución (pero que quizá no sea esencial) es la existencia de una institución que pueda emitir decisiones finales y obligatorias en lo referente a asuntos constitucionales. Un Tribunal Constitucional efectivo es útil ya que le puede dar un contenido más preciso a la constitución, estableciéndola como una fuerza que limita y guía el comportamiento, y creando consciencia popular de su importancia. No es claro si la creación de un Tribunal Constitucional es la única o mejor manera de alcanzar estas metas, y el análisis de este tema no es el propósito de este artículo.¹²⁰ Sin embargo, vale la pena

¹¹⁸ Nótese que el cinismo generalizado descrito por Oquendo crearía obstáculos prácticos imposibles de superar para el arraigamiento de cualquier constitución.

¹¹⁹ Algunos países no tienen una Constitución escrita ni un Tribunal Constitucional, pero puede decirse que tienen una práctica constitucional, dado que hay un conjunto de principios básicos de larga duración limitando la autoridad gubernamental y estableciendo reglas para la acción. El ejemplo más claro es el del Reino Unido, que, como lo ha señalado Jon Elster, opera exclusivamente sobre la base de «convenciones constitucionales» en lugar de una Constitución escrita. Ver ELSTER, ob. cit., pp. 376-85.

¹²⁰ Robert Dahl ha señalado que el poder de revisión judicial no es necesario para mantener las instituciones básicas de la democracia en democracias estables. Sin

tener en mente que tales Tribunales, cuando tienen suficiente fuerza, pueden ser herramientas útiles para la creación de prácticas sociales de respeto por la constitución, especialmente en países que tienen una historia de inestabilidad constitucional.¹²¹

2.3.5. Conclusiones con respecto a la Constitución peruana

El problema más serio de la Constitución de 1993 no tiene que ver con fallas respecto a criterios sustantivos o formales. Esta Constitución fue creada a través de procesos que satisfarían criterios formales: fue escrita por una asamblea constitucional popularmente elegida, y fue ratificada por el público con un referéndum. La Constitución tal vez no satisfaga todos los ideales sustantivos, pero su contenido no es notablemente malo: incluye una larga lista de derechos, y en teoría establece una estructura gubernamental que no es excesivamente autoritaria o inusual.

En lo que la Constitución de 1993 sí fracasó terriblemente es con respecto a su arraigamiento. En el Perú no hay prácticas sociales centradas en la Constitución; la Constitución no sirve como una base compartida de principios y reglas para la sociedad. No es consultada como la fuente de toda autoridad gubernamental, y no tiene el poder necesario para limitar las acciones de los ciudadanos y líderes. Durante el Gobierno de Fujimori, generalmente se dieron justificaciones constitucionales para las acciones del Gobierno, pero en realidad estas justificaciones eran superficiales y cubrían acciones que eran contrarias a lo mandado por la Constitución, como lo ejemplifican el caso Ivcher y lo sucedido con la reelección presidencial. El pueblo a veces reaccionó negativamente hacia este comportamiento (por ejemplo, hubo grandes demostraciones estudiantiles luego de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucio-

embargo, él acepta que es posible que «en países donde instituciones democráticas y el estado de derecho están establecidos con menos firmeza, la revisión judicial puede añadir alguna protección». DAHL, Robert A. «Thinking about Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience». En: SHAPIRO, Ian & Russel, HARDIN (eds.). *Nomos XXXVIII: Political Order*. New York: New York University Press, 1996, p. 195.

¹²¹ EGUIGUREN, FRANCISCO. *Los retos de una democracia insuficiente: diez años de régimen constitucional en el Perú: 1980-1990*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 19-20.

nal), pero tales reacciones nunca fueron suficientemente fuertes para detener el comportamiento inconstitucional.

Para explicar plenamente las razones por las que la Constitución peruana de 1993 no pudo arraigarse, es necesario analizar a la Constitución en relación con los factores descritos en la última sección.

Primeramente, el proceso de reforma constitucional por el que pasó el Perú en 1992 y 1993 involucraba procedimientos democráticos. Pero como fue señalado en la primera parte de este artículo, el movimiento en favor del cambio no se originó con el pueblo, sino con Fujimori. Sin embargo, este solo hecho no es lo que impidió el arraigamiento de la Constitución. Si después de la propuesta de la Constitución de 1993 el público se hubiera involucrado en un debate serio sobre cambio constitucional y si hubiera activamente abrazado la nueva Constitución, entonces quizá la Constitución de 1993 estaría más fuertemente arraigada. Incluso ahora, años después de la ratificación de la Constitución, si el pueblo estuviera consciente de su contenido y le diera su apoyo, podríamos hablar de una Constitución legítima. El problema es que esto no ha ocurrido. Cuando los ciudadanos del Perú ratificaron la Constitución de 1993, la mayor parte de ellos probablemente ni siquiera la había leído. Dado que las campañas en favor y en contra de la ratificación no se enfocaron en el contenido de la Constitución sino en las acciones del Gobierno, parece que el voto por el «sí» debe entenderse como un voto de aprobación para las acciones del Gobierno fujimorista. Nada ha ocurrido desde entonces que pudiera cambiar la falta de interés público en la Constitución. Por lo tanto, no se puede decir que la Constitución de 1993 disfruta de apoyo popular.

Un segundo motivo por el cual la Constitución de 1993 no ha llegado a arraigarse es que el Gobierno de Fujimori, desde el momento en que la Constitución fue creada, dejó de someterse a la autoridad de la misma. La manera en que la Constitución de 1993 fue escrita y ratificada (con un énfasis en las posiciones políticas de Fujimori, y no en el contenido del documento) dejó en claro que lo que realmente estaba debajo del proceso eran los intereses del Gobierno. En consecuencia, cuando ha habido conflicto entre estos intereses y la Constitución, los primeros han prevalecido. Como resultado, la Constitución nunca llegó a establecerse como tal.

En tercer lugar, el Perú no tiene una tradición fuerte de respeto hacia las leyes y las constituciones. La Constitución de 1993 es la

decimosegunda Constitución del país, un hecho que sugiere una falta de respeto por las constituciones por parte de varios Gobiernos anteriores. Francisco Eguiguren señala que:

La alternancia pendular entre regímenes formalmente democráticos y Gobiernos de facto no solo impidió el afianzamiento de las instituciones constitucionales en el Perú: también contribuyó a crear en la opinión pública y hasta en la comunidad jurídica una tácita aceptación (o resignación) de su relativa inviabilidad política en el país.¹²²

Así, cambios constitucionales frecuentes, especialmente cuando son llevados a cabo principalmente para satisfacer los intereses de líderes (como lo han sido muchos de los cambios constitucionales en el Perú), probablemente debilitan el respeto de la sociedad por la constitución.

También es de notarse que las leyes en el Perú generalmente han sido aplicadas de manera inapropiada o desigual. El Perú ha sufrido durante muchas décadas de altos niveles de corrupción, gobiernos mal administrados, y leyes que no son aplicadas a la élite. Tales problemas contribuyen a la pérdida de respeto hacia las constituciones y leyes en general.

Una consecuencia de la debilidad de las tradiciones peruanas de respeto por la ley es que el público se enfoca en las acciones de los líderes y de la élite, quienes son vistos como las verdaderas fuerzas que dominan y ordenan a la sociedad, en lugar de mirar al contenido de la ley. Este fenómeno ayuda a explicar el hecho de que el comportamiento inconstitucional de Fujimori causara una reacción tan limitada por parte del pueblo.

Otro obstáculo serio para el desarrollo de apoyo público en favor de la Constitución, y tradiciones basadas sobre ella, es la pobreza de la educación cívica en el Perú. Este hecho ha llevado a Delia Revoredo a decir que la falla principal de la Constitución de 1993 es que no ordena la difusión de su contenido. Si el pueblo no sabe lo que es una constitución, y cuál es su contenido, es imposible que esta logre arraigarse en la sociedad.

Como se ha señalado antes, una Constitución que no está arraigada en la sociedad no puede ser considerada una Constitución verdadera, y

¹²² Ver ROHTER, Larry. «A Divided Venezuela Votes on New Charter Today». *The New York Times*, 15 de diciembre, 1999, p. A3.

en consecuencia no se puede decir que es legítima. Sin embargo, hay buenos motivos para que los ciudadanos y líderes obedezcan a la constitución: cuando el Gobierno y el pueblo obedecen y se refieren a la constitución, contribuyen a la creación de una Constitución arraigada. Esto significa que con el pasar del tiempo incluso la Constitución peruana de 1993 podría convertirse en una Constitución eficaz y legítima que sirve como la base de prácticas sociales generalizadas. Esto necesitaría un cambio radical, cortando con la costumbre del Gobierno fujimorista de obedecer a la Constitución solo cuando le convenía, y desecharla cuando era inconveniente. También requerirá un programa masivo de educación del pueblo acerca de la Constitución. Finalmente, es importante proteger y reforzar instituciones como el Tribunal Constitucional.

Aun si la Constitución de 1993 no dura mucho tiempo más, las medidas descritas arriba ayudarían en el cultivo de actitudes de respeto hacia las constituciones. Y el desarrollo de tales actitudes sería un gran paso adelante en el proceso de establecimiento del gobierno constitucional en el Perú.

2.4. Consecuencias para otros casos: Venezuela

Procesos similares a los que se dieron en el Perú entre 1992-1993 podrían darse también en otros países. Ello es posible incluso en países que han tenido constituciones relativamente estables. Todo lo que se necesita es un líder con suficiente apoyo popular, quien desea usar la posibilidad de reforma para beneficiarse a sí mismo, y un público que esté suficientemente desesperado y desconectado de su estructura constitucional. El caso reciente de reforma constitucional en Venezuela es un ejemplo excelente de la reproducción de las fallas peruanas en otro país.

Hugo Chávez fue elegido como presidente de Venezuela con un apoyo popular masivo al final de 1998, en medio de una seria crisis económica y un disgusto generalizado con los partidos políticos tradicionales. Chávez inició su presidencia en Febrero de 1999 y, anunciando que la Constitución venezolana de 1961 era un símbolo de corrupción, inmediatamente llamó a un referéndum para ver si la Constitución debía ser reformada. El mensaje de Chávez se parecía a la retórica de Fujimori en 1992: Chávez atacó a los partidos políticos tradicionales, acusándolos de corrupción, y diciendo que era necesario que el pueblo lo apoyara en una reforma general. El pueblo aceptó este mensaje con

entusiasmo y en abril aproximadamente el 80% de los votantes aprobaron la propuesta de reforma de la Constitución, aunque solo la mitad de la población participó en el referéndum. En julio, los votantes eligieron a seguidores de Chávez para llenar la mayoría de los asientos en la Asamblea Constitucional.

Desafiando una decisión de la Corte Suprema de Venezuela, Chávez anunció que la Asamblea Constitucional tendría el poder de disolver el Congreso (entonces controlado por la oposición) y las Cortes. En agosto, la Asamblea Constitucional complugó a Chávez, declarando un estado de emergencia que requería la disolución del Congreso y reforma del Poder Judicial. A medida que progresaba el ataque de Chávez a las instituciones gubernamentales, su popularidad aumentó (en setiembre, tenía un nivel de aprobación nacional del 75%), al parecer debido al disgusto que el pueblo sentía con el sistema antiguo. El 15 de diciembre de 1999, la nueva Constitución fue aprobada con un amplio margen (71%) en un referéndum nacional.

Al igual que la Constitución peruana de 1993, la nueva Constitución venezolana aumentó el poder del presidente, y estaba alineada con las propuestas de Chávez. Extendió la duración del término de gobierno presidencial de cinco a seis años, permitió la reelección presidencial inmediata a un segundo término, eliminó el senado, y le dio al presidente el poder de disolver el Congreso en ciertas situaciones.

Encuestas en Venezuela indican que menos del dos por ciento de los votantes había leído la nueva Constitución antes del referéndum. Este hecho sugiere que, así como en el Perú, el voto aprobando la Constitución fue realmente un plebiscito acerca del Presidente, y no un voto en favor del documento en sí.¹²³

Las similitudes entre los dos casos son marcadas. Ambos involucran un presidente muy popular acusando al sistema tradicional de decaden-

¹²³ Chávez ya ha tenido algunas dificultades constitucionales. Las elecciones que el Gobierno apuradamente fijó para mayo del 2000 tuvieron que ser pospuestas como resultado de una decisión de la Corte Suprema. La decisión respondió a argumentos que decían que los votantes no tenían información adecuada y que el equipamiento del sistema de votación tenía fallas. Ver «A Non-Voting Fiasco in Venezuela». *The Economist*, 3 de junio, 2000, p. 38. Las elecciones se dieron a fines de julio del 2000, y Chávez ganó, como había sido esperado, aunque sus seguidores no lograron obtener el número de asientos en el Congreso que deseaban.

cia y corrupción, y pidiendo que se escriba una nueva constitución. En ambos casos, los cambios principales en la Constitución tienen que ver con las metas de corto plazo del presidente y sus aspiraciones de mantenerse en el poder. Y en ambos casos, el público ratificó a la Constitución sin mucha deliberación acerca de su contenido y significado.

Dadas las condiciones de su creación, la Constitución de Venezuela probablemente tendrá dificultades en arraigarse. La atención del público está enfocada en su líder, y no en la Constitución. En consecuencia, no es claro si la Constitución venezolana disfruta de mucho apoyo popular. Además no es claro si la Constitución tendrá mucho poder. Si la Constitución se convierte en un obstáculo para los planes de Chávez, él probablemente podrá desobedecerla sin que el público se queje (por lo menos mientras siga siendo popular). Debido a estas fallas, parece poco probable que la Constitución llegue a formar una base compartida de principios y reglas que guían el comportamiento de los ciudadanos y gobernantes.

Sin embargo, los comentarios hechos aquí no son más que especulaciones. Es demasiado temprano para poder entender con claridad cuáles son los efectos del proceso de reforma constitucional de Venezuela. Aún no se sabe si Chávez obedecerá a su propia Constitución,¹²⁴ y si, a través de programas educativos, el buen ejemplo por parte de los líderes, y el uso apropiado de las Cortes, se llegará a desarrollar prácticas sociales centradas en la Constitución.

III. CONCLUSIÓN

La creación y reforma constitucional se han convertido en procesos cada vez más comunes mundialmente a lo largo del último siglo. En consecuencia, es importante comprender qué se necesita para establecer una Constitución exitosa y legítima. En este artículo, he intentado demostrar que no se puede hablar de una Constitución verdadera a menos que esta efectivamente sirva como punto de referencia para los principios y reglas básicos, compartidos por la sociedad. La Constitución tiene que arraigarse en la sociedad.

¹²⁴

Ver ROHTER, Larry. «Chavez Fails to Get Mandate for Absolute Power in Venezuela». *The New York Times*, 1 de agosto, 2000, p. A6.

El caso peruano es un claro ejemplo de la importancia del arraigamiento. Mientras que puede ser descrita como una buena Constitución con respecto a criterios formales y sustantivos, desde la perspectiva del arraigamiento la Constitución de 1993 es un fracaso. Y los problemas peruanos en lo que se refiere al arraigamiento han tenido efectos muy serios sobre la ley y política en el Perú después de 1993.

El ejemplo peruano también es interesante porque las condiciones que llevaron a la creación de la Constitución de 1993 y a su fracaso probablemente serán reproducidas en otros países. Algunos de los problemas que están detrás de los fracasos peruanos, tales como la debilidad de tradiciones de respeto a la ley, el autoritarismo de los líderes, y la falta de comprensión pública del contenido y significado de la constitución, son comunes en muchos países, especialmente en el mundo subdesarrollado. Efectivamente, el fracaso peruano parece estar reproduciéndose en Venezuela. Para que tales países lleguen a establecer gobiernos constitucionales fuertes, es esencial que estas dificultades básicas sean enfrentadas.